

EDUARDO J. COUTURE

**ESTUDIOS DE
DERECHO PROCESAL
CIVIL**

TOMO III



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

1. INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES PROCESALES

SUMARIO: *Capítulo I. UN AULA IMAGINARIA.* — 1. ¿Qué es interpretar la ley? — 2. Interpretación y tradición. — 3. Interpretación y jurisprudencia. — 4. Exégesis e interpretación. — 5. Ambiente vital e interpretación progresiva. — 6. Interpretación en el *common law* y en el derecho codificado. — 7. Interpretación y voluntad. — 8. Resumen. — *Capítulo II. OBJETO DE LA INTERPRETACIÓN.* — 9. Objeto, sujetos y resultado de la interpretación. — 10. La Constitución y las leyes. — 11. La ley civil. — 12. La ley penal. — 13. La ley procesal. — *Capítulo III. SUJETOS DE LA INTERPRETACIÓN.* — 14. Diversidad de intérpretes. — 15. Interpretación legislativa o auténtica. — 16. Interpretación judicial. — 17. Interpretación doctrinaria. — *Capítulo IV. RESULTADO DE LA INTERPRETACIÓN.* — 18. Interpretación o integración de la ley. — 19. Las lagunas de la ley. — *Capítulo V. INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES PROCESALES.* — 20. Naturaleza procesal de la ley. — 21. Mandamientos procesales. — 22. Principios procesales. — 23. Leyes procesales. — 24. El problema de la interpretación de la ley procesal. — 25. Deficiencias del léxico legal. — 26. Colisión de textos y de principios. — 27. El caso procesal no previsto. — 28. Interpretación e integración de las leyes en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil de 1945. — 29. Conclusiones.

INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES PROCESALES

CAPÍTULO I

UN AULA IMAGINARIA

1. *¿Qué es interpretar la ley?*

Mediante una sencilla ficción, supongamos hallarnos en un aula universitaria, en la cual un maestro formulara a varios estudiosos del derecho esta sencilla pregunta: “¿qué es interpretar la ley?”.

La pregunta es, al mismo tiempo, muy fácil y muy difícil. Interpretar es *inter pretare*, que deriva de *interpres*, vale decir mediador, corredor, intermediario. El intérprete es un intermediario entre el texto y la realidad; y la interpretación es extraer el sentido, desentrañar el contenido, que el texto tiene con relación a la realidad.

Hasta aquí lo fácil de la pregunta. A partir de este momento comienzan las dificultades.

La primera dificultad la planteará un alumno que alzará su voz para llamar la atención acerca del hecho de que interpretar la ley no es interpretar el derecho. El derecho es el todo del objeto interpretado; la ley es sólo una parte. La ley se interpreta extrayendo de ella un significado más o

menos oculto; pero la extracción de ese significado supone la consideración de todo el derecho. La ley es siempre derecho, pero no todo derecho es ley.

La primera puntualización consiste, pues, en subrayar que interpretar la ley no es interpretar el derecho, sino un fragmento del derecho. Interpretar el derecho, vale decir, desentrañar el sentido de una norma en su sentido plenario, presupone el conocimiento del derecho en su totalidad, y la coordinación necesaria de la parte con el todo.

2. Interpretación y tradición.

Aceptada la observación, se alzaría un alumno que evocará el concepto ingenuo que de la interpretación se ha tenido en el pasado.

Los jurisconsultos romanos lograron reunir, en sus recopilaciones, algunos conceptos interpretativos que atendían primordialmente al valor de las palabras. Sólo cuando se ha perdido la claridad del texto, es menester entrar en su espíritu, porque *in claris non fit interpretatio*.

Tuvo el derecho romano una serie de sencillos apotegmas de interpretación de la ley. "Lo primero es el sentido de las palabras" (1). "En modo alguno deben alterarse las disposiciones que siempre tuvieron una interpretación cierta" (2). "La costumbre es la mejor interpretación de la ley" (3). Y por si estas máximas no bastaran, primero la libertad (4); o cuando más, la bondad y la indulgencia (5).

(1) ULPIANO, *Digesto*, 4, 4, 3, 9.

(2) PAULO, *Digesto*, 1, 3, 2, 3.

(3) PAULO, *Digesto*, 1, 3, 3, 7.

(4) POMPONIO, *Digesto*, 50, 17, 20.

(5) MARCELO, *Digesto*, 50, 17, 198; también PAULO, *Digesto*, 50, 17, 157.

El maestro advertirá entonces que no es ése, propiamente, un método de interpretación y mucho menos una actitud filosófica a la cual esa posición corresponda. Las máximas de los jurisconsultos romanos constituyen más bien su *política* de la ley.

3. Interpretación y jurisprudencia.

Otro alumno señalará entonces que este mismo concepto de la interpretación subsiste en nuestro tiempo en amplios sectores de la experiencia jurídica.

Al margen de la polémica de las diversas escuelas interpretativas, se ha venido formando a través de una obra secular de los jueces, un conjunto de máximas de buen sentido acerca de cómo debe interpretarse el derecho.

Sería posible mostrar, por ejemplo, de qué manera reuniendo centenares y centenares de dísticos que se repiten con obstinada constancia en los fallos de los jueces, se puede construir en sus líneas generales un sistema interpretativo ⁽⁶⁾.

La jurisprudencia angloamericana no procede en esta materia de muy diferente manera ⁽⁷⁾.

El examen de este singular modo de operar, tan antiguo y tan moderno al mismo tiempo, nos muestra una sucesiva utilización de métodos diversos.

Una enseñanza que se ha hecho famosa ⁽⁸⁾ ha distin-

⁽⁶⁾ Así, p. ej., PARRY, *Interpretación de la ley*, Buenos Aires, 1941, y en *Rev. D. J. A.*, t. 38 (1940), p. 285. Asimismo, BUSO, *Código civil anotado*, Buenos Aires, 1944, t. 1, ps. 139 y sigtes.

⁽⁷⁾ Así, últimamente, FRANKFURTER, *Some reflections on the reading of statutes*, en *Columbia Law Review*, t. 47, n. 4, p. 527.

⁽⁸⁾ SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. de GUÉNOUX, t. 1, p. 205.

guido en esta tarea diversos procedimientos. Por un lado el *gramatical*, tratando de desentrañar, en primer término, el sentido propio de las palabras de la ley. Numerosos Códigos modernos han fijado en esta materia, con cierta precisión, el valor que corresponde asignar a la ley y a sus palabras.

Por otro, el *lógico*, procurando que la tarea interpretativa no contravenga el cúmulo de preceptos que la lógica ha señalado al pensamiento humano. Son, en cierto modo, preceptos de higiene mental que conducen el razonamiento hasta su justo punto de llegada.

Por otro, el *histórico*. La ley es un producto de experiencia histórica. Surge en un momento determinado, para una necesidad determinada, procurando una solución determinada. La historia le imprime, pues, su sello, y el intérprete debe ser fiel a esa inspiración.

Por otro, el *sistemático*, en cuanto procura que cada parte de la ley conserve con el todo, la debida correspondencia y armonía ⁽⁹⁾.

4. *Exégesis e interpretación.*

Los conceptos precedentes constituyen un buen método para superar la exégesis. Pero toda interpretación de la ley es, en primer término, una operación de exégesis. El llamado *método gramatical* no es sino el reconocimiento de que la

(9) El Código civil uruguayo ha tomado estos preceptos, indistintamente, del Código francés, del chileno, del italiano, y de los Proyectos de García Goyena y de Acevedo. Sus disposiciones son algo así como las *legum leges* de BACON; verdaderas leyes de las leyes. La exégesis de nuestros textos ha sido hecha por GUILLOT, *Comentarios del Código Civil*, 2ª edición, Montevideo, 1928, t. 1, ps. 64 y sigtes.; su original chileno ha sido anotado por CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, 2ª edic., Santiago, 1942, t. 1, ps. 120 y sigtes.;

ley se expresa en palabras y que es necesario comenzar siempre por el conocimiento de éstas.

Pero lo grave es que las palabras tienen significaciones imprecisas y ondulantes. Las palabras de las leyes nacen, viven, se transforman y mueren. El *Diccionario* famoso de Escriche comienza con el vocablo "Abacerías", cuyo significado hoy nadie conoce: es decir, con un cadáver de palabra. Los Diccionarios jurídicos de nuestro tiempo están poblados de vocablos ininteligibles para los juristas del siglo anterior.

Y no solamente ocurre que las palabras tienen significados variables y ondulantes, naturalmente imprecisos, que hacen virtualmente imposible una obra exacta de interpretación; ocurre, además, que la ley no sólo se expresa en palabras, sino que también se expresa en conceptos. En ellos, combinaciones casi misteriosas de palabras, las significaciones posibles son ilimitadas. A la incertidumbre natural de cada palabra, se agrega la incertidumbre natural de sus combinaciones recíprocas.

La idea de buenas costumbres, está hecha de dos vocablos, uno de los cuales se refiere a la bondad y otro a los hábitos de comportamiento social. La bondad admite una gama indefinida de matices entre el bien y el mal. Los modos de comportamiento social varían de un siglo a otro; de un lugar a otro en un mismo siglo; y de una persona a otra en un mismo lugar y tiempo.

Ese mismo concepto de buenas costumbres, no fué en el derecho romano una idea abstracta, sino una remisión con-

su exposición con arreglo al estado actual de la doctrina ha sido abordada por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Interpretación e integración del derecho*, en *Rev. D. P. P.*, Montevideo, 1942, t. 9, p. 299; t. 10, ps. 159 y 271.

creta a las máximas de conducta de la filosofía estoica ⁽¹⁰⁾. Hoy no se refiere a ninguna filosofía ni a ninguna moral determinada. Aquella dama inglesa que, viendo bailar una joven pareja, dijo: "si ese joven es un caballero, después de este baile se tiene que casar con esa señorita", mostraba cómo la idea de buenas costumbres es fluctuante en el tiempo, en el lugar y en la valoración de los actos de comportamiento social.

Aun en nuestro tiempo, la idea derivada del concepto del buen comportamiento humano, que los romanos configuraron en el concepto de "buen padre de familia", prototipo de la virtud y de la prudencia en el derecho privado, viene siendo sustituido, bajo la presión de los requerimientos del derecho público, por el concepto de "hombre de la calle", tipo medio de hombre sereno y reposado que en las democracias juzga imparcialmente los actos de sus gobernantes ⁽¹¹⁾.

Concluamos, pues, que no hay operación de exégesis que pueda agotarse en una simple apreciación gramatical; y que no hay operación de interpretación del derecho que pueda agotarse en una simple operación de exégesis.

5. *Ambiente vital e interpretación progresiva.*

A quien trate de poner así en guardia contra el sentido de las palabras, otro alumno le habrá de señalar que no es que las palabras nazcan, vivan o mueran, sino que las pala-

⁽¹⁰⁾ SENN, *Des origines et du contenu de la notion de bonnes moeurs*, en *Recueil Gény*, t. 1, p. 59. En el mismo volumen, RADIN, *La censure des coutumes*, t. 1, p. 89.

⁽¹¹⁾ SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milán, 1947, p. 234.

bras no son sino representaciones: representan pensamientos y voluntades. ¿Qué es entonces interpretar? ¿Es representar los pensamientos y voluntades del tiempo de la sanción o representar los nuevos y variables sentidos que esas palabras van adquiriendo en el tiempo futuro?

La ley es en su origen un acto de gobierno, una norma; y en ese sentido la interpretación sería, de acuerdo con el lenguaje que se utiliza frecuentemente ⁽¹²⁾, la determinación del ambiente vital de la ley; es decir, del clima en que fué forjada; la representación de los actos que la hicieron nacer.

Pero esa tesis no resiste la crítica que advierte que interpretar la ley desentrañando el ambiente vital en que se gestó, significa restringir el sentido de la misma al tiempo histórico en que fué plasmada. Lo cierto es que la ley, una vez nacida, sigue viviendo a lo largo del tiempo y mucho más allá de la significación originaria del legislador: los actos de responsabilidad por daños causados con automóviles no estaban en la idea de Portalis; sin embargo, nos seguimos guiando por los principios del Código Napoleón para determinar esta responsabilidad.

“La ley, se dice, es más inteligente que el legislador”. La interpretación histórica del tiempo de la sanción debé, entonces, sustituirse por la interpretación progresiva, esto es, por un método de interpretación que proyecte hacia lo largo del tiempo histórico futuro, el contenido de la ley ⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2ª edic., París, 1919, t. 1, ps. 269 y sigtes.

⁽¹³⁾ La llamada “interpretación progresiva” aparece expuesta en BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, ps. 454 y sigtes.; KOHLER, en *Zeitschrift für das Privat und öffentliches Recht*, XIII, ps. 1 y sigtes.; HÖLDER, *Pandekten*, Friburgo, 1891, ps. 42 y sigtes. En este sentido. ROCCO, *L'interpretazione delle leggi processuali*, Roma, 1906.

6. Interpretación en el "common law" y en el derecho codificado.

Otra voz se alzará todavía para formular una consideración muy particular.

El derecho angloamericano, dirá, no concibe la interpretación de la ley sino como el hallazgo del derecho existente, de un estatuto o del precedente que resuelve un caso. Tratando de expresar el sentido de esta concepción norteamericana de la interpretación de la ley, se ha dicho: nuestro método es histórico y no lógico; nosotros no buscamos hacer lógica jurídica sino desentrañar, mediante el hallazgo de una ley, el sentido de una solución jurídica; no aspiramos a que el derecho sea completo porque nuestra experiencia nos dice que no lo es, sino que buscamos en el tesoro de nuestros precedentes la ley escrita o consuetudinaria que solucione el caso particular ⁽¹⁴⁾.

Pero a su vez este punto de vista podría observarse diciendo que en realidad la forma de redacción del texto, ya sea articulado, ya sea mediante recopilación de precedentes, no varía la significación del acto interpretativo.

Por lo pronto, la doctrina citada no coincide con la del gran clásico de la *jurisprudencia analítica*, Austin. Para éste, el derecho es un sistema de reglas completas y prontas

(14) POUND, en el prólogo al libro de SILVEIRA, *O fator político-social da interpretação das leis*, São Paulo, 1946. Del mismo, *More about the nature of law*, en *Legal Essays in Tribute to Orrin Kip Mac Murray*, California, 1935, p. 513. El más importante esfuerzo de la doctrina americana en esta materia se halla recogido en el volumen *Science of Legal Method*, vol. IX, de la serie *Modern Legal Philosophy Series*, Boston, 1917. Véase, asimismo, ASCARELLI, *L'idea di Codice nel diritto privato e la funzione della interpretazione*, en *Saggi giuridici*, Milán, 1949, espec. p. 53.

para ser aplicadas sin consideración al proceso de su creación ⁽¹⁵⁾. Dada la existencia de la norma jurídica, la forma parlamentaria, judicial o consuetudinaria es indiferente. Lo fundamental es que esa norma sea tal y tenga, en la dinámica del derecho, su jerarquía específica de norma. Existiendo como tal, la tarea interpretativa, dirigida a desentrañar su contenido, no varía en razón de la forma de dicha norma ⁽¹⁶⁾.

7. *Interpretación y voluntad.*

La complejidad natural del acto interpretativo, la lucha contra las palabras, contra el tiempo, contra la unidad plenaria del derecho, conducirán a algún asistente de nuestra aula imaginaria a poner de relieve que en todo acto de interpretación no hay una simple operación lógica, sino un acto de la voluntad.

Aunque el intérprete quiera ser absolutamente neutral no puede serlo. Su operación no es matemática ni geométrica. Es un acto vital, y como tal, estará cargado inconscientemente de voliciones.

Todo intérprete es un filósofo que hace filosofía a pesar suyo. Detrás de cada teoría interpretativa y detrás de cada método, se halla agazapada una tendencia filosófica. Hasta

⁽¹⁵⁾ AUSTIN, *Lectures on jurisprudence*, London, 1911, 5ª edic., t. 1, p. 31. Véase la nota de BLEDEL, en el estudio de KELSEN, *La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica*, en *La Ley*, t. 24, sec. doct., p. 202.

⁽¹⁶⁾ En este sentido, KELSEN, *La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica*, cit., p. 205. En un sentido diverso, pero coincidente en lo esencial, SOLARI, *Filosofía del derecho privado*, trad. esp., Buenos Aires, 1946, cap. "Utilitarismo y codificación", t. 1, ps. 381 y siguientes.

se puede, operando con sagacidad, efectuar un rastreo de cada tendencia para poner en evidencia la actitud filosófica a la que corresponde (¹⁷).

Y esta aseveración será, todavía, corroborada por otro asistente que a la palabra *filosófica* añadirá *política*.

Este último punto no había sido advertido claramente hasta que ciertos doctrinarios de los últimos tiempos, no satisfechos con servirse de la ley, necesitaron servirse de la interpretación de la ley para sus fines políticos. No sólo la ley fué entonces un instrumento político en sí mismo; lo fué también su propio manejo (¹⁸).

Y, todavía, en un plano más riguroso, podría mostrarse cómo no sólo filosofía y política se ocultan tras la interpretación, sino también un verdadero plan de categorías: primero conocer el objeto interpretado; luego representarlo y hacerlo entender; y por último, extraer de él una máxima de acción para la vida (¹⁹). Y todo esto, como es fácil comprender, no puede realizarse sin una enorme carga de voluntad y de subjetividad.

8. *Resumen.*

El aula imaginaria tendrá que concluir en algún momento. Por lo menos, para que ella tenga cierta significación constructiva, será menester que las ideas vertidas reci-

(¹⁷) En este sentido, COSSIO, *El sustrato filosófico de los métodos interpretativos*, en *Universidad*, Santa Fe, 1940, n. 6, ps. 63 y sigtes.

(¹⁸) Existe sobre este particular una copiosa literatura. A título de resumen, cfr. SILVEIRA, *O fator político-social da interpretação das leis*, São Paulo, 1946.

(¹⁹) Así, BETTI, *Le categorie civilistiche della interpretazione*, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Milán, 1948, ps. 34 y sigtes.

ban una cierta coordinación antes de extraer de ellas su verdadero significado.

Es prudente, pues, antes de pasar adelante, reunir en algunas proposiciones fundamentales, el material que sirve de punto de partida en este terreno.

En primer término, corresponde dar por admitido que interpretar la ley no es interpretar el derecho. La ley es al derecho como la parte al todo; y lo que rige la conducta humana es el todo y no la parte.

En segundo término, cabe reconocer que la exégesis, es decir la determinación de las palabras y conceptos de la ley, no puede agotar la tarea interpretativa. Con una metáfora feliz, se ha dicho que no se conoce la estatua examinando el metal que un día fuera volcado en el crisol ⁽²⁰⁾.

En tercer término, cabe reconocer que la enseñanza de Savigny mantiene en esta materia su actualidad. Sus cuatro métodos ya referidos, no agotan por sí solos la obra interpretativa; pero reunidos la cumplen en buena parte. Si algo habría que agregar a esa unión de gramática, lógica, historia y sistema, es la idea de *actualidad en la vigencia* del derecho. El fenómeno de interpretación no tiende a desentrañar el pensar del legislador, sino la medida de eficacia actual de la norma. El derecho prorroga indefinidamente su vigencia hacia el futuro. La norma nace un día, para una sociedad determinada y para un tiempo histórico determinado, pero extiende su ámbito temporal de validez a todo tiempo posterior, hasta el día de su derogación. El tiempo de la ley, y su sentido, no sólo son el tiempo y el sentido de su sanción, sino también el tiempo y el sentido de su vigencia.

⁽²⁰⁾ MAGGIORE, *L'interpretazione delle leggi come atto creativo*. Palermo, 1914.

Y por último. Es exacto que en cada actitud interpretativa existe un presupuesto, o, como se ha dicho, un sustrato filosófico. Interpretar es, aún inconscientemente, tomar partido en una concepción del derecho, que es como decir del mundo y de la vida. Interpretar es dar vida, hacer viviente, una norma. Esta es una simple proposición hipotética de una conducta futura. Como tal es un objeto ideal, invisible (ya que el texto escrito es la representación de la norma, pero no la norma misma), y susceptible de ser captado por el razonamiento y por la intuición. Pero el razonamiento y la intuición pertenecen a un hombre determinado y, por tal causa, están cargados de subjetividad. Todo intérprete es, aunque no lo quiera, un filósofo y un político de la ley.

Si estas observaciones son, en lo esencial, correctas, las ideas que pasan a exponerse constituirán su justo complemento.

CAPÍTULO II

OBJETO DE LA INTERPRETACIÓN

9. *Objeto, sujetos y resultado de la interpretación.*

La polémica precedente reconstruye, dentro de su rusticidad y simplificación de ideas, el panorama de las diversas tendencias interpretativas.

Tratemos ahora, con nuestros propios medios, de seguir adelante.

Comencemos por formular una distinción que contribuirá, probablemente, a aclarar los diversos elementos que están en juego en toda interpretación jurídica.

Distingamos, por un lado, la *res interpretanda*; por otro, la *res interpretans*; por otro, la *res interpretata*. En otros

términos: el objeto de la interpretación, el sujeto de la interpretación y el resultado de la interpretación.

Objeto de la interpretación, decíamos, es el derecho. Derecho es tanto la Constitución, como la ley, como el reglamento, como la sentencia, como el contrato, como el testamento. Todos ellos deben ser interpretados. No hay métodos especiales de interpretación de cada una de estas manifestaciones del derecho; pero la distinta jerarquía que, como actos jurídicos, tienen la Constitución, la ley, el reglamento, la sentencia, el contrato y el testamento, hace que la doctrina haya debido aplicar sus esfuerzos a desenrañar el orden de ideas que preside cada uno de ellos.

Dado que este estudio se refiere exclusivamente a la interpretación de la ley (*rectius*: del derecho) procesal, es necesario señalar cuál es la posición que a ésta corresponde en el ordenamiento jurídico.

De los demás elementos, debemos prescindir en esta oportunidad ⁽¹⁾. Nuestro *objeto* es la ley procesal.

10. *La Constitución y las leyes.*

Tomemos un objeto vital, tutelado por el derecho: uno de esos objetos jurídicos sólidamente protegidos que, como la vida, el honor, la libertad, la dignidad de la persona hu-

(1) No es propósito de estos desarrollos afrontar el problema de la interpretación en general. La introducción aspira, solamente, a dejarlo planteado y a esbozar las soluciones que sustentan nuestra concepción de la teoría particular de las leyes procesales. En el campo doctrinario, este problema adquirió una brillante exposición colectiva a raíz de la obra que hace ya más de un decenio dirigió EDOUARD LAMBERT en honor de GÉNY, bajo el título *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, 3 vol., edit. Sirey, s/f. El carácter universal de la concurrencia a ese volumen constituye una verdadera fija-

mana, constituyen el patrimonio de la convivencia en un orden jurídico.

Hagamos con él la experiencia de preguntarnos: ¿dónde está, en el orden del derecho positivo, la protección a la vida humana y de qué manera está protegida?

La Constitución nos lo dice bajo la forma de un mandamiento; en lugar del "no matarás", ha dicho: "nadie podrá ser privado de su vida". Aquí la estructura normativa disimula bastante su *deber ser*; pero basta reflexionar un poco para comprender que hay aquí una norma en la cual la cópula sería: "dada la vida humana, *debe ser* su tutela o su protección". No tiene ninguna importancia que esto esté redactado bajo la forma de *no matarás* o bajo la forma de *nadie podrá ser privado de su vida*; lo esencial es el precepto de carácter general que tutela y protege la vida humana.

Se ha dicho que los capítulos de derechos y garantías con que se encabezan habitualmente las Constituciones modernas, constituyen declamaciones y no verdaderas normas jurídicas ⁽²⁾. No siempre es exacto. Detrás de cada uno de esos apotegmas constitucionales se halla una norma cuya estructura es, como acabamos de decir, "dados (la vida, el

ción del estado de la doctrina en ese momento. Nos preocuparemos, en lo posible, de referirnos a algunos materiales de fecha posterior, que revelen los nuevos puntos de vista de la doctrina a este respecto. Algunos años después, tuvo lugar un nuevo acontecimiento en el campo del derecho americano, que permitió realizar una obra colectiva análoga, en el *Curso Colectivo sobre Interpretación de la Ley*, realizado el año 1946 en la Escuela de Jurisprudencia de México. Sus principales disertaciones pueden leerse en la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, t. 9, 1947, ns. 35/36.

(2) "Determinación negativa", les llama Kelsen, *La teoría pura del derecho*, trad. esp., Buenos Aires, 1941, p. 109.

honor, la libertad, el arte, la riqueza histórica, la familia, la infancia, la patria, etc.) *debe ser* su protección". El complemento de esa circunstancia de hecho y su consecuencia, sería: "en los términos que la ley determine".

La natural generalidad de la norma constitucional constituye una especie de envío hacia las previsiones particulares y detalladas del legislador. Y si el legislador nada determina, la vida se supone igualmente protegida ⁽³⁾.

11. *La ley civil.*

Al lado de cada norma constitucional de este tipo hay mil formas polarizadas, diríamos, que previenen o sancionan el homicidio. Podemos tomar una cualquiera eligiéndola en el Código Civil, en cuanto éste instituye la obligación del padre de alimentar a sus hijos. Esto es tutela de la vida humana, en el sentido de que nadie será privado de su vida por miseria o por hambre. El mandamiento de la Constitución ha adquirido aquí, en el Código Civil, una formulación y una redacción diferente: se instituye bajo la forma de obligación del padre y derecho del hijo.

En este sentido la estructura de la ley civil es un excelente ejemplo para que meditemos sobre la estructura propia de cada uno de estos tipos de normas.

⁽³⁾ Esto es así, porque si la ley no puede ser inconstitucional, el silencio de la ley no puede tener un significado contrario a la Constitución. El art. 282 de la Constitución uruguaya lo resuelve mediante texto expreso: "Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas".

El Código Civil en realidad legisla los actos de la vida social, familiar, en forma de *numerus apertus*; en la vida civil cada uno puede hacer lo que libremente quiera; los actos jurídicos son ilimitados en cuanto a su formulación; el Código Civil se ha limitado a dar una serie de previsiones esquemáticas de actos, regulando las consecuencias de tales actos. La estructura de la ley civil asume una apariencia, diríamos, universal y abierta. El llamado "contrato innominado" es el tipo de este estilo jurídico.

Esta misma tutela de la vida la hemos de encontrar en el Código de Comercio, cuando impide que el homicida pueda aducir su carácter de beneficiario del seguro de su víctima; en el Código del Niño en las abundantes normas de protección a la infancia; en el derecho administrativo y municipal bajo la forma de policía de los alimentos, de salubridad, de tráfico, etc.

12. *La ley penal.*

Dentro de todas estas estructuras legales, la que mayor importancia tiene, dada su naturaleza, y por su visible diferencia con el orden civil, es la ley penal.

En ella cambia completamente la estructura formal de la ley, porque el derecho penal, a diferencia del derecho civil, no se nos presenta a *numerus apertus*, sino a *numerus clausus*. No hay más delitos que aquellos típicamente descritos en la ley penal; los delitos se acuñan en tipos y no hay actitud humana que deje de ser acto lícito o delito. Si la conducta humana no se ajusta a la descripción típica del legislador, debe reputarse lícita y debe rechazarse la

idea de delito (4). No hay delitos por extensión, ni delitos innominados, ni delitos por analogía; lo que hay es actitud jurídica o actitud antijurídica; y si la actitud antijurídica no es típica y no es voluntaria y no ha sido objeto de una previsión expresa en la ley penal, no hay delito y juega la libertad (5).

Por eso tenía razón Binding cuando decía que el delincuente no viola la ley penal; él cumple la ley penal: la ley penal que prevé el homicidio y la pena condigna; lo que el homicida viola es el mandamiento "no matarás".

La previsión del acto antijurídico establecida en la ley penal, se halla en cierto modo, cumplida por desafío. El homicida desafía el mandamiento y se somete tácitamente al cumplimiento de la ley, cargando con sus consecuencias.

13. *La ley procesal.*

Si de la ley civil y de la ley penal pasamos al examen de la ley procesal, observaremos que este mismo bien jurídico que es la vida, ha sido objeto de una previsión especial en el Código de Procedimiento al instituir el juicio de alimentos.

(4) Para todo este tema, últimamente, en forma exhaustiva, SOLER, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1945, t. 1, p. 117, donde se hallará, además, copiosa bibliografía.

(5) SALVAGNO CAMPOS, *El delito innominado y la interpretación analógica*, en *Revista de la Asociación de Estudiantes de Abogacía*, Montevideo, 1933, p. 293, ha mostrado cierta inclinación hacia tales soluciones rodeándolas de garantías. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, cit., p. 165, distingue entre "analogía" e "interpretación analógica". Por las razones que da SOLER, *op. cit.*, t. 1, p. 145, creemos que en el derecho penal ni la analogía, ni la interpretación analógica de la ley, pueden elevar a la categoría de delito lo que no ha sido objeto de previsión específica y descripción típica.

Una especie de hilo lógico une la protección a la vida instituida en la Constitución, la obligación alimentaria del Código Civil, la sanción para la omisión y la coerción para la prestación, reguladas por el Código de Procedimiento.

Solamente ocurre que cuando nos preguntamos si la ley procesal es *numerus apertus*, como el Código Civil, o es *numerus clausus*, como el Código Penal, sufrimos una gran perplejidad.

La ley procesal no está escrita ni como un mandamiento, ni está escrita como un *status*, ni está escrita como una delimitación jurídica típica para determinar la ilicitud de la conducta humana.

La ley procesal es una descripción. El legislador describe cómo se realizará en el futuro un proceso. Algunas leyes, por ejemplo las italianas, están redactadas en tiempo presente. Lo habitual en las leyes de formación española es la previsión en tiempo futuro. Pero lo cierto es que en uno u otro tiempo verbal, el legislador determina descriptivamente la evolución y desarrollo del proceso.

Es ésta una relación dinámica, en marcha desde la demanda hasta la sentencia y su ejecución⁽⁶⁾. Tal como si fuera el relato de un itinerario a recorrerse, el legislador describe cómo *debe ser* ese itinerario. Hay en ese relato, por supuesto, un amplio margen de libertad. Cuando el Código de Procedimiento Civil dice cómo se redactará una demanda, da sus partes esenciales y deja a la libertad el contenido de esa demanda dentro del esquema que el legislador suministra. Cuando el legislador dice cuáles han de ser las partes de la sentencia, deja a la libertad del juez el contenido con el cual se llene su estructura o su esqueleto de sentencia. Los

(6) CHIOVENDA, *Istituzioni*, t. 1, p. 55.

otros actos, notificaciones, pruebas, medidas de garantía, etcétera, han sido escrupulosamente descritos en sus detalles (7).

Pero en el caso procesal no previsto, ¿juega la libertad o no juega la libertad? Cuando el legislador, dentro de esa descripción, omitió un evento que se produce en la experiencia jurídica, ¿podemos interpretar la ley procesal por analogía? ¿No estaremos frente a una limitación necesaria por virtud del principio que rige el derecho penal? ¿Podremos, por el contrario, interpretar analógicamente la ley procesal buscando en la economía general del sistema la solución necesaria para este caso y determinar sus consecuencias, como en el Código Civil?

Es esto lo que trataremos de determinar en el capítulo final de este estudio. Pero antes de llegar hasta él, debemos todavía hacer una incursión por el tema del sujeto de la interpretación.

CAPÍTULO III

SUJETOS DE LA INTERPRETACIÓN

14. *Diversidad de intérpretes.*

El derecho en todas sus formas, decíamos, es el *objeto* de la interpretación. Los diversos intérpretes posibles son sus *sujetos*.

(7) Hay aquí, sin embargo, una antinomia que LLAMBIAS DE AZEVEDO ha representado en los siguientes términos: "El paradójico destino del derecho procesal consiste en que regula los actos que, en la conducta humana, se encuentran en los antípodas: por un lado, embargo, entrega de la cosa, privación de la libertad de ir y venir (prisión), etc.; por otro, demanda, sentencia, interpretación, etc.; acciones allá, pensamientos aquí. *Eidética y aporética del derecho*, Buenos Aires, 1940, p. 42.

El legislador, el juez y el profesor son tres de los intérpretes más calificados de la ley. El cometido que cada uno de ellos cumple, hace variar la trascendencia de su obra interpretativa. No son los únicos: el gobernante, el funcionario de la administración pública, el abogado, el escribano, el periodista son otros tantos intérpretes de la ley que proyectan su actividad sobre la vida social.

Pero el legislador, el juez y el profesor brindan su apoyo a la clasificación tradicional que distingue entre interpretación legislativa o auténtica, interpretación judicial e interpretación doctrinaria.

Es posible que quede así aclarado que estas tres formas de la interpretación no son tres maneras diferentes de leer la ley o de extraer su sentido. Son, tan sólo, variantes de la función del sujeto que interpreta. El objeto es el mismo; la operación es la misma; sólo el sujeto varía y con él la trascendencia de la obra (1).

15. *Interpretación legislativa o auténtica.*

Por lo pronto, de interpretación auténtica o sea interpretación que hace el legislador, no podemos hablar, limitando así los desbordes tan frecuentes en esta materia, sino como la interpretación que de una ley hace otra ley posterior (2).

No es interpretación auténtica lo que dijo el diputado tal o el senador cual en el recinto legislativo; la crisis de los

(1) La unidad epistemológica de estos tres modos de interpretación, ha sido subrayada persuasivamente por AFTALION, *Acercas del método jurídico*, en *La Ley*, t. 56, nov. 11 de 1949.

(2) Cfr. sobre todo este tema, FERNÁNDEZ GIANOTTI, *Normas legales interpretativas*, en *La Ley*, t. 26, p. 963.

trabajos preparatorios de la ley ha sido evidente, mucho más después del notorio esfuerzo que en este sentido ha hecho Capitant ⁽³⁾. Hoy no queda ya nadie que pueda admitir seriamente que los antecedentes parlamentarios de una ley constituyen interpretación auténtica. Tampoco es interpretación auténtica lo que el legislador dijo en los fundamentos o en los motivos de otra ley posterior.

Interpretación auténtica es solamente el texto rigurosamente dispositivo de una ley posterior que determine el alcance de la ley anterior.

Pero aquí no se pueden dar sino dos suposiciones: o la nueva ley se limita a establecer normativamente lo mismo que la ley anterior, y en ese caso la interpretación se reduce a una mera confirmación redactada en otros términos; o dice algo más, y en este caso ya no estamos en presencia de una ley interpretativa, sino en presencia de una nueva norma con un contenido propio y autónomo.

La llamada interpretación legislativa viene a quedar así sensiblemente limitada como medio para desentrañar el sentido de una ley. En su sentido normativo, si es lo mismo, sólo agrega la claridad; y si es algo más, es una nueva norma ⁽⁴⁾.

16. *Interpretación judicial.*

La interpretación judicial ha sido el tema preferido de todos los que han trabajado en este campo en la teoría general del derecho.

⁽³⁾ *Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois*, en el ya citado *Recueil Génry*, t. 2, p. 204.

⁽⁴⁾ Así, concluyentemente, FERRARA, *Traitato di diritto civile italiano*, Milán, 1921. De esta obra, se ha hecho una traducción al por-

El dilema de saber si la interpretación judicial es acto creativo o no, si la jurisdicción es pura declaración del derecho o es creación del derecho, es un tema virtualmente inagotable ⁽⁵⁾. Por nuestra parte nos hemos pronunciado en más de una oportunidad en el sentido de que la actividad jurisdiccional es actividad creativa del derecho ⁽⁶⁾. Debemos respetar los puntos de vista divergentes; pero debemos, asimismo, aclarar, en honor a la verdad, que hemos llegado a esa conclusión luego de muchas reflexiones, de muchas incertidumbres y ¡por qué no decirlo! después de muchas vigiliass.

Pero ha ocurrido que una vez tomada esa posición, todo tiempo y meditación posteriores, no han hecho sino confirmar la exactitud de ese punto de vista.

17. Interpretación doctrinaria.

Se acostumbra a hablar de interpretación doctrinaria para referirse a la interpretación que dan los jurisconsultos a una ley.

Pero la verdad es que la interpretación doctrinal no es un acto académico, ni es tampoco lo que fué la famosa Ley

tugués, con relación a nuestro tema: *Interpretação e applicação das leis*, S. Paulo, 1934. Sobre la llamada "interpretación auténtica", p. 24 de esta última edición.

⁽⁵⁾ La más reciente exposición, copiosamente documentada, es la de CASTÁN, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, cit., p. 199.

⁽⁶⁾ Así, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1942, y 2ª edición, São Paulo, 1946. También, en *Las garantías constitucionales del proceso civil*, en estos *Estudios*, t. I, p. 76. Asimismo, en *Introducción al estudio del proceso civil*, Buenos Aires, 1949; y edición francesa, París, 1950.

de Citas en la cual se establecía el orden de prelación de las opiniones. La interpretación que se ha llamado doctrinal es en realidad una actividad jurídica mucho más profunda.

Por tal debe entenderse no sólo la que hacen los juristas, sino la interpretación que de la ley hace la vida misma.

El fenómeno, cada día más profundo cuanto más se le medita, consiste en la llamada realización espontánea del derecho (⁷).

En nuestro país existe desde 1946, la ley de derechos civiles de la mujer, la cual justicieramente viene a complementar sus derechos políticos ya adquiridos hace largos años. Hasta el día de hoy son contados los escritores que han analizado dogmáticamente esa ley; no tenemos tampoco sentencias importantes que hayan decidido casos dudosos; y sin embargo en la vida, en el comercio jurídico, ha sido menester aplicar miles de veces esa ley. El comprador exige tales o cuales requisitos en la manifestación del consentimiento de la sociedad conyugal vendedora; o requiere la autorización judicial en determinadas condiciones para ciertos actos de enajenación, etc. El vendedor las acepta. No son éstas, sin duda, interpretaciones legislativas ni doctrinarias. Tampoco son interpretaciones judiciales. ¿Qué son, entonces? Son realización espontánea del derecho; revelación de contenidos jurídicos a través de actos humanos realizados libremente, sin más propósito que el de ajustar la conducta humana a las previsiones establecidas en las normas.

¿Qué manera más viva de "interpretar" la ley, de des-

(⁷) Sobre todo este tema, el libro excelente de PEKELIS, *Il diritto come volontà costante*, esp., cap. I, "Il diritto come volizione di legge". Asimismo, en un plano análogo, el capítulo "La virtud como único realizador", del libro de SOLER, *Ley, historia y libertad*, Buenos Aires, 1943, p. 181.

entrañar su significado, que la que consiste en ajustar el comportamiento, libremente y sin coacciones materiales, a una previsión anteriormente determinada en la norma? El gran campo de producción jurídica lo constituye la realización espontánea del derecho: los padres sustentan a sus hijos, los deudores pagan sus deudas, los contribuyentes sus impuestos, sin más coacción que la que emana de su convencimiento, formado a través de sucesivas y seculares instancias de educación, de que ésa es la mejor conducta para la convivencia humana.

Los hombres proceden así porque a ello les induce su propia naturaleza, su propensión al goce tranquilo de sus bienes: la virtud que Séneca llamaba, poéticamente, "que ama la paz y retiene la mano" ⁽⁸⁾.

Si el vocablo *interpretación doctrinaria* sólo alude a la interpretación de los jurisconsultos, la clasificación tripartita es insuficiente: reclama un cuarto término que abarque la realización espontánea del derecho, que es una forma autónoma de interpretar (y de aplicar, porque, en último término aplicar es también interpretar) la ley. Si, por el contrario, ese vocablo abarca la realización espontánea del derecho, entonces su designación es insuficiente y debería ser reemplazada por otra que comprendiera todo acto interpretativo que no fuera el legislativo o el judicial.

Pensamos, por ejemplo, que la denominación *interpretación privada*, por oposición a las anteriores, que provienen de los órganos del poder público, satisface esta necesidad. Y si se nos dijera que también el profesor que interpreta la ley desde su cátedra universitaria puede desempeñar una función pública, nos permitiríamos replicar que las univer-

(8) *De clementia*, III, 2.

sidades no tienen una manera oficial de razonar. Las opiniones emitidas por los profesores al amparo de la libertad de cátedra son opiniones privadas que el órgano público no refrenda ni rechaza.

CAPÍTULO IV

RESULTADO DE LA INTERPRETACIÓN

18. *Interpretación e integración de la ley.*

Si el derecho es el objeto, si el intérprete es el sujeto ¿cuál es el resultado? La interpretación misma.

Por obra del intérprete, el derecho resulta interpretado, o mejor aún, revelado en todo aquello que era su contenido.

Pero esa revelación de un contenido no es sólo una operación de descubrimiento: es también una operación de relación. En ella, decíamos, el todo se hace presente. Interpretar es algo más que desentrañar: es relacionar.

A esta operación se le denomina *integrar*. Junto a la interpretación hallamos la integración del derecho, la inserción de ese pequeño microcosmos que es la ley, el contrato, el testamento, en el cosmos del orden jurídico.

En uno de los más difundidos trabajos de Savigny (¹),

(¹) *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, trad. esp., Buenos Aires, 1946, p. 101. Además de SAVIGNY, en el pasaje que se menciona, la distinción entre interpretación e integración se halla claramente desenvuelta por muchos otros escritores alemanes del siglo anterior, los que disputaron acerca de la identidad o diversidad de ambas operaciones. KÖHLER distingue la interpretación, de la nueva formación (*Neubildung*); la idea fué refutada por HOELDER (*Pandekten*, 1, 8, p. 50); pero a su vez fué replicado por KÖHLER con un brillante argumento: las figuras que la jurisprudencia elabora en

analizando el Título Preliminar del Código Napoleón y haciendo una dura crítica de sus concepciones, se presenta con extraordinaria lucidez la distinción entre interpretación e integración. Advierte Savigny que el Código Napoleón no ha tenido en cuenta el más elemental de los medios supletorios, que es el de desentrañar el sentido de un texto particular en función de la economía general de todo el sistema de la ley ⁽²⁾.

La distinción es sutil y fecunda; pero sus límites no po habrá interpretación.

Por supuesto que nadie considera que interpretar la ley es interpretar el pasaje de un artículo o un inciso, colocándolo bajo el microscopio y examinando sus partículas con desinterés absoluto de todo el organismo vivo del cual ese fragmento forma parte. Eso no es interpretar, es apenas leer un texto. La lectura podrá ser todo lo inteligente y comprensiva que se quiera; podrá el lector conocer la etimología de todas y cada una de las palabras, dominando sus raíces históricas; podrá el lector ser un sagaz crítico gramatical que podrá poner de relieve los aciertos o errores del pasaje examinado. Pero si la operación no va más allá, si sólo se reduce a examinar el fragmento que se halla bajo el microscopio, no habrá interpretación.

Toda interpretación supone relacionar el fragmento con

base a los principios se hallan en la misma relación que las hojas, las flores y los frutos con relación al germen. Cfr. WINDSCHEID, *Pandette*, notas de FADDA y BENZA, Turín, 1902, t. 1, p. 129. Posteriormente, con riguroso planteo, FERRARA, *Interpretação e applicação das leis*, trad. port. cit., p. 54. En el campo procesal, CARNELUTTI, *Sistema*, trad. esp., t. 1, p. 123; ALSINA, *Tratado*, t. 1, p. 74.

⁽²⁾ Sobre todo este tema, que aquí queda apenas apuntado, BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, en *Memoria dell'Istituto Giuridico*, Turín, 1938, esp. cap. XI, "Analogia e interpretazione", ps. 132 y sigtes.

la totalidad. El sentido se extrae implantando la parte en el todo ⁽³⁾.

La distinción entre interpretación e integración supone, pues, dar al concepto de interpretación un sentido limitativo que hemos tratado de superar en este estudio desde las primeras páginas.

En su marcha hacia el hallazgo del significado de un texto, el intérprete no tiene nunca la sensación de que traspasa la barrera interpretativa y entra en la zona de la integración. Un texto legal sólo tiene sentido en función de todo el conjunto sistemático del derecho. De aquí que, en su dirección intelectual, la función interpretativa es en realidad prácticamente inseparable de la obra de integración del derecho ⁽⁴⁾.

Eso nos coloca frente a uno de los problemas que más inquietud ha provocado dentro del campo de la teoría general: el problema de las lagunas de la ley.

19. *Las lagunas de la ley.*

Con el problema de las lagunas de la ley ha pasado lo que pasa con todas las metáforas.

Un día se dijo que en el derecho había lagunas ⁽⁵⁾, es

⁽³⁾ Así, CARNELLI, *La acción procesal*, en *La Ley*, t. 44, p. 849.

⁽⁴⁾ En contra de la opinión dominante, RASSELLI, considera, también, que la integración en nada sustancial difiere de la interpretación (*Il potere discrezionale del giudice civile*, Padova, 1937, t. 1, ps. 115 y sigtes.). La distinción, bajo la forma de "interpretación extensiva" y "analogía", se ataca también certeramente por BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., p. 145, donde se refiere ampliamente la doctrina anterior.

⁽⁵⁾ La literatura del tema es virtualmente inagotable. Como aquí no se trata de enumerar libros, remitimos al lector a las siguientes refe-

decir, espacios en los que no había derecho. La imagen en realidad no era feliz, y probablemente de esa infelicidad ha derivado buena parte de la polémica.

Se ha sostenido, por un lado, que las lagunas no son lagunas del derecho sino lagunas de la ley; por otro lado se ha dicho que las lagunas no son inherentes al texto sino al conjunto del derecho; y se ha dicho, como no podía ser de otra manera, que no hay lagunas ni en el texto ni en el derecho.

En el plano positivo del derecho, el problema de las lagunas de la ley se plantea así: si no existe una norma para decidir el caso, entonces rige el precepto "todo lo que no está prohibido está permitido"; si esta otra norma implícita es insuficiente para resolver el caso, ya que en el derecho no todos los problemas son inherentes a la libertad, ¿dónde hemos de ir a buscar esa otra norma? Así planteado, el problema es virtualmente insoluble, como acaba de exponerse en unas páginas recientes de singular delicadeza ⁽⁶⁾.

rencias esenciales. Para la doctrina alemana, ZITELMANN, *Lucken im Recht*, Leipzig, 1903; la valoración de esta obra ha sido hecha por GÉNY, en la segunda edición ya citada de *Méthode d'interprétation*, t. 2, p. 358. Para la doctrina italiana, DONATI, *Le lacune dell'ordinamento giuridico*, Milán, 1910; últimamente BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, ya citado, y en el excelente libro de CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in casazione*, Padova, 1937. En la doctrina española, recientemente, CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho. Metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo*, ya citado; para la doctrina rioplatense, COSSIO, *Las lagunas del derecho*, Córdoba, 1942, y posteriormente, MARTÍNEZ PAZ, *Tratado de filosofía del derecho*, Córdoba, 1946. En el derecho mexicano, GARCÍA MAYNEZ, *Introducción al estudio del derecho*, México, 1941-42.

⁽⁶⁾ GARCÍA MAYNEZ, *Diálogo sobre las fuentes formales del derecho*, México, 1949, p. 25 del sobretiro de la *Revista de la Escuela de Jurisprudencia*.

En este sentido, la concepción empírica del derecho angloamericano, dentro de su simplicidad técnica ha tenido un hallazgo más feliz que la de los países continentales europeos. En el derecho angloamericano se habla mucho más sencillamente *del caso no previsto* ⁽⁷⁾.

Para esta escuela el caso no previsto significa aquella suposición práctica que ha escapado a la imaginación del legislador. No se trata de afirmar previamente la llamada plenitud lógica necesaria del derecho (*logische Geschlossenheit des Rechtes*), presupuesto forzoso de los espacios vacíos (*rechtsleerer Raum*), sino de advertir empíricamente que determinado hecho, determinado estado jurídico o determinada forma de conducta humana han sido omitidos y no ha existido para ellos una previsión particular. Unas veces ocurre que el legislador estuvo corto de imaginación; otras ocurre que el fenómeno era imprevisible para la imaginación del legislador con relación a su tiempo.

Por virtud de una serie de notas propias de la juridicidad, el derecho podrá tener casos no previstos, pero no tiene vacíos.

Se ha dicho ⁽⁸⁾ que el derecho es hermético y plenamente hermético porque existen jueces; éstos integran necesariamente el orden jurídico; y los jueces, con su función, tienen el cometido de colmar o de llenar las supuestas lagunas del derecho.

Es ésta, sin duda, una construcción apta para la interpretación judicial de la ley; pero ella asigna un significado

(7) Así, DICKINSON, *The problem of the unprovided case*, en *Recueil Génys*, cit., t. 2, p. 503. Cfr. asimismo, LINARES, *El caso administrativo no previsto*, en *La Ley*, t. 24, p. 178.

(8) COSSIO, *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*, Buenos Aires, 1939, ps. 72 y sigtes.

excesivo a la actividad jurisdiccional. No podemos hablar de lagunas en la ley o en el derecho porque no hay dentro de la finitud lógica de éste, una situación que no pueda ser resuelta por los métodos propios de su aplicación. Virtualmente no puede haber un problema jurídico que no pueda ser resuelto, en vía de realización espontánea, o en vía jurisdiccional, por virtud del proceso natural que se ha llamado fuerza de expansión de la ley (9).

Aun aquellos casos que, por virtud del precepto constitucional, quedan "exentos de la autoridad de los magistrados", tienen una solución jurídica: la de la libertad individual para proceder en la medida que se estime lícita y correcta, sin coacciones externas de orden judicial pero con obediencia a las restantes normas del derecho (10).

El derecho es plenario pero no hermético. Muchos de sus elementos son, diríamos, *abiertos* hacia la vida. El derecho, se ha dicho, está sometido a un trasiego constante con la vida (11). Los conceptos jurídicos más importantes constituyen referencias vitales y no estrictamente jurídicas: la costumbre, el orden público, la buena fe, el prudente arbitrio de los jueces, la diligencia de un buen padre de familia. Esa especie de apertura vital impide la calificación de her-

(9) BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., p. 119.

(10) Así, el caso que recientemente hemos examinado en *La ley 10.783 sobre derechos de la mujer. Sus aspectos procesales*, Montevideo, 1948. Se encara allí el caso de la determinación del domicilio conyugal "de común acuerdo por los esposos". La ausencia de acuerdo no tiene, en nuestro concepto, solución coactiva de orden judicial, quedando librada la solución a la libertad individual (p. 101).

(11) RECASENS SICHES, *Vida humana, sociedad y derecho*, 2ª ed., México, 1945, p. 199. En dirección análoga, BOBBIO, *Scienza e tecnica del diritto*, Turín, 1934, ps. 35 y sigtes.

metismo. Pero subraya, en cambio, su carácter plenario ⁽¹²⁾.

No es prudente, en conclusión, por razones de rigor científico, acudir al uso de una metáfora como la de las lagunas del derecho, para referirse a aquellas suposiciones que han escapado a la previsión del legislador. La actitud del intérprete, frente al caso no previsto, está dada por el mismo derecho, cuando dispone que tales situaciones se resuelven por aplicación de las leyes análogas, de las doctrinas más recibidas o los principios generales de derecho.

Estos conceptos son, por supuesto, necesariamente equívocos. Significan mucho más o mucho menos de lo que se ha querido decir. Pero en todo caso, lo que queda de relieve es que la ley lleva contenida en sí misma todo el ordenamiento jurídico en su integridad. Cuando su texto lo refleja inequívocamente, el caso se resuelve por él; cuando no ha sido prevista de modo expreso la situación de hecho que presenta la vida, es todo el ordenamiento jurídico en su integridad, el que está presente para decidir el caso.

No hay aquí, en consecuencia, lagunas del ordenamiento. Habrá, en todo caso, omisiones de previsión expresa.

Y son esas omisiones de previsión expresa, justamente, las que nos conducen a llevar adelante esta reflexión en el campo de las leyes procesales.

(12) La remisión que el legislador hace frecuentemente a "los principios generales de derecho", no es sino un reconocimiento de esta ósmosis necesaria entre el derecho y la vida. Si no fuera así, dice DEL VECCHIO, si lo fuéramos a circunscribir a las mismas normas particulares ya formuladas, y pretendiéramos que aquéllas se obtengan exclusivamente de éstas, significaría introducir el obstáculo que el legislador ha querido remover. DEL VECCHIO, *Los principios generales del derecho*, trad. esp. Barcelona, 1933, p. 16.

CAPÍTULO V

INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES PROCESALES

20. *Naturaleza procesal de la ley.*

La primera dificultad que se plantea cuando se trata de dar la respuesta que ha quedado pendiente, consiste en saber cuándo una ley es procesal.

Este tema tiene, en los países de organización federal, cuando el pacto constitucional acuerda a las provincias o Estados particulares la facultad de dictar sus leyes procesales, pero reserva a la Federación las de carácter material o sustancial, una copiosa literatura ⁽¹⁾.

Tratando de reducir este problema a sus términos finales, creemos correcto asentar la proposición de que la naturaleza procesal de una ley no depende del cuerpo de disposiciones en que se halle inserto, sino de su contenido propio. Éste es la regulación de fenómenos estrictamente procesales, vale decir, la programación del debate judicial referido a su fin, que es la decisión de un conflicto de intereses ⁽²⁾.

El caso clave en la doctrina es el relativo a las normas de la prueba. Durante mucho tiempo se creyó que las nor-

(1) Véase, de manera exhaustiva, MERCADER, *Poderes de la Nación y de las Provincias para instituir normas de procedimiento*, Buenos Aires, 1939, donde puede hallarse además referida la vastísima bibliografía existente. Con posterioridad, *Actas del Primer Congreso de Ciencias Procesales*, Córdoba, 1942, ps. 177 y sigtes. Últimamente, ANZALONE, *Unificación de los procedimientos judiciales en la República Argentina*, en *Rev. D. Pr.*, 1946, I, p. 136.

(2) Véanse sobre este particular las excelentes páginas de ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1947, ps. 9 y sigtes., que hacen innecesaria toda referencia anterior a trabajos dirigidos a determinar la naturaleza de la ley procesal.

mas de la prueba eran inherencia del Código Civil o del Código de Comercio. Sin embargo, hoy puede darse por admitido que las normas de la prueba son normas de esencia procesal. Es absolutamente indiferente el cuerpo codificado en el que esas leyes estén insertas. La ley que regula la oposición al matrimonio, aunque se halle incorporada en el Código Civil, es una ley procesal; la ley que regula el concurso de acreedores o la quiebra, cualquiera sea el Código en que esté incluida, es ley procesal ⁽³⁾.

Lo que debemos tratar de apresar, frente a cada caso, es la esencia procesal o no procesal de la ley: si ésta, por su contenido, tiende a describir ese tipo tan particular de relación continuativa y dinámica que denominamos *proceso* y que se revela por esa noción de marcha que va desde la demanda hasta la ejecución; si encontráramos en la ley esa nota; si halláramos en ella la descripción de cómo se debe realizar u ordenar el cúmulo de actos tendientes a la obtención de una decisión judicial susceptible de ejecución coactiva por parte de los órganos del Estado, esa ley será procesal y como tal debemos tratarla.

21. *Mandamientos procesales.*

Analizando la estructura de ese tipo de normas, hemos de encontrar la norma procesal bajo muy distintas apariencias. Existen normas procesales en la Constitución; así por ejemplo la norma constitucional que reconoce al ciudadano el derecho de petición para ante todas y cualquiera

⁽³⁾ Cfr. CHIOVENDA, *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo*, en *Saggi di diritto processuale*, Roma, 1930, t. 1, ps. 241 y sigtes.

autoridad del Estado ⁽⁴⁾; la norma, también constitucional, de que nadie puede ser condenado sin ser escuchado; los preceptos constitucionales que reconocen la gratuidad de la justicia para todos los ciudadanos o para los declarados pobres con arreglo a la ley ⁽⁵⁾, etc.

La Constitución nos ofrece, así, una primera estructura fundamental del orden procesal. Solamente ocurre que, por virtud de la característica de las normas constitucionales, que es la de su generalidad, veremos aparecer ante nosotros el máximo campo posible en el orden normativo, el más vasto panorama de aplicación de una norma procesal. Casi les podríamos denominar, utilizando una antinomia, el derecho sustancial del proceso, la parte básica, la que instituye derechos procesales que deben ser desenvueltos en el futuro por el legislador. Cuando en oportunidad anterior nos hemos referido a "garantías constitucionales del proceso civil", lo hemos hecho pensando en esta categoría de derechos procesales básicos instituidos en la Constitución ⁽⁶⁾.

El Código de Procedimiento Civil, como el Código de Procedimiento Penal, son según lo hemos expuesto, la ley reglamentaria de las garantías de justicia contenidas en la Constitución. Encontramos en ellas la otra escala del or-

⁽⁴⁾ Sobre todo este tema, *Las garantías constitucionales del proceso civil*, en el t. I de estos *Estudios*.

⁽⁵⁾ Sobre este tema, el ensayo contenido en el volumen que acaba de referirse, *Protección constitucional de la justicia gratuita en caso de pobreza*.

⁽⁶⁾ De "derecho justicial material" ha hablado también, en un sentido no muy lejano del que dejamos expuesto, GOLDSCHMIDT, *Materielles Justizrecht*, en el volumen en honor de HÜBLER. Ese trabajo aparece traducido en *Rev. D. Pr.*, 1946, I, p. 1. Una actualización de esas ideas, ha sido hecha por GOLDSCHMIDT (R.), *Derecho justicial material civil*, en volumen de *Estudios en honor de Alsina*, Buenos Aires, 1946, p. 315.

den normativo. El legislador, dentro del campo que le da la Constitución, determina sus estructuras legales.

22. *Principios procesales.*

¿Cómo desenvuelve la ley los mandamientos de la Constitución? Sería una visión muy ingenua la que se limitara a creer que los desenvuelve escribiendo artículos en un código. Una tarea previa a la de escribir artículos en un código, impone determinar *los principios* que han de regir ese código. Al legislador no se le presenta en primer término la tarea de redactar leyes, sino la de planear principios.

En un libro que no ha tenido hasta el momento toda la difusión que merece (¹), se ha hecho un análisis realmente feliz del cúmulo de principios que se le presentan al legislador procesal como programa de su acción. En él se muestra de qué manera el legislador procesal debe tomar partido, por ejemplo, entre la oralidad y la escritura; entre el impulso procesal de oficio o el impulso a petición de parte; entre el proceso dispositivo o el proceso inquisitorio; entre las pruebas racionales o las pruebas legales; entre la secuencia o desenvolvimiento discrecional del proceso o el principio de preclusión.

En último término, el legislador debe estructurar la ley procesal refiriéndose a algunos de estos principios. Debe aclararse que, históricamente, casi todos esos principios se

(¹) MILLAR, *Los principios formativos del procedimiento civil*, Buenos Aires, 1945. Este libro apareció originariamente en *Illinois Law Review*, t. 18, siendo luego muy ampliado para encabezar bajo el rubro de "Prolegomena" el volumen editado por el propio MILLAR, *A History of Continental Civil Procedure*, bajo los auspicios de la "Association of American Law Schools", Boston, 1927.

han combinado entre sí: no ha habido históricamente procesos inquisitivos puros, ni procesos dispositivos puros; ni pruebas racionales absolutas, ni pruebas exclusivamente legales, etc. El legislador dosifica estos principios, pero él no puede desentenderse de ellos, como no puede desentenderse el constructor que realiza una obra, de aquellas líneas directivas fundamentales consignadas en el plano del arquitecto; sin las cuales es imposible iniciar la realización del edificio que se le ha confiado.

Así advertidas las cosas, comprendemos de qué manera los *mandamientos* adquieren vigor a través de los *principios*.

Pero, a su vez, los principios procesales se revelan en *leyes procesales*.

23. *Leyes procesales.*

No parece que sea un artificio, dentro de un orden normativo muy estricto, distinguir entre principios procesales y leyes procesales.

Desde el punto de vista conceptual, esta presentación en planos, diríamos, de lo que puede ser un mandamiento, un principio y una ley, contribuye a dejar suficientemente esclarecido el campo de nuestro trabajo ⁽⁸⁾.

⁽⁸⁾ La concepción descriptiva del proceso fué el cometido del "procedimiento civil"; su concepción sistemática, el del "derecho procesal civil". Entre una y otra actividad media la misma diferencia que entre el saber ingenuo y el saber reflexivo. Es ésa la dirección de los desvelos de esta rama del derecho, aunque no todos los propósitos se vean logrados. "Es que el saber ingenuo almacena mucho conocimiento válido y el saber crítico no siempre logra ser tan crítico como imagina", ha dicho sagazmente ROMERO, *Saber ingenuo y saber crítico*, en *Filosofía de la persona*, p. 83; asimismo, RÍO, *Las especies del saber jurídico*, en el volumen *Curso colectivo de filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1943, p. 67.

El legislador antes de ir a la revelación de sus detalles particulares, debe cumplir lo que llamaríamos *el programa* de su forma de hacer la justicia ⁽⁹⁾.

El sistema legal es, pues, un sistema de principios, que constituyen algo así como el esqueleto, la estructura rígida e interna de la obra, su armazón lógica, sobre el cual se ordenan los detalles de la composición. La ley procesal es la ley que determina los detalles por virtud de los cuales se realiza la justicia.

Toda ley procesal, todo texto particular que regula un trámite del proceso, es, en primer término, el desenvolvimiento de un principio procesal; y ese principio es, en sí mismo, un partido tomado, una elección entre varios análogos, que el legislador hace, para asegurar la realización de la justicia que enuncia la Constitución.

24. *El problema de la interpretación de la ley procesal.*

Interpretar es, decíamos, desentrañar un sentido. Pero desentrañar un sentido dentro de un orden normativo de la índole del que acaba de referirse, propio del orden procesal, es no sólo extraer la razón del texto, sino también su significación dentro del sistema de principios ⁽¹⁰⁾.

La tarea interpretativa constituye en todo caso, una referencia al conjunto de principios, los que a su vez cons-

⁽⁹⁾ Esta idea ya estaba claramente intuída por IHERING, *El fin en el derecho*, trad. esp., Buenos Aires, 1946, p. 192.

⁽¹⁰⁾ El tema de la interpretación de las leyes procesales, que no había tenido, en la literatura que nos es familiar, otro trabajo monográfico que el ya citado de ROCCO, ha merecido últimamente una amplia consideración de parte de SILVEIRA, *La interpretación de las leyes en el proceso civil*, publ. en *Rev. D. Pr.*, Buenos Aires, 1945, t. 3, I, p. 352.

tituyen un desenvolvimiento de algo anterior genéricamente establecido.

Cuando la letra de la ley desfallece, cuando su texto es notoriamente erróneo, cuando coliden un texto con otro texto, o cuando se nos presenta un texto en pugna con un principio, o un principio con otro principio, o cuando el silencio sume al lector en perplejidad, la tarea interpretativa adquiere su jerarquía propia.

Trataremos de exponer a continuación algunas de las situaciones más frecuentes en este orden de cosas.

25. Deficiencias del léxico legal.

Son muy frecuentes los casos en los cuales el legislador utiliza, por impericia, una palabra que no es la técnicamente apropiada.

En nuestra ley, por ejemplo, se dice en el capítulo de prueba, que el actor tiene *el deber* o *la obligación* de probar tales o cuales hechos. Sin embargo, de la estructura de la ley procesal surge que ésta no es una obligación ni un deber sino una carga⁽¹¹⁾. La utilización poco feliz de los vocablos *cargas*, *deberes* y *obligaciones*, pertenece en cierto modo al estado en que se encontraba la ciencia del derecho procesal a mediados o a fines del siglo pasado, cuando nuestros códigos fueron redactados.

(11) Sobre esto, que es elemental, GOLDSCHMIDT, *Teoría general del proceso*, Barcelona, 1936, p. 82; últimamente, MICHELI, *L'onere della prova*, Roma, 1932, Milán, 1942; posteriormente, TORAL, *Deberes y cargas de las partes en el proceso civil mexicano*, en *Jus*, México, t. 16 (1946), p. 225; y BARRIOS DE ANGELIS, *Contribución al estudio de la carga procesal*, en *Rev. D. J. A.*, t. 46, p. 253. En el t. II de estos *Estudios* se hallarán abundantes ejemplos derivados de la circunstancia apuntada en el texto.

Este primer problema de interpretación, provocado por el léxico impropio del legislador, sus palabras confusas o el desajuste entre dos o más conceptos, es muy frecuente en los códigos americanos, que han sido en buena parte una copia de distintos códigos extranjeros. La utilización de fuentes diferentes produce impensadamente, ya sea por error del codificador, ya sea por imprevisión de las comisiones revisoras, estas *pannes* de la técnica jurídica.

Frente a estas situaciones, el primer subsidio debe ser el del método gramatical. Al fin de cuentas, la ley se acuña en palabras y las palabras tienen el significado que les corresponde en el tiempo y en el lugar de la vigencia de la ley. No siempre ese significado coincide con el que le dan las autoridades del idioma. En la duda es éste el que prevalece; pero si la palabra ha cambiado de significado y tiene hoy un significado específico, es éste y no el de las autoridades, el procedente ⁽¹²⁾.

En el art. 230: C. O. T. uruguayo, se ha utilizado la palabra "curiales". Ninguna de las acepciones académicas, ni siquiera de las consignadas en los diccionarios jurídicos, corresponde a la acepción que tiene en el sistema de nuestras leyes ⁽¹³⁾. Es, pues, en este caso, la acepción temporal del vocablo la que debe prevalecer. Y esa acepción debe tomarla el jurista del común hablar de las gentes, de los escritores, de los documentos oficiales y de todo aquello que contribuya a determinar su exacto sentido actual.

La ley, decíamos, nace como acto de autoridad y vive como norma. Voluntad y norma son objetos jurídicos car-

⁽¹²⁾ *Supra*: § 3. Cfr., asimismo, BRUERA, *Lógica, historia y norma jurídica*, en *La Ley*, t. 44, p. 1035.

⁽¹³⁾ Sobre este tema, el estudio que aparece en *Rev. D. J. A.*, t. 43, p. 79.

gados de historicidad y no es posible, por rigurosa que sea la concepción normativa y lógica del derecho, desembarazarse de su carga de tiempo histórico. El derecho vive para el tiempo y el lugar y sus vivencias no son sino las de ese tiempo y ese lugar. La primera regla de interpretación es, pues, luego de superado el plano meramente gramatical, la que consiste en dar a las palabras de la ley el significado que les corresponde por su confrontación entre el tiempo histórico en que fueron sancionadas y el tiempo histórico en que han de ser aplicadas.

26. *Colisión de textos y de principios.*

La interferencia de textos y de principios, y sus posibles colisiones, constituyen un caso frecuente en la actividad interpretativa.

El art. 374: C. P. C. uruguayo permite presentar los documentos que se hubieren conseguido tardíamente, hasta la citación para sentencia. Pero el art. 605 del mismo Código, establece que después de la citación para sentencia no será admitida más prueba, salvo "la instrumental en el caso del art. 374".

¿Qué decidir? ¿Hasta la citación para sentencia o aún después de la citación para sentencia? La diferencia de fuentes ha jugado al legislador esta mala pasada ⁽¹⁴⁾.

Otras veces no es un texto el que colide con otro texto, sino un texto con un principio. Así, por ejemplo, el mismo artículo dice que el juez podrá dictar las diligencias que creyere oportunas para mejor proveer. Al decir "las que creyere oportunas" no podríamos llegar a otra conclusión

⁽¹⁴⁾ Sobre este problema, *Prueba instrumental después de la citación para sentencia*, en *Rev. D. J. A.*, t. 47, p. 153.

como no sea la de que no existe ninguna limitación para la actividad del juez en las diligencias para mejor proveer. Sin embargo, si nos planteáramos el problema de saber si el juez puede poner un pliego de posiciones a una parte u ordenar el juramento decisorio de la misma, la conclusión debería ser en el sentido negativo. ¿Por qué? Porque la prueba de posiciones o el juramento decisorio son de la esencia del proceso dispositivo, y la disponibilidad del proceso dentro de esta estructura corresponde a las partes y no al juez ⁽¹⁵⁾. La idea de que podrá el juez dictar las diligencias que creyere oportunas no puede significar, en un pasaje incidental de la ley, la destrucción de todo un sistema que pertenece a la arquitectura misma del proceso.

Hablar de colisión de texto contra principio parecería una antinomia, porque no puede haber más principio que el que surge de los textos. Sin embargo, si llegáramos a la conclusión de que los principios se extraen de una armonización sistemática de *todos los textos*, tomando en consideración sus repeticiones sucesivas, sus obstinadas y constantes reapariciones, la tarea interpretativa en este caso debe resolverse por el predominio del principio, ya que él es la revelación de una posición de carácter general, tomada a lo largo del conjunto constante de soluciones particulares ⁽¹⁶⁾. En este caso, la situación especial debe ser interpretada como apartamiento del principio y no como aplicación o vigencia del mismo.

⁽¹⁵⁾ Así lo hemos sostenido en *Teoría de las diligencias para mejor proveer*, Montevideo, 1932, p. 115.

⁽¹⁶⁾ En sentido análogo, ASCOLI, *La interpretación de las leyes*, trad. esp., Buenos Aires, 1947, esp. ps. 86 y sigtes.

27. *El caso procesal no previsto.*

El problema interpretativo más grave lo crea el silencio del legislador.

El silencio del legislador, dentro de la idea de plenitud del orden jurídico, es, diríamos, *un silencio lleno de voces*. En ese silencio, en aquel punto en el cual el legislador ha sido omiso en dar la solución, es donde se entrecruzan todas las otras normas. La tarea consiste en hacer que el orden se halle presente en la operación interpretativa de la cual debe extraerse la consecuencia debida. El caso no previsto, contiene, virtualmente, todas las previsiones posibles.

¿Cómo debe reaccionar el intérprete en su tarea frente al silencio de la ley procesal?

Sería de desear que fuera posible dar la respuesta a esta pregunta en una sola palabra. Pero tal cosa no es posible. Para saber cómo reacciona el intérprete frente al silencio, no tenemos más remedio que penetrar todavía más a fondo en el análisis de la estructura de la ley procesal.

Decíamos que, a diferencia de los otros códigos, la ley procesal es la descripción de los actos que integran el proceso. La descripción se hace con relación a actos. El proceso no es sino una relación continuativa de actos procesales especialmente descritos en la ley.

El silencio de la ley procesal puede ser la simple omisión involuntaria de una solución. Así por ejemplo, en nuestro país, durante muchos años se planteó el problema de interpretar el artículo 874 que enumera los títulos ejecutivos, porque ese artículo, a diferencia de todas las fuentes que utilizó el codificador, no ha incluido la confesión como título ejecutivo. ¿Qué significado tiene esa omisión? Parecería que se trata de un caso simple de lógica jurídica: en una

enumeración taxativa, la omisión de un elemento supone necesariamente la exclusión deliberada de tal elemento ⁽¹⁷⁾. El silencio en una enumeración taxativa no puede significar otra cosa que la exclusión del elemento que se hallaba en las fuentes. Si el legislador fué infeliz en su solución, la queja no debe dirigirse al intérprete.

Pero se puede dar el caso de que la omisión no aparezca en una enumeración taxativa, sino que aparezca dentro de la estructura general del sistema.

En nuestra ley, el proceso civil consta de una etapa preliminar, de demanda y contestación; luego un período de prueba, y vencido el período de prueba nace un incidente de tachas para la impugnación de los testigos de la parte contraria. Vencido el incidente de tachas, se presentan dos escritos, de conclusiones o alegatos, y la causa termina así para sentencia. El problema interpretativo es el siguiente: el legislador se limita a decir que vencido el término de prueba se promoverá el incidente de tachas en tal forma, y que vencido el incidente de prueba en el incidente de tachas, cada parte presentará su escrito de conclusiones o alegato de bien probado. Ahora bien: es de notoriedad que por la misma razón por la cual los testigos del juicio principal pueden ser tachados por venalidad, parentesco, enemistad, etcétera, también los testigos del incidente de tachas pueden ser venales, mentirosos o parientes. Se plantea entonces la cuestión interpretativa de saber si es admisible un incidente de tachas para tachar los testigos del incidente de tachas ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ Sobre este problema, *Conciliación y título ejecutivo*, en estos *Estudios*, t. I, p. 237.

⁽¹⁸⁾ Cfr. GALLINAL, *Testigos. Tachas de testigos*, 2ª ed., Montevideo, 1929, p. 397.

Si fuéramos a guiarnos por el precepto de que donde existe la misma razón existe la misma disposición, la conclusión no podía ser sino afirmativa; pero la verdad es que ésta es una manera ingenua de afrontar el problema de la interpretación, porque lo cierto es que en el caso del incidente de tachas del incidente de tachas, coliden dos principios. Por una parte se halla el principio de igualdad de las partes en el proceso, que es un principio ínsito en toda su estructura y que forma parte de la nota de alteridad propia del derecho. La igualdad de las partes en el proceso no es sino una manifestación de la igualdad de las partes ante la ley ⁽¹⁹⁾ y no es posible dejar a una de ellas a merced de testigos venales, mentirosos o interesados. Pero ese principio, que exigiría el máximo celo recíproco para depurar la prueba de todos sus vicios y hacer que el juicio no se falle con testigos falaces, choca con el principio de preclusión, por virtud del cual algún día el juicio civil se tiene que terminar. Por la misma razón por la que admitimos un primer incidente de tachas de los testigos del juicio principal, deberíamos admitir un incidente de tachas para los testigos del incidente de tachas y a su vez otro incidente de tachas de los testigos del incidente de tachas, del incidente de tachas, etc. . . . La colisión de los dos principios es evidente.

En este ejemplo, no podemos hablar de una colisión de disposiciones. No choca el artículo tal con el artículo cual; los que están chocando son dos principios rectores del proceso: el de igualdad y el de preclusión. ¿A cuál de ellos damos prelación? ¿Daremos prelación al principio de igualdad, que regula el contradictorio sobre toda la actividad de la

(19) Cfr. últimamente COLORNI, *L'uguaglianza come limite della legge nel diritto intermedio e moderno*, Milán, 1946.

prueba, o damos prelación al de preclusión que estructura el proceso sobre la base de una serie de etapas que se van sucediendo de manera articulada y que, al procurar su ordenada dilucidación, persiguen la seguridad jurídica antes de toda otra cosa?

Nuestra jurisprudencia y nuestra doctrina han sido muy firmes en ese caso para dar preferencia al principio de preclusión.

No corresponde, en un estudio de esta índole, examinar ese tema. El ejemplo se utiliza a los solos efectos de mostrar cómo la función interpretativa debe mirar en primer término los principios que están en juego tanto como la disposición particular en la que se advierte el silencio de la ley.

El caso no previsto en la ley procesal, debe resolverse en función de los principios inherentes a todo el sistema, y no en función de las analogías aparentes con tal o cual solución. Las máximas "ubi eadem est ratio, idem jus", o la de que "ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus" no constituyen por sí mismas soluciones interpretativas, sino simples fórmulas que la tradición nos ha legado y cuya crisis es notoria. Un mínimo de lógica, ese mínimo de lógica que acostumbramos llamar técnica jurídica, impone sustituir estas viejas recetas del pensamiento por principios de integración sistemática del derecho, tomados de la índole propia del derecho particular que nos reclama la empresa interpretativa ⁽²⁰⁾.

(20) "Estos axiomas no enseñarán jamás a razonar a los que tienen el espíritu falso; y sólo servirán para embrollar a los que tienen el espíritu justo", decía BELIME, *Philosophie du droit*, t. 2, 1, IV, Cap. X.

28. *Interpretación e integración de las leyes en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil de 1945.*

Séanos permitido concluir este desarrollo refiriendo como ejemplo una experiencia personal que pone a este tema como centro de toda reflexión.

En la tarea de redacción del proyecto de Código de Procedimiento Civil que hemos debido cumplir por virtud de la ley uruguaya 10.418, de 11 de marzo de 1943 ⁽²¹⁾, nos hemos planteado la cuestión de saber si era o no posible que el legislador, desde su propia obra, afrontara la tarea de determinar los principios directores de su código. En lugar de dejar que el intérprete extraiga esos principios —iniciativa, dirección, impulso, bilateralidad, etc.— del conjunto de todas las normas, el legislador se adelanta hacia él anunciándole los principios rectores del Código y determinando que los silencios u omisiones inevitables del texto deben ser interpretados en función de esos principios.

El artículo 3º del proyecto de Código dice: "La dirección del proceso está confiada al juez, el que la ejercerá de acuerdo con las disposiciones de este Código. En caso de oscuridad o insuficiencia de las mismas, el juez estará facultado para aclarar las dudas que surgieran, aplicando los principios contenidos en el presente capítulo".

Para proceder de tal manera hemos tomado inspiración en el capítulo preliminar del Código Civil francés ⁽²²⁾.

⁽²¹⁾ Dicho proyecto ha sido publicado en un volumen conteniendo el texto del mismo, la exposición de motivos y la nota de presentación, así como los índices y tablas de concordancias. La edición ha sido lanzada por R. Depalma, Montevideo-Buenos Aires, 1945.

⁽²²⁾ Al abordarse, concluida la guerra, los trabajos de revisión del Código Civil francés, la "Asociación Henri Capitant para la cultura jurídica francesa", debatió en una sesión especial, el punto de saber si

¿Será posible, nos preguntamos, intentar una empresa análoga con la teoría de la justicia civil? Al dar una respuesta afirmativa, por razones que no es necesario desenvolver aquí, hemos intentado desde la página inicial de ese Proyecto, ir al encuentro de los principios y exponerlos con la máxima limpidez posible a nuestro alcance.

Bueno o malo el resultado, el propósito ha sido el de invertir los términos en que tradicionalmente se plantea la cuestión: consciente el legislador de la solidez de la estructura interna de su obra, prefiere acusarla él mismo, en un acto de espontaneidad, con todo lo que esto puede suponer en un orden humano, como riesgo y como aventura del pensamiento, a dejar que el intérprete realice fatigosamente esa tarea. En último término, el derecho positivo es elaboración esquematizada; hacer de los esquemas particulares un esquema aún más general, no constituye una contradicción ⁽²³⁾.

Se dirá, y con razón, que esos principios nada significarán si luego no se refrendan con las disposiciones consi-

este capítulo debía ser mantenido o eliminado; y en el primer supuesto, si debía ser ampliado en el estilo del Código Civil alemán o del Código Civil suizo. La Relación fué confiada a Mr. BOULANGER e intervinieron en ella NIBOYET, ROUAST, ANGEL, MAZEAUD, ESMEIN, R. CAPITANT, LEPAULLE, JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, DELLEPINE, CHAUVEAU, FRÉJAVILLE, SOLUS y algunos otros juristas. La conclusión fué la de que debía alejarse la idea de una introducción en el estilo del Código alemán, comprendiendo la teoría del acto jurídico; deben mantenerse, en cambio, unos pocos preceptos, precisos y rigurosos, de los cuales se pueda extraer la teoría general de la ley. Cfr. *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, París, 1946, ps. 73 y sigtes.

⁽²³⁾ Puede hallarse una excelente fundamentación de este orden de ideas, en el libro de DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruselas-París, 1935, esp. Cap. II, p. 57. Últimamente, en dirección análoga, ASCOLI, *La concepción del derecho*, Buenos Aires, 1947, p. 51.

guientes a lo largo de todo el Código. Y a eso se responde que, efectivamente, es así; y que el Proyecto ha tenido buen cuidado de consolidar ese principio con numerosas disposiciones particulares. Pero para el caso en que la omisión de una solución particular significara una perplejidad del intérprete, en razón de no saber a qué otra norma análoga ocurrir, entonces el principio general situará la tarea interpretativa sobre el plano de los principios y no sobre la fórmula aislada de un artículo en particular.

El Proyecto no enuncia todos los principios porque son muchos los que forman parte de la sistemática de un código ⁽²⁴⁾. Pero coloca en primer término aquellos que tienen un contenido que llamaríamos de política procesal. Más que una aproximación a la *analogia legis*, estas disposiciones procuran acercar hacia la *analogia juris*. No se ha procurado tanto facilitar la correlación de un texto con otro, como la necesaria coordinación profunda de toda la estructura del Código, de sus principios entre sí y del conjunto de los principios con la vasta composición arquitectónica que inspira la obra en su totalidad.

Así, por ejemplo. 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. Principio de impulso procesal: promovido el proceso —aquí la solución es inversa— el juez tomará las medidas tendientes a evitar su paralización, salvo que un texto especial de ley deje librada a la actividad de las partes la continuación del mismo. Principio de igualdad: el juez deberá mantener en lo posible la igualdad de las partes en el proceso. Principio

⁽²⁴⁾ Esto ha sido observado por ROMPANI, *Algunos aspectos prácticos del Proyecto Couture*, en *Rev. D. Pr.*, t. 4, I, p. 375.

de libertad en las formas: cuando la ley no señale un procedimiento especial para la realización de un acto, deberán reputarse admitidas todas aquellas formas que tiendan a lograr los fines del mismo. Principio de probidad: "El juez deberá tomar, de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendientes a prevenir o sancionar cualquier acto contrario a la dignidad de la justicia, al respeto que se deben los litigantes y las faltas a la lealtad y probidad en el debate". Principio de economía: tanto el juez como los órganos auxiliares de la jurisdicción, tomarán las medidas necesarias para lograr la mayor economía en la realización del proceso. Y principio de concentración: los actos procesales cometidos a los órganos de la jurisdicción deberán realizarse sin demora, tratando de abreviar los plazos y de concentrar en un mismo acto o audiencia todas las diligencias que sea menester realizar.

29. Conclusiones.

La interpretación de las leyes procesales no se agota en la operación de desentrañar el significado del texto particular que provoca la duda interpretativa. Ese texto no es, normalmente, otra cosa que la revelación de un principio de carácter general vigente a lo largo de toda la legislación procesal. Interpretar el texto es, pues, determinar la medida de vigencia del principio frente a cada caso particular.

Esos principios que rigen la codificación son, a su vez, desenvolvimientos particulares de grandes mandamientos o preceptos básicos consignados en la Constitución, para asegurar la justicia, la igualdad, la libertad, la dignidad de la persona humana, etc.

Interpretar la ley procesal es, por lo tanto, interpretar

todo el derecho procesal, en su plenitud, a partir de los mandamientos o preceptos básicos de orden constitucional. Se interpreta el derecho y no la ley.

En esta tarea, la obra del intérprete puede verse frecuentemente dificultada por la insuficiencia de texto aplicable; por la contradicción de un texto con otro texto; por la colisión de un texto con un principio general y hasta por la colisión de dos principios entre sí.

Sólo la visión plenaria de estos distintos grados de la normatividad puede conducir la interpretación de la ley procesal a su justo punto de llegada. Pero como a su vez, el derecho procesal no es un reino independiente del derecho y las leyes procesales son tan leyes como las leyes no procesales, todo acto de interpretación jurídica constituye una operación de inserción del texto interpretado en el inmenso ámbito del derecho. La obra del intérprete se caracteriza, pues, por esta unidad de visión del enorme campo al cual el texto interpretado pertenece.

Frente a la dificultad que esa visión plenaria supone, hemos creído conveniente, en el Proyecto de 1945 citado, señalar la posibilidad de que la propia ley contribuya a tal fin, siguiendo, decíamos, el propósito de uno de los más afortunados intentos de codificación de toda la historia del derecho.

Sometidas las disposiciones del Proyecto a una discusión académica, la opinión de la misma le fué favorable ⁽²⁵⁾.

⁽²⁵⁾ El Capítulo Preliminar del *Proyecto de Código de Procedimiento Civil* de 1945, fué objeto de discusión en Mesa Redonda, en los Cursos de Invierno de la Escuela de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de México, el año 1947. Intervinieron en esa deliberación los profesores ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, CASTILLO LARRAÑAGA, DE PINA, DOMÍNGUEZ, ESTEVA RUIZ, GARCÍA MAYNEZ, GARCÍA ROJAS, RE-

Nos permitimos considerar que si una orientación de esa índole se difundiera en el campo de la codificación procesal, la tarea de la interpretación de las leyes se vería considerablemente facilitada.

Con ello, no sólo habría dado un paso adelante la ciencia del proceso, sino también el afán, siempre renovado y siempre insatisfecho, de asegurar la justicia entre los hombres.

CASENS SICHES y TRUEBA URBINA. El debate ha sido publicado en la *Revista de la Escuela de Jurisprudencia* de la Universidad aludida, t. 11, Oct.-Dic. 1949, ps. 9 y sigtes.

2. FUNCIÓN DEL PROCESO EN EL "COMMON LAW" Y EN LA CODIFICACIÓN

SUMARIO: 1. Propósito. — 2. Derecho, historia y geografía en el mundo americano. — 3. El espíritu del *common law* y del derecho hispano americano. — 4. Un *common law* auténticamente americano. — 5. El *common law* y la codificación en el derecho de nuestro tiempo. — 6. Derecho y sistema. — 7. El porvenir del *common law* y de la codificación.

FUNCIÓN DEL PROCESO EN EL "COMMON LAW" Y EN LA CODIFICACIÓN

1. *Propósito.*

Este estudio sobre la función del proceso en los dos grandes sistemas jurídicos contemporáneos, el del *common law* y el de la codificación, constituye una prolongación de ideas ya apuntadas en estos mismos *Estudios* (1).

Frente a la pregunta que consiste en saber cuál es el porvenir de ambos sistemas en nuestro continente (2), creemos necesario señalar la forma cómo la función jurisdiccional se ha venido cumpliendo en uno y otro y cuáles son sus posibilidades de desenvolvimiento en el porvenir.

Para tal fin, intentaremos tomarlo en las tres dimensiones del tiempo: el pasado, la actualidad y el porvenir. Al fin y al cabo, el jurista, decía Stone (3), tiene que ser un poco historiador, un poco sociólogo y un poco profeta.

(1) *La justicia inglesa*, en el t. I, ps. 145 y sigtes.

(2) El tema fué propuesto en las *Jornadas de derecho comparado franco-latino americano*, en Montevideo, 1948. El Prof. RENÉ DAVID, de la Facultad de Derecho de París, desarrolló el tema con relación al continente europeo. Las Actas de dichas Jornadas aparecen en *Revista de la Facultad de Derecho y C. Sociales de Montevideo*, t. 1, 1950.

(3) En *Columbia Law Review*, t. 39, 1941, p. 1.

En la medida de nuestras posibilidades, trataremos de ordenar ideas en torno a lo que puede haber de historia, de sociología y de profecía en este tema.

2. *Derecho, historia y geografía en el mundo americano.*

Para entender por dónde llegaron al mundo americano los dos grandes sistemas de la codificación y del *common law* (4), hay necesidad de pasar la vista por encima del mapa de este continente.

Descubrimos entonces, en su vasto contorno geográfico, cuatro zonas:

a) Una primera zona que llamaríamos de *common law inglés*. Es el caso de Canadá cuyas apelaciones en parte se deciden todavía ante los tribunales ingleses.

Comprende también esta zona el sistema de las colonias inglesas en Norte, Centro y Sud América (Guayanas, Bermudas, Jamaica, Bahamas, Barbados, Belice, Trinidad, Tobago, Santa Lucía, la Antigua, etc., y las posesiones en el Atlántico Sur). Rige aquí el *common law* en su sentido

(4) Como es sabido, al vocablo *common law* se le asignan, cuando menos, cinco significados: 1) derecho estricto, en oposición a la equidad; 2) derecho común, por oposición al derecho particular o local; 3) el conjunto de normas de raíz genuinamente anglo-sajona, por oposición a los sistemas jurídicos derivados del derecho romano; 4) el derecho consuetudinario, no documentado y fundado simplemente en la tradición, por oposición al derecho escrito; 5) el derecho secular por oposición al eclesiástico (*Corpus Iuris Secundum. A Complete Restatement of the American Law*, XV, 1939, p. 611); GROSSMANN, notas a la edición española de MILLAR, *Los principios formativos del procedimiento civil*, Buenos Aires, 1945, p. 37.

En este estudio, los vocablos *common law* están tomados en el sentido indicado en tercer término.

clásico, tal como se entiende dentro de la comunidad británica de naciones ⁽⁵⁾.

b) Descubrimos también una segunda zona, que llamaríamos de *common law anglo-americano*.

En ella, el sistema tradicional de Inglaterra ha sido alterado en razón de circunstancias históricas, políticas, sociales y económicas, de las que más adelante se dará cuenta.

Esta región comprende los Estados de la Unión Americana ⁽⁶⁾.

c) Una tercera zona, que es para el estudioso del derecho hispano-americano la más llena de interés en este momento, se advierte en los puntos de contacto en los cuales los dos sistemas jurídicos, el *common law* y la codificación, se han hallado en presencia.

Es el caso de ciertas regiones de Canadá (Quebec) o de Estados Unidos (Luisiana) donde la aproximación del *common law* y del derecho francés es evidente; y, para países de derecho de origen español, los Estados del Oeste americano,

(5) Entre la copiosa bibliografía a que este sistema ha dado lugar, debe destacarse no sólo como la más reciente, sino también como una de las más significativas, la de R. DAVID, *Introduction a l'étude du droit privé de l'Angleterre*, en colaboración con los profesores H. C. GUTTERIDGE y B. A. WORTLEY, Sirey, París, 1948. Conviene distinguir, como se hace en este trabajo, el *common law* inglés del anglo-americano. Las notas sucesivas se refieren preferentemente a este último.

(6) La bibliografía de este sistema es también enorme. Como obra fundamental, debe referirse la de R. POUND, *The spirit of the common law*, 4ª edic., Cambridge (U.S.A.), 1931. Como exposiciones recientes para el lector de habla española: RABASSA, *El derecho anglo-americano. Estudio expositivo y comparado del "common law"*, México, 1944; y EDDER, *Ciertos principios característicos del "common law"*, publicado en el volumen *Cursos monográficos de la Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional*, La Habana, 1948. En esta última obra el lector hallará, además, una copiosa bibliografía sobre los temas generales y particulares del derecho estudiado.

como California, Nuevo México, Colorado, etc., y Puerto Rico.

Puerto Rico ofrece al jurista de nuestro idioma el más singular punto de aproximación entre los dos sistemas jurídicos; chocan allí las instituciones de uno y otro sistema en términos de interferencia que dan la impresión de un crisol en el cual se fundieran los dos elementos en procura de un sistema común.

Al cesar la soberanía española en Puerto Rico, en 1898, el gobierno norteamericano mantuvo las leyes anteriores. En el régimen inmobiliario, el derecho que estaba consagrado era el Cód. civ. español. Éste fué sancionado, como es sabido, luego de la ley de enmiendas, el 24 de julio de 1899 y se aplicó a las islas de Cuba y Puerto Rico por Real Decreto de 31 de julio de 1889. La Ley hipotecaria española de 1899 y la ley Notarial y Reglamento de 29 de octubre de 1873, fueron también mantenidos. Pero a partir de esa fecha, por un lento proceso de incorporación, fueron sumándose a los viejos moldes españoles, instituciones típicamente anglo-sajonas, como el *Homestead*, que los portorriqueños traducen literalmente como "hogar seguro", y que es el antecedente notorio de nuestro bien de familia (1).

Este fenómeno se había producido ya en términos análogos en Filipinas cuando a mediados del siglo pasado se quiso implantar el sistema Torrens, sobre la organización de la propiedad española.

Puerto Rico tuvo su Ley de Enjuiciamiento española, basada sobre los textos de 1855 y de 1881; pero cuando debió adoptar últimamente un nuevo régimen procesal, su

(1) Cfr. ampliamente, MUÑOZ MORALES, *Reseña histórica y anotaciones al Cód. civil de Puerto Rico*, lib. 1º, Río Piedras, 1947, ps. 15 y sigtes. El mismo, *Lecciones de derecho hipotecario*, Río Piedras, 1946.

ley no fué ya sino la traducción literal, en un español que más de una vez resulta para nosotros muy extraño, de las *Rules of Civil Procedure for the District Courts*, de los Estados Unidos (8).

Se advierte, asimismo, en la adopción de ese texto, la tradición anglo-americana de sancionar las normas procesales por acto del tribunal, en contra de lo que nosotros consideramos garantía constitucional de sanción de tales normas por acto legislativo (9).

La manera de citar la jurisprudencia es típicamente norteamericana; el lenguaje es una curiosa mezcla de vocablos españoles e ingleses, de traducción literal de acepciones jurídicas anglo-americanas; y, cada vez más acentuadamente, la manera de razonar se aproxima al estilo norteamericano.

No sólo desde el punto de vista sociológico, sino también en el plano técnico, el derecho de Puerto Rico es la más interesante experiencia de fusión de dos sistemas jurídicos en el mundo americano.

d) La cuarta zona es la de los países de la codificación. Es demasiado conocida la influencia que ejerció la co-

(8) En tanto las *Reglas de Enjuiciamiento Civil para las Cortes de Puerto Rico* fueron aprobadas por el Tribunal Supremo, de conformidad con la ley de 5 de abril de 1941 (ed. oficial, San Juan, 1943), las *Rules of Civil Procedure*, fueron promulgadas en enero de 1938, ed. oficial, *House Documents*, núm. 460, Washington, 1938. Cfr., asimismo, las *Notes to the Rules of Civil Procedure for the District Courts of the United States, Prepared under the direction of the Advisory Committee on Rules for Civil Procedure*, Washington, 1938.

(9) Así lo hemos sostenido en *Las garantías constitucionales del proceso civil*, en estos *Estudios*, t. I, p. 21. La ventaja del sistema anglo-americano de sancionar normas procesales por la Corte y actualizarlas periódicamente por un Comité de magistrados y abogados, ha sido preconizado como superior al nuestro, recientemente por EDDER, *Ciertos principios característicos del "common law"*, cit., p. 355.

dificación francesa en todo el mundo americano, para repetir el significado de este fenómeno. La yuxtaposición, sobre una base de derecho colonial español y portugués, del tecnicismo admirable de la codificación napoleónica, ha dado al derecho de estos países una coloración cuyo significado nosotros mismos no hemos valorizado aun plenamente.

3. *El espíritu del "common law" y del derecho hispanoamericano.*

Cuando se trata de penetrar en la esencia de ese proceso histórico, el estudioso se halla con que no se trata solamente de dos maneras diferentes de realizar el derecho; tradición por un lado y derecho escrito por otro; concepción histórico-sociológica por una parte y concepción lógico-sistemática por otra, sino de diferentes aconteceres humanos que es necesario poner en valor antes de juzgarlos.

El profesor Roscoe Pound, en un libro insustituible para quien quiera penetrar en el fenómeno que venimos examinando ⁽¹⁰⁾, ha formulado la siguiente enunciación de los elementos determinantes del *common law* americano.

Siete factores, dice Roscoe Pound, de la mayor importancia, han contribuído a determinar nuestro actual sistema.

Esos siete factores son:

- 1º) Un sustrato original de instituciones de origen jurídico germano;
- 2º) el derecho feudal;
- 3º) el puritanismo;
- 4º) los conflictos entre los tribunales y la Corona en el siglo XVII;

(10) POUND, *The spirit of the common law*, cit., ps. 14 y sigtes.

- 5º) las ideas políticas del siglo XVIII;
- 6º) las condiciones de los iniciadores en las comunidades agrícolas de América del Norte en la primera mitad del siglo XIX;
- 7º) las ideas filosóficas respecto a la justicia, el derecho y el Estado que prevalecieron en el período formativo durante el cual el *common law* inglés adquirió realidad en nuestros tribunales americanos ⁽¹¹⁾.

Basta repasar esta estructura histórica y sociológica del *common law* para comprender que no se dan sino muy pocas coincidencias respecto del proceso similar histórico jurídico hispano-americano.

El sustrato de las instituciones germánicas, importante en el sistema anglo-americano, aparece en muy pequeña parte en el sistema de los países de colonización española.

No hay que descartar de esta última los elementos germánicos porque el derecho español que nosotros heredamos fué, sucesivamente, derecho celtíbero, romano, germánico y musulmán.

Cualquiera de estos grandes troncos históricos se hace presente en el derecho hispano-americano de nuestros días. Basta pensar, por ejemplo, en la conciliación tal como está en nuestros códigos, o en el juramento decisorio, para advertir que no son tanto de estilo romano como de estilo germánico. Instituciones como el albacea, el alguacil, o la alcabala, revelan a su vez, en sus propios nombres, su origen árabe ⁽¹²⁾. Tampoco el *common law* ha escapado a la in-

⁽¹¹⁾ *Op. cit.*, p. 15.

⁽¹²⁾ Cfr. últimamente, SÁNCHEZ ALBORNOZ, *La España musulmana*, Buenos Aires, 1946, t. 1, p. 281 (justicia municipal); t. 2, p. 65 (derecho notarial en relaciones familiares); p. 415 (el có-

fluencia musulmana: el almirantazgo es uno de sus rastros.

No puede descartarse, pues, la existencia de elementos germánicos dentro de nuestro proceso histórico; pero ellos son, virtualmente, de escasa significación.

El derecho feudal no opera sustancialmente sobre la colonización española; la conquista y la colonización de España en las Indias se produce cuando el Renacimiento ya había consolidado poderosamente la autoridad de la monarquía y el derecho feudal había sido desplazado por el derecho de los reyes.

Los conflictos entre la Corona y las cortes o tribunales en el siglo XVII no pesan sobre el proceso histórico jurídico de tipo español. El siglo XVII es, para España, el siglo magno en la extensión y consolidación de su poderío en América; es justamente en este siglo en que se presenta el mayor caudal de Leyes de Indias, cuya personalidad rigurosamente española las ha venido a caracterizar, a la luz de la crítica histórica más reciente, como uno de los elementos de mayor significación de la conquista. Funcionaba el sistema de una manera férrea y la organización colonial, fuera de las ambiciones locales, no daba lugar a conflictos entre la Corona y los tribunales ⁽¹³⁾.

No será nunca, en cambio, suficientemente acentuada la influencia de las ideas políticas del siglo XVIII. Éstas pe-

digo de Yusuf, en el Reino de Granada). Del mismo SÁNCHEZ ALBORNOZ, *Una ciudad hispano-cristiana hace un milenio*, Buenos Aires, 1947, p. 83 (los procedimientos judiciales en el Reino de León).

⁽¹³⁾ Cfr. p. ej., OTS CAPDEQUI, *Estudios de historia del derecho español en las Indias*, Bogotá, 1940, ps. 74 y 353. Este mismo escritor ha ofrecido, últimamente, un riguroso cuadro de la organización administrativa de la colonia en sus relaciones con la corona de España, en su estudio *El gobierno de América desde España*, en la Revista *Universidad Nacional de Colombia*, n. 14 (1949), p. 101.

şaron, y decisivamente, sobre todo el mundo. Trajeron consigo la revolución norteamericana, la revolución francesa, y trajeron como una fuerza espontánea de gravitación histórica, la emancipación sudamericana.

Las condiciones de los iniciadores de las comunidades agrícolas de América del Norte en la primera mitad del siglo XIX, no se dan tampoco en el mundo latino-americano. Si algo las reemplazó, no fué, justamente, el trabajo pacífico, constante y constructivo de las comunidades agrícolas, sino la lucha por el poder y la consolidación de las preeminencias de los partidos locales. La gran etapa constructiva de los Estados Unidos, coincide con la etapa anárquica de la América española. Cuanto más se medita, más se comprende la trágica consecuencia que, para el progreso de esta parte del continente, trajo aparejada la instauración de dictaduras, guerras civiles, alzamientos militares, caudillismo y crímenes políticos del promediar del siglo XIX.

Y por último, en cuanto al concepto de la justicia, el derecho y el Estado que tuvieron los tribunales anglo-americanos de ese tiempo, fué un fenómeno de tipo puramente local de escasas proyecciones hacia el resto del continente. No debe descartarse, por supuesto, la influencia que tuvo el proceso histórico que media entre la independencia y la codificación (verdadero *derecho intermedio*) en los países latinoamericanos. Muchas de nuestras instituciones públicas y privadas se forjaron en ese instante; los códigos, aun cuando acudieran a fuentes extranjeras, fueron en buena medida respetuosos de un estado jurídico que las jóvenes nacionalidades, en forma tumultuosa, habían ido adquiriendo luego de conquistada su independencia política. Pero el fenómeno no admite una manifestación general en todo el continente.

Estas simples confrontaciones nos muestran de qué manera es limitada la coincidencia histórica entre los dos sistemas jurídicos y en nombre de qué razones cada uno de los grandes sectores del continente, fué adquiriendo fisonomía propia en las etapas constitutivas de la nacionalidad (14).

4. *Un "common law" auténticamente americano.*

Pero no quedaría expuesta una noción completa de lo que es el derecho americano a través de las etapas de su formación, si no se registrara, aunque sólo fuera de una manera puramente documental, que existió en este continente un *common law* típicamente americano, anterior en muchos siglos a que los pasajeros de la *May Flower* zarparan de Southampton y llegaran a las costas de Plymouth.

El estudio del derecho de las primitivas poblaciones americanas ofrece al investigador concepciones verdaderamente sorprendentes. En un libro, notable por muchos conceptos (15), se plantea el problema del derecho y de la justicia entre los aztecas, en términos que hoy nos causan asombro.

Para entender esas ideas es menester tener en cuenta que, cuando se produce la conquista, la civilización indígena lle-

(14) Para la formación histórica de la codificación y sus múltiples manifestaciones, comenzando por la justiniana, que no aspiró a ser un sistema plenario, completo y definitivo, sino una forma supletoria de todo el sistema anterior, *corrígendi vel supplendi gratia*, hasta su definitiva implantación en el siglo XIX, cfr. el lúcido documento de ASCARELLI, *A ideia de Código no direito privado e a tarefa da interpretação*, recogido en su volumen *Problemas das sociedades anónimas e direito comparado*, São Paulo, 1945, ps. 53 y sigtes. La documentación bibliográfica de ese ensayo con relación al problema es de particular riqueza y valor.

(15) ESQUIVEL OBREGÓN, *Historia del derecho en México*, México, 1937.

vaba ya casi diez siglos de desenvolvimiento. El imperio azteca, en ese momento, vivía con respecto a las grandes formas culturales del pasado, en un período de declinación luego de la increíble grandeza; tal como si la conquista se hubiera producido en la Grecia de Alejandro y no en la Atenas de Pericles. Cuando llegaron los conquistadores se encontraron con un estado social y cultural ampliamente desenvuelto en ciertos aspectos esenciales; no fué la menor sorpresa la de encontrar en Xochimilco una escuela de medicina y hallar, asimismo, una estructura jurídica, todo lo rudimentaria que se quiera y propia de un pueblo primitivo, pero apoyada sobre conceptos definidos.

"En el idioma azteca, dice Esquivel Obregón, *justicia* se dice *tlamelabuacachinalitzli*, palabra derivada de *tlamelabua*, pasar de largo, ir derecho, vía recta a alguna parte, declarar algo, de donde también *tlamelabualitzli* acto de enderezar lo torcido, desfacer entuertos, como se diría en castellano antiguo. La idea azteca no indica la obligación del juez de someterse a una ley o mandato; sólo es la de buscar la línea recta, es decir, usar su propio criterio. *Cada caso tenía su ley*" (16).

Basta examinar esta concepción del derecho, para advertir su proximidad con las formas anglo-sajonas del derecho. La diferencia con la concepción romana de la justicia y del derecho, derivada de *jus*, *juveo*, es decir, mandar y ordenar mediante decretos y leyes, es perceptible a primera vista. El derecho del caso por caso, nos muestra la aproximación del *common law* con las formas de una civilización esplendorosa, desenvuelta a espaldas de la cultura occidental.

(16) ESQUIVEL OBREGÓN, *op. cit.*, t. 1, p. 385.

Sería menester, todavía, aclarar, anotando las observaciones del gran historiador mejicano, que esta concepción de la justicia de "arreglar el asunto", de "hacer cesar el conflicto", en oposición a la idea romana de aplicar la norma preestablecida, era también la concepción germánica primitiva. Las dos grandes formas de cultura, la germánica anterior a la influencia del derecho romano y la mexicana, se hallan de acuerdo a este respecto. El derecho germánico por oposición al romano, buscó la composición antes que la aplicación de la ley ⁽¹⁷⁾.

5. *El "common law" y la codificación en el derecho de nuestro tiempo.*

Expuesto así el pasado, veamos ahora el presente.

Conviene acentuar, antes de pasar adelante, que estos esquemas históricos son en cierto modo, recursos de carácter puramente pedagógico. Cuando en la función docente hacemos esquemas, procedemos en buena medida como en el delicioso cuento de Perrault, en que los personajes se quedaron inmóviles en la posición en que se hallaban antes del sortilegio. El derecho es cultura y la cultura es experiencia histórica; tanto por ser cultura como por ser experiencia histórica el derecho está en transformación constante y no admite estratificaciones. Pero así y todo, aun admitiendo que todas estas formas varían, interfieren, chocan, se transforman, evolucionan, siempre podemos admitir que en dos grandes líneas paralelas están trazados, en el mundo ameri-

(17) ENGELMANN, *The germanic procedure*, traducido en el volumen de MILLAR, *A history of continental civil procedure*, Boston, 1927, p. 93.

cano contemporáneo, el sistema del *common law* y el sistema de la codificación.

No es propósito de este estudio analizar las modalidades de uno y otro sistema, argumento éste que no sólo tiene ya una copiosa literatura, sino que acaba de ser objeto de un riguroso desarrollo comparativo, cuyo conocimiento se halla presupuesto en esta exposición ⁽¹⁸⁾. Pero quien observe y medite atentamente este fenómeno cultural, político e histórico de la coexistencia de dos sistemas jurídicos, no puede menos de quedar sorprendido por hechos que más de una vez hemos tratado de acentuar y sobre los cuales volvemos con nuevas reflexiones en esta oportunidad.

Los Estados Unidos de Norte América, sobre la base del derecho de los precedentes, han intentado, en los últimos tiempos, merced a un magno esfuerzo de los más significativos magistrados, estudiosos del derecho y profesores universitarios, una empresa de consolidación bajo el patrocinio del *American Law Institute*. En 1923 fué iniciada la obra, concluída en 1945, que procura una sistematización de todo el derecho anglo-americano, bajo el título de *Restatement of American Common Law* ⁽¹⁹⁾. El mismo Ins-

⁽¹⁸⁾ RENÉ DAVID dictó en las ya mencionadas Jornadas de Derecho Comparado de Montevideo, un cursillo acerca de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, abarcando su desarrollo el sistema romano, el *common law* y el derecho soviético. Ese cursillo será publicado oportunamente en los Anales de dichas Jornadas.

⁽¹⁹⁾ El *Restatement* abarca en su conjunto 19 volúmenes: dos, destinados al tema de *Agentes*; uno, a *Conflicto de leyes*; dos, a *Contratos*; uno, a *Juicios*; cinco, a *Propiedad*; uno, a *Restitución*; uno, a *Garantías*; cuatro, a *Daños*, y dos, a *Fideicomisos*. Existe, asimismo, el *Restatement in the Courts*, 4ª edic., 1939, con suplementos anuales, en los que se coordina el *Restatement* con su adopción ulterior por la jurisprudencia, buscándose de tal manera, notoriamente, su consolidación en el tiempo.

tituto ha publicado en 1942 su *Model Code of Evidence*, que es, como lo indica su nombre, en parte, un *Restatement* de la prueba según la jurisprudencia y, en parte, un proyecto de codificación con tendencia a la reforma en esta materia que es, como se sabe, capital en la experiencia jurídica anglo-americana.

Por supuesto que cualquier sistematización del derecho anglo-americano es incompatible con nuestras tradicionales estructuras jurídicas, y el *Restatement* es un claro ejemplo de ello; pero el ansia de reducir a reglas millones de "casos" ha sido satisfecha merced a un magno esfuerzo intelectual.

El derecho de los casos procura así, en el mundo anglo-americano contemporáneo, su sistematización. El proceso es muy lento y la meta se halla aun muy lejana; pero para un jurista latino, este fenómeno, por lento y lejano que sea, no deja de tener gran significación.

A la inversa, como si se tratara de movimientos de flechas que van en sentido contrario, en el derecho de la codificación es evidente que la jurisprudencia juega cada día un papel más importante. El "derecho de los casos" está ya en el sistema de la codificación, pesando de una manera poderosa sobre toda la vida jurídica.

Tomemos un repertorio de jurisprudencia de cualquiera de nuestros países de fines del siglo pasado, y encontraremos en él fallos esquemáticos, muchos de ellos de estilo casi telegráfico, sin citas de doctrina, ni de jurisprudencia, ni la menor alusión a los precedentes. Tomemos luego un volumen correspondiente a fallos actuales y encontraremos en él una incesante referencia a los precedentes judiciales de nuestros propios tribunales, de los tribunales extranjeros, referencias abundantes a la jurisprudencia francesa (la ninfa Egeria de nuestros jueces, en el derecho administrativo y

en la teoría de la responsabilidad); a la jurisprudencia argentina, italiana o mexicana, si la cuestión es de derecho civil, comercial o laboral.

En suma: una intensa tarea de inserción de la obra judicial en el sistema de la codificación, se está produciendo hoy en el mundo americano ante nuestros propios ojos, y el espíritu observador de estos fenómenos puede percibirla a primera vista.

No existe hoy en nuestro medio, un solo abogado que pueda defender un caso apoyándose en un artículo del sistema de la codificación. En los escritos judiciales encontramos cada día más referencias a las teorías de los jueces. Esas teorías, tomadas de fallos anteriores, o de votos emitidos personalmente, han venido a ocupar en la larga medida, el lugar que antes correspondía a los grandes comentaristas de la ley. Nunca como en nuestro tiempo, se ha hecho más claramente verdad, el dístico del profesor José Antolín del Cueto, de que "la ley reina y la jurisprudencia gobierna" (20).

Junto a este fenómeno, se advierten otros que configuran otras tantas formas de penetración de las modalidades del derecho anglo-americano en el sistema de la codificación.

Tradicionalmente se han utilizado, particularmente por la Corte suprema argentina, los precedentes de su similar de los Estados Unidos en cuanto dicen relación con la estructura política del sistema federal de gobierno, la materia impositiva, las garantías constitucionales de la persona humana, etcétera.

A esta orientación, que ya puede reputarse tradicional, vienen a incorporarse en los últimos tiempos, algunas institu-

(20) Esta frase, que nació como una humorada, ha sido tomada en los últimos tiempos por la doctrina procesal y por la filosofía del derecho, dándole un significado profundo de teoría general.

ciones anglo-americanas o específicamente norteamericanas.

Pertenecen al primer ejemplo, el fideicomiso (*trust*); al segundo, la teoría de la inconstitucionalidad de la ley. El fideicomiso ⁽²¹⁾, cuyo nombre se asocia, en la mentalidad del jurista latino, a un instituto de derecho sucesorio, que en el Cód. civil uruguayo es objeto de una prohibición expresa, va ganando terreno cada vez más visiblemente en los últimos tiempos ⁽²²⁾ y no parece aventurado asegurarle un brillante porvenir en nuestros países en el tiempo futuro ⁽²³⁾.

En cuanto a la teoría de la inconstitucionalidad de las leyes, configura hoy un ejemplo tan evidente de penetración

⁽²¹⁾ Del *trust* anglo-americano (figura que nada tiene que ver, por supuesto, con el cartel, consorcio o entendimiento de empresas) ha dicho un escritor francés: "El *trust* es el ángel custodio del anglo-sajón. Lo acompaña apacible por todas partes, desde la cuna hasta el sepulcro. Está en su escuela y en su asociación deportiva; lo sigue por la mañana a su oficina, por la tarde a su club. Está a su lado los domingos, ya en la iglesia, ya en el comité de su agrupación política; sostendrá su ancianidad hasta el último día; después velará al pie de su tumba y todavía proyectará sobre sus nietos la sombra protectora de sus alas".

⁽²²⁾ En América tienen ya legislación de fideicomiso inspirada en la concepción americana del *trust*, Panamá, ley 6 de enero de 1925; México, leyes de 1926, 1932 y 1941 sobre Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios; Puerto Rico, ley 23 de abril de 1928; Colombia, ley 45 de 1923; Ecuador, decreto-ley de 11 de junio de 1938. En la legislación bancaria y de debentures, tienen la institución del fideicomiso o comisión de confianza, Bolivia, Chile, Perú, El Salvador, Costa Rica, Argentina y Brasil. En el Uruguay la institución se halla esbozada en el proyecto de ley de debentures de los profesores AMÉZAGA y DAYVIERE,

⁽²³⁾ Sobre todo este tema, puede consultarse en la literatura más reciente, el estudio, realmente exhaustivo, de ALFARO, *Adaptación del trust del derecho anglo-sajón al derecho civil*, en el volumen *Cursos monográficos de la Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional*, La Habana, 1948, ps. 7 y sigtes. El estudio se halla acompañado de una completa bibliografía de la materia.

de las instituciones norteamericanas en nuestro derecho, que difícilmente podrá hallársele otro fenómeno paralelo ⁽²⁴⁾.

Otro tanto puede afirmarse de la idea de *razonabilidad*, concepto éste poco menos que ignorado en la mentalidad de los juristas latinos, de amplio campo en la doctrina de la Suprema Corte de los Estados Unidos, y que en los últimos tiempos ha llegado a ser calificado, en un brillante trabajo ⁽²⁵⁾ como una garantía innominada de derecho constitucional. En nuestro país, han sido últimamente las leyes de 17 de setiembre de 1947, de contralor de precios, y 1º de octubre de 1948, sobre alquileres, las que han acudido al concepto de razonabilidad como a un *standard* jurídico de estilo anglo-americano, poco menos que desconocido en nuestro derecho escrito anterior.

Otras instituciones análogas se van abriendo camino también a ojos vistas. Es el caso del *injunction*, medida que en el terreno del derecho administrativo se ha ido incorporando cada vez más consistentemente a nuestro derecho; de la *specific performance* o cumplimiento coactivo por acto de la autoridad; de las acciones de mera declaración, que si bien nosotros hemos venido implantando un poco

⁽²⁴⁾ Para el estudio de este tema en la legislación uruguaya, recientemente y con carácter reasuntivo, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *La Constitución nacional*, Montevideo, 1948, t. 8, ps. 150 y sigtes. Cada uno de los países americanos, sin excepción, tiene su literatura propia en esta materia. Merecen, sin embargo, una particular mención, con respecto al derecho argentino, el estudio que se citará en la nota siguiente y el de BIELSA, *El orden político y las garantías constitucionales*, Buenos Aires, 1943; y con relación al derecho brasileño, el recentísimo de SAN THIAGO DANTAS, *Igualdade perante a lei e "due process of law"*. *Contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo*, en *Revista Forense*, abril de 1948, ps. 357 y sigtes.

⁽²⁵⁾ LINARES, *El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina. Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, 1944.

intuitivamente, y desarrollando al calor de las enseñanzas de la doctrina alemana e italiana modernas, tienen en la experiencia jurídica norteamericana un significado preventivo de gran interés.

La teoría del debido proceso (*due process of law*) en el campo procesal acaba de abrir un camino que, en razón de su natural fecundidad, ofrece todavía mucha extensión por recorrer. Nos remitimos sobre este particular a cuanto hemos expuestos en el tomo I de estos *Estudios*.

Esta enumeración, que podría continuarse largamente ⁽²⁶⁾, no se refiere, como se ha visto, tan sólo a los países ligados a Estados Unidos por una influencia geográfica directa e inmediata, como es el caso de Cuba, de los países centro americanos o de México en los Estados próximos a la frontera. Las instituciones norteamericanas se extienden aún a zonas lejanas, como el Río de la Plata y se recibe la impresión de que esa influencia va aumentando en la medida de la mayor difusión del idioma inglés o del interés de los juristas latinos por nuevas instituciones que, en nombre del progreso jurídico, puedan mejorar los frutos del derecho tradicional.

Por su muy diferente sensibilidad, por su distinta manera de razonar, hasta por su diversa concepción del derecho, la distancia es aún muy grande entre ambos estilos de cultura jurídica. Pero la aproximación de ambos es un fenómeno demasiado perceptible para desentenderse de él.

(26) Últimamente el tema de esta penetración ha sido examinado por EDER, *The impact of the common law on Latin America*, en *Miami Law Quarterly*, 1950, p. 435. También por PIAZZA, *Tendencias actuales en la literatura jurídica americana*, en *Bibliographic Series*, N° 32, "Columbus Memorial Library", Washington, 1949.

6. *Derecho y sistema.*

Para concluir, tratemos de avizorar a través del pasado y del presente, lo que nos reserva el futuro. Emprendamos, pues, la riesgosa aventura de la profecía.

En un escrito precioso de Lord Mac Millan (27) se afirma que el *common law* y el sistema de la codificación han sido probablemente los dos más brillantes productos de la inteligencia humana. Pero más que de dos sistemas jurídicos, dice, debe hablarse de dos maneras de pensar.

Lo que hemos de preguntarnos, cuando queremos proyectar hacia el futuro este fenómeno, es si esas dos maneras de pensar son también dos maneras de sentir el derecho.

En este sentido, cualesquiera sean las diferencias de estilo, no parece que, en cuanto se refiere al sentimiento del derecho y al significado de su función en el orden humano, nos hallamos en presencia de dos concepciones antagónicas.

Conviene dar a las cosas su justo lugar en el sistema de las ideas, y operar sobre la base de la necesaria distinción entre *derecho y justicia*. El derecho no es un valor; el valor es la justicia. El derecho es un instrumento para obtener la justicia; es solamente un valor de acceso hacia el otro valor fundamental (28). En este plano, colocando la justicia como meta, el estilo para llegar a ella tiene mucho menor significación y las antítesis sólo resultan formales y no sustanciales.

En tal sentido, no existe una diferencia sustancial en

(27) MAC MILLAN, *Deux manières de penser*, en *Recueil d'études en l'honneur de Edouard Lambert*, t. 2, p. 3.

(28) Sobre este punto de vista, rigurosamente desenvuelto, LLAMBIAS DE AZEVEDO, *El sentido del derecho para la vida humana*, en *Rev. D. J. A.*, Montevideo, 1943, t. 41, p. 161.

cuanto al modo de concebir *la justicia*, aunque haya diferencias en cuanto al modo de concebir *el derecho*, entre los sujetos y las mentalidades jurídicas de los pueblos latinos y de los anglo-americanos. Cuando se examinan las soluciones del *common law* y las del derecho de la codificación, se encuentran constantes coincidencias. Las soluciones son, en cierto modo, las mismas. Lo que ocurre es que se llega a ellas por otros caminos. Utilizando un símil tradicional entre los escritores ingleses, puede decirse que en el sistema de la codificación, el derecho se hace al estilo romano, construyendo primero la amplia vía de los principios para que por ella pasen luego las legiones imperiales, en tanto que en el *common law*, mucho más modesto, en lugar de la vía imperial de las legiones, se prefiere la humilde senda del peregrino que evita los accidentes del camino y procura, en cada caso, la solución más justa y más sensata. Pero bien se comprende que, con mayor o menor ambición, ya sea por la vía recta de los principios, ya sea por la sencilla senda de la experiencia, es posible a uno y a otro sistema, en nombre de sus modalidades propias, llegar al punto de destino que es la justicia.

7. *El porvenir del "common law" y de la codificación.*

Examinando, ahora, este fenómeno en proyección de futuro, debemos preguntarnos cuál es el porvenir, en el plano metódico, del *common law*.

Anticipando la respuesta, parece posible afirmar que a la concepción norteamericana del derecho, le espera a plazo lejano, pero cierto, una tendencia hacia la sistematización. Ellos piensan lo contrario y creen, firmemente, que el dere-

cho de los casos es el más racional y conveniente ⁽²⁹⁾; pero nuestra convicción contraria se consolida cada vez más.

Es la nuestra una ilusión muy latina. Pero ya decían Sumner Maine y Bentham, que no eran latinos, que el derecho del "caso por caso" es el derecho de la mentalidad primitiva, y el derecho de la sistematización, el derecho de la mentalidad evolucionada. La proposición capital en esta materia, desde el punto de vista de la mentalidad anglo-americana, se resume en la sentencia de Holmes: "The life of the law is not logic but experience". Pero nosotros tenemos, latinamente, la ilusión de que la inteligencia metódica rinde al derecho muy buenos frutos y que los pueblos progresan en la medida en que la inteligencia coordina y organiza las ideas. Hay en estos momentos en los Estados Unidos centenares de universidades y en ellas, miles de profesores europeos, formados en la mentalidad del sistema latino de la codificación, van realizando lentamente su enseñanza. Algunos estudios recientes, nos van dando ya claramente la sensación de la diferente temperatura intelectual en que esos maestros deben actuar. Es el caso, por ejemplo, de Kelsen tratando de ajustar su teoría, planeada íntegramente sobre la base de un ordenamiento jerárquico de normas codificadas, a las exigencias del *common law*; o el de Ascoli,

(29) EDDER, *Ciertos principios característicos* . . . cit., dice: "Nuestros autores están casi unánimes (¡somos muy modestos!) en que el sistema nuestro responde mejor a las necesidades de la vida, que está guiado por el sentido común y tiene mejor contacto con la vida humana que cualquier otro que exista en el mundo. Tiene la ventaja de combinar hasta donde es practicable, dado que es obra humana sujeta como cualquier otra a defectos, la certidumbre y la elasticidad; da amplio margen a la evolución necesaria del derecho. Al mismo tiempo llena dos objetivos prácticos: salvar el abismo entre la experiencia y la inexperiencia y mantener la relativa continuidad del sistema jurídico" (*op. cit.*, p. 277).

esforzándose por llevar una minúscula polémica de escuelas, forjada en el limitado escenario de círculos intelectuales europeos, al enorme plano de un público americano, de tan diversa mentalidad; o el del malogrado Pekelis que, luego de austeros trabajos de dogmática jurídica publicados en Europa, orientó su docencia en los Estados Unidos en trabajos de sociología jurídica que fueron la consecuencia directa del nuevo mundo en que le tocó actuar.

Nunca fueron infecundos para la cultura humana, estos contactos profundos de pueblos. La cultura oriental penetrando en Grecia; el espíritu griego volcándose en Italia; el pensamiento latino extendiéndose hacia Constantinopla; los árabes en España y los españoles en América; constituyen otros tantos ejemplos de penetraciones culturales profundas, propicias a la formación de nuevas y más completas mentalidades. En todas esas instancias históricas, el derecho ha ido a remolque de la cultura general, y a un florecimiento general de la inteligencia, ha seguido un nuevo florecimiento del derecho.

La mentalidad sistemática, la aspiración de reducir a proporciones armoniosas iluminadas por los datos de la razón, los diversos fenómenos de la vida humana regidos por el derecho, constituye, decíamos, una ilusión muy latina, de la cual nos sentimos orgullosos y que quisiéramos extender a todos los pueblos a los que nos hallamos ligados por nuestro común destino.

¿Y cuál es, por su parte, el porvenir de la codificación?

Al sistema de la codificación, y a su necesario perfeccionamiento, le espera, como es natural, el incesante progreso metódico. Fruto de la inteligencia humana, progresará en la medida en que progrese la inteligencia.

Además, el creciente prestigio de la jurisprudencia, a

que acabamos de referirnos, dentro de los países que integran el sistema de la codificación, está proclamando que el derecho de este estilo no es impermeable ni hermético. En la misma medida en que se enriquece dogmáticamente, por virtud de las constantes adquisiciones de la inteligencia, adquiere vitalidad y plasticidad haciéndose cargo incesantemente de nuevos requerimientos de la vida y de la experiencia.

Pero con el sistema de la codificación ocurre una cosa muy curiosa que nos invita a no distraernos con las realidades que estamos presenciando, al punto de perder de vista los grandes planos históricos.

El derecho, que es un fenómeno en transformación, procede por procesos de consolidación y de diversificación constantes. A pesar de la denominación y de las experiencias, la reducción a uno o más códigos, es sólo un fenómeno contingente y no un fenómeno sustancial del sistema. Tomemos, por ejemplo, la trayectoria histórica de nuestra legislación española, y sirvámonos de ella como demostración, para poner en evidencia que la codificación es sólo una instancia transitoria del derecho.

El derecho primitivo de España era un derecho local, es decir, un derecho diversificado. Para refundirlo y darle unidad, en el siglo I se promulga el Edicto de Vespasiano, que aplica el Derecho Romano a la península ibérica, operando entonces una primera forma de consolidación jurídica. Pero inmediatamente ese derecho romano se dispersa y diversifica en las provincias. Cuando se produce la invasión visigoda son ya dos sistemas jurídicos, el germánico y el romano, que se hallan frente a frente, dando lugar así a que en el siglo VII se produzca otro esfuerzo de sistematización en el Fuero Juzgo. Pero el Fuero Juzgo, a su vez, no

puede contener todo el derecho popular y local, en especial forma el derecho foral, y vuelve otra vez a dispersarse el derecho en miles de documentos, cartas y diplomas. Habrá entonces que esperar desde el siglo VII al siglo XIII para que, otra vez, mediante una magna empresa de claro signo romano, las Siete Partidas vuelvan a producir la unificación. Y nuevamente vuelve a operarse la diversificación del derecho a través de la conquista y de la colonización. En el siglo XVII ya es indispensable una nueva consolidación: la Recopilación. Pero también por su parte la Recopilación es arrasada por procesos de diversificación que hacen necesarias la Nueva y la Novísima. Llegamos en esta forma, ya lograda la independencia, en el siglo XIX a la Codificación.

¿Cuál es, ahora, en los días que corren, el estado de nuestro derecho en punto a sistematización?

Sigamos con el ejemplo: al promediar el siglo XX, el Uruguay es un país de legislación codificada, con un pequeñísimo territorio, unitario, con pocos períodos de dictadura (porque las dictaduras constituyen siempre un caudaloso torrente de leyes, en sentido formal, tal como si se quisiera cubrir la arbitrariedad con la capa purificadora del derecho) y, sin embargo, ya tenemos, además de nuestros diez códigos, doce mil leyes independientes. No hay duda de ninguna especie de que, a fines del siglo o en los albores del siglo XXI, se reclamará, por razones técnicas elementales, otro nuevo impulso de sistematización.

Y aquí desembocamos en la conclusión fundamental de este ensayo. Podrán variar las técnicas, y está probado que históricamente varían sin cesar; pero si se mantienen los ideales, el derecho sigue cumpliendo su destino. Preguntemos a un jurista anglo-americano, descontando todas las diferencias de sensibilidad, cuál es su visión definitiva del

derecho, y probablemente lleguemos con él a un acuerdo sin mucha dificultad. Consultémosle si él acepta el derecho de concepción totalitaria; si admite el derecho como instrumento de opresión de la libertad humana; si acepta el derecho que humille al individuo en nombre del poder o si acepta que se aniquile al poder en nombre del individuo; y es bien probable que en esas preguntas cruciales podamos advertir que es bien poco lo que nos separa.

Si los dos sistemas jurídicos, el de la codificación y el del *common law*, se pueden encontrar en este punto, no habrían recorrido inútilmente su largo camino.

3. EXPERIENCIA PROCESAL DE LOS TRATADOS DE MONTEVIDEO

SUMARIO: 1. Advertencia preliminar. — 2. La reunión de 1939. — 3. La vigencia de los Tratados. — 4. El Congreso de Lima de 1877. — 5. Proyecciones del Congreso de Lima. — 6. Un hombre y un propósito. — 7. La nota de 1887. — 8. El Proyecto primitivo. — 9. Valor de este antecedente. — 10. Los Tratados de Montevideo y su experiencia. — 11. Valor técnico de los Tratados. — 12. Actualidad de las soluciones. — 13. Espíritu de los Tratados. — 14. Experiencia extrajudicial y experiencia judicial. — 15. Experiencia extrajudicial. — 16. Experiencia judicial. — 17. El problema de los divorcios. — 18. El problema de los embargos. — 19. El problema de la extradición. — 20. Conclusiones.

3. EXPERIENCIA PROCESAL DE LOS TRATADOS DE MONTEVIDEO

SUMARIO: 1. Advertencia preliminar. — 2. La reunión de 1939. — 3. La vigencia de los Tratados. — 4. El Congreso de Lima de 1877. — 5. Proyecciones del Congreso de Lima. — 6. Un hombre y un propósito. — 7. La nota de 1887. — 8. El Proyecto primitivo. — 9. Valor de este antecedente. — 10. Los Tratados de Montevideo y su experiencia. — 11. Valor técnico de los Tratados. — 12. Actualidad de las soluciones. — 13. Espíritu de los Tratados. — 14. Experiencia extrajudicial y experiencia judicial. — 15. Experiencia extrajudicial. — 16. Experiencia judicial. — 17. El problema de los divorcios. — 18. El problema de los embargos. — 19. El problema de la extradición. — 20. Conclusiones.

EXPERIENCIA PROCESAL DE LOS TRATADOS DE MONTEVIDEO

1. *Advertencia preliminar* (*).

El jurista extranjero que busca en los repertorios de jurisprudencia los casos y decisiones acerca de los Tratados de Montevideo, y advierte lo reducido de los mismos, adquiere la impresión de que los Tratados tienen escasa vigencia efectiva.

Pero la realidad a que ese hecho responde es exactamente la inversa. La ausencia de decisiones judiciales revela la ausencia de conflictos decididos por los Tribunales y, justamente, constituye la expresión de una aplicación pacífica, natural y espontánea de los diplomas de 1889.

Cuando en la interpretación de los mismos aparecen abundantes precedentes de jurisprudencia, tal como acontece en materia de divorcio, de embargos requeridos por jueces extranjeros, o de extradición, es porque factores algo ajenos a la letra y al espíritu de los Tratados han interferido en la experiencia jurídica.

(*) El presente estudio ha sido escrito en colaboración con el Profesor Q. ALFONSIN, de la Facultad de Derecho y C. Sociales de Montevideo.

2. *La reunión de 1939.*

Medio siglo después de aprobados los Tratados, los mismos países se reunieron de nuevo con el objeto de llevar a cabo su revisión. Se advirtió entonces que ni una sola de sus concepciones fundamentales debía ser modificada y que sólo eran enmiendas parciales las que aquel cuerpo de disposiciones reclamaba ⁽¹⁾.

Diez años después de aprobado por el Congreso de Jurisconsultos de 1939-40 el cuerpo sustitutivo, los nuevos textos se hallan pendientes del canje de ratificaciones.

Quien quiera hoy apreciar estos hechos en su riguroso sentido jurídico, político e histórico, habrá de convenir en que los Tratados de Montevideo de 1889 han representado, para la parte sur del continente americano, un estatuto de pacífica aplicación del derecho, conforme a su conciencia jurídica y a sus necesidades históricas. Los ideales del siglo anterior fueron de tal manera adecuados a la realidad americana, a las exigencias de justicia, solidaridad y cooperación continentales que hoy siguen cumpliendo sus fines, sin que las necesidades de la revisión hayan hecho que se alzara una sola voz para pedir su denuncia o inmediata sustitución.

Un jurista europeo que tuvo, últimamente, oportunidad de analizar la forma en que esos Tratados seguían cumpliendo su cometido, consideró ⁽²⁾ que lo que la experiencia requería, no era la derogación sino, por el contrario, un proceso de consolidación, mediante una especie de Corte de Ca-

(1) Cfr. *Actas de la Reunión de jurisconsultos*, Montevideo, 1940, donde se reúnen todos los antecedentes de la primera etapa de los trabajos realizados.

(2) LIEBMAN, *Sugestión de una fórmula de unificación de la jurisprudencia internacional en las materias comprendidas en los Tratados de Montevideo*, en *Rev. D. J. A.*, t. 37 (1939), p. 305.

sación Internacional de las potencias signatarias, que unificase la jurisprudencia interpretativa de los textos.

3. *La vigencia de los Tratados.*

Anticipemos, pues, que la experiencia de los Tratados de Montevideo es la experiencia de su aplicación pacífica.

Constituyen ellos, en nuestros días, un caso muy ilustrativo de "realización espontánea del derecho".

Las divergencias que en ciertos temas se advierten en la jurisprudencia comparada de los diversos países signatarios, en especial entre la jurisprudencia uruguaya y la argentina, responden a fenómenos especiales de los que habrá de darse cuenta en el momento oportuno de este estudio.

4. *El Congreso de Lima de 1877.*

Los Tratados de Montevideo de 1889 constituyen la realización de un postulado europeo formulado en la sesión que en el año 1874 celebró en Ginebra el Instituto de Derecho Internacional.

En dicha sesión fué aprobada la siguiente declaración:

"El Instituto reconoce que es de evidente utilidad y aún, para ciertas materias, necesario, realizar Tratados mediante los cuales, los Estados civilizados adopten de común acuerdo reglas obligatorias y uniformes de derecho internacional" ⁽³⁾.

El mismo año en que se celebraba la sesión de Ginebra, aparece el conocido estudio de Pradier-Fodéré, organizador

⁽³⁾ Ver *Tableau Général de l'Institut*, edición americana de 1920, p. 1.

y Decano de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas de la ciudad de Lima ⁽⁴⁾, quien ocupando a la sazón el cargo de Secretario de Instrucción Pública del Perú, contribuyó con su influencia personal y su prestigio de jurista a crear el ambiente necesario para el *Congreso de Lima*, que es el antecedente inmediato del Congreso de Derecho Internacional de Montevideo ⁽⁵⁾.

El Congreso de Jurisconsultos aludido, realizado en los años 1877 y 1878 en la capital del Perú, reunió a los representantes de los países que se mostraron interesados en llevar adelante la empresa de la codificación del Derecho Internacional Privado de América.

Estaban representados en esa ocasión, Argentina, Chile, Bolivia, Ecuador, Venezuela y Costa Rica. Posteriormente adhirieron a ese Congreso y a sus conclusiones, Uruguay y Guatemala.

Si bien es cierto que Perú fué representado en ese Congreso por el Dr. Antonio Arenas, quien invistió la representación oficial y el carácter de organizador y miembro informante del mismo, debe reconocerse que fué a Pradier-Fodéré a quien correspondió dar su espíritu y el necesario impulso de realización ⁽⁶⁾.

(4) *Des progrès du droit international privé et public*, en el *Journal de droit international*, 1874, p. 112.

(5) Los antecedentes, el proyecto y el informe del Congreso de Lima, figuran en el Apéndice del libro de RAMÍREZ, *Proyecto de Tratado de derecho internacional privado*, Buenos Aires, 1888.

(6) CONS. PRADIER-FODERÉ, *Le Congrès Suraméricain*, en el *Journal de droit international*, cit., 1889; ZEBALLOS, *La Justicia Internacional positiva*, ps. 208 y sigtes.

5. *Proyecciones del Congreso de Lima.*

Lamentablemente, el Congreso de Lima estaba destinado, por circunstancias históricas, a no ver logrados sus propósitos (7). La guerra del Pacífico que enturbió las relaciones internacionales, la ausencia de un espíritu auténticamente americano en el tiempo histórico de sus deliberaciones, así como la adopción del criterio de la nacionalidad para regir el estado y la capacidad de las personas y la sucesión intestada (8), hizo que la labor realizada por esta reunión no tuviera trascendencia.

Pero quien quiera examinar los Tratados de Montevideo en su perspectiva histórica no podrá prescindir de este antecedente acerca del cual Rodrigo Octavio decía que "constituía un deber de los americanos reivindicar para el Congreso de Lima el honor de la prioridad en el gran esfuerzo internacional en pos de una elaboración colectiva de un Código de Derecho Internacional Privado" (9).

Las deliberaciones del Congreso de Montevideo fueron, en cierto modo, una reacción contra las conclusiones del Congreso de Lima en cuanto a la doctrina de la ley nacional; pero esta circunstancia atañe a la técnica y no a la historia del esfuerzo americano para la codificación.

6. *Un hombre y un propósito.*

El estudio de los Tratados de Montevideo en su significado político no puede ser separado de la personalidad que los inspiró.

(7) V. RODRIGO OCTAVIO, *L'Amérique et la codification du droit international privé*, conferencia pronunciada en el *Institut des Hautes Etudes Internationales*, el 30 de mayo de 1930.

(8) V. arts. 2 y 24 del *Proyecto* elaborado.

(9) V. RODRIGO OCTAVIO, *op. cit.*

El cometido que correspondió a Pradier-Foderé en la reunión de Lima debe ser asignado a Gonzalo Ramírez en la reunión de Montevideo. Gonzalo Ramírez ha tenido la generosidad de atribuir su mérito al Dr. Manuel Quintana, Delegado de la República Argentina, en la dedicatoria de uno de sus libros ⁽¹⁰⁾, donde "hace resaltar la parte principal que tuvo la Delegación Argentina en sus fecundas tareas". Pero esa circunstancia, que revela su amplitud de espíritu y el anhelo de colaboración que prevaleció en aquel certamen, no puede hacer perder de vista que el hombre de 1888 era Gonzalo Ramírez.

En cierta medida era el hombre insustituible para realizar tal empeño.

Como universitario llegó a ejercer el rectorado de la Universidad del Uruguay; como jurisconsulto formó parte de un tronco ilustre de abogados cuyas ramas constituyen todavía en el Uruguay un timbre de orgullo; como diplomático representó a la República Oriental del Uruguay ante el Gobierno de la Nación Argentina, contribuyendo con acierto a acentuar los fraternos lazos históricos que existen entre estos dos pueblos; y como internacionalista tuvo el honor de fundar la Cátedra de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de Montevideo.

7. *La nota de 1887.*

La primera manifestación de los propósitos de Gonzalo Ramírez se halla en la nota que el 21 de junio de 1887 dirigió, siendo Enviado Extraordinario y Ministro Plenipo-

⁽¹⁰⁾ RAMÍREZ, *El derecho procesal internacional en el Congreso Jurídico de Montevideo*, Montevideo, 1892.

tenciario del Uruguay en la Argentina, al entonces Ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay, Dr. Julio Herrera y Obes ⁽¹¹⁾.

En ella propone Ramírez a su Gobierno la realización del Congreso, suministra los fundamentos generales de su iniciativa y señala la conveniencia trascendental de un esfuerzo de esa índole.

Entre las líneas de la nota de junio de 1887, el lector experto puede percibir la influencia que sobre su autor ejercía la iniciativa de Mancini que determinara la invitación del Gobierno Italiano de 1882 para una obra similar. Pero la diferencia entre uno y otro caso fué que, en tanto la experiencia europea no pudo llevarse a cabo, la sugestión de Gonzalo Ramírez encontró eco merecido del Gobierno de su país que aprobó la proposición y encargó al Dr. Ramírez la tarea de redactar un proyecto de Tratado de Derecho Internacional ⁽¹²⁾.

8. *El proyecto primitivo.*

El 15 de diciembre de 1887, Gonzalo Ramírez presentó al Ministerio de Relaciones Exteriores del Uruguay su proyecto de Tratado de Derecho Internacional ⁽¹³⁾.

Este cuerpo de disposiciones es el antecedente inmediato de los Tratados de Montevideo; pero el cotejo de ambos textos muestra en qué sentido, predominantemente técnico, la obra primitiva fué superada por el Congreso.

El proyecto de Gonzalo Ramírez no consiste en un con-

⁽¹¹⁾ RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 3.

⁽¹²⁾ RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 10.

⁽¹³⁾ Fué publicado y comentado por su autor en su *Proyecto de Tratado de derecho internacional privado*, cit.

junto de Tratados, sino en un cuerpo único de disposiciones, y consta de 101 artículos distribuidos en diecisiete Títulos:

Título I. — La comunidad de derechos privados entre nacionales y extranjeros y unidad de la ley que los rige.

Título II. — Régimen de bienes.

Título III. — De las obligaciones.

Título IV. — Del matrimonio.

Título V. — De las sucesiones.

Título VI. — De los incapaces y sus representantes y mandatarios legales.

Título VII. — De las personas jurídicas.

Título VIII. — De la prescripción.

Título IX. — De los concursos y quiebras.

Título X. — Derecho jurisdiccional.

Título XI. — De las sentencias.

Título XII. — De las obras intelectuales y artísticas, inventos y marcas de fábrica.

Título XIII. — De los ausentes.

Título XIV. — De la forma de los actos jurídicos.

Título XV. — De los exhortos y legalizaciones.

Título XVI. — De los domiciliados y transeúntes.

Título XVII. — Disposiciones comunes.

9. *Valor de este antecedente.*

Puede afirmarse que hasta ahora no ha sido hecha una crítica científica suficientemente profunda de este antecedente de los Tratados de Montevideo; pero su significado no puede pasar inadvertido.

Sobre todo llama la atención en él la intención de agotar los temas fundamentales del Derecho Internacional Privado

abarcándolos en un conjunto de soluciones muy completo. Su contenido teórico aparece visiblemente dominado por la preocupación práctica. La influencia de los angloamericanos y en especial de Story, es evidente; y otro tanto puede decirse de la inspiración debida a Savigny y a Fiore. Pero fué lo que en el lenguaje de nuestros días se llama "conciencia americana" lo que dió espíritu a este proyecto haciendo prevalecer la realidad continental sobre las inspiraciones doctrinarias provenientes del exterior.

Los congresistas de 1888 entraron a fondo en el estudio de este proyecto y le introdujeron reformas fundamentales; pero el valor de la iniciativa es inequívoco y no puede ser desconocido.

10. *Los Tratados de Montevideo y su experiencia.*

No parece necesario, a los fines de esta exposición, reconstruir las deliberaciones del Congreso de 1888 y mucho menos el contenido de los ocho Tratados aprobados en 1889 ⁽¹⁴⁾.

(14) Los Tratados aludidos son:

Tratado de Derecho Civil Internacional.

Tratado de Derecho Comercial Internacional.

Tratado de Derecho Penal Internacional.

Tratado de Derecho Procesal Internacional.

Tratado sobre propiedad Literaria y Artística.

Tratado sobre patentes de invención.

Tratado sobre Marcas de Comercio y Fábrica.

Convención sobre ejercicio de Profesiones Liberales.

Además fué firmado un Protocolo Adicional.

Véase el texto en *Actas y Tratados celebrados por el Congreso Internacional Sud-americano*, Montevideo, 1889.

Hay traducción francesa en el *Journal Clunet*, 1896, ps. 440, 699; 1897, p. 632.

Literatura americana sobre los Tratados: RAMÍREZ, *El derecho co-*

Conviene, sin embargo, formular algunas consideraciones de carácter general a su respecto, tal como hoy las puede concebir la crítica jurídica.

11. *Valor técnico de los Tratados.*

Por lo pronto, merece destacarse el ya apuntado apartamiento técnico del proyecto de Ramírez sustituyendo un cuerpo único de leyes por un conjunto de ocho Tratados independientes. Mediante este procedimiento se permitía la adhesión de los Estados por separado, así como la denuncia de uno solo de ellos sin afectar el resto de las convenciones. La excelencia de este método no puede ser puesta en discusión.

Otra circunstancia que dió efectiva eficacia a este cuerpo de disposiciones fué su carácter regional. Los congresistas de Montevideo no quisieron hacer una obra doctrinaria,

mercantil internacional en el Congreso Jurídico Sud-americano, Montevideo, 1889. SEGOVIA, *El derecho internacional privado y el Congreso Sud-americano de Montevideo*, Buenos Aires, 1889. RAMÍREZ, *El Derecho Procesal Internacional en el Congreso jurídico de Montevideo*, Montevideo, 1892. CARRÍO, *Apuntes de derecho internacional privado*, Montevideo, 1911. VICO, *Curso de derecho internacional privado*, 4 vol., Buenos Aires, 1927. ALCORTA, *Los Tratados de Montevideo de 1889*, Montevideo, 1931. ROMERO DEL PRADO, *La concepción del derecho internacional privado en el Congreso de Montevideo*, Buenos Aires, 1940. BUSTAMANTE y RIVERO, *El Tratado de derecho civil internacional*, Buenos Aires, 1940. SAPENA, *Derecho internacional privado*, t. 1, Buenos Aires, 1944. ROMERO DEL PRADO, *Manual de derecho internacional privado*, 2 vol., Buenos Aires, 1944; del mismo autor, *Tratado de derecho internacional privado* (van publicados 3 volúmenes; el primero, Córdoba, 1942). KRAISELBRUD, *Los Tratados de Montevideo y el derecho internacional privado*, Buenos Aires, s/f. Asimismo, el volumen *Los Tratados de Montevideo de 1889 y su interpretación judicial*, publicación de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 1940.

sino una obra práctica. Prefirieron por ello eludir el debate académico e ir directamente a la determinación de un conjunto de normas de derecho internacional privado que se ajustara a los datos sociales de los países signatarios, esto es, de los países que por su idéntica filiación histórica, tenían necesidades similares y convicciones jurídicas comunes. Es probable que si se hubiera querido elaborar un conjunto de tratados americanos de aplicación continental y que contemplara a la vez las aspiraciones de todos los Estados americanos, hubiera fracasado la iniciativa por obra de los distintos caracteres históricos de cada región. El carácter regional aludido constituye, pues, la principal razón de la eficacia de los Tratados.

Conviene poner de relieve, además, el equilibrio, la propiedad y la sobriedad de los textos. A cada materia se le concede la importancia que tiene. Cada artículo revela un conocimiento fácil y profundo, propio de especialistas avezados. Por eso, no entra el Tratado en la regulación minuciosa de los detalles innecesarios. Un ejemplo de esto lo constituye el Tratado de Derecho Civil que regula en un solo artículo el régimen general de los bienes.

12. *Actualidad de las soluciones.*

Pero lo que más merece ser subrayado es la modernidad de sus soluciones. Algunas de ellas fueron muy adelantadas para su época y sólo en nuestros días comienzan a nivelarse con el progreso de la doctrina.

Citamos al respecto su método savignyano que libra a los Tratados de toda sistematización apriorística; el régimen sobriamente equilibrado que adopta para las personas jurídicas extranjeras; el rechazo de la teoría de la autonomía

de la voluntad en momentos en que sólo Brocher lo había propuesto; el sistema de la *lex loci solutionis* para los contratos; y otras iniciativas, como la extradición de los propios nacionales, que manifiestan el espíritu de recíproca confianza y colaboración que animó a los Estados signatarios.

Llama la atención a este propósito, que las disposiciones de los Tratados y en especial los de derecho civil, no hayan tenido en Europa la difusión necesaria.

Sólo incidentalmente sus disposiciones son aludidas ⁽¹⁵⁾, a pesar de que en su plano científico constituyen un antecedente valioso para cualquier empresa de codificación de derecho internacional privado.

13. *Espíritu de los Tratados.*

Pasando ahora de la *técnica* de los Tratados al *espíritu* de cooperación que en ellos se encuentra, se advierte un fenómeno realmente curioso.

Los congresistas de 1888 obraron casi sin experiencia en la materia. Los Tratados de Derecho Civil Internacional y de Derecho Comercial tenían algunos antecedentes, pero fueron los primeros en cobrar vigencia efectiva en el mundo.

No obstante esta circunstancia, los Tratados se ajustaron perfectamente a las reclamaciones de la vida jurídica privada, tuvieron vigencia efectiva, y llevan al presente 60 años de aplicación cotidiana sin haber provocado una sola diferencia internacional.

Fueron ratificados poco después de su aplicación: Paraguay los ratificó de inmediato, en 1889; Perú, en 1890;

⁽¹⁵⁾ Así, en *Recueil des Cours de la Academie de Droit International*. GUTZWILLER, t. 29; BARBOSA DE MAGALHAES, t. 23; URRUTIA, t. 22; YEPES, t. 32; NOLDE, t. 55.

Uruguay, en 1892; Argentina, en 1894 y Bolivia, en 1903. Desde entonces, como decíamos, los Tratados han gozado de una especie de pacífica conciencia de obligatoriedad.

Las naciones signatarias tuvieron, por demás, el acierto de considerar el Tratado como "ley del Estado" en sus respectivos territorios, y en algún caso, como en el del Uruguay, se procuró incluso adaptar la legislación interna al espíritu de los Tratados de 1889, en busca de una unidad jurídica en las dos esferas del derecho: interna e internacional ⁽¹⁶⁾.

El mencionado ajuste natural de los textos a las necesidades jurídicas, es un notable caso de intuición que ha hecho posible cristalizar, directamente y sin vacilaciones, una obra que se realizaba sin experiencia previa, y cuyos ideales iban a ser los del tiempo futuro; todo fundado en un espíritu de recíproca confianza, libre de resentimientos y de nacionalismos mal entendidos.

Los congresistas de 1888 fueron, pues, por el camino de la intuición, hacia una empresa de cooperación internacional sin precedentes.

14. *Experiencia extrajudicial y experiencia judicial.*

Cuanto acaba de referirse resume, en cierto modo, el tema de esta exposición: la experiencia de los Tratados de Montevideo es la experiencia de su vigencia real y efectiva en los cinco países signatarios.

En el examen de este fenómeno trataremos de poner de relieve el carácter funcional de dichos Tratados, en su diaria aplicación.

⁽¹⁶⁾ Cfr. VARGAS GUILLEMETTE, *La codificación nacional del derecho internacional privado*, Montevideo, 1943.

Para tal fin conviene distinguir la experiencia extrajudicial y la experiencia judicial de ellos.

15. *Experiencia extrajudicial.*

Tal como se mencionaba en el preámbulo, puede afirmarse que el campo principal de aplicación de los Tratados radica en su diaria vigencia en los negocios jurídicos.

El fenómeno más importante de su realidad está constituido por la regulación pacífica, uniforme y constante de las relaciones jurídicas privadas que se entablan entre los súbditos de los distintos países signatarios. El Tratado de Derecho Civil, por ejemplo, prescribe sin vacilaciones cuál es la norma aplicable a los innumerables actos jurídicos que a diario se realizan, en cuanto al fondo y a la forma de los mismos.

Regida la capacidad por la ley del domicilio, el Tratado también encuentra diaria aplicación en esta materia. La contratación notarial hace de tales disposiciones su norma jurídica regular.

Otro tanto se puede decir acerca del Tratado sobre profesiones liberales, que establece el derecho de revalidar los estudios de un país a otro, sin exigencias de ninguna especie. Son muy numerosos los abogados argentinos, uruguayos, paraguayos, etc., que revalidan los títulos expedidos por sus universidades mediante un procedimiento de ejemplar sencillez y que pueden continuar ejerciendo sus profesiones en otro país.

En las épocas de crisis política interna, el Tratado sobre profesiones liberales ha prestado servicio invaluable a los intelectuales permitiéndoles continuar sin sobresalto económico el ejercicio de su profesión fuera de las fronteras de su patria.

Otro tanto puede decirse del Tratado sobre propiedad literaria y artística ⁽¹⁷⁾ y sobre marcas de fábrica, de pacífica y diaria aplicación sin que los conflictos de intereses lleguen hasta los tribunales.

Se ha venido a crear así, por virtud de una experiencia pacífica y constante, un auténtico sistema de cooperación. Y bastaría tener en cuenta qué situaciones habrían de crearse si los Tratados fueran denunciados, para comprender su importancia y significación.

En cuanto a los otros Tratados de Derecho Penal, Procesal y Comercial, son objeto de aplicación pacífica y constante en los casos comunes ⁽¹⁸⁾.

16. *Experiencia judicial.*

Aunque no es propósito de este estudio el de suministrar una exposición de jurisprudencia comparada, trataremos de dar una impresión general al respecto, sin perjuicio de detenernos en aquellas situaciones que, por haber planteado problemas, pueden servir de elementos de confrontación en torno a ciertos valores político-jurídicos afectados por los Tratados.

⁽¹⁷⁾ Cfr. BULLRICH, *El derecho de propiedad literaria y artística en el Congreso de Montevideo de 1939*, en *Rev. D. J. A.*, t. 37, p. 32.

⁽¹⁸⁾ Cfr., respectivamente, IRURETA GOYENA, *Fundamentos de las reformas al Tratado de Derecho Penal de Montevideo*, en *Rev. D. J. A.*, t. 38, p. 301. VIDELA ARANGUREN, *El concurso civil de acreedores en el Congreso de Montevideo 1939-40*, en *Revista argentina de derecho internacional*, Buenos Aires, 1941, ns. 3 y 4. El mismo, *Las quiebras en el Congreso de Montevideo de 1940*, Buenos Aires, 1943. ALFONSÍN, *Quiebras*, Montevideo; VIDELA ARANGUREN, *El derecho internacional privado en la reforma procesal*, en *Revista argentina de derecho internacional*, Buenos Aires, 1940, ns. 2 y 3; asimismo, nuestra nota en *La Nación*, Buenos Aires, febrero 23 de 1939.

Elegiremos para tal fin, un ejemplo del Tratado de Derecho Civil, otro del Tratado de Derecho Procesal y otro del de Derecho Penal.

Al elegir esos tres casos, queremos significar, implícitamente, que fuera de ellos no existen conflictos de significación. La jurisprudencia, tanto la uruguaya como la argentina ⁽¹⁹⁾, hacen aplicación muy frecuente de las disposiciones, en todos los órdenes, sin conflictos de importancia. Son centenares los fallos que aplican los Tratados como si fueran leyes internas, fuera de todo ámbito conflictual.

Cuanto hemos dicho de la realización espontánea en la vida jurídica extrajudicial, debemos repetirlo en cuanto se refiere a la aplicación judicial.

17. *El problema de los divorcios.*

El primer caso de trascendencia en esta materia, lo constituye el problema de los divorcios regulados por el Tratado de Derecho Civil.

De acuerdo con este Tratado, la ley del domicilio regula todo lo relativo a las relaciones familiares, incluso la disolución, cuando la causal alegada sea admitida por la ley del lugar de la celebración del matrimonio. La diferencia de legislación en esta materia es muy considerable, por cuanto la legislación argentina no admite el divorcio *ad vinculum*, en tanto que la uruguaya, siguiendo en esta materia a la

(19) Los casos de jurisprudencia uruguaya pueden compulsarse en sus principales repertorios. Especialmente *Rev. D. J. A.*; *L. J. U.*; *Jurisprudencia, Colección Abadie Santos*; y *Rev. D. P. P.* La jurisprudencia argentina se hallará sirviéndose de los repertorios de sus excelentes colecciones *Jurisprudencia Argentina* y *La Ley. Verb. Tratados de Montevideo.*

legislación francesa, admite la disolución del matrimonio. La legislación uruguaya de divorcio ha cumplido ya más de cuarenta años.

Esta circunstancia ha hecho que, constantemente, dada la proximidad territorial, la facilidad de las comunicaciones y los estrechos vínculos familiares y sociales de ambos pueblos hermanos, se acuda a los jueces uruguayos en demanda de divorcio para matrimonios celebrados en la República Argentina.

En los hechos, los jueces uruguayos han procedido con indulgencia en esta materia. El Tratado les da competencia cuando el domicilio conyugal existe en el Uruguay; y la prueba de éste es relativamente fácil dada la proximidad de ambas capitales del Río de la Plata, cuando ambos cónyuges están de acuerdo en el divorcio. Por supuesto, que en la casi totalidad de esos casos, se trata de regularizar situaciones de hecho ya consolidadas por largo tiempo, y el ulterior matrimonio en el Uruguay procura, especialmente, evitar para los hijos de esa nueva unión la penosa calificación de *adulterinos*, dándoles la calidad de *legítimos* o *legitimados* que les asigna la ley uruguaya.

La mayor o menor facilidad del procedimiento depende de la mayor o menor severidad en la apreciación de la prueba del domicilio.

En los actuales momentos, respondiendo a un deseo muy extendido, la severidad en la apreciación de la prueba ha cobrado vigencia efectiva.

La jurisprudencia argentina ha actuado, luego de algunas vacilaciones iniciales, con espíritu radical en esta materia, negando validez a las sentencias uruguayas de divorcio. En algún caso aislado ha llegado a determinar la bigamia

del cónyuge que ha vuelto a casarse en el Uruguay ⁽²⁰⁾.

Pero a despecho de esta jurisprudencia, los tribunales uruguayos siguen siendo requeridos para nuevos casos de disolución del matrimonio.

Más de una pareja va de Buenos Aires a Montevideo a contraer matrimonio, en la suposición de que, como dijo un agudo espíritu, "su matrimonio dure lo que dure su amor".

Ante el Congreso argentino se han presentado algunos Proyectos tendientes a convalidar esos divorcios ⁽²¹⁾ y los ulteriores matrimonios, y en doctrina se sostiene frecuentemente su validez ⁽²²⁾.

Esto, sin perjuicio de que, cada tanto tiempo recrudezca en la Argentina la propaganda en favor del divorcio, solución ésta que, si bien cuenta con la adhesión de muchos sectores de la opinión pública argentina, encuentra la resistencia tenaz de otros.

⁽²⁰⁾ La literatura y la jurisprudencia sobre este tema son copiosas. A título de resumen comprendiendo las múltiples situaciones, cfr. *Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica de la Facultad de Derecho de Buenos Aires*, t. 5, p. 199, y *La jurisprudencia argentina y los divorcios decretados en el Uruguay*, en *Rev. D. J. A.*, Montevideo, t. 39, p. 82.

⁽²¹⁾ El más importante, por la magnitud de la empresa y la personalidad de sus autores, fué el Proyecto de Código Civil, con dos soluciones al respecto. Cfr. *Reforma del Código Civil*, Buenos Aires, 1936, t. 1, ps. XIX y 46 y sigtes. Entre la abundante literatura que existe en torno a este punto, nos permitimos recomendar el trabajo de MICHELSON, *El proyecto del divorcio limitado y el Tratado de Montevideo*, Buenos Aires, 1937.

⁽²²⁾ Así, DÍAZ DE GUIJARRO, *Validez del matrimonio contraído en el Uruguay por divorciados de unión argentina*, en *Antología jurídica*, Buenos Aires, 1934. Cfr. asimismo, MICHELSON y WESSEL, *Validez del segundo matrimonio celebrado en el extranjero cuando media uno anterior contraído en la república y disuelto en país no signatario del Tratado de Montevideo*, en *Revista Crítica de Jurisprudencia*, t. 3, p. 207.

No obstante las apariencias, la aplicación del Tratado de Montevideo en esta materia no está en cuestión.

El Tratado se aplica en cuanto la ley de domicilio regula la disolución del matrimonio.

Pero, por otra parte, los tribunales argentinos se han reservado siempre la aplicación de la cláusula del Protocolo Adicional a los Tratados, según la cual, en ningún caso, su texto se aplicará en contra del orden público de cada país.

Y el orden público es, según ha dicho cáusticamente Carlos Vico, el internacionalista argentino, el "lasciate ogni speranza" del derecho internacional.

Sea como sea, mientras subsista la diferencia actual de legislaciones, subsistirán los conflictos. En materia de divorcio tiene aún plena vigencia aquella bella estrofa del Rey en una de las tragedias de Esquilo⁽²³⁾, frente a las Suplicantes que huyen de las leyes del matrimonio egipcio. Ellas son la expresión de uno de los casos universales más notorios en materia de conflicto de leyes; el poeta griego hablaba allí como un abogado internacional de nuestros días.

18. *El problema de los embargos.*

El segundo ejemplo de jurisprudencia contradictoria nos lo suministra el Tratado de Derecho Procesal, en materia de embargo y medidas de garantía decretadas por jueces extranjeros.

Lo que aquí ha ocurrido tiene menos significación que

(23) "Si los hijos de Egipto alegan derecho sobre ti por las leyes de su pueblo, a título de tus parientes más próximos ¿quién querrá oponerse a su demanda? Preciso será oponerse con las mismas leyes de Egipto, probando que conforme con ellas no tienen sobre ti autoridad ninguna". (*Las suplicantes*, Ep. I, antistrofa II).

en el ejemplo anterior; pero revela de qué manera los nacionalismos mal entendidos pueden conspirar contra la efectiva vigencia de los Tratados.

Las disposiciones del Tratado de Derecho Procesal en esta materia son, a nuestro modo de ver, lo suficientemente claras como para admitir la tesis afirmativa; es decir que, a requerimiento de un juez extranjero de otro país signatario del Tratado, deben acordarse medidas de garantía sobre bienes existentes en el país del juez requerido. Pero aun reputando claras esas disposiciones, reconocemos que no son todo lo claras que sería de desear ⁽²⁴⁾.

El segundo Congreso de Montevideo (1939-1940) modificó el Tratado en esta materia haciendo absolutamente inequívoco su régimen ⁽²⁵⁾.

Lo cierto es que, en la aplicación del Tratado vigente la jurisprudencia uruguaya y la argentina han sido contradictorias.

Los jueces uruguayos comenzaron por acordar medidas de garantía sobre bienes existentes en el Uruguay, a requerimiento de los jueces argentinos. Pero, por su parte, la jurisprudencia argentina fué hostil a los requerimientos análogos de jueces uruguayos. Esta última circunstancia, motivó algunas resistencias de los jueces uruguayos a seguir acordando medidas de garantía ante la falta de reciprocidad. A pesar de ello, las medidas de garantía siguieron acordándose. Pero los últimos fallos uruguayos parecen orien-

⁽²⁴⁾ Sobre todo este problema, *La jurisdicción nacional y los embargos decretados por jueces extranjeros*, publicado en el primer volumen de estos *Estudios*.

⁽²⁵⁾ VIDELA ARANGUREN, *El derecho internacional privado en la reforma procesal*, cit., p. 54, refiere un antecedente cuyo conocimiento resulta indispensable. Cfr., asimismo, *Actas*, cit.

tarse, no obstante algunas excepciones que nos permitimos calificar de honrosas, hacia la negativa de tales medidas.

En cuanto a los argumentos en favor de una y otra tesis, no son de reeditar aquí, ya que el propósito de estas líneas es tan sólo registrar la aplicación judicial de los Tratados y no su dogmática. Nos remitimos en esta materia a nuestro estudio ya aludido ⁽²⁶⁾.

19. *El problema de la extradición.*

También la extradición ha dado lugar a numerosas alternativas en la práctica judicial.

Sin embargo, tales alternativas están casi exclusivamente limitadas a la consideración de los pedidos de extradición de procesados por delitos cuya naturaleza *común* o *política* está en duda, y acompañan con una curva paralela a los períodos de reposo o de agitación política en los países requirentes.

En efecto: los Estados signatarios se muestran saludablemente confiados entre sí cuando se trata de acordar la extradición de delincuentes comunes; pero, movidos por el espíritu democrático y de amparo de las libertades humanas, examinan minuciosamente los pedidos de extradición que, por cualquier circunstancia, parecen obedecer a móviles políticos.

El Tratado de Derecho Penal de 1889 niega la extradición por delitos políticos; pero los Estados convulsionados por agitaciones internas solicitan a veces extradiciones alegando delitos comunes, lo cual suscita controversias jurídicas intrincadas que los jueces deben resolver cada cual

(26) *La jurisdicción nacional*, etc., ps. 248 y sigtes.

a su modo, alimentándose así una jurisprudencia muy abundante que publican los repertorios ⁽²⁷⁾.

Por lo demás, el Tratado ha organizado la extradición de los procesados de modo que el Estado requerido pueda apreciar por intermedio de sus jueces, la procedencia del pedido *en el fondo*.

Por esa razón, los pedidos de extradición deben venir acompañados de todos los recaudos y antecedentes necesarios para convencer al juez requerido de que es procedente el procesamiento del sujeto, y por lo tanto, su extradición.

Sobre este punto, a veces puramente formal, también hay jurisprudencia encontrada, porque algunos jueces profundizan en la causa extranjera más de lo prudente, en tanto que otros se conforman con un examen somero ⁽²⁸⁾.

No obstante, el régimen de la extradición tal como esta establecido en el Tratado de 1889 ha dado frutos inapreciables para la represión internacional del delito, y son gran mayoría los pedidos que se cursan sin ningún tropiezo ni dilación.

20. Conclusiones.

Los Tratados de Montevideo tienen efectiva vigencia entre los países signatarios. Su carácter regional; la natural vinculación de cinco pueblos unidos por idéntico origen histórico; comunidad de lengua, de ideales y de fraterna

⁽²⁷⁾ El tema ha sido analizado exhaustivamente en el libro de OLARTE, *Extradición*, 3 tomos, Montevideo, 1942. Sobre la jurisprudencia comparada, todo el t. 3 de la obra.

⁽²⁸⁾ OLARTE, *Extradición*, cit., t. 1, ps. 127 y sigtes.

solidaridad continental, ha permitido que estos Tratados se cumplan efectivamente en la medida de sus naturales previsiones.

Esa efectividad se refleja no sólo en el hecho de que su aplicación ha generado muy escasos conflictos, sino también en que el intento de revisión con motivo de su cincuentenario, no ha alterado sus bases, sino sus pormenores. La aplicación pacífica de tales diplomas constituye un caso, decíamos, de realización espontánea del derecho.

Los problemas en los cuales la jurisprudencia internacional comparada ofrece soluciones contradictorias, obedecen a circunstancias no siempre jurídicas. Si se hace excepción del ejemplo de los embargos o medidas de seguridad en materia civil, en cuyo caso el texto del Tratado no tiene la claridad requerida y ha dado motivo a interpretaciones diferentes, en los otros dos, han sido factores que llamaríamos *meta-jurídicos*, o cuando menos ajenos a la técnica misma de los Tratados, los que han impuesto su rumbo a las soluciones.

En el caso de los divorcios, son profundas convicciones de orden social, familiar y en muchos casos religioso, las que han determinado la disparidad de criterios. La diferencia de las legislaciones es de tal manera radical, que parece difícil una conciliación entre ambas. Por otra parte, cada Nación ha procedido aquí en la medida de su derecho interno, al amparo de la cláusula de orden público del Protocolo Adicional.

En el caso de la extradición, ha sido un anhelo de libertad política. El último fallo dictado en asuntos de esta índole, termina con estas consideraciones: "los jueces deben vigilar celosamente la justiciera aplicación de la norma de derecho y amparar al expatriado, cuando la pasión polí-

tica y la subsiguiente falta de serenidad en la apreciación de sus actos funcionales o personales, ponen de manifiesto el peligro de cometerse un error judicial irreparable” (20).

(20) Pueden consultarse todos los antecedentes de este asunto en el libro de BERRO, *Extradición con fines políticos*, Montevideo, 1944. En este caso fué planteada, además, la inconstitucionalidad de la disposición del Tratado que autoriza la detención preventiva por 10 días del requerido por extradición, en tanto llegan los documentos. Se consideró esa disposición violatoria de la garantía constitucional de *Habeas corpus*, que impone la sumisión al juez competente dentro de las 24 horas. La tesis, muy felizmente concebida y desenvuelta, no llegó a decidirse, por haber llegado a tiempo los documentos. Cfr. *op. cit.*, p. 15.

4. IMPEDIMENTO, RECUSACIÓN Y ABSTENCIÓN DE LOS JUECES

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. Planteo. — 2. Origen de nuestro sistema legal. — 3. Carácter jurisdiccional o administrativo de las inhibiciones. — 4. La capacidad subjetiva como presupuesto de la jurisdicción. — 5. Impedimento, recusación y abstención. — 6. Motivos generales de inhibición. — 7. Extensión del régimen a los órganos auxiliares de la justicia. — 8. Inhibición de Actuarios y Alguaciles. — 9. Inhibición de jueces comisionados. — 10. Inhibición de conjueces. — 11. Inhibición de Jueces árabitos, Peritos y Regulador de Honorarios. — 12. Alcance del sistema legal. — *Capítulo I. DEL IMPEDIMENTO.* 13. Concepto de impedimento. — 14. Motivos de impedimento. Carácter general. — 15. Motivo de interés. — 16. Motivo de parentesco directo. — 17. Motivo de parentesco indirecto. — 18. Motivo de intervención anterior. — 19. Motivo de tutela, curatela o partición. — *Capítulo II. DEL PROCEDIMIENTO EN CASOS DE IMPEDIMENTO.* 20. Primera situación: el juez advierte el motivo. — 21. Segunda situación: el juez no advierte el motivo. — 22. Suspensión del procedimiento. — 23. Nulidad de las actuaciones. — 24. Impedimento de los abogados y procuradores. — *Capítulo III. DE LA RECUSACIÓN.* 25. Inhibición y recusación. — 26. Recusación perentoria. — 27. Recusación motivada. — 28. Carácter de la enumeración. — 29. Causas relativas al objeto del litigio. — 30. Causas relativas a las personas. Predisposición favorable. — 31. Causas relativas a las personas. Predisposición desfavorable. — *Capítulo IV. PROCEDIMIENTO DE LA RECUSACIÓN.* 32. Desarrollo del procedimiento hasta la calificación del grado. — 33. Prueba del incidente. — 34. Procedimiento posterior a la prueba. — *Capítulo V. EFECTOS DE LA RECUSACIÓN.* 35. Extensión de la recusación. — 36. Validez de las actuaciones. — 37. Sanciones especiales. — *Capítulo VI. DE LA ABSTENCIÓN.* 38. Concepto de abstención. — 39. Motivo de decoro y delicadeza. — 40. Ausencia de normas reglamentarias. — 41. Actitud del juez. Comunicación al superior. — 42. Decisión del superior. — 43. Procedimiento posterior al decreto que concede o niega la abstención. — 44. Remisión de los antecedentes. — 45. Alcance del decreto que concede o niega el derecho de abstención.

IMPEDIMENTO, RECUSACIÓN Y ABSTENCIÓN DE LOS JUECES

INTRODUCCIÓN

1. *Planteo.*

El tema del impedimento, la recusación y la abstención de los Jueces, debe tener su natural colocación en la Ley Orgánica de los Tribunales, ya que constituye un modo de inhibición mediante el cual, los jueces, por razones de orden personal y no funcional, dejan de intervenir en los asuntos.

El elemento común de estos tres institutos, es el de que mediante algunas de las causas previstas en la ley, deben o pueden apartarse del conocimiento de la causa.

El estudio debe hacerse examinando estas tres instituciones en términos generales, para pasar luego al examen de cada una de ellas en particular.

En la primera parte de este desarrollo se analizan, en consecuencia, los tres modos de inhibición según sus características comunes. En la segunda, se examina cada uno de ellos en particular, exponiéndose separadamente su concepto, su procedimiento y sus efectos.

2. Origen de nuestro sistema legal.

La fuente de nuestros textos, donde se hallan los elementos ilustrativos de mayor significación, es la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile, de 15 de octubre de 1875.

Esta fuente no descarta, por ejemplo, el proyecto argentino de Domínguez o la Ley Española de 1855. Pero el rastro chileno ha quedado marcado en nuestro texto hasta por la utilización reiterada de la palabra *implicancia* que es un chilenismo que se utiliza como equivalente de impedimento ⁽¹⁾.

A pesar de que en el texto chileno estos institutos no pertenecen al C. P. C., en el nuestro, que involucró originariamente la formación de los Tribunales y el Procedimiento Civil propiamente dicho, aparece incorporado al conjunto de incidentes especiales.

En la mayoría de las legislaciones, aún en las más recientes, como en el nuevo Código de Procedimiento Civil italiano, aparece incorporado a la parte general. En el proyecto de Cód. de Proc. Civil para nuestro país, la materia del impedimento, los motivos de recusación y el derecho de abstención, quedan reservados para la Ley Orgánica de los Tribunales, en tanto que el procedimiento de la recusación forma parte del capítulo de los incidentes.

(1) Las autoridades del idioma admiten *Implicación*, como contradicción, oposición de los términos entre sí. Pero en algunos buenos diccionarios, como el *Diccionario Etimológico* de BARCIA, aparece *Implicancia* como sinónimo. Una prolija versión de los debates que llevaron a la adopción de este concepto y vocablo en Chile, puede verse en BALLESTEROS, *La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile*, Santiago, 1890, t. 2, ps. 313 y sigtes.

3. *Carácter jurisdiccional o administrativo de las inhibiciones.*

Las propias vacilaciones relativas a la colocación de este tema dentro del sistema legal, traslucen el problema de su naturaleza jurídica.

Se trata de saber, sustancialmente, si el régimen de la inhibición constituye un capítulo del derecho administrativo judicial o si, por el contrario, se trata de un procedimiento netamente jurisdiccional.

La dilucidación de este tema trae aparejadas numerosas consecuencias que han de variar según que la conclusión se incline a una u otra tesis. La influencia de la voluntad de las partes, el valor de la cosa juzgada, el alcance de los poderes disciplinarios de los órganos superiores, etc., adquirirán mayor o menor extensión, según que la solución se incline hacia una u otra zona del derecho.

Este problema exige, pues, una dilucidación anterior al examen particular de cada uno de los modos de inhibición.

La doctrina ha distinguido, sustancialmente, dos situaciones en el magistrado que le crean inhibiciones de conocer. Por un lado, se distingue al juez que se encuentra en tal situación personal que no es posible confiarle de ninguna manera el conocimiento del asunto. Se habla, entonces, de *judex inhabilis*. En estos casos, la imposibilidad de conocer es absoluta. La situación equivale íntegramente, a nuestro régimen de impedimento.

Al lado del *judex inhabilis*, se encuentra el *judex suspectus*. En él no hay propiamente impedimento absoluto, sino causa de recelo o simple motivo de sospecha. Se trata de una situación equivalente a la recusación de nuestro Código.

Todas las legislaciones involucran, además, entre las causas de recusación, alguna disposición según la cual por motivos graves, se autoriza el alejamiento del magistrado. En nuestro Código se ha creado para esta situación una tercera categoría que viene a añadirse a la del juez inhábil y a la del juez sospechoso: la del magistrado que por razones de decoro y delicadeza, requiere autorización para abstenerse del conocimiento de determinado asunto.

Dentro de este cuadro general, las legislaciones austríaca y alemana, han preferido no enumerar causales, dejando librado al criterio de los tribunales superiores la determinación de los motivos de inhibición. El derecho español y los que de él derivaron, establecen motivos concretos para la inhibición. A esta línea de orientación pertenece el nuestro.

Hechas estas aclaraciones, corresponde, todavía, acentuar el alcance de la terminología legal, y la que aquí se ha de utilizar. Cuando se trata de referir la característica común de los tres institutos que aquí se analizan, se utiliza la palabra *inhibición*. Este vocablo está tomado del artículo 783: C. P. C. Con él se denota, tan sólo, el hecho del alejamiento del magistrado, su apartamiento de un asunto concreto respecto del cual tiene motivo de impedimento, de recusación o abstención. Cuando un juez se halla impedido, *debe inhibirse* de conocer; cuando un juez es recusable, *se le inhibe* de conocer; cuando un juez solicita derecho de abstención, *puede inhibirse* de conocer. En cuanto a los vocablos particulares, se utilizan en su preciso sentido legal: *impedimento*, es la inhibición por prohibición legal; *recusación* es inhibición por voluntad de la parte afectada; *abstención* es inhibición por voluntad del magistrado.

Son estas modalidades particulares, las que han creado a la doctrina la perplejidad de saber si estas situaciones con-

figuran fenómenos de derecho administrativo o jurisdiccional propiamente dicho.

Wach, dentro de su rigurosa sistemática, se inclinaba hacia el carácter administrativo, sosteniendo que siendo el juez un órgano del Estado, debe afirmarse el carácter administrativo del instituto de la recusación y de la inhibición; subraya que no se trata de derechos inherentes a los particulares que son los que procuran protección jurídica sino de la propia composición del tribunal ⁽²⁾. Este modo particular de mirar el instituto ha sido acompañado por una parte de la doctrina italiana ⁽³⁾, donde se ha sostenido que la recusación tiene el carácter de una simple regulación interna de la justicia, en el sentido de que su objeto es, solamente, la constitución del tribunal; según esta tesis, no existe conflicto entre el juez y la parte recusante, sino apenas, una situación de orden administrativo.

No obstante estas opiniones, la doctrina más autorizada se inclina hacia el carácter jurisdiccional del acto. Nadie discute que el contenido de la recusación traiga o no aparejado un conflicto inherente a la determinación del juez que debe decidir. Lo que está en tela de debate en este asunto, es el punto de saber en qué sentido las partes tienen

(2) En su admirable estructura, el *Handbuch des deutschen Civilprozessrecht*, Leipzig, 1885, destina la segunda parte a "Los sujetos del proceso": el tribunal, las partes, los auxiliares y los terceros intervinientes. Al examinar la competencia, distingue entre competencia objetiva y competencia funcional. Al examinar la organización del tribunal distingue entre composición del tribunal (*Aemter*); autoridad del tribunal y personas del tribunal. Es en este lugar en que el tema de la recusación e impedimentos aparece implantado (*op. cit.*, p. 333).

(3) Así, GIACOMAZZI, *Sulla appellabilità delle sentenze di ricusazione da parte del giudice*, ref. de COSTA, *Astenzione e ricusazione dei giudici*, en *Nuovo Digesto Italiano*, t. I, p. 1066.

derecho a ser juzgadas por un juez que no sea inhábil ni sospechoso y cuál la eficacia de los medios legales para provocar su alejamiento (4).

El carácter jurisdiccional de los procedimientos de recusación resulta evidente si se tiene en cuenta que el sistema legal ha instituído un conjunto de normas, mediante el cual las partes afectadas pueden provocar en forma contenciosa el alejamiento del juez. Esas normas habilitan a las partes a provocar la inhibición del magistrado aún en contra de la voluntad de éste. Si el magistrado se inhibe voluntariamente, la situación no adquiere trascendencia. Pero si no lo hace, el procedimiento puede asumir los caracteres de un contradictorio entre el recusante y el magistrado. La decisión que resuelve ese contradictorio hace cosa juzgada y debe cumplirse preceptivamente por el juez y por la parte. Declarado el impedimento, se produce sin necesidad de sentencia especial la nulidad de todo lo actuado por el juez impedido, como una forma de *efecto secundario* de la cosa juzgada. Los motivos de recusación o de impedimento pueden, acaso, ser configurados como derecho administrativo. Otro tanto puede decirse del derecho de abstención. Pero los procedimientos de recusación son específicamente jurisdiccionales.

No aparece, en cambio, tan nítido ese carácter en el derecho de abstención, ya que no se puede hablar en él, de conflicto alguno entre la parte y el magistrado, sino en un derecho, de tipo administrativo de este último, a obtener su alejamiento del asunto por razones de orden puramente personal.

Los desarrollos siguientes, tratan de dar razón de estas afirmaciones.

(4) COSTA, *op. cit.*, con referencia a la doctrina dominante.

4. *La capacidad subjetiva como presupuesto de la jurisdicción.*

Dentro del campo de la jurisdicción, la intervención del magistrado se regula por dos órdenes de consideraciones. Por un lado, se hallan las relativas a la competencia. Ellas configuran un régimen selectivo que procura encontrar al magistrado presumiblemente, más idóneo para dirimir el conflicto de intereses. Esa idoneidad se busca no sólo en razones de especialización personal, sino también en razón del lugar y de la cuantía. La jurisdicción queda, así, repartida entre los muchos jueces que integran el Poder Judicial, asignándose a cada uno de ellos el conocimiento de determinados asuntos y privándole, implícitamente, del conocimiento de otros. Los asuntos que le son confiados constituyen *su competencia*. Respecto de los asuntos que no le han sido confiados, se determina en forma tácita, *su incompetencia* ⁽⁵⁾. Pero todavía dentro del cúmulo de asuntos que constituyen la competencia de un juez, pueden surgir algunos en los cuales su actitud personal pueda estar comprometida. El interés en la causa, el parentesco con las partes, el excesivo afecto o la enemistad con ellas, configuran un elemento nuevo que se presenta dentro del cuadro de la competencia de un magistrado.

Hecha esta aclaración, se advierte que no existe interferencia posible entre las situaciones de competencia e incompetencia y estas nuevas situaciones de orden puramente personal del magistrado. En la competencia, está en juego su función; cualquier magistrado que le reemplace se encontrará en idéntica situación que el antecesor. En este

(5) *Curso sobre el Código de Organización de los Tribunales*, ps. 79 y sigtes.

nuevo orden de cuestiones, la inhibición es de orden individual y no militarán frente a un nuevo magistrado llamado a sustituirlo.

Las legislaciones que han sido fuente de la nuestra, en especial la chilena, han confundido reiteradamente los problemas de la competencia con los de la inhibición personal del magistrado. La doctrina alemana, en cambio, ha distinguido con toda nitidez, estos dos órdenes de problemas. Aun cuando un juez tenga una capacidad absoluta para entender en un asunto en razón de su competencia, puede faltarle, en cambio, una capacidad relativa en razón de su persona. Esta ausencia de capacidad relativa puede provenir de un texto expreso de ley que lo establezca, o de una resolución especial que lo determine en este caso concreto ⁽⁶⁾.

El tema de las inhibiciones viene a colocarse, por virtud de este simple planteo, dentro del conjunto de presupuestos procesales. Estos constituyen, por definición, "aquellos antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal" ⁽⁷⁾. La competencia constituye un presupuesto de orden objetivo; la ausencia de motivos de inhibición constituye un presupuesto de capacidad subjetiva de los agentes de la jurisdicción. Podemos hablar, en consecuencia, de la capacidad subjetiva del magistrado, vale decir, de su absoluta idoneidad personal, despejada de toda sospecha o recelo, como de un presupuesto de la jurisdicción la que, a su vez, es un presupuesto procesal.

Las partes tienen derecho a ser juzgadas por magistrados de tal manera idóneos en el orden personal, que no pue-

⁽⁶⁾ GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, p. 119. Antes, WACH, *Handbuch*, cit., ps. 309 y sigtes.

⁽⁷⁾ Así, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 49.

da surgir en ellas ningún recelo fundado acerca de su ecuanimidad en el instante de la decisión.

5. *Impedimento, recusación y abstención.*

La clasificación tripartita de nuestra ley, surge de su propio texto aunque no de la denominación que corresponde al título VII.

Las notas diferenciales de esas tres situaciones de inhibición, surgen del sistema legal con absoluta nitidez. *El impedimento* es un motivo grave de inhibición: configura una circunstancia que obsta en modo absoluto al conocimiento de un asunto determinado, por parte del juez. Ni aun mediando acuerdo de partes, es posible que entienda en el asunto un juez impedido. Su deber de alejamiento es inmediato. No necesita esperar que las partes se manifiesten a este respecto, ni requiere autorización del superior para desprenderse del conocimiento del asunto.

La recusación configura causa leve de inhibición; no se trata de implicancia, es decir, de incapacidad absoluta, ya que si la parte perjudicada con el motivo de sospecha acepta la intervención del magistrado, éste debe seguir conociendo en el asunto. El alejamiento del magistrado no es inmediato cuando media motivo de recusación; su deber es dar cuenta a las partes y esperar a que éstas se manifiesten; la conformidad expresa o tácita purifica el motivo de sospecha y dota al juez de aptitud plena para intervenir en el asunto; prestada esa conformidad en forma expresa o tácita, existe preclusión del procedimiento dirigido a alejar al magistrado, y éste debe seguir conociendo en el asunto. En el caso de que el magistrado entienda que no existen motivos de sospecha, el procedimiento de recusación surge como un derecho de

la parte, cuya finalidad es obtener del superior un pronunciamiento dirigido a alejar al juez del conocimiento del asunto.

La abstención no configura una causal de inhabilidad, ni siquiera un motivo de sospecha. Es una situación de conciencia que autoriza al juez a ser relevado de la intervención en el asunto. Es un derecho de tipo administrativo que tienen todos los funcionarios públicos, y que consiste, sustancialmente, en liberarlos del conflicto moral que representa tener que decidir en asuntos en los cuales razones de decoro o de delicadeza les crean un estado particular de violencia moral. Este tipo de derecho no alcanza a las partes en ningún sentido. Estas son ajenas a una situación que se produce exclusivamente dentro de la conciencia moral del magistrado. No pueden requerir a éste su alejamiento del asunto, ni les es dado tampoco, obtenerlo por intermedio de su superior jerárquico.

6. *Motivos generales de inhibición.*

La doctrina clasifica los motivos de inhibición según surjan del objeto del litigio, de las partes en conflicto, y de los otros órganos llamados a intervenir.

Las inhibiciones que provienen *del objeto* mismo del conflicto, son aquellas que establecen un lazo de interés material o moral entre las cosas que se debaten y la persona del magistrado. Nadie duda de que el juez no puede ser juez de la causa en la que tiene un interés personal, porque ello equivaldría a erigirlo simultáneamente en juez y parte dentro del conflicto. De la misma manera existe inhibición si el magistrado hubiese tenido participación anterior, directa o indirecta, en el juicio, no sólo como juez, sino también como

abogado, como árbitro, como perito o como simple consejero. Lo menos que se puede suponer en esta circunstancia, es que el interés, el amor propio o el prejuicio habrán de inclinar el ánimo del magistrado en un sentido particular, en desmedro de su independencia espiritual.

Las inhibiciones que provienen *de las partes* en conflicto son aquellas que nacen en razón del parentesco, de la amistad o de la enemistad entre el magistrado y los litigantes. Nuestro Código ha considerado los grados próximos del parentesco como un motivo de impedimento, los grados más alejados como un motivo de recusación y las razones de delicadeza personal, como un justificativo de la abstención.

Las inhibiciones derivadas de la relación *del magistrado* con otros órganos del mismo Poder Judicial, tienen un principio de consagración en nuestro derecho, en la fórmula del artículo 71: C. O. T., según el cual no pueden ser simultáneamente jueces de un mismo tribunal, ni aun para el caso de integración, los parientes consanguíneos o afines en línea recta, ni los colaterales hasta el cuarto grado inclusive de consanguinidad o segundo de afinidad. "Si dos miembros de un mismo tribunal, añade el artículo 73, contrajeran, después de haber sido nombrados tales, algunos de esos parentescos, aquel por cuyo matrimonio se haya contraído, cesará inmediatamente en el ejercicio de sus funciones".

Pertenece también a este orden de inhibiciones, el principio general implícito en el sistema de la apelación, aun cuando no tenga texto expreso entre nosotros, según el cual ningún juez puede ser juez de apelación de su propia sentencia. Esta solución hallaría su apoyo en la disposición del inc. 5º del artículo 786 que establece el prejuzgamiento como causal de recusación. Pero en verdad, una circuns-

tancia de esta índole constituye mucho más que un motivo de recusación susceptible de ser subsanado por las partes: constituye una desnaturalización absoluta del principio de apelación, según el cual incumbe al juez de la instancia superior, actuar como órgano de revisión del fallo del inferior, según el precepto "appellatio est provocatio ad majori iudicem" (8). Si un juez de primera instancia, ascendido a un Tribunal de Apelaciones se encontrara llamado a fallar como juez de segunda instancia, sobre la confirmación o revocación de su propio fallo de la instancia anterior, no podría suponerse, en modo alguno, que el motivo que media a su respecto sea el de recusación, sino, por el contrario, un motivo de inhibición absoluta que le impide ser, en la misma causa, juez de su propia sentencia.

7. *Extensión del régimen a los órganos auxiliares de la justicia.*

El sistema de inhibiciones que se viene analizando ha sido extendido a todas aquellas personas que colaboran con la justicia.

El criterio general que domina los artículos 814 y siguientes, es el de que todo funcionario que desenvuelve una actividad conexas con la del Poder Judicial, deja de intervenir conforme medien a su respecto, situaciones análogas a las que aparejan el impedimento, la recusación y la abstención de los jueces.

El criterio de apreciación de esas disposiciones, ha de ser mucho más leve que el de los magistrados. Con respecto a éstos, lo que se desea es que no tengan potestad de decisión

(8) *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 203.

en el asunto, funcionarios que por su condición se hallan propensos a ser víctimas de su interés, de su amor propio, o de sus rencores. Pero como la labor de los órganos auxiliares adquiere menos significación en este orden de cosas, el criterio de apreciación resulta forzosamente menos riguroso.

Dicho régimen no se extiende a los Fiscales cuando actúan como parte principal, vale decir, como demandados o demandantes ⁽⁹⁾. Tampoco cuando actúan como parte adjunta ⁽¹⁰⁾. En estos casos, el exceso de interés que pudiera tener el funcionario no habría de redundar, ciertamente, en mal de la justicia, sino en bien de la misma. Si el Fiscal de Hacienda, por ejemplo, tiene cierta participación económica en el cobro de un crédito fiscal, el interés no ha de ser un obstáculo para su intervención. Ese interés se habrá de contrarrestar con el interés opuesto de la parte demandada y, en último término, el magistrado será el que establezca cuál de ambos ha de prevalecer. En el proceso no se eligen enemigos, ni nadie puede quitarse de encima un adversario a pretexto de que es interesado en la causa. El Fiscal que actúa como parte es un actor o un demandado como cualquier otro.

Cambia, sin embargo, la situación cuando el Fiscal no actúa como parte principal sino como parte adjunta, vale decir, como órgano de asesoramiento. En este caso, el juez escucha su parecer tal como si estuviera libre de sospecha y

⁽⁹⁾ Sobre recusación de Fiscales, véase SAYAGUES LASO, *Vistas Fiscales*, t. 3, ps. 19 y sigtes., y *L. J. U.*, t. 3, c. 782.

⁽¹⁰⁾ En el caso publicado en *Rev. D. P. P.*, t. 12, p. 333, se decidió que el Fiscal de lo Civil que actúa en juicio de investigación de la paternidad, no es recusable. La solución es correcta. Tal como lo sostiene SACARELO FUENTES, en nota al aludido fallo, el Fiscal de lo Civil es, en ese caso, *parte adjunta*. Nuestra legislación no ha seguido en esta terminología a sus fuentes francesa e italiana; pero ha instituido esta forma de intervención del Ministerio Público.

recelo. La causa íntima que gravite sobre su opinión puede pasar desapercibida al magistrado. El alejamiento se impone, pues, por las mismas razones por las cuales se impone el alejamiento del juez.

En estos casos, media para los representantes del Ministerio Público, el mismo régimen que para los jueces y tienen causales de impedimento, de recusación y pueden, asimismo, hacer valer el derecho de abstención.

Las causales de impedimento se hallan consignadas en el artículo 814. Al decir en el inciso 2º que pueden ser recusados, establece implícitamente el régimen del impedimento, ya que, como se ha visto, las causas de recusación llevan contenidas en sí mismas, las del impedimento. Al agregar, por otra parte, el artículo 814, inciso 3º, que es aplicable a los Fiscales la disposición del artículo 790, consagra para éstos el deber de apartarse del conocimiento del asunto, cuando medie una causal de implicación.

En cuanto al régimen de la recusación, surge también de lo establecido en el propio artículo 814, inciso 2º. Existiendo causal de recusación, el Fiscal, al igual que el juez, debe dar cuenta a las partes de que existe tal circunstancia. La parte a quien la causal perjudica, tiene la facultad de provocar el alejamiento o de prestar conformidad para que el Fiscal continúe interviniendo. Si ocurriera esto último, su intervención queda asegurada para el futuro; si ocurriera lo primero, deberá pasarse el expediente al Fiscal que lo debe subrogar ⁽¹¹⁾.

El derecho de abstención de los Agentes del Ministerio Público, aun cuando no ha tenido una formulación expresa, aparece nitidamente consagrado en la disposición del ar-

(11) Véase el caso que aparece publicado en *L. J. U.*, t. 4, c. 1020.

tículo 816. De acuerdo con ésta, mediando razones de decoro y delicadeza, el Fiscal puede oponerlas al Magistrado, ya sea en los autos, ya sea en nota privada, ya sea en audiencia confidencial. El juez de la causa concede o niega estándose a su resolución, de acuerdo con lo dispuesto en el expresado artículo 816.

Cuando median causas que motivan el derecho de abstención en los casos en que el Fiscal es parte, ya no es al magistrado a quien incumbe conceder el derecho de abstención. Es al Poder Ejecutivo de quien el Ministerio Público y Fiscal dependen. Es motivo idóneo para obtener este derecho de abstención, la circunstancia de no tener el Fiscal un convencimiento favorable a la tesis jurídica que le corresponde defender. No hay ninguna razón para que un Fiscal que deba actuar como representante del Estado, sea obligado a actuar en contra de su conciencia. De acuerdo con el artículo 177: C. O. T., es ella la que fija los límites a su intervención.

8. *Inhibición de actuarios y alguaciles.*

El mismo régimen se aplica a los actuarios y alguaciles, de acuerdo con la disposición contenida en el artículo 817.

También para ellos existe el régimen de impedimento, de recusación y hasta de abstención.

La ley establece en estos casos procedimientos muy sencillos. En lugar de crear un incidente al respecto, ha establecido un simple procedimiento administrativo de averiguación sumaria, decidiéndose el punto sin más trámite y sin apelación (C. P. C.: 818) ⁽¹²⁾.

⁽¹²⁾ PÉREZ MARTÍNEZ, *Recusación de actuarios*, en *Rev. D. J. A.*, t. 2, p. 39.

Sin embargo, este régimen reclama algunas aclaraciones. La más importante de ellas es que, a diferencia del incidente de recusación ordinario, en la recusación de los actuarios y alguaciles, la suspensión se produce desde el momento mismo en que la recusación se plantea (C. P. C.: 818 parte final).

No es, en cambio, aplicable este régimen a los alguaciles o actuarios nombrados interinamente durante la suspensión del titular ⁽¹³⁾.

Por último, es menester, todavía, consignar que los actuarios de los Tribunales y de la Suprema Corte que no intervienen en la gestión judicial propiamente dicha, sino en la de orden administrativo, no están tampoco sometidos al régimen de recusación (C. P. C.: 820).

9. *Inhibición de jueces comisionados.*

Todo el régimen que se viene analizando, se hace también extensivo a los jueces comisionados, de acuerdo con los artículos 821 a 823.

Si el juez comisionado interviene practicando diligencias de embargo, o en general, medidas de garantía, el régimen de recusación se impone por las mismas circunstancias por las cuales se establece el de los alguaciles. Si interviene, en cambio, en diligencias de notificación o en diligencias de prueba, las razones son las que median para el régimen de recusación de los actuarios.

De acuerdo con la disposición del artículo 822, la recusación de los jueces comisionados deberá deducirse dentro del tercer día después de notificado el auto que confiere la

(13) Ley 5.652, de 22 de marzo de 1918, artículo 7.

comisión. Dicho petitorio debe formularse ante el juez comitente y no ante el juez comisionado y éste aplicará, de acuerdo con la disposición del artículo 822 ya citado, el mismo procedimiento sumario, de mera información administrativa, que acaba de referirse.

Todavía, para el caso de circunstancias extremas, el artículo 823 establece que si la información sumaria deparara dilaciones impropias, el juez podrá, sin necesidad de agotarla, cometer la diligencia a otro juez, sin perjuicio de pronunciarse sobre la recusación, a los efectos de calificar la conducta de la parte o tener una norma de criterio para futuras diligencias.

10. *Inhibición de conjuces.*

Siendo los conjuces verdaderos jueces, se hallan sometidos a las mismas limitaciones de los magistrados de la carrera judicial. El régimen vigente en la actualidad, es el consignado en la Ley 2.940, de 23 de junio de 1905.

Esta ley fué inspirada en el propósito de eliminar el último vestigio de recusación perentoria que existía en nuestro derecho ⁽¹⁴⁾.

Corresponde, sin embargo, aclarar como consideración de carácter general, que siendo los conjuces, abogados de la matrícula, no puede exigirse respecto de ellos la misma situación de desvinculación que se establece con respecto a los jueces de carrera. La jurisprudencia ha sostenido, a nuestro criterio con razón, que la circunstancia de ser el conjuce, abogado adversario del letrado que patrocina a la parte re-

(14) *Infra*, 22.

cusada en otro asunto, no es por sí sola motivo suficiente para provocar la recusación ⁽¹⁵⁾.

11. *Inhibición de jueces árbitros, peritos y Regulador de Honorarios.*

Por último, el régimen que se viene analizando es extensivo a los árbitros, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 578 y siguientes; a los peritos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 416 y al Regulador de Honorarios, de acuerdo con lo dispuesto en la Acordada de 31 de mayo de 1894 ⁽¹⁶⁾.

Debe entenderse que al decir que todo el régimen es aplicable, se entiende, sin distinción, el régimen de impedimento, el de recusación y el de abstención.

Sin embargo, en lo relativo al impedimento y a la recusación de los árbitros y de los peritos designados por acuerdo de partes, existe un criterio diferente, ya que a su respecto sólo pueden hacerse valer las causales de impedimento por motivos supervinientes.

12. *Alcance del sistema legal.*

Todo este régimen ha venido creando a lo largo de la historia de nuestro Código, un conjunto de situaciones suficientemente claras como para dar una explicación acerca de la evolución de nuestra justicia.

⁽¹⁵⁾ *Jur. A. S.*, t. 11, c. 2815. Véase, asimismo, sobre recusación de conjuces, *Rev. D. J. A.*, t. 8, p. 5.

⁽¹⁶⁾ Véase su texto en REYES, *Acordadas dictadas por la Cámara de Apelaciones, el Tribunal Superior de Justicia, la Alta Corte de Justicia y la Suprema Corte de Justicia*, Montevideo, 1936, p. 290 y en *Rev. D. J. A.*, t. 9, p. 284.

El régimen de inhibiciones, fué, desde un comienzo, el régimen de defensa de la persona humana del litigante contra las pasiones, los intereses o los excesos del juez. Reflejo de una época de justicia apasionada y vehemente, formó parte de un conjunto de disposiciones que constituían algo así como el fuero del individuo. La jurisprudencia del siglo XIX y de los comienzos del presente ha sido copiosa en esta materia. Nuestro Código que repudió la recusación perentoria o sin causa ⁽¹⁷⁾, dió, sin embargo, mediante el instrumento de la recusación motivada, un modo de defensa suficientemente amplio como para que las partes estuvieran protegidas contra el juez sospechoso. En los repertorios de jurisprudencia correspondientes a ese tiempo, se cuentan por centenares los casos en que se ha hecho uso de este régimen.

Pero con el andar del tiempo el instituto de la recusación ha ido perdiendo terreno. El derecho de abstención del magistrado ha ido absorbiéndolo. Es el propio juez el que se adelanta a apartarse del conocimiento del asunto, conforme se advierten motivos de impedimento o de recusación. Los casos limítrofes han sido resueltos por el propio magistrado en ejercicio de sus facultades de solicitar al superior el derecho de abstención, el que ha sido otorgado tradicionalmente con largueza y liberalidad. El incidente de recusación propiamente dicho, ha venido ocupando en los últimos tiempos, un lugar cada vez menos significativo en el campo de la jurisprudencia. Las sentencias que rechazan las recusaciones, constituyen la gran mayoría y las que declaran justificado el incidente, son la rigurosa excepción. El lector perspicaz podrá advertir, que este trabajo opera

(17) *Infra*, 22.

sobre jurisprudencia normalmente antigua. Es porque actualmente los repertorios no ofrecen casos de importancia en materia de recusación.

Un proceso de educación cada vez más avanzado, ha venido a dar a este medio cierto carácter de *ultima ratio*, con respecto a situaciones confusas creadas, más que por otra cosa, por la excesiva susceptibilidad de algunos litigantes decididos a agotar las posibilidades, aun las innecesarias, de su defensa en el juicio.

Debe atribuirse esta evolución al siempre creciente prestigio de los jueces en el Uruguay y a la confianza, cada día más consolidada, que en ellos depositan sus conciudadanos ⁽¹⁸⁾.

CAPÍTULO I DEL IMPEDIMENTO

13. *Concepto de impedimento.*

La ley chilena ya referida, que ha sido fuente de nuestro texto, involucra las cuestiones del impedimento con las relativas a la competencia, incurriendo en un equívoco que ha sido ya reiteradamente anotado con anterioridad. El proyecto Vargas Fontecilla, que fué antecedente de esa ley, establecía una asimilación poco menos que absoluta entre los motivos de recusación y las normas de la competencia. La causa que priva de imparcialidad, priva también de competencia, según ese texto. Ballesteros, en cambio, advierte

(18) El alcance de estos conceptos se puede comprender mejor cuando se confronte con el estudio titulado *Nombramiento y promoción de magistrados*, que aparece en el t. I, de estos *Estudios*.

que el punto quedó claramente rectificado en el Mensaje Presidencial con que el proyecto definitivo fué elevado al Parlamento al consignar que el impedimento o implicancia es una prohibición de conocer y no un capítulo de la competencia ⁽¹⁹⁾.

Este último criterio es el que predomina dentro de nuestro texto. Inhibición quiere decir, en el artículo 783, tanto como apartamiento o desprendimiento del asunto en razón de las circunstancias subjetivas inherentes a la persona del juez. Las diferencias con la recusación y abstención, ya anticipadas, permiten destacar los elementos característicos de este instituto. En el impedimento, al magistrado lo aparta la ley; en la recusación, lo aparta el litigante; en la abstención se aparta por sí mismo.

Las circunstancias del impedimento establecen una verdadera inhabilidad para conocer y el juez, como ya se ha dicho, se encuentra transformado aun en contra de su voluntad en *judex inhabilis*. En la recusación no existe, propiamente, inhabilidad, sino causal de recelo, que la parte perjudicada eventualmente puede superar; el juez es, apenas, *judex suspectus*; está en el poder jurídico de la parte a quien el motivo perjudica, consentir la permanencia o alejar al magistrado. En la abstención no existe ni inhabilidad ni sospecha; existe tan sólo un escrúpulo de conciencia del propio magistrado. Si él lo plantea y el superior lo comparte, deja de conocer; si él no lo plantea, el superior no puede alejarlo; si él lo plantea y el superior no lo comparte, el juez debe seguir conociendo en el asunto.

(19) BALLESTEROS, *op. cit.*, t. 2, p. 316.

14. *Motivos de impedimento. Carácter general.*

Las causas de impedimento están consignadas en el artículo 784.

Su carácter taxativo es evidente y se infiere de su propia fórmula. La redacción del artículo 783 permite extraer esta conclusión, ya que según dicho texto, fuera de los casos determinados como causal de impedimento, recusación o abstención, ningún juez puede excusarse de conocer en la instancia o recursos atribuidos por la ley a su conocimiento.

Para que la enumeración de las causales de impedimento se halle completa, es menester incorporar a las circunstancias determinadas en el artículo 784, la establecida en el artículo 7º de la ley 9594, de 12 de setiembre de 1936. Según este texto, transcurrido el plazo de tolerancia de 180 días asignado para dictar sentencia, "el juez de la causa quedará impedido para seguir entendiendo en ella y pasará de oficio los autos al que deba subrogarlo".

Debe aclararse, sin embargo, que el sistema de la ley 9594, pertenece a un sistema jurídico muy distinto del consignado en el C. P. C.

En esta enumeración las causas pueden ser clasificadas reduciéndolas, en último término, a dos motivos: el interés y el amor propio.

Las causales de interés son las consignadas en los numerales 1, 2, 3 y 5; la causal de amor propio, no despojada, evidentemente, de una parte abundante de interés, es la consignada en el inciso 4º. Las causales de parentesco contenidas en los incisos 2º y 3º, no son sino suposiciones derivadas del presunto interés que deriva naturalmente del afecto familiar.

15. *Motivo de interés.*

El inciso 1º del artículo 784, establece como causa legal de impedimento, el tener interés en el pleito.

La fuente chilena agrega a este texto, en su artículo 248, la circunstancia de ser parte en el juicio. La supresión de ese pasaje dentro de nuestra ley es obvia, ya que la característica de la parte en el juicio, es la de moverse por el impulso de su propio interés.

Constituye una garantía de orden constitucional, la de que ningún juez puede serlo de su propia causa. No existe dentro de los términos de nuestra Constitución, una formulación expresa para el principio de que "nadie es juez en su propia causa"; pero en el artículo 225 de la misma Constitución, se establece un régimen de prohibiciones tan excepcionalmente severas para los magistrados y para todo el personal del Poder Judicial, que constituye la proclama más auténtica de este principio. De acuerdo con dicha disposición, la prohibición de tramitar asuntos es absoluta y apareja la inmediata destitución del funcionario. Si la Constitución prohíbe al magistrado intervenir en asuntos de otros, aun en juzgados y tribunales que desempeñan otros jueces, con mucha mayor razón debe reconocerse la existencia de una prohibición para que el juez decida como tal, en asuntos en que tiene un interés propio. La garantía del absoluto desinterés del magistrado es la suprema garantía judicial. Puede decirse que todo el régimen de incompatibilidades queda naturalmente subordinado a esta circunstancia. El desinterés que requiere el inciso 1º del artículo 784, no es sino el mismo desinterés que surge del propio sistema constitucional. Las mismas garantías de independencia a que se refiere el artículo 1º: C. O. T., no son

sino una manifestación particular de la necesidad de que el juez no sufra influencia alguna que pueda hacer oscilar su conciencia en el momento de resolver la cuestión.

La Ley española establece en el artículo 189, que ese interés puede ser directo o indirecto, pecuniario o moral. Aun sin texto expreso, debe reputarse vigente entre nosotros esa distinción.

16. *Motivo de parentesco directo.*

El inciso 2º del artículo 784 establece que es causal de impedimento, el parentesco que el juez tenga con alguna de las partes, en línea recta de ascendientes o descendientes sin limitación de grados.

Ha omitido la ley aquí, el parentesco con el abogado o el procurador. Sin embargo, la conclusión de que el juez no puede actuar como tal en un litigio en el que sea abogado o procurador su hijo o su padre, surge implícitamente del texto de los incisos 1º y 3º. El padre tiene interés, aún meramente moral, en que triunfe el hijo o el hijo en que triunfe el padre. Además, si es causal de impedimento el parentesco de consanguinidad o de afinidad entre el juez y el abogado o procurador, según lo establece el inciso 3º, con mucha mayor razón constituye causa de impedimento el parentesco del abogado o procurador con el magistrado, en línea recta ascendente o descendente.

17. *Motivo de parentesco indirecto.*

Es también causa de recusación, el parentesco legítimo o natural de consanguinidad o afines de segundo grado, entre los jueces y los litigantes o los interesados en el asunto, en cuyo número entran los abogados y los procuradores.

Las razones ya expuestas, se hacen obvias en el caso en que deba el magistrado decidir el conflicto de su hermano o de su hermano político. La mención final del inciso 3º del artículo 784 por la cual se consagra una salvedad especial para los abogados o procuradores en el caso del artículo 789, constituye un error. Dicha disposición, como se expondrá oportunamente ⁽²⁰⁾, no configura un impedimento del juez, sino un impedimento para los abogados o procuradores.

18. *Motivo de intervención anterior.*

Existe también impedimento, de acuerdo con el inciso 4º cuando el juez de la causa ha sido abogado o apoderado de alguna de las partes en el mismo asunto.

Interfiere aquí la razón de amor propio con la razón de interés. Si el magistrado no ha ajustado aún sus cuentas con el litigante, el deseo de triunfar será natural, si es que de ese triunfo depende la recompensa por el trabajo anterior como abogado. Si las cuentas han sido ajustadas, subsiste todavía el impulso muy humano de ver triunfar la causa que se ha defendido. Significa exigir al magistrado mucho más de lo que se puede exigir humanamente, el requerirle que como juez sea indiferente a la causa que ha defendido como abogado. Es el amor propio, la consecuencia con los propios actos, lo que en este caso pone en conflicto la ecuanimidad del magistrado.

19. *Motivo de tutela, curatela o participación.*

El último de los motivos de impedimento, lo constituye la circunstancia de que el juez sea tutor o curador de algún

⁽²⁰⁾ *Infra*: 20.

menor o incapacitado; que sea administrador, jefe o empleado de algún establecimiento o corporación que fuese parte en la causa.

La primera parte de esta disposición configura conflicto insuperable para el juez. Como tutor o curador debe defender el derecho de su pupilo; como magistrado no le incumbe una misión de defensa, sino de fallo imparcial. Como tutor o curador, es responsable si no agota los recursos legales requeridos por la defensa del patrimonio, cuya defensa se le ha confiado: pero como juez debe desechar los recursos improcedentes. Como tutor o curador tiene una participación sobre las rentas del pupilo, pero como juez debe tener la independencia necesaria como para afectar el patrimonio del pupilo en los casos en que corresponda declarar la existencia de obligaciones a cargo del mismo. Las interferencias del interés son, en este caso, de una evidencia que se impone naturalmente.

Los antecedentes del artículo 225 de la Constitución, refuerzan el sentido de esta norma. El artículo 68: C. O. T., permitía al juez ejercer la abogacía ante otro tribunal que no fuera el suyo, en las causas de su pupilo. El artículo 228 de la Constitución de 1934, que pasó a ser 225 en la Constitución de 1942, suprimió la facultad del juez de actuar como abogado en causa de su pupilo. El inciso 5º del artículo 784, resulta ya absolutamente innecesario. Él prohíbe que el juez actúe como magistrado en un asunto de su pupilo, cuando es la propia Constitución la que le prohíbe actuar como tal, aun en otro juzgado o tribunal que no sea el suyo.

Por lo que se refiere a la condición de administrador, jefe o empleado de algún establecimiento o corporación, se trata de un supuesto de muy escasa aplicación práctica. Los

jueces tienen un régimen de incompatibilidades que virtualmente les impide ser jefes o empleados de establecimientos o corporaciones. Pero aun cuando una suposición de esta índole llegara a darse, siempre resultaría que como administrador, jefe o empleado, el juez tiene interés en la prosperidad del establecimiento o corporación. Y en ese caso, la causal cae dentro de lo dispuesto en el inciso 1º de este propio artículo.

Con los ejemplos del numeral 5º acontece lo que, en medida menor, ocurre con los tres que le preceden: todos ellos representan causas de interés del magistrado. En algunos casos, el interés surge de los propios lazos de la solidaridad familiar, en otros de la participación personal en el asunto cuestionado. Los términos tan generales del inciso 1º absorben, virtualmente, el contenido de los cuatro incisos subsiguientes.

CAPÍTULO II

DEL PROCEDIMIENTO EN CASOS DE IMPEDIMENTO

20. *Primera situación: el juez advierte el motivo.*

El impedimento no tiene dentro de nuestro Código una reglamentación procesal propiamente dicha.

Las disposiciones que lo regulan, determinan de manera expresa, las causas y motivos de implicancia; pero no establecen cuál ha de ser el procedimiento cuando una de esas causas aparece en un caso concreto. Pueden admitirse dos suposiciones diferentes. La primera se da cuando el magistrado advierte la causa o motivo de impedimento y se anticipa a ponerlo en evidencia; la segunda se da cuando el

juez no advierte la causa y queda librada a la parte la provocación del alejamiento del magistrado.

En el primero de estos supuestos, cuando el juez advierte la causa, debe declararse espontáneamente inhibido de conocer en el asunto.

Esta actitud está impuesta por la parte inicial del artículo 783. Nuestro Código, que no utiliza para su redacción el tiempo presente, como algunos de sus modelos europeos, sino el tiempo futuro, no ha determinado la inhibición como la actitud necesaria que debe asumir el juez frente a caso concreto. Pero al decir, en este caso en tiempo presente, que los jueces se inhiben de conocer cuando media causa de impedimento, ha establecido con la necesaria claridad, cuál es el deber del magistrado frente a una situación de esta índole. Por su parte el artículo 790 al establecer el deber del juez frente a los casos de recusación, ha subrayado la solución expuesta. Si el juez debe abstenerse, expresando las causas, cuando existe a su respecto motivo de recusación que le sea conocido, ha señalado implícitamente el procedimiento para los casos de impedimento. De acuerdo con el artículo 786, los casos de impedimento son también casos de recusación. Advertido, pues, el impedimento, el magistrado debe dejar constancia en los autos de que existe a su respecto dicho motivo, especificándolo.

Una vez cumplido con este deber, sin necesidad de conformidad del superior como acontece, por ejemplo, en el derecho de abstención, ni de esperar actitud alguna de las partes, porque éstas no pueden habilitar para entender en el asunto a un juez impedido, debe remitir el expediente al magistrado que lo debe subrogar. Éste es el indicado en los artículos 128 y siguientes: C. O. T.

21. *Segunda situación: el juez no advierte el motivo.*

En la segunda de las suposiciones previstas, el magistrado no advierte que existe a su respecto causa de impedimento.

Esto puede acontecer, por ejemplo, cuando las partes demandadas no han sido debidamente identificadas en la demanda, cuando el asunto no se conoce en su plenitud para saber si existe vinculación anterior con el mismo, o, simplemente, cuando el magistrado reputa que la causal de interés prevista en el inciso 1º del artículo 784, no le alcanza según su modo particular de estimar los hechos.

En cualquiera de esos casos, si el magistrado nada advierte sobre el particular, incumbe a la parte denunciarlo y provocar el alejamiento del juez.

El instrumento legal para provocar el alejamiento en los casos de impedimento, no es sino la recusación del magistrado. El artículo 785, prevé la situación de que el juez impedido no se inhiba de conocer. En ese caso, advierte, corresponde el procedimiento de recusación. Por su parte, el artículo 794 establece que alegada por la parte la causal respectiva, ante el mismo juez, éste se declarará impedido de conocer. Si así aconteciera, es decir, si denunciado por cualquiera de las partes el motivo de impedimento, el magistrado advirtiera que efectivamente éste existe, el procedimiento se desenvuelve en la misma forma prevista en el numeral anterior: se deja constancia en los autos y sin más trámite se remite el expediente al juez subrogante.

Pero puede acontecer que el magistrado no comparta los puntos de vista del recusante y considere que el parentesco no existe, que su intervención anterior no tiene significación suficiente como para impedirle actuar, o que su interés en el asunto no le crea motivo de alejamiento. En

este caso el procedimiento es, pura y simplemente, el de la recusación.

En este punto, impedimento y recusación, procesalmente hablando, se confunden y constituyen un solo y único instituto.

La diferencia que existe entre una situación y otra, es que en tanto el artículo 812 no establece condena preceptiva alguna para el juez cuando se declara fundada una causa de recusación, salvo las circunstancias gravísimas del artículo 813, en el artículo 785 se ponen a cargo del juez impedido, las costas del juicio en el caso de que no se hubiera inhibido oportunamente. En el impedimento el juez no puede conocer y debe desentenderse necesariamente del asunto. En la recusación el juez puede y debe conocer si la parte afectada no provoca su alejamiento.

22. *Suspensión del procedimiento.*

El primer efecto, y el natural, del impedimento, es el de provocar el alejamiento del juez de la causa.

Así, si el juez llamado a conocer en este asunto, recibiera la demanda del actor y advirtiera que en razón de la persona contra quien va dirigida esa demanda, existe alguna causal de impedimento, su misión es suspender de inmediato su intervención en el asunto.

De acuerdo con la disposición del artículo 790, debe declarar que existe una causal de impedimento y remitir los antecedentes al juez que lo debe subrogar.

De la misma manera ocurre, si el impedimento se advirtiera a raíz de la contestación de la demanda o a raíz de la intervención de un tercero, o a raíz de una mejor deter-

minación del objeto del asunto, y quedara entonces en evidencia la causal respectiva.

En este punto se advierten las diferencias ya anotadas con las otras causas de inhibición.

Si la causal es de impedimento, el juez se desprende de inmediato del conocimiento del asunto, y lo remite al juez que corresponda; si la causal es de recusación, el juez no se desprende del conocimiento del asunto, sino que deja constancia en la primera providencia que dicte acerca de la causal respectiva, y espera que las partes provoquen su alejamiento; si la causal fuera de abstención, por motivo de delicadeza y decoro, el juez tampoco se desprende de inmediato del asunto, sino que debe pedir a su superior, que le exima de conocer en él.

23. *Nulidad de las actuaciones.*

Pero el problema surge cuando se trata de saber qué acontece si a pesar de existir una causal de impedimento, el juez no se desentiende del asunto y sigue conociendo en él.

Esta situación ha sido prevista por el inciso 11 del artículo 676. Si el juez a pesar de existir el impedimento, siguiera conociendo en el asunto, habrá nulidad.

Esta solución queda subordinada a la teoría general de las nulidades de procedimiento.

Debemos remitirnos, pues, a lo expresado en otra oportunidad al estudiar este asunto, en el sentido de que esta nulidad, no es una nulidad absoluta, sino relativa.

Esta conclusión desemboca en uno de los temas más arduos de nuestro derecho procesal civil. La posibilidad de que el impedimento, circunstancia imposible de ser subsanada por las partes, pueda conducir a una nulidad que no

sea absoluta, parece una *contradictio in adjecto* si se la toma en un sentido superficial. Pero coordinada con el sistema general de los medios de impugnación, conduce a la solución de que si la parte que puede impugnar la sentencia nula mediante los recursos que la ley establece, no lo hace, la cosa juzgada cubre los vicios de procedimiento que pudieran surgir ⁽²¹⁾.

24. *Impedimento de los abogados y procuradores.*

El artículo 789 ha creado, dentro del régimen del impedimento, una situación muy particular que reclama un examen detenido.

La situación es la siguiente: según dicha disposición, después que un juez haya empezado a conocer de causa en que no estaba impedido, no podrán intervenir en ella los abogados y procuradores cuya intervención pueda producir la separación del juez por cualquiera de las causas expresadas.

¿Cuáles son los fundamentos y cuál el alcance de este texto, tan propenso a confusiones a lo largo de la vida del Código?

Por lo pronto, cabe aclarar que esa disposición no crea un impedimento de los jueces, sino un impedimento de los abogados y procuradores. Lo que en dicha norma se establece no es el alejamiento del magistrado, sino todo lo contrario: el mantenimiento del juez y el alejamiento del abogado o procurador. Así, por ejemplo, si ante un magistrado se promueve un litigio en el que actúa como abogado su hermano, el juez debe inhibirse de conocer desde el ins-

⁽²¹⁾ Para todo este tema, *Fundamentos del derecho procesal civil*, ps. 222 y sigtes.

tante mismo de la presentación de la demanda. Pero si ante un juez se promueve una demanda y toma conocimiento de ella confiriendo traslado al demandado, éste no podrá designar como patrocinante para contestar esa demanda al abogado hermano del juez. La intervención de éste provocaría el impedimento y la consiguiente inhibición. Lo que la ley desea evitar, es, justamente, que exista un medio de alejar a un magistrado del conocimiento del asunto; para ello instituye un impedimento para el abogado y mantiene al juez en el sitio que le corresponde.

Esta situación puede resumirse así: en este tipo particular de inhibición, lleva la primacía el que hubiera *prevenido* (literalmente "venido antes"), en el conocimiento del asunto: si el juez tomó conocimiento primero, la inhibición existe para el abogado; si el abogado tomó conocimiento primero, la inhibición existe para el juez.

Semejante solución no aparece en los textos que sirvieron de fuente al nuestro. Sayagués Laso (22) lo atribuía a la Comisión Revisora del Proyecto Requena, cuyas Actas en su tiempo se consideraban extraviadas. Pero esas Actas no sólo se hallaban debidamente custodiadas en el Archivo General de la Nación, sino que fueron luego publicadas por el mismo (23). De ellas surge, efectivamente, que la Comisión Revisora dispuso la inserción en el Proyecto de un artículo adicional, a colocarse a continuación del 766 y cuyo texto fué el siguiente: "Cuando un juez se encuentre conociendo de una causa que se hubiese radicado ante él, no será permitido a los abogados ni a los procuradores que

(22) Dictamen publicado en *Rev. D. J. A.*, t. 23, p. 91.

(23) Archivo General de la Nación. *Actas de la Comisión Revisora del Proyecto de Código de Procedimiento Civil de 1877*, Montevideo, 1944.

tengan con relación al juez, algunas de las causas de recusación especificadas en este capítulo, sustituir a los anteriores. Tampoco será permitido hacerlo en los casos en que el asunto se hubiere iniciado en el lugar del Juez o Tribunal de apelación”.

Este texto es el antecedente del actual artículo 789. Su nueva redacción, coincidente con la actual, fué aprobada por la misma Comisión en una sesión ulterior ⁽²⁴⁾. Pero esa solución tenía un antecedente en la Novísima Recopilación (Ley 7, tít. 22, lib. 5), según la cual existía impedimento de los abogados “para encargarse de la defensa de asuntos en que debieran conocer como jueces sus padres, hijos, yernos, cuñados, hermanos o sea sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad”.

En algunos antecedentes de nuestra jurisprudencia aparece consignada con toda claridad la razón de ser de esta fórmula. Lo que se desea evitar, especialmente, es que pueda existir un medio indirecto de alejar a un magistrado del conocimiento de un asunto, no existiendo a su respecto causa de impedimento anterior ni causa de recusación. No es posible que cuando un juez incomode, exista el subterfugio de poder acudir a un enemigo o a un mal pariente del juez, para alejarle del conocimiento del asunto ⁽²⁵⁾.

Se ha sostenido, asimismo, que este régimen no sólo alcanza al impedimento y a la recusación, sino también a la abstención ⁽²⁶⁾, conclusión coherente con el sentido del instituto.

En cambio, erróneamente, se ha resuelto que ni el abo-

⁽²⁴⁾ *Actas de la Comisión*, cit., ps. 297 y 370.

⁽²⁵⁾ Dictamen de SAYAGUES LASO, en *Rev. D. J. A.*, t. 23, p. 91; dictamen de GUILLOT, publicado en *Jur. A. S.*, t. 3, c. 1015.

⁽²⁶⁾ *Jur. A. S.*, t. 20, c. 4904.

gado ni el procurador pueden promover un asunto nuevo ante un magistrado a quien esa intervención aleja del asunto (27). La conclusión es errónea, y ha sido reiteradamente criticada (28), justamente porque ella va en contra del texto y del espíritu de la disposición. Si el asunto lo inicia el abogado, previene en él y quien debe alejarse es el magistrado; si, por el contrario, quien previene es el magistrado, el que debe alejarse es el abogado.

En un caso no muy lejano (29) se planteó el problema del parentesco entre el juez penal y un defensor vinculado a él en cuarto grado de consanguinidad. Se resolvió correctamente; pero el magistrado solicitó al superior el derecho de abstención, el que le fué concedido. Esa concesión supone llevar a un grado extremo las razones de decoro y delicadeza. A estar a las ideas que más adelante se expondrán (30), el simple parentesco, máxime cuando la parte contraria expresa de manera terminante su propósito de no recusar al magistrado ratificando su confianza en el mismo, no es motivo de decoro y delicadeza que inhiba de conocer.

La Corte ha decidido, fundadamente, que el impedimento del abogado subsiste aun cuando el mandato que le ha conferido su cliente, haya sido otorgado con anterioridad a la llegada del asunto al tribunal donde se halla el juez que motiva el impedimento del mandatario y abogado (31).

(27) *Rev. D. J. A.*, t. 7, p. 176.

(28) MARTÍNEZ PÁEZ, en *Rev. D. J. A.*, t. 7, p. 176 y SAYAGUES LASO, *Vistas fiscales*, t. 1, p. 239 y en *Rev. D. J. A.*, t. 23, p. 91.

(29) *L. J. U.*, t. 4, c. 923.

(30) *Infra*: 35.

(31) *Jur. A. S.*, t. 21, p. 9, c. 5119.

CAPÍTULO III DE LA RECUSACIÓN

25. *Inhibición y recusación.*

El concepto de recusación surge claramente de los desarrollos anteriores, y con el simple recuerdo de la disposición del artículo 783. Pero este texto reclama una particular rectificación.

Dice esta disposición que los jueces se inhiben de conocer en los juicios, por impedimento o por recusación legalmente admitida. El error de este concepto, reside en dar a entender que los jueces se inhiben por acto propio cuando media recusación legalmente admitida. No es así totalmente. En la recusación, a diferencia del impedimento, el juez no se aleja por acto propio. En la recusación se requiere el concurso de dos elementos: motivo de ley y voluntad del perjudicado. No hay alejamiento sin motivo, aunque haya voluntad. No hay alejamiento sin voluntad, aunque exista motivo.

Puede, pues, definirse la recusación diciendo que es el procedimiento mediante el cual, por causa suficiente y oposición de la parte a la intervención del juez, éste deja de conocer en un asunto determinado.

Tal como se ha dicho, la inhibición es el género y la recusación es la especie; una especie de inhibición producida por la oposición de un litigante, fundado en causa legal.

26. *Recusación perentoria.*

En el derecho comparado, existen principalmente dos formas de recusación: la recusación perentoria o recusación sin causa, y la recusación motivada o recusación con causa.

La legislación española y algunas de las que fueron fondo de nuestro sistema legal, admitían las dos clases de recusaciones; pero nuestro Código no admite la primera de ellas. Para nuestro Código no existe más recusación que la motivada.

Hubo en el texto primitivo del C. P. C., antes de la Ley 23 de junio de 1905, en el artículo 824, una forma particular de recusación perentoria, que era la recusación sin causa de los conjueces; pero dicha ley eliminó hasta esa posibilidad.

La recusación perentoria subsiste todavía en muchas legislaciones, entre ellas en la argentina.

La situación es la siguiente: promovido un asunto ante un magistrado, la parte puede recusarlo sin causa, es decir, sin exponer expresamente el motivo. Cuando se le llama *sin causa*, se incurre en un error. La causa o motivo existe; se trata, apenas, de una recusación sin dar públicamente el motivo de ella. En algunas legislaciones esto puede hacerse hasta dos o tres veces; de allí en adelante, sólo es posible la recusación motivada.

En una primera apreciación, este instituto parecería algo así como el jubileo de la voluntad de los litigantes para desplazar a los jueces molestos. A nuestros ojos, no habituados a él, parece un privilegio excesivo.

Sin embargo, una Convención de la Federación de Colegios de Abogados de la República Argentina, consideró

este tema y entendió que la recusación sin causa era una situación que debía mantenerse.

En nuestro país, donde no existe el régimen de la recusación perentoria, no se ha levantado una sola voz, clamando por ella.

27. *Recusación motivada.*

Nuestro régimen es el de la recusación motivada, según surge de la disposición del artículo 786.

Acerca de esta solución, existen también dos fórmulas en el derecho comparado. Por un lado nuestra fórmula, en la cual el legislador prevé específicamente las causas de recusación y no hay causa de recusación que no tenga texto expreso. El otro sistema que llamaríamos austro-alemán, obedece más bien a la tendencia de no enumerar específicamente las causas de recusación y establecer como criterio general que toda vez que medie un motivo grave que haga recelar de la independencia del magistrado, proceda la recusación para ese caso concreto.

28. *Causas de recusación.*

La enumeración de los motivos de recusación, contenida en el artículo 786 es taxativa ⁽³²⁾. No hay más causas de recusación que las causas allí especificadas.

Sin embargo, del contenido mismo de este texto, surge que son causas de recusación, por un lado, las causas de impedimento y por otro, las causas de recusación propiamente dichas, mencionadas en los trece incisos de esta disposición.

(32) *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, t. 5, p. 641.

De todo lo que ya se ha expuesto, surge que si media una causal de impedimento, es decir, una causal grave, el magistrado debe desentenderse y si no se desentiende, el instrumento puesto en sus manos de la parte es la recusación. Las otras circunstancias, las causas de recusación propiamente dichas, son aquellas que no tienen la gravedad de las causas de impedimento y quedan libradas a la voluntad de la parte perjudicada. Sólo ésta, y no aquella a la cual el motivo beneficia, puede consentir que el juez siga interviniendo ⁽³³⁾.

Los trece incisos del artículo 786, han sido objeto de una clasificación muy precisa. Se dice en un estudio ya citado ⁽³⁴⁾, que hay causales de recusación inherentes al objeto del litigio e inherentes a las partes. En cuanto a las causales de recusación inherentes a las partes, pueden ser las que crean una disposición favorable o una disposición desfavorable.

Este es el método seguido en el análisis que a continuación se consigna.

29. *Causas relativas al objeto del litigio.*

El inciso 5º del artículo 786, dice que es causa de recusación, haber emitido opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado, y aun cuando no revistiere todavía el carácter de juez.

A esta situación se le denomina prejuzgamiento; se reputa que es haber juzgado antes (*prejuzgado*), haber dado parecer, según esta disposición, antes o durante el litigio.

⁽³³⁾ *Jur. A. S.*, t. 7, c. 1942.

⁽³⁴⁾ COSTA, *Astenzione e ricasazione dei giudici*, cit., p. 1065.

Así, por ejemplo, si antes del litigio, el juez ha dicho verbalmente o por escrito, "el actor tiene razón"; "Fulano es hijo natural de Mengano"; "yo recomendaría al marido que promoviera divorcio contra su mujer", habría creado evidentes situaciones de prejuzgamiento que le inhiben de conocer ulteriormente en el asunto.

Ese prejuzgamiento puede ocurrir también en el curso del litigio. Así, por ejemplo, si el juez ha dictado una sentencia definitiva y esa sentencia después es anulada, el mismo juez no puede volver a conocer en el asunto, si no han variado los elementos de decisión. Puede acontecer, también, que una sentencia interlocutoria involucre la decisión definitiva. Así, por ejemplo, se opone una excepción de caducidad de la acción en un juicio de investigación de la paternidad y es resuelta favorablemente por el juez como una cuestión previa; se apela de esa interlocutoria y el superior la revoca, sosteniendo que no se trata de una cuestión previa, sino que se debe decidir en la sentencia definitiva. La interlocutoria en la cual el juez declaró caducada la acción de investigación de la paternidad supone prejuzgamiento, ya que el problema que se plantea en la sentencia definitiva, habrá de ser absolutamente el mismo que se planteó en la interlocutoria, ya decidida por el magistrado.

No constituyen, en cambio, motivos de recusación por prejuzgamiento, las opiniones que el juez haya sostenido como profesor; o lo resuelto antes en relación a un asunto análogo entre las mismas partes o entre otras; o las opiniones que haya sostenido el juez como abogado, o las que haya emitido en un libro y que luego deban ser aplicadas como juez.

La jurisprudencia sostiene firmemente que no configuran el prejuzgamiento a que se refiere el inciso 5º, el simple

dictamen o sentencia anterior sino las opiniones concretas dadas acerca del pleito ⁽³⁵⁾.

Una de las causas que inclinan muy poderosamente la voluntad humana, es el amor propio; el juez que ha dado parecer, es llevado por su amor propio a ser consecuente con ese parecer. Y esto afecta la equidistancia indispensable para el momento de decidir.

Otra causal de recusación derivada del objeto del litigio, es la establecida en el inciso 9º. Dice la ley que hay causal de recusación si una cuestión idéntica en derecho debe decidirse en pleito pendiente en que sea interesado el juez, su mujer o sus parientes, consanguíneos o afines, en línea recta. Sería exigir mucho del magistrado, que él consagrara imparcialmente como juez en causa ajena, una tesis que le interesa obtener en causa propia o de sus allegados.

La ley no ha instituído este hecho como impedimento, pero lo ha transformado en causal de recusación.

El último de los motivos de recusación en razón del objeto del litigio, es el consignado en el inciso 13 del artículo 786. La circunstancia de haber hecho suministro para los gastos del pleito, es causal de sospecha en razón de la suposición muy humana de que quien ha invertido su propio peculio en un asunto, lo menos que puede aspirar es a defender lo invertido. La línea divisoria entre esta situación

⁽³⁵⁾ Así, por ejemplo, se ha resuelto que no constituye prejuzgamiento el hecho de que se conozca la opinión del juez (*Rev. D. J. A.*, t. 27, p. 41); el apercibimiento impuesto a las partes para que guarden estilo (*Jur. A. S.*, t. 7, c. 2061 y *Rev. de Derecho y C. Sociales*, t. 5, p. 641); o la opinión abstracta de carácter científico sobre el mismo problema (*Jurisprudencia Uruguay*, t. 1, p. 26 y p. 38); o una sentencia anterior entre las mismas partes (*Jurisprudencia Uruguay*, t. 3, p. 228; *Suplemento Jur. A. S.*, p. 149); o haberse rehusado el Tribunal a abrir a prueba la segunda instancia (*Jur. A. S.*, t. 10,

y el motivo de interés, que constituye causa de impedimento, se hace muy difícil de determinar en un orden teórico. En la mayoría de los casos, los fondos aportados al litigio constituirán motivo de interés; y, en consecuencia, causa de impedimento. Sólo si ese interés asume un grado tan alejado, que virtualmente pierda su condición de tal, constituirá motivo de recusación.

30. *Causas relativas a las personas. Predisposición favorable.*

El origen español del texto legal que rige las condiciones de recusación resume todavía el espíritu de la Ley IX de la Partida III. Son las mismas suposiciones, emanadas del interés, del afecto o de la gratitud, las que todavía subsisten a lo largo de las diversas previsiones del artículo 786.

Parentesco. Es motivo de recusación el parentesco legítimo o natural de consanguíneos del tercero al cuarto grado inclusive. Esta disposición se relaciona naturalmente con el inciso 3º del artículo 784. Coordinados los distintos textos, la solución sería la siguiente: *a)* el parentesco en línea recta vale decir, de padres a hijos y a nietos es motivo de impedimento; *b)* el parentesco de afines en segundo grado, hermanos, es también motivo de impedimento; *c)* el paren-

c. 2727); o haber el juez, como magistrado de instrucción, calificado la semiplena prueba del hecho que luego debe decidir en la definitiva (*L. J. U.*, t. 2, p. 26); o haberse pronunciado sobre daño moral en la sentencia definitiva, a los efectos de la ejecución de esa sentencia (*Rev. D. J. A.*, t. 37, p. 313); o haber dado opinión a la Cámara de Representantes sobre reforma de la disposición que debe ser aplicada (*Rev. D. J. A.*, t. 24, p. 524); o haber fallado un caso simplemente análogo (*L. J. U.*, t. 12, n. 2108). En cambio, se ha declarado prejuzgamiento a los efectos de determinar quienes son partes en la ejecución haber fallado sobre el fondo del asunto (*Rev. D. J. A.*, t. 45, p. 16).

tesco de tercer grado, tíos y sobrinos, no es ya motivo de impedimento sino de recusación; *d*) el parentesco de cuarto grado, primos, es también motivo de recusación; *e*) el parentesco de grado ulterior, sobrinos-nietos, primos segundos, etc., no constituye ni siquiera motivo de recusación.

El parentesco por afinidad, vale decir el que nace con motivo del casamiento, constituye motivo de impedimento, si se produce dentro del segundo grado; es causal de recusación si se halla en el tercer grado. Si es más alejado, no constituye motivo alguno de inhibición, salvo, naturalmente, el derecho de abstención del magistrado. En estos casos, como en los anteriores y subsiguientes, cuando media entre el juez y las partes un grado de parentesco más alejado que el establecido en la ley, debe suponerse que existe motivo suficiente de delicadeza para justificar el derecho de abstención, si es que el Superior así lo estima frente a las circunstancias de hecho.

El parentesco espiritual, el que nace entre padrinos y ahijados con motivo del bautismo, constituye también motivo de recusación.

Condición de acreedor, deudor o fiador. Constituye predisposición favorable la condición de acreedor, en cuanto este último aspira, lógicamente, a que el patrimonio de su deudor no sufra desmedro y ponga en riesgo la percepción del crédito. Si el proceso no tiene un contenido patrimonial, la condición de acreedor puede configurar una inclinación, unas veces favorable y otras veces adversa, frente a aquel que debe sin poder pagar o no paga pudiéndolo hacer.

Por razones análogas, y acaso con la secreta esperanza en la indulgencia para el día del pago, se halla predispuerto el deudor frente a su acreedor. El fiador confía, asimismo, en no tener que pagar lo que su afianzado adeude.

Recibo de presentes y dádivas. La gratitud predispone ostensiblemente en favor del obsequiante. El motivo de recusación que fluye de la recepción de presentes y obsequios posteriores a la iniciación del litigio, resulta, en último término, una norma dirigida hacia los litigantes y no hacia el magistrado. Es una exhortación a no procurar el favor del juez con regalos inoportunos que, al motivar el alejamiento, provocarán justamente el motivo contrario al esperado. Un copioso anecdotario, referido especialmente a los frecuentes obsequios de que son objeto ciertos jueces que actúan en las zonas rurales, recuerda que no debe ser por ese medio precisamente, por el cual ha de obtenerse el favor de los jueces.

La ley añade que motiva la recusación incluso el obsequio de dádivas de poco valor. Una reducción *ad absurdum* del precepto, llevó a incluir en esta disposición el obsequio de ciertas cosas de valor ínfimo que forman parte de las reglas de cortesía entre personas cultas. No es éste el sentido de la disposición, sino el de evitar todo aquello que contribuya a ligar al magistrado con una gratitud superior a lo normal. La cortesía, por ser recíproca entre personas educadas, no crea gratitud si ella se desenvuelve en sus términos de corriente aceptación.

Amistad íntima. El inciso 7º incluye entre los motivos de recusación la amistad íntima, con la condición de "que se manifieste por una grande familiaridad o frecuencia notoria de trato entre el juez y el dueño del pleito".

Aunque parezca inverosímil, es ésta una de las disposiciones que ha requerido más abundante interpretación de la jurisprudencia. Durante los primeros tiempos del Código, y aun en los posteriores, el concepto de amistad íntima entre el juez y el abogado, el procurador o el cedente de un asunto, ha provocado reiteradas peticiones de recusación.

Los tribunales han sido rígidos en la interpretación de este inciso, sosteniendo reiteradamente que la amistad íntima con los profesionales o con el cedente no es causa de recusación ⁽⁸⁶⁾.

A este respecto, es indispensable aclarar que el régimen de la amistad, como el de la enemistad, es distinto del relativo al parentesco. Este alcanza a los abogados y procuradores, los cuales son asimilados a las partes. En cambio, la amistad como la enemistad, no alcanzan a los profesionales que actúan en el litigio.

La condición de heredero presunto, etc. El inciso 12 incluye como motivo la condición de heredero presunto. Si la herencia no es testamentaria, probablemente el juez y la parte se hallen dentro de los grados de parentesco que la ley prevé como motivos de impedimento o recusación; si es testamentaria, supone gratitud que, también por su parte, es motivo de recusación. La condición de *donatario*, supone, apenas, extender la causal del inciso 6º a las dádivas anteriores al litigio. La condición de *patrón* supondrá, normalmente, la condición de acreedor o deudor ⁽⁸⁷⁾. La de *comensal habitual* significará en la mayoría de los casos la de amistad íntima del inciso 7º. La de agente, comensal habitual, donatario o heredero presunto del juez constituyen, a su vez, situaciones en cierto modo reversibles de las anteriores.

⁽⁸⁶⁾ *Rev. de D. y C. Sociales*, t. 4, ps. 670 y 673; *Jur. A. S.*, t. 7, cs. 1927; 1940; 1981; 1991; t. 9, cs. 2240; 2352.

⁽⁸⁷⁾ La condición de patrón se apoya en la presunta *subordinación* del empleado, no en cuanto a la dependencia, que si bien puede darse en algunos casos, no es forzoso que lo sea en todos. Así, estos *Estudios*, t. II, p. 245. La jurisprudencia ha decidido que no media la causal cuando se trata de un superior jerárquico (*Rev. D. J. A.*, t. 38, p. 327).

Resumiendo el conjunto de situaciones abarcadas en este rubro, puede decirse que todas ellas caben bajo la presunción del afecto que normalmente crean la solidaridad familiar, la amistad o la gratitud. No constituyen una exclusión del magistrado, sino, apenas, una posibilidad de alejamiento. Es por ese motivo que la parte a quien el parentesco, el afecto o la gratitud benefician no puede provocar la recusación; es su adversario, aquel que vería peligrar su derecho por las inclinaciones afectuosas, quien puede, mediante prueba de la causa o motivo, provocar la inhibición del juez ⁽³⁸⁾.

31. *Causas relativas a las personas. Predisposición desfavorable.*

Por razones opuestas a las que acaban de referirse, la enemistad, el desafecto, el rencor, la animadversión probadas, constituyen motivos suficientes para recusar al juez. No son, aquí, las inclinaciones del afecto sino, justamente, las del sentimiento contrario a éste las que dan lugar al motivo de sospecha.

Esos motivos son los siguientes:

Haber sido acusador o acusado, denunciante o denunciado. Ha sido aclarado por la jurisprudencia que el juicio de responsabilidad promovido contra el magistrado no constituye la acusación a que se refiere la ley ⁽³⁹⁾. La denuncia o acusación son las que surgen con motivo de hechos de carácter penal o administrativo ⁽⁴⁰⁾. Un juicio civil seguido

⁽³⁸⁾ *Jur. A. S.*, t. 7, c. 1942.

⁽³⁹⁾ *Rev. D. J. A.*, t. 2, p. 17, excelente fallo del Dr. P. E. Garzón.

⁽⁴⁰⁾ Así, *L. J. U.*, t. 14, c. 2363; dictamen de GUILLOT, en *Jur. A. S.*, t. 2, c. 686, y t. 3, c. 1015.

contra el juez por el abogado del actor no entra dentro de este motivo ⁽⁴¹⁾, ni siquiera el retardo del magistrado que haya dado lugar a alguna protesta de la parte ⁽⁴²⁾ y mucho menos el arresto que el juez, como tal, haya decretado contra una de las partes ⁽⁴³⁾.

Enemistad, odio o resentimiento. También aquí la jurisprudencia ha debido insistir en que este sentimiento adverso se refiere a las partes y no a los abogados, procuradores o cedentes ⁽⁴⁴⁾. Se ha declarado, asimismo, que la diferencia de creencias religiosas no es motivo de recusación ⁽⁴⁵⁾.

Condición de acreedora o deudora de parte de la esposa. Esta suposición del inciso 10 era extravagante bajo el régimen de sociedad conyugal del Código Civil. La condición de deudora o acreedora de la esposa del juez era, en la casi totalidad de los casos, la condición de acreedor o deudor personal del juez prevista en el inciso 3º. Aun cuando la deuda o el crédito pertenezcan a la dote, los intereses constituyen bienes o créditos de la sociedad conyugal que el juez integra, con lo cual él será acreedor a título propio. La situación no lo es tanto luego de la ley 10.783, de derechos civiles de la mujer, donde la separación posible de los patrimonios puede colocar al marido fuera de la órbita económica de su mujer.

En cuanto a la segunda suposición requiere nada menos

⁽⁴¹⁾ *Jur. A. S.*, t. 10, c. 2746.

⁽⁴²⁾ *Jur. A. S.*, t. 7, c. 2012.

⁽⁴³⁾ *Jurisprudencia Uruguaya*, t. 2, p. 41.

⁽⁴⁴⁾ *Jur. A. S.*, t. 1, cs. 64, 77, 112, 217; t. 7, cs. 1937, 1940, 1942; t. 8, cs. 2146, 2240; *Rev. D. y C. Sociales*, t. 4, p. 667.

⁽⁴⁵⁾ Vista fiscal del Dr. V. Martínez y fallo de la Corte, en *Jur. A. S.*, t. 15, c. 3360; nota en sentido contrario de GALLINAL.

que la siguiente situación: A., juez, actúa como magistrado en un litigio que sigue la mujer de B.; pero a su vez, A. debe actuar como litigante ante el tribunal en que es juez B. Es lo que se llama un caso de laboratorio.

Proceso criminal en el quinquenio anterior. El proceso criminal, salvo los casos de denuncia de parte o de querrela privada, ya previstos en el inciso 4º, no se produce entre el delincuente y su víctima. Salvo los casos de responsabilidad civil emergente del delito, regulada en el artículo 105 del Código Penal, el proceso penal se desenvuelve normalmente entre el Ministerio Público y los procesados. Para que esta suposición fuera efectivamente motivo de recusación, sería menester que hubieran sido co-procesados con intereses opuestos. Esta situación con respecto al magistrado difícilmente podrá presentarse, ya que la circunstancia de que se siga al juez proceso penal es causa de suspensión o expiración de la función judicial (C. O. T.: 72, inciso 3, y 74, inciso 1).

CAPÍTULO IV

PROCEDIMIENTO DE RECUSACIÓN

32. *Desarrollo del procedimiento hasta la calificación del grado.*

El procedimiento de la recusación ha sido instituído en forma de incidente en las disposiciones de los artículos 794 y siguientes.

Ese procedimiento incidental puede reducirse, esquemáticamente, a los siguientes trámites:

Oportunidad de la promoción. Siendo la recusación un medio de oposición a la ingerencia del juez, que se subsana

por el consentimiento de la parte afectada, la ley ha creado una forma de conformidad tácita en las disposiciones de los artículos 793 y 797. De acuerdo con estas disposiciones, si la causal o motivo preexiste a la intervención del magistrado deberá deducirse en el primer escrito. El actor deberá, en consecuencia, recusar desde el escrito de diligencias preparatorias o desde la demanda; el demandado desde el escrito de comparecencia, ya sea oponiendo dilatorias ya sea pronunciándose sobre el mérito del asunto.

Si en esos escritos iniciales no se planteara la recusación, la intervención del magistrado queda consentida tácitamente. La jurisprudencia, como no puede ser de otra manera, es terminante en esta materia; ha aplicado también al ingreso a la segunda instancia los mismos principios que para la instancia inicial ⁽⁴⁶⁾.

Si proviene de hechos supervinientes al ingreso de la instancia, la recusación debe producirse de inmediato a su conocimiento por la parte a quien la causal afecta. El principio de la recusación inmediata por causa superviniente, no tiene en el Código texto tan claro como la de hechos preexistentes; pero la jurisprudencia, en los casos ya citados y en algún otro ⁽⁴⁷⁾, ha sostenido su vigencia con motivos harto justificados.

La preclusión de la facultad de recusar por hechos supervinientes, se produce con motivo de la citación para sentencia (artículo 797). Pero aun esa preclusión es sólo

⁽⁴⁶⁾ *Jur. A. S.*, t. 2, c. 776; t. 3, c. 1182; t. 8, c. 2214, fallo de la Corte con dictamen del Fiscal de Corte Dr. Martínez; y 2240 de los mismos; t. 9, c. 2355; *Rev. de D. y C. Sociales*, t. 6, p. 673; *Boletín Judicial*, t. 2, p. 442.

⁽⁴⁷⁾ *Boletín Judicial*, t. 3, p. 450; *Jur. A. S.*, t. 7, c. 1942; *Rev. de D. y C. Sociales*, t. 7, p. 640.

aparente, ya que aun después de la citación todavía sería posible recusar, siempre que se ofreciera probar la causa por instrumento público que se exhiba o por confesión del propio juez recusado (artículo 798). Así, por ejemplo, si en el intervalo que media entre la citación para sentencia y la sentencia se contrajere un vínculo de parentesco por afinidad entre el juez y una parte, como por ejemplo el matrimonio de un hijo, se podría provocar la recusación aún después de concluida la causa, si se presenta junto con la demanda incidental de recusación la partida que justifique ese matrimonio.

Documentos esenciales de la demanda. La demanda de recusación difiere de todas sus similares, en que desde ella —y no después de abierto el término de prueba— se deben nombrar los testigos que deben declarar y acompañarse o mencionarse los documentos de los que el recusante habrá de valerse.

La jurisprudencia es muy firme en cuanto a sostener que sin el cumplimiento de tales requisitos la demanda de recusación está condenada al fracaso, aunque pase la etapa de la calificación del grado. Al establecer el artículo 796 que quedan prohibidos al recusante otros medios de prueba que los determinados en el escrito de demanda, ha prohibido implícitamente el ingreso de todo incidente de recusación que no llene esos requisitos⁽⁴⁸⁾. La primera parte de esta proposición es exacta; pero la segunda es excesiva, por las razones que se expondrán al estudiarse la prueba de este incidente.

Actitud del juez recusado. Recibido el escrito de recu-

⁽⁴⁸⁾ *Jur. A. S.*, t. 7, p. 1976; t. 7, p. 2061; *Rev. de D. y C. Sociales*, t. 5, p. 203.

sación, el juez tiene dos caminos a seguir. Puede, si considera motivada la recusación, declararlo así en el expediente y alejarse del conocimiento del asunto, pasándolo al magistrado que lo debe subrogar. Pero si, en cambio, no considera fundada la recusación, expondrá las razones y remitirá sin más trámite el escrito al superior llamado a decidir el incidente. Este superior es el Juez de Paz para los Tenientes Alcaldes (artículo 809); el Juez Letrado para los Jueces de Paz (artículo 809, inciso 2º); los Tribunales de Apelaciones para los Jueces Letrados (artículo 810); la Suprema Corte para los miembros de los Tribunales (jueces y conjuces) (ley 23 de junio de 1905) y una Corte Especial de Conjuces para los miembros de la Suprema Corte (artículo 1º de la ley 22 de marzo de 1916).

Cuando los jueces superiores están divididos por turnos, no existe solución legal expresa acerca de cuál de ellos es el llamado a conocer. Así, por ejemplo, si fuera recusado un Juez Letrado de Primera Instancia, serían llamados, eventualmente, a conocer en el mismo los Tribunales de Apelaciones. Entre ellos debe elegirse uno. La solución más coherente con el principio general de determinación de la competencia, según el artículo 6 de la ley 25 de enero de 1934, es la de que debe entender aquel Tribunal que se hallaba de turno el día de promoverse la demanda principal. La recusación es sólo un incidente dentro de un juicio principal; no es un asunto autónomo que tenga un orden propio de instancias y turnos; debe seguir, necesariamente, el orden de las instancias y turnos del asunto principal.

Suspensión del procedimiento. El incidente de recusación tiene carácter suspensivo sobre la sentencia, pero no lo tiene sobre el procedimiento.

Recibida la demanda de recusación y elevada al supe-

rior, el juez sigue conociendo en el procedimiento, tal como si nada hubiera acontecido. El demandado no podrá, por ejemplo, limitarse a deducir la recusación sin contestar la demanda u oponer excepciones dilatorias; si hubiere vencido el plazo de éstas, aún deducida la recusación, su derecho a oponerlas puede darse por extinguido; si venciere el plazo de la contestación sobre el mérito, podrá acusarse su rebeldía. Un interesante precedente, que motivó una aguda exposición de De María ⁽⁴⁹⁾, se planteó con motivo de la actitud de una parte que, en lugar de asistir a un informe *in voce*, presentó escrito de recusación. De María sostuvo, con todo fundamento, que el derecho a informar *in voce* se había extinguido y que el procedimiento debía seguir adelante.

El efecto suspensivo se produce, en cambio, sobre cualquier sentencia interlocutoria o definitiva que el juzgado deba dictar. La recusación es, pues, previa al fallo pero no es previa a la instrucción.

Calificación del grado. El instituto de la calificación del grado, que en el Código aparece en otra oportunidad en materia de recurso extraordinario de nulidad notoria, constituye un pronunciamiento preliminar sobre la *admisibilidad* del medio procesal empleado y no sobre su *fundamento*. En materia de recusación, lo único que se trata de establecer es si la causa aducida es o no legal (artículo 906, inciso 1º). El superior no entra a averiguar, por ahora, si la causa es verdadera. Sólo se averigua si el motivo aducido es de aquellos que, en el sistema de la ley, han sido considerados como causa de impedimento o de recusación. Si lo es, da entrada al incidente y el procedimiento sigue, de acuerdo

(49) *Rev. D. J. A.*, t. 1, p. 71.

con lo que a continuación se ha de establecer. Si no lo es, queda desechada la recusación *in limine*.

Se ha sostenido, a nuestro juicio con razón, que la calificación del grado por el superior, no sólo abarca las condiciones de admisibilidad del motivo, sino también los presupuestos procesales del propio incidente ⁽⁵⁰⁾. No es ésta, exactamente, la terminología del fallo aludido, pero lo es su sentido.

La resolución que se dicta en materia de calificación del grado no admite recurso alguno ⁽⁵¹⁾. La fórmula legal utilizada, al decir que con ella en caso negativo "queda terminado el expediente", ha sido reiteradamente interpretada en el sentido de que con ella queda concluído el debate sobre el punto.

33. Prueba del incidente.

Si la calificación del grado ha sido favorable al progreso del incidente, corresponde entrar al examen de la prueba.

Dicha prueba tiene, a su vez, varias características particulares.

La primera de ellas es que, normalmente, sólo versa sobre los testigos e instrumentos consignados en el escrito de demanda de recusación (artículo 796). Pero surge la duda de si no serán admitidos otros medios de prueba. Este punto requiere aclaración.

El artículo 795 dice que con el escrito de demanda se acompañarán o mencionarán los documentos y se determinarán los testigos. El artículo 796 agrega que no serán admitidos luego al recusante "los medios de prueba a que se

⁽⁵⁰⁾ Así, *Jur. A. S.*, t. 61, p. 163, c. 12.625.

⁽⁵¹⁾ *Jur. A. S.*, t. 8, c. 2196; *Rev. de D. y C. Sociales*, t. 7, p. 619.

refiere el artículo precedente". Pero, nada ha dicho, en sentido de prohibición, respecto de otros medios de prueba. Así, por ejemplo, si en el período de prueba se ofreciese como tal la prueba de posiciones del magistrado recusado, no existe disposición alguna que tal cosa impida. Si se ofreciera probar el motivo mediante la inspección ocular, tal como si hubiera de demostrarse la comunidad de vivienda entre el juez y la contraparte, a los efectos del inciso 7º del artículo 785, nada puede impedirlo. Aun, pues, en los casos en que en el escrito de demanda se incurra en la ligereza de no anticipar prueba instrumental o testimonial (que, como se comprende, es la prueba básica en la casi totalidad de los casos) no por eso debe rechazarse la recusación en la calificación del grado ni negarse la apertura del incidente a prueba. La apertura del término procede siempre, aunque limitado a la recepción de las pruebas que no sean instrumentales y testimoniales.

Otra característica de esta prueba es la que surge de su término. A diferencia de todos los incidentes y aún del juicio principal, en que el período probatorio está dado en razón de producirse las pruebas dentro del Departamento, dentro de las sesenta leguas o fuera de las sesenta leguas, en este incidente particular el término es de ocho días, prorrogable por uno más cada veinticinco kilómetros (por asimilación a las disposiciones relativas al emplazamiento) según sea el lugar fuera del Departamento en que ha de producirse la prueba.

Esa prueba es particular, si el adversario del recusante no se halla dentro del Departamento; es común si el adversario se halla en la ciudad, villa o pueblo (artículo 803).

Una tercera característica es la que se refiere al número de testigos. A diferencia de lo establecido en el artículo 397,

que permite presentar hasta siete testigos *por cada pregunta*, en materia de recusación cada parte no puede presentar más de seis testigos *en conjunto* (artículo 804).

Vencido el término de prueba, el actuario, sin necesidad de petitorio de las partes ni de mandato judicial, agregará las pruebas y dará cuenta al juez el que debe dictar sentencia en un plazo de seis días (artículo 805).

34. *Procedimiento posterior a la prueba.*

A pesar del texto expreso del artículo 805, es imposible que producida la prueba se dicte sentencia "sin más trámite".

El artículo 806, inciso 3º, hace preceptiva la ingerencia del Ministerio Público en materia de recusación, texto que refrenda lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 171: C. O. T.

Dicha ingerencia debe tener lugar, según el artículo 176, "cuando el proceso se halle en estado de dictarse resolución". Así lo había establecido, asimismo, la Acordada de 12 de junio de 1903 ⁽⁵²⁾.

Oído el Ministerio Público, se dicta sentencia.

También esta sentencia tiene características particulares que la hacen diferir de las del derecho común. La más importante de todas estas características es la de que las leyes de 23 de junio de 1905 y 22 de marzo de 1918, han venido a instituir en esta materia un doble sistema de apreciación de la prueba. Dentro de un sistema de valoración probatoria apoyado en el principio de la sana crítica, dichas leyes han hecho penetrar un sistema de libre convicción o

(52) *Rev. D. J. A.*, t. 19, p. 330.

prudente arbitrio ⁽⁵³⁾ para los motivos 2, 3, 8 y 11 del artículo 786.

La sentencia que decide la recusación no admite recurso alguno, según el artículo 812 ⁽⁵⁴⁾; ni aun el de queja, por la misma razón de que no admite apelación ⁽⁵⁵⁾.

CAPÍTULO V

EFFECTOS DE LA RECUSACIÓN

35. *Extensión de la recusación.*

El principal efecto de la recusación es provocar la inhibición del magistrado por disposición de su superior.

Pero surge el problema de saber cuál es la medida de esa inhibición: si se proyecta a todos los incidentes y si decidida para un juicio se hace extensiva a otros juicios entre las mismas partes y abogados.

La primera de esas cuestiones debe decidirse en sentido afirmativo. La inhibición para lo principal se extiende hacia lo incidental por la simple aplicación del principio de que la continencia de la causa impone radicar lo incidental ante el juez de lo principal. Sería un régimen de profunda desorientación, el que permitiera que un juez inhábil subjetivamente para decidir el mérito del asunto, no lo fuera, sin embargo, para decidir las cuestiones accesorias con las cuales queda preparado el material de conocimiento para decidir sobre el mérito.

⁽⁵³⁾ Para esta distinción, *Fundamentos del derecho procesal civil*, ps. 142 y sigtes. y estos *Estudios*, t. II, p. 220.

⁽⁵⁴⁾ *Jur. A. S.*, t. 7, c. 1961; t. 9, c. 2500.

⁽⁵⁵⁾ *Rev. de D. y C. Sociales*, t. 5, p. 175.

Pero la segunda de las proposiciones debe resolverse en sentido negativo. Dictada una sentencia de recusación, ella sólo produce efectos en el caso para el cual ha sido proferida y no se extiende a otros entre las mismas partes ⁽⁵⁶⁾. Esta conclusión ha recibido en nuestra doctrina un apoyo concluyente ⁽⁵⁷⁾.

36. *Validez de las actuaciones.*

El problema de la validez de las actuaciones del juez recusado ha sido resuelto dentro de nuestro sistema legal mediante dos soluciones diferentes. De la coordinación de ambas debe surgir la solución adecuada.

El inciso 11 del artículo 676, establece la nulidad de lo actuado por un juez recusado para entender en ella. A estar a este texto, parecería que conforme un magistrado es recusado por la parte, vale decir, desde que se inicia la demanda incidental de recusación, las actuaciones son nulas. *A fortiori* esta solución vendría a imponer la suspensión del procedimiento a partir de la demanda de recusación, ya que un principio elemental de economía procesal insta a no seguir acumulando actuaciones cuando su validez se halla en tela de juicio.

No obstante, los artículos 794 y 799 obligan a llegar a una solución contraria. La suspensión del procedimiento ya analizada ⁽⁵⁸⁾, demuestra de qué manera es imposible dejar en manos de un recusante de mala fe la suspensión del procedimiento. En el entendido de que las mere interlocutorias o providencias de trámite no juzgan ni prejuzgan, la ley

⁽⁵⁶⁾ *Rev. D. P. P.*, t. 6, p. 165; *Suplemento Jur. A. S.*, c. 254.

⁽⁵⁷⁾ CARNELLI, *Cuestiones de procedimiento civil*, p. 263.

⁽⁵⁸⁾ *Supra*: 28.

permite seguir adelante la instrucción, la que se detiene recién al llegar a una interlocutoria o a la sentencia definitiva. Y, a su vez, el artículo 799 establece mediante texto expreso el principio de que la recusación, aun aquella declarada procedente por el superior, no afecta la validez de los procedimientos cumplidos a partir de la demanda de recusación.

37. Sanciones especiales.

Los artículos 812 y 813 sancionan con extrema severidad al recusante y al recusado maliciosos.

Al primero se le impone la condena preceptiva en costas y la facultativa en costos. La redacción de este texto viene a reeditar, en términos muy semejantes, el problema ya conocido de las costas en el desistimiento y en la deserción. Pero en el presente caso la solución se aclara con sólo tener en cuenta que en el Proyecto Requena era preceptiva la condena en costas y nada se decía de los costos. La Comisión Revisora llevó adelante la solución, sólo en la apariencia. Mantuvo como preceptiva la condena en costas y la hizo facultativa en costos, dictando, evidentemente, una disposición que no ha sido otra cosa, en cuanto a los costos, que una inútil repetición de la disposición de los artículos 466: C. P. C. y 688: C. C.

En cuanto a la malicia del juez recusado se prevé la sanción penal, en el artículo 813. Pero también esta disposición es una innecesaria duplicación del artículo 132: C. O. T., en el cual se halla condigna sanción para actos de esa índole.

CAPÍTULO VI
DE LA ABSTENCIÓN

38. *Concepto de abstención.*

De cuanto ha sido expuesto con anterioridad surge el concepto de abstención o excusación, especialmente cuando se le compara con las otras dos causas de inhibición constituidas por el impedimento y por la recusación. En tanto los motivos de impedimento y de recusación procuran la imparcialidad del magistrado, el derecho de abstención configura un poder jurídico de éste, que no queda sometido en modo alguno a la voluntad de las partes ⁽⁵⁹⁾.

Se trata de un derecho del juez; la parte no tiene derecho a pedirle al magistrado que se aleje del conocimiento del asunto, en razón de existir causas de decoro o de delicadeza ⁽⁶⁰⁾.

Al juez, únicamente, es a quien incumbe calificar esas circunstancias y las insinuaciones que pudieran hacerse, no deben ser tenidas en cuenta, ni siquiera como medio de llamar la atención del magistrado. Si el motivo de decoro o de delicadeza existe, el juez lo debe poner de relieve. Constituye la más extravagante suplantación de posiciones la de que los interesados se transformen en árbitros de lo que la conciencia del juez entienda como motivo de decoro o de delicadeza. La apreciación de esta circunstancia queda librada, exclusivamente, al magistrado y a su superior. Son necesarias dos opiniones conformes, para que el derecho de

⁽⁵⁹⁾ *Suplemento de Jur. A. S.*, c. 335.

⁽⁶⁰⁾ *Supra*: 31

abstención pueda acordarse. El juez por sí mismo no puede declararse abstenido; el superior por sí solo, no puede ordenar la abstención del inferior. Sólo cuando el inferior toma la iniciativa y el superior concede el derecho de abstención, el magistrado se encuentra en condiciones de poder alejarse del conocimiento del asunto, en razón del motivo particular previsto en el artículo 791.

39. *Motivo de decoro y delicadeza.*

La ley permite al juez solicitar el derecho de abstención por razones de decoro y por razones de delicadeza.

El decoro es un concepto de excepcional amplitud. Abarca, no sólo el honor, sino también el respeto, la reverencia, el recato y la estimación. Es no sólo la consideración externa de una persona, sino también su propia estimación. Abarca tanto el prestigio social representado por la dignidad del comportamiento, como el respeto que una persona debe a los dictados de su propia conciencia. Hierde el decoro no sólo una ofensa recibida, claramente perceptible, sino también la insinuación malevolente, el estado de recelo, la sospecha o el desdén. El juez puede sentirse herido en su decoro si la parte le supone incapaz de juzgar con independencia en determinado asunto; pero su integridad de espíritu, la elevada conciencia de su misión y el sentido de su responsabilidad pueden también colocarle por encima de tales sospechas y su propio decoro puede conducirle a la conclusión contraria. Se trata, sustancialmente, de una actitud de orden espiritual, que puede conducir, indistintamente, a una u otra solución.

Los grados extremos de la conducta social, la actitud decorosa o indecorosa, pueden percibirse claramente. Pero

en las situaciones limítrofes, sólo la conciencia del magistrado le habrá de decir qué es lo que se entiende por razón de decoro.

En cuanto al concepto de delicadeza, constituye en cierto modo, una extensión del anterior. *Delicadeza* está tomada, en la ley, no en su sentido directo de finura, ternura o suavidad, sino también de escrupulosidad y de miramiento. En este sentido, al no considerar como sinónimas ambas palabras, habría que admitir que la delicadeza constituye un grado superlativo del decoro. Sería, así, el honor y la propia estimación llevados a su grado extremo.

La jurisprudencia ofrece en esta materia, una doble orientación de interés muy particular ⁽⁶¹⁾.

Por un lado, se ha mostrado tradicionalmente respetuosa del escrúpulo de los magistrados inferiores, toda vez que el superior debe pronunciarse en el sentido de conceder o negar el derecho de abstención. Puede afirmarse que en la casi totalidad de las situaciones, los superiores conceden el derecho de abstención, apreciando con amplitud los escrúpulos o reservas de los jueces que solicitan tal derecho.

Pero en un sentido contrario, se ha pronunciado, también, en numerosos fallos y dictámenes Fiscales, que han tenido plena adhesión de la doctrina, en el sentido de que las partes no pueden provocar con su actitud, el alejamiento del magistrado.

En el primer sentido se ha declarado, por ejemplo, que si bien la enemistad o resentimiento con el abogado, no ha

⁽⁶¹⁾ Debe declararse que esta jurisprudencia difícilmente llega a los repertorios de fallos. Las decisiones del superior rara vez son fundadas; los tribunales deliberan en esta materia *en chambre de conseil* y los motivos de su decisión no trascienden ni a las partes ni al expediente.

sido calificada por nuestra ley como causal de recusación, constituye sin embargo, un motivo que da lugar al derecho de abstención ⁽⁶²⁾. En un caso particular en que le Iglesia Católica recusó a tres miembros de la Suprema Corte de Justicia, por integrar la masonería, dos de ellos entendieron que no existía motivo suficiente para alejarse del conocimiento del asunto; pero el Doctor Julio Bastos solicitó su derecho de abstención sosteniendo que se consideraba afectado en su decoro y delicadeza y que no podría actuar sino con enorme violencia moral, como juez, en un asunto en el cual una de las partes litigantes revelaba desconfianza en su actitud y dudaba de su imparcialidad ⁽⁶³⁾. En ese mismo caso, al no haber solicitado el derecho de abstención los otros dos miembros de la Suprema Corte, ésta decidió infundada la causal de recusación.

En el segundo de los sentidos indicados, es decir, en cuanto se trata de evitar que mediante provocaciones se hiera el decoro y la delicadeza del juez, la jurisprudencia es muy firme. Ni las hostilidades del litigante ⁽⁶⁴⁾, ni los procedimientos incorrectos de un Fiscal ⁽⁶⁵⁾, ni las apreciaciones hirientes de las partes emanadas por su falta de contención o de cultura ⁽⁶⁶⁾, ni las ofensas directas por sí mismas ⁽⁶⁷⁾, son motivo que autoricen al juez a solicitar su derecho de abstención.

Sería una regla muy perniciosa, se repite sistemática-

⁽⁶²⁾ Así, por ejemplo, fallos de la Suprema Corte en *Jur. A. S.*, t. 1, cs. 64, 77, 112 y 217.

⁽⁶³⁾ *Jur. A. S.*, t. 15, c. 3360.

⁽⁶⁴⁾ *Rev. D. J. A.*, t. 2, p. 7.

⁽⁶⁵⁾ Opinión del Dr. E. Garzón, en *Rev. D. J. A.*, t. 10, p. 215.

⁽⁶⁶⁾ Fallo del Dr. Aladio, en *Rev. D. J. A.*, t. 17, p. 68.

⁽⁶⁷⁾ Dictamen de Vázquez Acevedo, *Rev. D. J. A.*, t. 1, p. 63.

mente en todos estos casos, la de consagrar el hábito de inhibirse por haber recibido una ofensa o porque el magistrado se declare resentido. El litigante malicioso, dice Vázquez Acevedo, habría hallado así un medio muy fácil de quitarse de encima al juez que le incomode; y el juez, especialmente el que ejerce sus funciones en el interior del país, habría hallado también un medio muy simple de anular a un abogado alejándolo de su jurisdicción.

El problema no exige tanto una consideración de orden general, como de carácter especial. El superior debe conceder el derecho de abstención al inferior, toda vez que advierta que la razón de decoro y de delicadeza corresponde a un escrúpulo legítimo del magistrado. Debe negarlo, en cambio, si constituye un modo mediante el cual el juez puede evadir fácilmente el conocimiento de uno o varios asuntos, ya sea desplazándolos indebidamente hacia sus colegas, ya sea procurando anular a un profesional determinado. La irritación del juez provocada deliberadamente por un litigante, no es por sí misma motivo de abstención ⁽⁶⁸⁾.

Tampoco corresponde conceder la abstención por motivos de excesiva sensibilidad ⁽⁶⁹⁾, de quisquillosidades o susceptibilidad extrema. El juez debe tener el sentido de su función y no eludir el conocimiento de los asuntos por rozamientos fútiles o simples cavilaciones. Una excesiva propensión a sentirse mortificado, revela un temperamento dema-

⁽⁶⁸⁾ Conforme, BAYLEY, *Las acusaciones, injurias, contenidas en los escritos, no constituyen motivo de abstención*, en *Rev. D. J. A.*, t. 27, p. 41.

⁽⁶⁹⁾ Así, p. ej., fué negado el derecho de abstención de un magistrado porque su hermano había actuado como abogado de un Ente Público en la instancia administrativa anterior al proceso (*Guía del Comercio*, t. 25, p. 1).

siadopreciado de sí mismo y, por consiguiente, impropio para juzgar a los semejantes en ese mismo plano de sensibilidad humana.

Es frente, pues, a cada caso concreto que el superior debe analizar las circunstancias de hecho que militan en él, para proceder de acuerdo con las directivas que quedan insinuadas.

De la misma manera, cabe aclarar que si el motivo de decoro o delicadeza se halla configurado en la ley como causa de recusación, no corresponde hacer valer el derecho de abstención, sino, tal como lo hemos expuesto en su oportunidad, hacer saber el motivo a las partes y luego que éstas hayan promovido la recusación, desentenderse del asunto.

En dos fallos dictados el mismo día, el Tribunal de Apelaciones de 3er, Turno decidió dos casos en los cuales estos principios estaban en juego. En uno de ellos ⁽⁷⁰⁾, se trataba de una denuncia hecha al juez ante la Suprema Corte. El Tribunal decidió, acertadamente en nuestro concepto, que esa era causal de recusación, tal como lo hemos sostenido en el parágrafo 31. Pero a continuación, el Tribunal decidió que, de acuerdo con el art. 790, lo que correspondía era que el juez se declarara inhibido de oficio. Apoyado en tales razones, deniega el derecho de abstención. La solución es, en nuestro concepto, errónea. De acuerdo con la parte final del citado art. 790, el juez no podía inhibirse de oficio, sino esperar la actitud de las partes. Sólo podía desentenderse, si una de ellas hubiera invocado la existencia de un motivo de recusación. Tal como reiteradamente lo venimos exponiendo en este estudio, es ésta la diferencia que existe entre el impedimento, en el cual el juez debe inhibirse *ex officio* y

(70) L. J. U., t. 14, c. 2363.

la recusación, en la cual el juez debe esperar la oposición de las partes. Como en el fallo publicado no consta que la parte haya recusado al juez, la fundamentación resulta, cuando menos, imprecisa.

En el otro caso ⁽⁷¹⁾, las cosas eran más claras. La parte pidió al magistrado que hiciera valer su derecho de abstención, solución ésta que, como tratamos de demostrarlo oportunamente ⁽⁷²⁾, es de toda improcedencia. Y subsidiariamente, para el caso de que el juez no se abstuviera, lo recusaba. El Tribunal deniega el derecho de abstención y sostiene la doctrina, a nuestro juicio exacta, de que si media causa de recusación lo que corresponde, en vista de la petición de la parte, es tener por deducida una recusación procedente y pasar los autos al juez que debe subrogar.

Sin embargo, no surge del fallo la exposición del magistrado. Bien podía ocurrir que el magistrado entendiera que había motivo de decoro y delicadeza para pedir abstención y no había motivo de recusación. En este caso él tenía derecho a solicitar del Tribunal su abstención. Y si la causal era atendible, el Tribunal debió haberla concedido. No ya porque lo pidiera la parte, sino porque se lo pedía el juez ⁽⁷³⁾. Las causales de recusación no tienen por qué coincidir con las de decoro y delicadeza. Pueden existir estas últimas sin existir las primeras.

40. *Ausencia de normas reglamentarias.*

La disposición del artículo 791 se caracteriza por la ausencia absoluta de normas procesales reglamentarias.

⁽⁷¹⁾ L. J. U., t. 14, c. 2364.

⁽⁷²⁾ *Supra*: 38.

⁽⁷³⁾ *Infra*: 41.

Se instituye allí el derecho de abstención y se dan los motivos. Pero nada se dice acerca de cuál es el procedimiento que se debe seguir frente a una situación de esa índole.

Es relativamente frecuente la práctica de que el magistrado, por acto propio, consigna en los autos la existencia de una razón de decoro y de delicadeza, sin especificarla, para justificar con ella una actitud de abstención, remitiendo sin más trámite el expediente al juez que lo debe subrogar ⁽⁷⁴⁾.

La Corte ha recordado en una resolución de carácter general ⁽⁷⁵⁾, que no basta que un juez se excuse o abstenga para quedar separado por ese solo hecho de conocer en el asunto; es necesario, en todo caso, que el derecho de abstención sea concedido por el superior.

Es en este aspecto donde se hace más acentuada la diferencia entre la abstención y los otros modos análogos de inhibición del juez. En el impedimento, el juez se desentiende *in limine*: en la recusación, debe dar cuenta a las partes de la existencia del motivo y aguardar la reacción de éstas; en la abstención nada tiene que informar a las partes y debe, en cambio, dar cuenta al superior.

El juez llamado a subrogar a un magistrado que recibiera una causa en la cual hallare una abstención no autorizada por el superior, tiene derecho a devolverla a su juzgado de origen. Admitir la abstención sin la anuencia de quien debe concederla, significa trastornar no sólo el sistema de la competencia, sino también la racional distribución del trabajo entre los distintos órganos del Poder Judicial. La contienda negativa de competencia, puede ser el

⁽⁷⁴⁾ Así, p. ej., *Rev. D. J. A.*, t. 23, p. 91.

⁽⁷⁵⁾ *Jur. A. S.*, t. 1, p. 286.

instrumento legal de que dispone el juez subrogante, para rehusarse a entender en un asunto que indebidamente se le ha sometido sin abstención autorizada por el superior ⁽⁷⁶⁾.

41. *Actitud del Juez. Comunicación al superior.*

Tal como se ha expresado, el Juez que se halla en situación de acogerse al derecho que le confiere el artículo 791, debe requerir del superior la anuencia del caso.

La ausencia de normas reglamentarias, que acaba de mencionarse, se acentúa en este instante, ya que no existe forma alguna para dirigirse al superior.

En esta situación, la autorización puede requerirse de diversas maneras. Una de ellas es la estrictamente confidencial, solicitando audiencia del superior y exponiendo verbalmente los motivos ⁽⁷⁷⁾. Otra consistiría en dirigirse por oficio, exponiendo los motivos, aun manteniendo el carácter rigurosamente confidencial de la comunicación. Este temperamento es el adecuado cuando el inferior ejerce su función en el interior del país y debe dirigirse a un tribunal de apelaciones para obtener la conformidad. Pueden, asimismo, exponerse los motivos en el propio expediente y remitirse los autos al superior, para que éste tenga a su disposición todos los antecedentes ilustrativos del caso. Este procedimiento tiene, respecto de los anteriores, la ventaja de la información completa de todos los elementos de hecho del asunto; pero tiene, en cambio, el inconveniente de que el juez, al desprenderse materialmente de los autos, se ve

⁽⁷⁶⁾ *Rev. D. J. A.*, t. 17, p. 68, fallo del Dr. Aladio,

⁽⁷⁷⁾ Conforme BAETHGEN, *Naturaleza del auto que concede el decreto de abstención y recursos contra el mismo*, en *Rev. D. J. A.*, t. 35, p. 49.

privado durante todo el tiempo que dure el trámite ante el Superior, de los elementos indispensables para la continuación del asunto o el dictado de providencias urgentes que fueran indispensables.

42. *Decisión del superior.*

El superior decide teniendo en su mano los antecedentes del caso o los informes confidenciales del magistrado.

El propio carácter confidencial hace que no se registre en el expediente otra constancia que no sea la de haberse acordado o denegado el derecho de abstención⁽⁷⁸⁾. Esa constancia puede ponerse indistintamente por el superior o por el inferior. Lo primero ocurre cuando el superior ha tenido los autos a su disposición; lo segundo cuando el inferior ha sido autorizado y, por sí mismo, registra en el expediente esta circunstancia.

La decisión del juez concediendo o negando, no tiene carácter jurisdiccional sino administrativo, no se requiere la forma especial de las sentencias, ni citación, ni siquiera una notificación previa a las partes.

Una resolución de esta índole, forma parte del cúmulo de providencias que el Juzgado o Tribunal toma a los efectos de asegurar el funcionamiento normal de sus oficinas o de los órganos que se hallan jerárquicamente subordinados.

El artículo 701 no dice cuáles son los jueces y Tribunales superiores. Debe entenderse que lo son los llamados a conocer en el asunto concreto para el cual se pide derecho de abstención, según el orden establecido para las apelaciones⁽⁷⁹⁾.

(78) BAETHGEN, *op. cit.*, cap. II.

(79) *Supra*: 28.

43. *Procedimiento posterior al decreto que concede o niega la abstención.*

Concedida la abstención, los autos son remitidos al magistrado subrogante. Denegada, continúan en poder del magistrado que ha requerido infructuosamente abstención.

Se ha pretendido en más de una oportunidad deducir recursos contra el decreto que concede o niega el derecho de abstención. Ya sea por parte del magistrado a quien es denegado; ya sea por parte del juez subrogante a quien se ha atribuído el conocimiento de un asunto; ya sea por parte de los litigantes a quienes la resolución superior deja insatisfechos.

Sin embargo, es muy clara la solución de que el auto que concede o deniega no admite recurso alguno interpuesto por las partes o por los magistrados ⁽⁸⁰⁾. Las partes no pueden recurrir, porque el derecho de abstención de un magistrado no les afecta. Si no existe causal de recusación, ellas deben aceptar el juez que la ley les atribuye; si existe causal de recusación es ese y no otro, el medio legal de que deben servirse para alejar al juez sospechoso del conocimiento del asunto..

El juez a quien se deniega la abstención no puede recurrir por la razón arriba apuntada ⁽⁸¹⁾, de que para que la abstención proceda, es necesario el concurso de dos voluntades: la del superior y la del inferior. La del inferior solo, no basta; la del superior solo, tampoco. No puede considerarse que exista el agravio indispensable para que proceda la apelación, en una denegación de mero contenido administrativo de esta índole.

⁽⁸⁰⁾ *Jur. A. S.*, t. 1, c. 427.

⁽⁸¹⁾ *Supra*: 34.

El juez llamado a subrogar tampoco puede recurrir. La decisión tomada por el superior le obliga jerárquicamente dentro del orden administrativo. La contienda negativa de competencia a que arriba se ha hecho mención, sería un procedimiento idóneo cuando el magistrado se ha desentendido del conocimiento del asunto sin la anuencia del superior, pero no cuando se ha concedido el derecho de abstención por el superior.

44. *Remisión de los antecedentes.*

El primer efecto del decreto que concede el derecho de abstención, es el de investir del conocimiento del asunto al juez llamado a subrogar al magistrado, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 127 y siguientes: C. O. T.

La remisión de los antecedentes debe hacerse en la forma de estilo, para todos los casos de subrogación y de acuerdo con lo ya anticipado, el subrogante, concedido regularmente el derecho de abstención, no tiene sino un deber de acatamiento para la resolución del superior.

Esta situación provoca, naturalmente, la desinvestidura a quien se ha alejado del conocimiento del asunto. Ya no puede seguir actuando en el mismo. No sólo porque esto significa una contradicción con su propia conducta, sino también porque la abstención se le ha concedido, justamente, para que deje de conocer en el asunto.

La nulidad prevista en el inciso 11 del artículo 676, no alcanza a las actuaciones cumplidas por un juez a quien se ha conferido el derecho de abstención. Sin embargo, esa nulidad estaría comprendida dentro de la parte final del mismo pasaje. El juez a quien se concede un derecho de abstención es, virtualmente, un juez impedido de conocer

en el asunto ya que, de acuerdo con los propios términos del artículo 783, la abstención se encuentra involucrada dentro de las causas de inhibición determinadas en el artículo 783, según las cuales los jueces dejan de conocer en los juicios.

45. *Alcance del decreto que concede el derecho de abstención.*

Concedido el derecho de abstención o de excusación, se trata de saber en qué sentido puede obligar para el futuro.

La tesis ya expuesta de que no puede hablarse en esta materia de cosa juzgada ni de preclusión, desde que se trata de una simple resolución de orden administrativo, proyecta sus consecuencias sobre los efectos de tal decreto. Por lo pronto es evidente que una resolución de esa índole, es eminentemente personal y ampara exclusivamente al magistrado a quien se concede ese derecho. Así, por ejemplo, si el magistrado a quien se otorgó el derecho de abstención para conocer en un asunto determinado, se retira del servicio judicial o es promovido a otro juzgado o tribunal, cesa la subrogación y el expediente debe volver al juzgado de origen ⁽⁸²⁾.

La circunstancia de que no quepan recursos contra este decreto, no crea, sin embargo, una ejecutoriedad de la decisión. Denegado el derecho de abstención por el superior, puede ser requerido nuevamente por el inferior aportando nuevas explicaciones, nuevos elementos de información, y, aún, nuevas circunstancias de hecho.

(82) Fallo del Dr. Minelli confirmado por el Tribunal de Apelaciones de Primer Turno, en *Rev. D. J. A.*, t. 27, p. 490.

Concedido el derecho a un magistrado, sería posible, sin embargo, de oficio o a solicitud del magistrado subrogante, modificar lo resuelto. Esto último acontecería sin necesidad de un recurso de reposición, como se ha insinuado ⁽⁸³⁾, porque tratándose de una resolución de tipo administrativo, puede en todo momento ser sustituida por otra mejor fundada. La Corte ha decidido que estas resoluciones son de orden discrecional y privativas del órgano competente ⁽⁸⁴⁾; en esta situación, por tratarse de un acto administrativo, el designio o finalidad del mismo, debe ser el único límite al poder discrecional.

El derecho de abstención se concede para un caso concreto, no pudiendo, en cambio, acordarse con carácter general, por ejemplo, para todos los juicios en que intervenga determinado abogado o determinado litigante ⁽⁸⁵⁾. La resolución debe ser dada cada vez que se promueva un nuevo litigio. En alguna oportunidad se ha sostenido ⁽⁸⁶⁾ que el juez a quien se ha concedido el derecho de abstención para intervenir en un juicio de quiebra, por amistad con uno de los socios de la firma fallida, no puede intervenir luego en el juicio de desalojo de la finca ocupada por esa misma firma. Dicha conclusión no puede aceptarse sin reservas. El juez puede tener razones de decoro y delicadeza para

⁽⁸³⁾ BAETHGEN, *op. cit.*

⁽⁸⁴⁾ *Jur. A. S.*, t. 1, c. 427.

⁽⁸⁵⁾ En sentido contrario, pero sin la persuasión suficiente, SAYAGUES LASO, en *Rev. D. J. A.*, t. 23, p. 91. En el caso, el magistrado se inhibió "sin que importe aceptar la tesis del Sr. Fiscal (Dr. SAYAGUES LASO)". Esta actitud comporta un doble error. Si el magistrado no comparte la tesis, no debe abstenerse; y si entiende que corresponde abstenerse, no puede hacerlo por su sola cuenta, sino que debe requerir la anuencia del superior.

⁽⁸⁶⁾ SAYAGUES LASO, *Vistas Fiscales*, t. 2, p. 31.

conceder o negar la quiebra, dado la índole excepcional de este asunto; pero pueden no militar las mismas circunstancias para un procedimiento de desalojo u otro cualquiera respecto de la misma parte. Tal como se ha expresado, la estimación de las causales de abstención, pertenece al fuero de la conciencia del magistrado. Entre esos motivos pueden existir los inherentes a la naturaleza del asunto y no a las personas que en él actúan. Dos litigios entre las mismas partes, pueden tener significación diferente y justificar en un caso la abstención y en otro la negativa a conceder dicha facultad.

Pero corresponde aclarar que, concedida la abstención para lo principal, el juez queda inhibido implícitamente de conocer en todos los incidentes del mismo, en razón del ya recordado principio de continencia de la causa. Si la abstención fué acordada para la quiebra, debe suponerse que el juez ha sido desinvestido de sus atribuciones para todos los juicios que, por virtud del fuero de atracción, se acumulen a ella. Entre la quiebra y sus procesos acumulados media la misma relación que entre lo principal y los incidentes.

La opinión aludida puede, pues, haber sido correcta en una determinada situación, aunque su tesis no puede generalizarse.

5. CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN PROCESALES

SUMARIO: 1. El concepto de capacidad. — 2. Multiplicidad de palabras y palabras de significados múltiples. — 3. Capacidad como posibilidad. — 4. Capacidad como aptitud de ejercicio. — 5. Incapacidad y prohibición. — 6. La legitimación procesal. — 7. "Legitimatio ad causam" y "legitimatio ad processum". — 8. Los capaces. — 9. Los semicapaces. — 10. Los incapaces. — 11. Representación, asistencia y autorización. — 12. Conclusión.

CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN PROCESALES

1. *El concepto de capacidad.*

¿Qué relación existe entre la capacidad y la legitimación procesal?

Cuando bien se piensa, cuando se trata de llegar al fondo mismo de la palabra *capacidad*, se advierte que el vocablo es una metáfora. Capacidad en cierto modo es "lo que cabe"; un contenido y un continente. La capacidad se refiere a una idea física; pero cuando nos referimos a la capacidad en un sentido humano y en especial en un sentido humano jurídico, aquella metáfora nos va a descubrir al hombre como un continente y al derecho como un contenido. La capacidad jurídica es lo que el hombre, como sujeto de derecho, puede; es decir, lo que cabe dentro de él en una medida de derecho ⁽¹⁾.

Pero aquí ha pasado lo que ha pasado con todas las metáforas del derecho. Son felices como hallazgo de expresión; pero cuando empezamos a trabajar sobre ellas, los conceptos se nos escapan de las manos y nos van dejando sola-

⁽¹⁾ Cfr. ROJINA VILLEGAS, *Introducción y teoría general del derecho y del Estado*, México, 1941, t. I, p. 507.

mente la metáfora. Con la palabra capacidad, en el lenguaje del derecho, ha ocurrido eso: nos ha quedado una metáfora y se nos ha escapado el concepto.

¿Por qué? Porque se habla de capacidad en tan diversos sentidos, que ni siquiera existe a veces nexo posible entre uno y otro.

2. *Multiplicidad de palabras y palabras de significados múltiples.*

Se llama, por ejemplo, incapaz al demente porque no tiene discernimiento psíquico; se llama incapaz al menor aun cuando teniendo discernimiento psíquico, a la víspera de cumplir 21 años, no tiene el discernimiento presuntivo que la ley establece; se llama incapaz al sordomudo que no se puede hacer entender por escrito, aunque tenga plena lucidez, porque le faltan los medios de expresión para transmitir su voluntad jurídica; se llama incapaz al que tiene ciertas inhabilitaciones por razones de incompatibilidad, como el tutor, el curador, el mandatario; y también se le llama incapacidad a ciertas sanciones o penas, como lo son la inhabilitación penal y la aptitud restringida del fallido ⁽²⁾.

Paralelamente a este fenómeno de la multiplicidad de significaciones de la palabra dentro del mismo derecho, ocurre también que esa misma palabra cambia según la zona del derecho en que se aplique.

(²) Sobre el concepto de capacidad en cada una de estas situaciones, cfr. CHAO LAURENTI, *Juicio de incapacidad*, Montevideo, 1945; LE RIVEREND, *El derecho de la mujer casada*, La Habana, 1945, ps. 22 y sigtes.; CAMAÑO ROSA, *De la capacidad legal para ejercer el comercio*, Montevideo, 1936; ORGAZ, *Incapacidad civil de los penados*, 2^a edic., Córdoba, 1939.

Así, por ejemplo, lo que el Derecho Civil llama "capacidad" (aptitud para realizar actos jurídicos válidos), en el Derecho Penal se llama "imputabilidad" (idoneidad jurídica para ser sujeto de la pena), en el derecho procesal se le llama "legitimación procesal" (la aptitud jurídica de realizar actos procesales válidos), en el derecho comercial se le llama "calidad de comerciante" (posibilidad jurídica de ejercicio del comercio), y en el Derecho Administrativo se le llama "competencia" (ámbito legítimo de las atribuciones de los gobernantes o agentes de los servicios públicos).

Puede observarse de qué manera la palabra se evade de nosotros como revelación de un concepto. Cambia de sentido en una misma zona y cambia de forma en las distintas zonas del derecho.

Por supuesto que todo esto nos impone, antes de entrar al estudio de la legitimación procesal, determinar el significado de la capacidad como concepto jurídico.

3. *Capacidad como posibilidad.*

La capacidad está tomada en la ley y en el lenguaje común del derecho, en un primer significado de extraordinaria amplitud. La idea de capacidad se asocia aquí a la de sujeto de derecho.

El artículo 1º del Código Civil alemán establece que la capacidad comienza con el nacimiento y termina con la muerte. En esta concepción todos los sujetos de la especie humana son capaces de derechos y obligaciones.

No podemos decir que el menor de edad sea incapaz si advertimos que puede adquirir por herencia, contraer matrimonio, comparecer en todos los actos por intermedio de sus representantes legales; etc. Esta posibilidad es indepen-

diente de la aptitud para realizar por sí mismo los actos a que se refiere la capacidad. La aptitud de un incapaz para descubrir un tesoro o componer una canción, a que se refieren ciertos escritores alemanes ⁽³⁾, no atañe tanto al orden jurídico como al orden físico. Esa aptitud, no es más que una posibilidad física, a la cual el derecho brinda consecuencias jurídicas, reconociendo la propiedad material del tesoro o el derecho a la creación intelectual.

Entre posibilidad y capacidad media la misma diferencia que entre la ley natural y la ley social, en el sentido de Kelsen ⁽⁴⁾.

Tratando de metodizar este orden podríamos decir que la capacidad es una aptitud jurídica: la aptitud de dar, hacer o recibir en el orden del derecho. Esa aptitud es independiente de la posibilidad física, ya que los declarados incapaces por la ley pueden hacer físicamente muchos actos que les están prohibidos y los declarados capaces no pueden físicamente hacer muchos actos que les están permitidos ⁽⁵⁾.

Tampoco existe relación de causa a efecto entre incapacidad y prohibición. Los incapaces pueden realizar los actos que les están prohibidos; lo único que sucede es que una vez realizado ese acto, la infracción a la regla prohibitiva da lugar a las sanciones establecidas en el derecho (nulidad, responsabilidad penal o civil, etc.).

⁽³⁾ ENNECCERUS - NIPPERDEY, *Tratado de derecho civil. Parte general*, trad. esp., Barcelona, 1935, t. I, II, ps. 18 y 92.

⁽⁴⁾ KELSEN, *Sociedad y naturaleza*, trad. esp., Buenos Aires, 1945, especialmente en el capítulo final "Ciencia natural y ciencia social".

⁽⁵⁾ Acaso el ejemplo más evidente de incapacidad física de un capaz lo constituya la llamada capacidad del meramente concebido para "adquirir" por herencia (CC. 835). En el extremo opuesto, de capacidad física de un incapaz, podremos hallar el ejercicio del comercio por parte del fallido (art. 29: C. Com.).

Digamos, pues, como primera acepción de la capacidad, que ella consiste en la aptitud de dar, hacer, omitir o recibir algo con efectos jurídicos: En tal sentido, es un atributo de la persona humana y va desde su nacimiento hasta su muerte. Por una especie de prolongación, inherente a la condición de la propia persona humana, tienen también capacidad en algunos de estos sentidos, el meramente concebido y las personas jurídicas.

4. *Capacidad como aptitud de ejercicio.*

Junto a este primer significado de la capacidad aparece otra a la que se le ha llamado capacidad de hecho, capacidad de obrar, o capacidad de ejercicio, según sea el léxico que hayan preferido los autores (6).

¿Qué es, en su esencia, la capacidad de goce o de ejercicio? Es la facultad de realizar actos jurídicos *por sí mismo*. En este sentido decimos que el menor, que es capaz para enajenar, no es capaz para enajenar por acto propio, sino por intermedio de su representante legal.

Ya podemos, entonces, percibir cómo se viene dibujando junto a la figura de la capacidad, su contrafigura, que es la incapacidad. La incapacidad no es sino la limitación en el ejercicio, por acto propio, del derecho.

Esas incapacidades están establecidas por razones físicas, psíquicas, sociales, morales (7). El derecho procede aquí como en ciertos reinos de la naturaleza: todo sujeto forma

(6) La distinción entre "capacidad de derecho" y "facultad de obrar" fué expuesta por SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, trad. esp., Madrid, 1878, t. 1, ps. 272 y sigtes. en términos cuya lucidez se mantiene todavía íntegramente.

(7) SAVIGNY, *Sistema*, cit., p. 273.

parte del orden general, del sistema de las cosas creadas; pero a aquellos biológicamente débiles se les envuelve en un capullo que forma su consistencia y su defensa. Llegada la madurez psíquica o biológica, ese capullo se rompe y deja al individuo a merced de sus propias fuerzas. En el orden del derecho, como en el de la naturaleza, la suma fuerza es la libertad y el sumo riesgo la responsabilidad. Libertad y responsabilidad por los propios actos, constituyen los atributos de la aptitud de goce.

Estas ideas son elementales y notorias. Pero su admisión es indispensable para poder seguir adelante.

5. *Incapacidad y prohibición.*

En este segundo concepto de capacidad hay una cosa que es evidente, y ella es que no existe una capacidad genérica de goce ⁽⁸⁾.

El individuo mayor de edad con discernimiento, sin ninguna inhibición en cuanto a su persona, tiene sin embargo en cuanto a la facultad de goce de su derecho una gran cantidad de limitaciones. A título de ejemplo, recordemos las limitaciones del padre para adquirir bienes de sus hijos menores, del tutor para adquirir los bienes de su pupilo, del mandatario para los bienes de su mandante, del sacerdote para ejercer el comercio, del juez para ejercer la abogacía; etc. Todas estas incompatibilidades, que integran el sistema general de la aptitud de goce, ya no reposan sobre insuficiencias biológicas o naturales, sino que tratan de eludir los conflictos de interés y de conciencia que suponen los actos o actividades declarados incompatibles por la ley.

(8) Así, claramente, CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 306.

Incapaces en el primer sentido ya no quedan en el país desde hace muchos años. Abolida la esclavitud, repudiada la muerte civil y derogada toda diferencia posible entre nacionales y extranjeros (que fueron en el tiempo anterior al nacimiento de nuestra nacionalidad, las clásicas formas de despojar al individuo de los atributos de la condición humana, y aproximarlos más al orden de las cosas que al de los hombres), toda suposición de incapacidad de goce, genérica, es inconcebible.

Pero de incapacidades de ejercicio está lleno el derecho y todos estamos alcanzados por ellas.

6. *La legitimación procesal.*

El concepto de capacidad procesal aparece en el art. 107: C. P. C. bajo el aspecto de una norma que establece que "tanto el actor como el reo deben ser personas capaces para obligarse y para litigar".

Esta disposición es notoriamente equivocada en su contenido. La capacidad procesal corre la misma suerte que la capacidad general de derecho, y lo que el legislador ha establecido aquí no es el concepto amplio de capacidad como inherencia de la persona humana a que nos hemos referido, sino el concepto restringido de aptitud para estar en juicio y litigar por *sí mismo*.

El art. 107 debía estar redactado estableciendo que "tanto el actor como el reo *que actúen por sí mismos* en el proceso deberán ser personas capaces para obligarse y para litigar". Éste es, en términos generales, el art. 17 del Proyecto de Código de 1945. Capacidad para ser actor o para ser reo tiene toda persona humana. ¿Qué significado tendría ser titular de derechos si no se tuvierá junto a ellos

aptitud jurídica para defenderlos en juicio? La capacidad para actuar procesalmente no es sino un complemento inseparable de la capacidad para ser sujeto de derecho. La capacidad procesal es, pues, la capacidad para actuar por sí mismo en el proceso.

Desde antiguo se ha afirmado, especialmente en la doctrina francesa, que para que haya acción se necesitan cuatro cosas: derecho, interés, calidad y capacidad⁽⁹⁾. Esta noción es errónea, en cuanto al concepto de acción y también errónea en cuanto al cúmulo de requisitos. La doctrina moderna ha sustituido la idea de capacidad por la idea de legitimación.

¿Qué es, pues, legitimación procesal? Expresado en las palabras más sencillas, es la posibilidad de ejercer en juicio la tutela del derecho. Se distinguen, siguiendo la línea paralela de la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, dos tipos de legitimación: la legitimación en el derecho sustancial (*legitimatío ad causam*) y la legitimación en el proceso (*legitimatío ad processum*)⁽¹⁰⁾.

(9) Esta concepción se mantenía hasta hace pocos años. Cfr. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, París, 1929, ps. 47 y sigtes. Sólo a partir de VIZIOZ, *Etudes de procédure civile*, París, 1931, se advierte una orientación más ajustada al estado general de la doctrina. Cfr., últimamente, LABORDE-LACOSTE, *Précis élémentaire de procédure civile*, París, 1939, para quien la capacidad, la cualidad y el interés son "condiciones de receptibilidad de la acción" (p. 36), tesis ésta mucho más conforme a la verdad, aunque susceptible, todavía, de ciertas rectificaciones.

(10) Sobre todo este tema, esp. ROCCO, *La legittimazione ad agire*, Roma, 1929; posteriormente, CHIOVENDA, *Istituzioni*, t. 1, p. 164; CALAMANDREI, *Istituzioni*, t. 2, p. 239; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Milán, 1946, t. 1, ps. 113 y 319; REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milán, 1947, t. 1, p. 110. En el derecho americano, LORETO, *Con-*

7. "*Legitimatio ad causam*" y "*legitimatio ad processum*".

La legitimación en el derecho sustancial implica la titularidad del derecho que se cuestiona: el propietario en el juicio de reivindicación, el poseedor en la acción posesoria, al acreedor en la acción por cobro de pesos, o la víctima en la acción de responsabilidad civil. No importa, en cuanto a esa aptitud, que se actúe como demandado o como actor⁽¹¹⁾. Y cuando esa aptitud, esa condición de titular del derecho, recae sobre un menor o sobre un incapaz, no se modifica el concepto de legitimación en el derecho sustancial: sigue siendo titular el menor o el incapaz, cambiando solamente el legitimado en el proceso. La legitimación procesal incumbe entonces al representante legal, al que presta la asistencia, o al que da la autorización, según veremos de inmediato.

Distinguimos entonces, por un lado, la legitimación sustancial, o titularidad del derecho que está cuestionado (parte en sentido sustancial) y por otro el ejercicio directo de ese derecho en el proceso, o legitimación procesal (parte en sentido procesal).

Toda persona humana tiene legitimación *ad causam*; no toda persona humana tiene legitimación *ad processum*.

8. *Los capaces*.

¿Quiénes son los que no tienen legitimación *ad processum*?

tribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad, Caracas, 1939, y Buenos Aires, 1940.

(11) La legitimación se denomina "activa" o "pasiva", según la condición de la parte en el proceso.

Se simplifica mucho la respuesta si podemos decir que para el derecho procesal las personas humanas o jurídicas se agrupan en tres series: capaces, semicapaces e incapaces ⁽¹²⁾.

Un sujeto capaz, procesalmente hablando, es aquel que tiene aptitud para ejercer por sí mismo la defensa de su interés. Podríamos decir: la capacidad procesal es el 100 % de la aptitud para estar en juicio por sí mismo.

Esta aptitud procesal de actuar como parte por sí mismo, es algo que puede desvincularse de la condición efectiva de titular del derecho. No obstante la similitud de las palabras, advierte Calamandrei ⁽¹³⁾, la diferencia de los conceptos es notoria. Lo único que acontece es que, cuando demanda en juicio quien no es el titular del derecho (o su representante), pierde el proceso.

Ciertas legislaciones procesales permiten plantear como cuestión previa (*fin de non recevoir* en el derecho francés; *demurrer* en el derecho anglo-americano; excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad en el derecho venezolano) la titularidad del derecho o, como le hemos denominado, la *legitimatío ad causam*. Para nuestro derecho, la falta de *legitimatío ad processum*, en cuanto se halle constituída por la falta de capacidad para concurrir personalmente al juicio, se decide en una sentencia preliminar, interlocutoria, al amparo de lo dispuesto en el art. 246 inc. 2: C. P. C.

9. Los semicapaces.

Junto a la idea de los procesalmente capaces, aparece la figura de los semicapaces.

⁽¹²⁾ CARNELUTTI, *Sistema*, trad. esp., t. 2, ps. 27 y sigtes.

⁽¹³⁾ CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., p. 239.

Utilizamos esta expresión para indicar una posición intermedia entre los capaces y los incapaces. Así, por ejemplo, el menor habilitado no es plenamente capaz, pero no es tampoco absolutamente incapaz. La mujer casada, hasta la ley 10.783, de 1946, no era plenamente capaz pero no era plenamente incapaz.

Podríamos decir, muy empíricamente, que el grado de capacidad de los semicapaces es del 50, el 60 o el 70 %, con relación al 100 % de la capacidad total ⁽¹⁴⁾. Los semicapaces reciben en el sistema del proceso, el complemento necesario para su capacidad. Utilizando los mecanismos que prevé la ley, se les da cuanto es necesario para llegar a completar la unidad de capacidad.

10. *Los incapaces.*

En el otro extremo están los incapaces.

Incapaces son aquellos que no tienen aptitud para estar por sí mismos en juicio. Ellos son dueños del derecho pero no son idóneos para actuar por sí mismos en el proceso. El caso típico de la incapacidad procesal es la demencia: "furioso sententia dici non potest".

El derecho procesal civil se sirve de sus instrumentos técnicos propios para suplir los déficits de incapacidad de los semicapaces o de los incapaces. Nuestro Código, en esta materia, no tuvo ideas muy claras; las tuvo tal vez, más

⁽¹⁴⁾ En un brevísimo estudio carente de interés, titulado *Condición jurídica del curador ad litem de la mujer casada menor de edad*, publ. en *Revista de estudios jurídicos y sociales*, órgano del Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1935, pág. 108, hemos intentado la armonización de las diversas disposiciones del Código de Procedimiento en esta materia.

claras que otros textos de su tiempo; pero no se halla exento de ciertas contradicciones que se advierten en el capítulo "Del actor y del reo" (arts. 101 y sigtes.), y las disposiciones del capítulo sobre habilitación para comparecer en juicio (arts. 1267 y sigtes.).

Tratando de suplir en cierto modo estos empirismos, bien propios y justificables en el tiempo en que le cupo actuar a nuestro legislador, mediante una construcción muy sencilla, creemos conveniente acudir a las figuras de *representación, asistencia y autorización* ⁽¹⁵⁾.

Representar, en sentido procesal, quiere decir actuar en juicio por otro. El padre y la madre son los representantes legales de sus hijos bajo patria potestad; el tutor de su pupilo; el curador del incapaz; el presidente y secretario, o presidente y tesorero, o presidente y gerente, según los estatutos o las leyes orgánicas, son los representantes legales de las personas jurídicas de derecho público o de derecho privado.

El representante actúa en una suplantación total de la persona a quien representa. El padre le da al hijo —vamos a seguir utilizando el lenguaje numérico— el 100 % de su voluntad jurídica, porque el hijo menor bajo patria potestad es, diríamos, el 0 % de la voluntad. De la misma manera ocurre con el tutor frente al pupilo y el curador frente al incapaz. En la representación podemos decir que el representante actúa *en vez* del representado ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ "Las personas que no tienen el libre ejercicio de su derecho, comparecerán representadas, asistidas o autorizadas, según las leyes que regulan su capacidad" (art. 17, inc. 3 del *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, de 1945).

⁽¹⁶⁾ Cfr., PODETTI, *Sustitución y sucesión de partes en el proceso*, en *Rev. D. J. A.*, t. 38, p. 141.

En la *asistencia*, no hay sustitución de personas sino acompañamiento. El menor habilitado tiene en el sistema de nuestra ley un determinado grado de voluntad jurídica. La ley indica lo que él puede querer válidamente y lo que le está vedado. Para actuar en juicio el menor habilitado necesita un curador *ad litem* que complemente su voluntad jurídica; si la aptitud jurídica de éste era de un 70 %, pone el curador *ad litem* el 30 % restante: se necesitan, pues, dos voluntades concordes para producir efectos jurídicos válidos. No valen ni la voluntad del menor habilitado, ni la voluntad del curador *ad litem* para crear por sí solas efectos jurídicos. Pero la unión de las dos voluntades es eficaz en el orden del derecho.

La *autorización*, es un grado todavía menor que la asistencia. En ésta, actúan el asistido y asistente conjuntamente; en la autorización, no. La autorización, dada una vez, subsiste para todo el proceso y de allí en adelante el autorizado actúa como persona plenamente capaz. El caso típico de autorización de nuestro Código era el de la mujer casada. El art. 109: C. P. C. decía que "la mujer casada, siendo mayor de edad, podrá litigar por sí *con venia* de su marido". El Código no le daba al marido la representación de la mujer; tampoco le daba la asistencia, porque no le obligaba a comparecer junto a su mujer; le obligaba a conceder una autorización o venia, un permiso dado por una vez al comienzo del juicio y válido para todo el proceso. Negada esa autorización por el marido, la acordaba el juez con conocimiento de causa. Por razones obvias, tal autorización no era necesaria a la mujer que litigaba contra su marido. Esta circunstancia de que la autorización del marido fuera suplida por la del juez, acentuaba nítidamente que el marido no era "parte" en sentido procesal, en los juicios seguidos

por la mujer (17). Este régimen fué derogado por la ley 10.783, dando a la esposa capacidad plena para actuar por sí sola en el proceso.

11. *Representación, asistencia y autorización.*

El régimen procesal de comparecencia en juicio de la mujer casada estaba comprendido, dentro del sistema del Código de Procedimiento, en las disposiciones de los artículos 108, 110, 111, 112 y 113.

El artículo 108: C. P. C. decía: "son incapaces para litigar por sí mismos, los menores de edad, aunque hayan obtenido habilitación o emancipación, *las mujeres casadas*, y los sordomudos que no saben leer y escribir. El juicio se seguirá con sus representantes legales".

Los errores de técnica de este texto eran notorios. La mujer no era incapaz para actuar en juicio, desde que la propia ley le permitía actuar en juicio contra su marido por sí sola. Tampoco necesitaba que su marido *la representara*, desde que el marido no era el representante legal de la mujer casada, sino que se limitaba a otorgar la licencia o autorización requerida.

Las disposiciones aludidas, complementadas con algunas análogas del Código Civil, no dieron lugar durante toda la vigencia de este texto, desde el año 1879, a grandes dificul-

(17) Erróneamente se consideró siempre en nuestra práctica forense, que en los juicios en los cuales actuaba la mujer, era necesaria la firma de su marido en todos los escritos; las oficinas actuarias, además, notificaban las providencias judiciales a ambos esposos. El error se advierte no bien se tenga presente que, una vez obtenida la autorización de su marido o del juez, la esposa adquiría la capacidad plena para estar en juicio por sí misma.

tades. Hubo, sí, equívocos, acerca de los conceptos de "representación", "asistencia", "autorización" (18). Más tarde pudieron superarse esos equívocos, en razón de haberse podido disponer de una doctrina procesal europea más avanzada que la que tenían a su alcance aquellos maestros y jueces (19). Un dictamen del Dr. Rodolfo Sayagués Laso quedará siempre como un modelo de claridad y rigor en este orden de cosas (20).

Nuestro viejo Código, decíamos, no es en este punto impecable; pero es superior a otros de su tiempo y brinda los materiales necesarios para una correcta sistematización.

12. *Conclusión.*

Respondamos, pues, a la pregunta inicial: ¿qué relación existe entre el concepto de capacidad y el de legitimación procesal?

Entre ambos conceptos existe la misma relación que entre el género y la especie. La capacidad es la aptitud para realizar actos jurídicos válidos; la legitimación procesal, es la aptitud para realizar actos jurídicos procesales válidos.

El carácter fugitivo del concepto de capacidad, se hace más firme y delimitado en el campo del derecho procesal, gracias a este nuevo concepto de legitimación acuñado por la doctrina. En la multiplicidad de significados de este vo-

(18) Así, por ejemplo, sostenía PÉREZ MARTÍNEZ, *Rev. D. J. A.*, t. 4, p. 330, que era posible seguir contra el marido, la ejecución hipotecaria de un bien dotal. Quedó, sin embargo, bien aclarado en nuestra jurisprudencia que la mujer casada no necesitaba la presencia de su marido para reconocer la firma de un documento privado, ni para absolver posiciones (*Rev. D. J. A.*, t. 7, p. 77; t. 23, p. 70; t. 31, p. 209, con escrito de RAMELA DE CASTRO).

(19) GALLINAL, *Manual*, t. 1, p. 191.

(20) En *Rev. D. J. A.*, t. 23, p. 69.

cablo, el de legitimación se hace unívoco, a través de la idea de *legitimatío ad processum*.

Pero no es, en cambio, todo lo correcto que debía ser, el concepto de *legitimatío ad causam*.

Si bien las palabras definen la calidad de titular del derecho cuestionado, esa calidad no se refiere al proceso en sí mismo, sino a la sentencia que en él se dicte.

La *legitimatío ad processum* constituye un presupuesto procesal, sin el cual el juicio no tiene existencia jurídica ni validez formal; pero la *legitimatío ad causam* no es un presupuesto procesal, sino una de las condiciones requeridas para una sentencia favorable. No es presupuesto del proceso, sino de la sentencia favorable. Si el actor no tiene la calidad de titular del derecho, pierde el juicio.

Pero perder el juicio, esto es, ver rechazada la demanda, no atañe forzosamente a los presupuestos procesales. El actor puede ser parte en el sentido formal (esto es, efectivamente actor o demandado en el proceso concreto que ha promovido) y no serlo en el sentido sustancial (esto es, no ser titular del derecho que invoca). En este caso, el proceso es válido, pero la sentencia le será adversa.

Como bien se comprende, aquí no está en juego la capacidad. Lo que está en juego es la falta de razón para demandar. La demanda es válida procesalmente hablando e impropia sustancialmente hablando.

El concepto de *legitimatío ad causam* no es sino la titularidad del derecho. Y siendo así, no creemos que se favorezca la claridad ni se haga unívoco el concepto de capacidad en sentido sustancial. Más vale seguir llamando a ese concepto por su nombre antiguo, y designar al actor que no es titular del derecho, pura y sencillamente, como un demandante que no tiene calidad.

6. LEGITIMACIÓN PROCESAL DEL TERCERO COADYUVANTE

SUMARIO: 1. Situación del tercero coadyuvante. — 2. Distinciones necesarias. — 3. El tercero y la cosa juzgada. — 4. Autonomía procesal del tercero. — 5. Asimilación del tercero a la parte. — 6. Conclusiones.

LEGITIMACIÓN PROCESAL DEL TERCERO COADYUVANTE

1. *Situación del tercero coadyuvante.*

El tercero que interviene voluntariamente en juicio, en forma coadyuvante del actor o del demandado, ¿se reputa una misma parte con éste o, por el contrario, constituye una parte diferente?

Las soluciones que deben darse a numerosos problemas que atañen a la condición del tercero, en aquellos Códigos que, como la mayoría de los argentinos, carecen de texto especial para regular este tema, dependen de la respuesta que se da a esta pregunta.

Para contestar la cuestión de saber si el tercero actúa *como uno* con la parte, es menester contar por anticipado con una clasificación de las intervenciones de terceros en el proceso ordinario.

2. *Distinciones necesarias.*

La figura del tercero coadyuvante en el proceso ordinario no debe confundirse con las siguientes situaciones procesales:

a) Con los terceros llamados a actuar en procesos colectivos (quiebra, concurso, etc.).

b) Con los terceros llamados a actuar en procesos individuales de ejecución (terceristas, en sentido genérico).

c) Con los terceros que actúan en juicio ordinario, pero a raíz de medidas de seguridad tomadas contra sus bienes.

d) Con los terceros llamados a actuar en proceso ordinario, según necesidades del derecho material que se debate en el proceso (*citatio auctoris*, genéricamente, ya sea en proceso posesorio o petitorio, en las diversas formas de la evicción: denuncia del litigio; *embargos de terceiro*; *tierce opposition*; en las diversas legislaciones).

e) Con los terceros que actúan voluntariamente en forma excluyente del interés del actor y del demandado.

El complejo panorama legislativo que ofrece esta materia permite ir eliminando todas esas figuras análogas, para dejar al tercero coadyuvante individualizado en función de sus características propias: intervención *espontánea* (no provocada ni requerida por un litigante principal); *voluntaria* (no necesaria, en razón de medidas de garantía tomadas contra bienes del tercero que se ve, a raíz de ellas, en la necesidad de defender su propiedad o posesión); *coadyuvante* (no en forma de oposición de interés con el actor o el reo); *en proceso ordinario* (no ejecutivo ni sumario); *individual* (no colectivo, como quiebra y concurso).

Eliminadas, así, las situaciones similares, podría definirse al tercero coadyuvante como aquel que tiene *un interés jurídico propio en un conflicto ajeno; pero en condiciones tales que la defensa de un interés propio le conduce al litigio a defender el interés ajeno* ⁽¹⁾.

(1) ARAUJO LOPES, *Da intervenção de terceiros no processo*, São Paulo, 1930, p. 99.

3. *El tercero y la cosa juzgada.*

Basta examinar así la figura del tercero coadyuvante para comprender que a su respecto se plantea, sustancialmente, un problema de cosa juzgada.

Si el precepto *res judicata tertio non nocet* fuera absoluto, el tercero nada tendría que temer, por cuanto el día en que se fuera a ejecutar la sentencia, él podría defender su interés al amparo del principio invocado y aduciendo la existencia de una *res inter alios judicata*. Pero la experiencia jurídica, más que los textos expresos de la ley, enseñan que la máxima no es absoluta y que, en numerosas circunstancias de hecho, los terceros resultan alcanzados por la sentencia (2).

Bastaría aducir un simple ejemplo de proceso colusorio, y es conveniente no perder de vista que, desde sus primeros tiempos, la figura del tercero interviniente se halla ligada a la historia de los procesos colusorios, para comprender el alcance de esta intervención. A, demanda a B con la connivencia de éste, a los efectos de disminuir su patrimonio en fraude de sus acreedores; C, acreedor, se constituye tercero interviniente, a los efectos de demostrar la inexistencia de la obligación. Su interés jurídico es coincidente con el interés del demandado, en obtener la absolución. Su intervención es meramente coadyuvante. En el

(2) La clasificación depende, por supuesto, de la ordenación de cada Código; pero aun dentro de cada cuerpo codificado, la ordenación ofrece graves dificultades. Confróntese, p. ej., los cuadros sinópticos tan diferentes que, para el mismo instituto, ofrecen PODETTI, *La tercería*, en *Rev. D. Pr.*, t. 3, I, p. 455, y *Tratado de la tercería*, Buenos Aires, 1949, p. 51, y ARAUJO LOPES, *Da intervenção de terceiros no processo*, p. 14; ASSIS MOURA, *Da intervenção de terceiros*, São Paulo, 1932, p. 40.

derecho clásico se dijo de esta primera forma *assistentia ne fiat collusio*.

Otra situación formalmente análoga y sustancialmente diferente: A demanda a B por nulidad de la escritura pública autorizada por C; C concurre a defender la validez de su escritura adhiriendo plenamente (tanto en la forma como en la intención) a la defensa de B. A esta forma se le llamó *assistentia ut causam adjuvat ad victoriam*.

En todo caso, la esencia de la intervención está constituida por el propósito de ampararse *en forma preventiva* contra la cosa juzgada eventualmente perjudicial. En tanto que la *terce opposition* del derecho francés e italiano permiten al tercero atacar la sentencia después de pronunciada, la oposición coadyuvante le permite prevenirla con una defensa eficaz colateral y adjunta a la del actor o del demandado (3).

La intervención del tercero se liga inseparablemente al tema de la cosa juzgada, en razón de que dicha intervención, en sí misma, no representa sino una anticipación preventiva a una cosa juzgada adversa.

Si se separan los temas de intervención y cosa juzgada, el primero quedaría sin justificación. La presencia del tercero interviniente no es sino la presencia de quien quiere ponerse a cubierto de una extensión perjudicial de los límites subjetivos de la cosa juzgada (4).

(3) TISSIER, *Théorie et pratique de la tierce opposition*, p. 51; GARSONNET-BRU, t. 6, ps. 530 y sigtes.; GLASSON, TISSIER, MOREL, t. 3, p. 542.

(4) Así, CHIOVENDA, *Principii*, p. 602; *Istituzioni*, t. 2, p. 200; LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, p. 90. Análogamente, por nuestra parte, *Fundamentos*, ps. 262 y sigtes.

4. *Autonomía procesal del tercero.*

Los antecedentes que acaban de invocarse no permiten, todavía, contestar la pregunta arriba formulada acerca de si el tercero actúa *como uno* por la parte a quien ayuda o si es, por el contrario, una figura independiente en el proceso.

Pero la somera clasificación anticipada, permite mostrar, por ahora, la forma particular de actuar el tercero. La unidad o la autonomía con su ayudado es, particularmente, un problema de derecho positivo.

Y dentro del derecho positivo debemos anticipar que ha sido en el derecho alemán donde la autonomía del tercero ha sido más inteligentemente destacada. El derecho de los países latinos, por las razones que se darán más adelante, ha tenido una tendencia más acentuada hacia la asimilación del tercero a la parte; y en especial en el derecho hispanoamericano moderno, esa asimilación ha adquirido caracteres rigurosos.

Como la comparación de las principales directivas de la legislación es ilustrativa para los fines que procuramos, será indispensable detenerse en ella un instante.

La solución alemana, decíamos, establece una nítida separación entre la condición jurídica de la parte y del tercero.

El § 67 de la Z. P. O. establece que "el interviniente está autorizado para ejercitar medios de ataque y de defensa y para ejecutar válidamente toda clase de actos procesales, en tanto sus actos y declaraciones no estén en oposición con los de la parte principal". La doctrina llama a esta intervención "dependiente o común".

El § 69 consagra la solución de que "cuando según los preceptos del Derecho Civil, la sentencia firme del proceso

principal haya de producir efectos en la relación jurídica del interviniente adhesivo con la parte contraria, el interviniente adhesivo será considerado litisconsorte de la parte principal a tenor del § 61". A esta figura se le denomina, para diferenciarla de la anterior, "autónoma" o "litisconsorcial".

Y el § 61, que regula el litisconsorcio genérico, dice que salvo texto especial "los litisconsortes se considerarán *litigantes separados*, de manera que los actos de cada litisconsorte no redundarán ni en provecho ni en beneficio de los demás".

Tanto la doctrina ⁽⁵⁾ como la jurisprudencia alemanas ⁽⁶⁾ han acentuado la completa separación del tercero al no ser considerado representante ni defensor de la parte, ni pedir nada para la parte a la que ayuda, ni ésta nada para aquél.

Esta solución, que proviene de la legislación alemana del siglo XIX fué aceptada luego en la Ordenanza de 1877 y de allí pasó a las legislaciones austríaca, húngara y algunos códigos cantonales suizos.

La enseñanza más ilustrativa de este sistema legal está constituida por la posibilidad, netamente establecida, de una intervención procesal que permite al interviniente no asumir la condición de parte y actuar, por virtud de la remisión que se hace al § 61, en completa autonomía procesal de la parte principal ayudada.

⁽⁵⁾ Así, POLLAK, *Zivilprozessrecht*, t. 1, ps. 51 y sigtes. y 122 y sigtes.

⁽⁶⁾ Sentencia del *Reichsgericht*, t. 61, p. 286.

5. *Asimilación del tercero a la parte.*

En una línea legislativa opuesta a la alemana, se halla la derivada del Código francés.

Característica de este sistema es la de no haber reglamentado la intervención, admitiendo, apenas, un procedimiento de admisión que la jurisprudencia ha debido desenvolver ulteriormente (7).

Esta solución que configura la intervención como un incidente, dentro del cual el interviniente es una nueva parte en juicio, adscrita necesariamente a la suerte de la parte ayudada, constituye una antigua tradición de la escuela italiana del siglo XIII (8).

No se hallan trazas de la intervención principal en la fase terminal del proceso romano. Se trata de una creación de la práctica judicial laica, posterior a la legislación canónica, como ha sido demostrado en forma exhaustiva por Weismann (9). Contemporáneamente con su aparición se adueña de ella la doctrina, refiriendo la teoría de la intervención principal al título 27, párr. 7 de *pacta tenenda* del libro *Feudorum*. Las observaciones de Baldo en el pasaje citado, se convirtieron en el fundamento de la doctrina posterior sobre la intervención.

Esta forma de intervención adquiere en el derecho común italiano varias denominaciones; la preferible es *interventio ad infragendum iura utriusque competitoris*, porque

(7) GARSONNET-BRU, t. 3, ps. 177 y sigtes.; GLASSON-TISSIER, t. 3, p. 621; JAPKOT, p. 520; CREMIEU, p. 315.

(8) GIARDINA, *L'origine italiana dell'intervento litisconsortile*, en *Riv. D. P. C.*, 1936, I, p. 266.

(9) WEISMANN, *Hauptintervention und Streitgenossenschaft*, p. 266, nota 3.

las otras (*ad impediendum* y *ad excludendum*) se prestan a equívocos ⁽¹⁰⁾.

Segni ha hecho una cuidadosa distinción dentro del campo del derecho común. La intervención adhesiva (*interventio ad coadjuvandum reum vel actorem*) admite una subdivisión en dos especies: intervención del tercero *ad coadjuvandum reum vel actorem ex suo interesse unito cum iura principalis litigantis* por una parte; y por otra la intervención del tercero *ad coadjuvandum reum vel actorem ex coaequali interesse proprio* ⁽¹¹⁾.

Esa tradición italiana se ha mantenido en su país hasta nuestros días. El Código anterior, siguiendo al francés, no tenía previsiones especiales; pero su vacío fué literalmente colmado por una doctrina realmente notable. Cuando hubo de redactarse el nuevo Código el tema estaba ya elaborado y la fórmula del actual art. 105 recogió con evidente precisión técnica el contenido de la intervención voluntaria sobre la base de los textos de la ley alemana. Se dió así el caso curioso de que el derecho italiano regresaba a sus fuentes a través del derecho alemán.

El derecho portugués, también por su parte tomó la tradición italiana y se ha mantenido en sus códigos y se proyecta hasta el Código brasileño. Las Ordenaciones Filipinas contenían un texto de gran precisión para su tiempo: "E vindo alguma parte assistir ao autor ou reo, será obrigada a tomar o feito nos termos em que estiver, sem ser ouvida acerca do que ja foi processado, posto que o pretenda ser por via de restituição ou per qualquer outro modo".

⁽¹⁰⁾ NENCIONI, *L'intervento volontario litisconsorziale nel processo civile*, p. 77.

⁽¹¹⁾ SEGNI, *Intervento adesivo*, ps. 1 y sigtes.

Algunos Códigos estaduales brasileños anteriores al Código de 1939 consagraban precisas descripciones del tercero interviniente ("asistente") siguiendo con ello la tradición portuguesa, en condiciones de envidiable tecnicismo ⁽¹²⁾.

El nuevo Código, en su art. 93, caracterizó estrictamente la intervención, tratando de quitarle sus aspectos de perturbación procesal que, según parece, invalidaron el régimen anterior, asimilándolo, como en el derecho alemán, al litisconsorcio. Una clara diferencia existente entre el Proyecto preliminar y el texto definitivo, acentúa este carácter ⁽¹³⁾.

En cuanto a la tradición española, por su proyección sobre nuestro derecho procesal, merece un examen más detenido.

Las Leyes de Enjuiciamiento españolas no han legislado la intervención de terceros en el proceso ordinario, limitándose a su regulación en la vía ejecutiva. Sólo por virtud del mecanismo accesorio de la apelación del tercero ⁽¹⁴⁾, ha sido posible dar una dudosa legitimación al coadyuvante.

Sin embargo, cuando se sigue el rastro de este instituto a través del derecho intermedio español, se halla una adhesión bastante fiel a las formas latinas y en particular a la enseñanza de Baldo.

⁽¹²⁾ ARAUJO LOPES, cit., cap. X, ps. 95 y sigtes. Asimismo, ASSIS MOURA, *Da intervenção de terceiros*, lib. III, ps. 109 y sigtes.

⁽¹³⁾ BAPTISTA MARTINS, *Comentarios*, t. 1, p. 289.

⁽¹⁴⁾ FABREGA Y CORTES, *Lecciones*, t. 1, p. 406; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Notas a Goldschmidt*, p. 453. No existe, sin embargo, oposición doctrinaria a la admisión de los terceros en el proceso ordinario, según la enseñanza de CARAVANTES, t. 3, p. 365, y REUS, t. 1, p. 349; pero estas opiniones no pueden constituir una base suficiente para una doctrina nacional que ha tenido en el pasado brillantes expositores.

Tanto Covarrubias ⁽¹⁵⁾ como Suárez de Figueroa ⁽¹⁶⁾ se remiten a la doctrina italiana. La Ley XX, Tít. XX, Partida III y la Ley XVII, Tít. II, Lib. XI de la Novísima, sólo prevén la situación del tercero frente a la recusación del juez; pero sus anotadores se remiten normalmente a la enseñanza de los glosadores.

Pero, como siempre, la enseñanza del Conde de la Cañada es de excepcional lucidez cuando define la situación del coadyuvante diciendo: "El tercero coadyuvante *se reputa por una misma persona con el principal que litiga*: su intención y espíritu es uno mismo, y se reúnen por todos respectos las tres identidades de persona, de acción y de causa, que forman su continencia" ⁽¹⁷⁾.

Suárez de Figueroa señala la unidad procesal del tercero con la parte de acuerdo con la tradición italiana: "Idem est spiritus tertii coadjuvantis, eademque intentio, et aedem persona reputatur cum principali; et ideo utriusque jus idem considerandum est" ⁽¹⁸⁾.

Es realmente notable que esas enseñanzas, que no han sido seguidas en las leyes de Enjuiciamiento españolas, hayan sido aceptadas en su forma literal por algunos Códigos americanos.

Basta confrontar esos textos con disposiciones como el art. 411 del Código de Bolivia, o el 460 del Código de El Salvador, o el 523 uruguayo para adquirir el convencimiento acerca de la filiación de estos últimos. El pasaje del Conde de la Cañada "el tercero coadyuvante *se reputa por una misma persona con el principal que litiga*" aparece literal-

⁽¹⁵⁾ COVARRUBIAS, *Prácticas*, cap. XIII.

⁽¹⁶⁾ Cit. CONDE DE LA CAÑADA, t. 1, p. 373.

⁽¹⁷⁾ CONDE DE LA CAÑADA, *Juicios civiles*, t. 1, p. 373.

⁽¹⁸⁾ SUÁREZ DE FIGUEROA, cap. XV, núm. 15.

mente en los tres textos, boliviano, salvadoreño y uruguayo (19). En el Proyecto de 1945 hemos mantenido este texto limitándonos a actualizar su estilo (20).

En el derecho argentino los textos más fieles a esta tradición son el de Mendoza (arts. 651 y sigtes.), su concordante el de San Luis (art. 808) y los de Córdoba (1039 y 59 del Proyecto). Sólo por vía sistemática ha sido posible delimitar la figura del tercero coadyuvante en las restantes legislaciones (21).

Puede decirse, en resumen, que en nuestra tradición jurídica, la condición del tercero coadyuvante se asimila, de la manera más estricta posible, a la condición del litigante principal a quien ayuda. Toma la causa en el estado en que la halla; no puede hacerla retroceder ni suspender su curso, ni alegar ni probar lo que estuviere prohibido al principal. A diferencia del tercero excluyente que dispone de un término de prueba especial, el coadyuvante no dispone de un

(19) Código de Bolivia: "El tercer coadyuvante se reputa por una misma persona con el principal que litiga, debiendo tomar la causa en el estado en que se halle"; Código del Uruguay: "El tercero coadyuvante se reputa por una misma parte con el principal que litiga, debiendo tomar la causa en el estado en que se halle". Código de El Salvador: "El tercer opositor coadyuvante se reputará por una misma persona con el principal que litiga, debiendo tomar la causa en el estado en que se hallare". Que el Código de Bolivia es fuente del uruguayo, no es punto dudoso. Pero la coincidencia con el texto de El Salvador nos induce a pensar que pueda existir una fuente común de ambos que aun no hemos descubierto. A esa fuente, en caso de existir, no puede ser ajena la redacción del CONDE DE LA CAÑADA, loc. cit.

(20) Proyecto, art. 555.

(21) *Actas de la V Conferencia Nacional de Abogados*, Santa Fe, t. 2, p. 110; ALSINA, t. 1, p. 364; PODETTI, *La tercería*, cit.; el mismo, *Teoría y técnica*, p. 130. Asimismo, BERROTARÁN, *Terceros en la relación procesal*, en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, núms. 3-4, 1940.

término de prueba y sólo puede actuar con las pruebas del litigante principal si llegó a la instancia después de vencido el término ⁽²²⁾.

Si las legislaciones que carecen de texto expreso hubieran de ser interpretadas con arreglo a esta tradición, sería menester convenir que el tercero coadyuvante voluntario carece de autonomía procesal en cuanto a su actuación. Pero, por supuesto, no es la tradición un método interpretativo de textos codificados que deben ser leídos en una consideración sistemática del conjunto de sus disposiciones.

Cuando Alsina ⁽²³⁾ y Fernández ⁽²⁴⁾ sostienen que el interviniente será considerado *parte distinta* y sus actos ni perjudican ni aprovechan a los otros litigantes, dan una solución que debe ser respetada en cuanto ella se apoye en una interpretación sistemática de los textos legales sobre los cuales operan (punto que no se juzga en este trabajo); pero que no coincide con la línea tradicional de los derechos de filiación latina que acaban de ser enunciados y de los cuales los textos hispano-americanos aludidos constituyen la más fiel y adecuada sobrevivencia.

6. Conclusiones.

El tercero se halla sometido a la condición que cada legislación positiva le asigne, según las líneas de derecho comparado que acaban de ser expuestas.

En la legislación uruguaya, la asimilación del tercero

⁽²²⁾ Cód. Uruguay, 524; Bolivia, 412; El Salvador, 462; *Proyecto*, cit., 556. Un precioso desarrollo, resumen y coordinación de toda la literatura anterior, CONDE DE LA CAÑADA, cit., p. 373.

⁽²³⁾ *Tratado*, t. 1, p. 365.

⁽²⁴⁾ 2ª edición, p. 453.

coadyuvante a la parte es poco menos que absoluta. Esta solución se liga a la más antigua tradición española, abandonada sin embargo por las leyes de Enjuiciamiento de 1855 y 1881. La tradición hispana se continúa, así, en los textos de los códigos uruguayo, salvadoreño y boliviano, aún después de abandonada en la madre patria.

En las legislaciones que no contienen disposición expresa, será menester acudir a los principios de interpretación sistemática oportunamente enunciados ⁽²⁵⁾. La solución surgirá del conjunto de las disposiciones que para regir situaciones análogas (terceros en procesos especiales, extensión de la cosa juzgada, etc.) se hayan instituido a lo largo de cada legislación.

Si en ese conjunto de disposiciones no se hubiera optado por la solución alemana de la autonomía procesal del tercero, en cuyo caso correspondería estar a ese tipo de solución, nos permitimos considerar que la solución que más se ajusta a las necesidades del proceso, es la asimilación del tercero coadyuvante a la parte a la que ayuda.

La razón decisiva es la de que, de no admitirse esa solución, el tercero puede transformarse en un *homme de paille*, verdadero testaferro del cual pueden servirse los litigantes de mala fe, para obtener por vía indirecta lo que ellos no puedan lograr directamente. Dilaciones y malicias ya rechazadas por los jueces, podrían impunemente ser renovadas por un tercero que de tal sólo tendría el nombre, pues sólo constituiría un dócil instrumento de aquel a quien sirve, moral y procesalmente hablando.

(25) Así, *Interpretación de las leyes procesales*, en este mismo volumen.

7. EL DEBER DE LAS PARTES DE DECIR LA VERDAD

SUMARIO: 1. Propósito. — 2. Textos modernos y antiguos. — 3. Significado de los textos. — 4. Significado de la omisión de textos. — 5. La verdad en las manifestaciones del proceso dispositivo. — 6. La verdad en las formas y principios procesales. — 7. La verdad en la fundamentación de nuestras leyes. — 8. Verdad y probidad en el proceso civil. — 9. La verdad como deber, como carga y como obligación procesal. — 10. Verdad y justicia.

EL DEBER DE LAS PARTES DE DECIR LA VERDAD

1. *Propósito.*

¿Existe un deber jurídico de decir la verdad en el proceso civil? ¿El precepto moral es también precepto de derecho?

Por el contrario: ¿la disponibilidad del derecho, no autoriza a defenderlo de la manera que se estime más conveniente?

Contemplado este mismo problema desde el ángulo del juez: ¿cuál es la situación jurídica del magistrado cuando advierte que una o ambas partes faltan visiblemente a la verdad? ¿Qué diferencia existe cuando se falta a la verdad en la afirmación de los hechos y en la afirmación del derecho?

Se dirá que son todas éstas demasiadas preguntas para ser contestadas en un solo estudio. Así es, efectivamente. Pero no es éste un estudio de respuestas, sino de planteo fundamental de los poderes y deberes de las partes (y, como consecuencia, del juez) dentro del proceso civil.

Hace ya doce años destinamos a este tema un primer estudio ⁽¹⁾ que luego ampliamos en reiteradas oportunida-

⁽¹⁾ Originariamente en *La Ley*, t. 9, p. 30 y en *Rev. D. J. A.*, t. 36, p. 53. Aparece luego reproducido en numerosas revistas americanas.

des. Enriquecidas aquellas ideas con una abundante experiencia posterior, tanto en el campo doctrinario, como legislativo, como de jurisprudencia, volvemos ahora sobre el tema.

2. *Textos antiguos y modernos.*

La consagración de un deber jurídico de decir la verdad aparece, en forma directa o indirecta, desde los textos jurídicos más antiguos ⁽²⁾ hasta los más recientes ⁽⁸⁾.

Algunas de estas formulaciones han llegado a conquistar especial prestigio. Siquiera sea en homenaje a lo que

⁽²⁾ "No levantéis falso testimonio contra tu prójimo" (*Exodo*, 20, 16); "absteneos de asuntos falsos" (*Exodo*, 23, 7); "no mintais, y que nadie engañe a su prójimo" (*Levítico*, 19, 11) "no mintais; la verdad es más fidedigna que el juramento" (precepto de Solón); "no jures invocando los dioses; el hombre correcto está como juramentado" (precepto de Pitágoras). En la legislación española, estos preceptos son muy numerosos: "Y porque las cosas que son hechas con engaño deben ser desatadas con derecho, por ende decimos que si el demandado pudiera averiguar el engaño, el demandante pierda también la verdadera deuda como lo que fué puesto maliciosamente en la carta o en el pleito. Y esto por dos razones: la una, por el engaño que hizo al demandador y la otra porque siendo sabedor de lo que había hecho maliciosamente, se atrevió a demandarlo en juicio". Partida III, Ley 44. Véase, asimismo, Ley 3, título 3 y la glosa de LÓPEZ, 18, t. 2, p. 68 de la edición de Bergnes, con glosas en español, Barcelona, 1844. También Ley 1, tít. 2, libro 4 y Ley 10, tít. 17, lib. 4 de la Nueva Recopilación.

⁽⁸⁾ Así, últimamente, Código italiano de 1940, art. 88: "Las partes y sus defensores deben comportarse en juicio con lealtad y probidad. En caso de falta de los defensores a tal deber, el juez debe dirigirse a la autoridad que ejerce el poder disciplinario sobre los mismos". El Proyecto de 1945 para nuestro país contiene en su art. 7 el siguiente texto: "El juez deberá tomar de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley tendientes a preveni-

ella supuso para la historia jurídica del Río de la Plata, tengamos un especial recuerdo para la Real Cédula de Aranjuez, de 1794, que al instituir el Tribunal de Consulado y dar las bases de nuestro procedimiento civil y comercial, consignó en un lapidario precepto, el deber de actuar en juicio "a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada" (4).

Pero el problema que hoy, frente a los Códigos vigentes, se nos plantea, es el siguiente:

Carlos IV despachó en Aranjuez, el 30 de enero de 1794 la Real Cédula que instituyó el Tribunal de Consulado de Buenos Aires (art. 1) con jurisdicción en todo el virreinato del Río de la Plata (art. 10). Dicha cédula contenía las reglas esenciales del procedimiento ante el Tribunal. El Decreto de Gaspar Vigodet, de 24 de mayo de 1812, que creó el Tribunal de Consulado de Montevideo, determinó (art. 2) que sus funciones se regirían por la Cédula de 1794. La Real Orden de 3 de julio de 1813, ratificó esta constitución. Entre las reglas de procedimiento de la cédula de Carlos IV, se establece (art. 5) la que determina el modo de conducirse en los juicios expresada en las palabras aludidas, que luego se hicieron famosas.

Cuando se inicia la codificación americana a mediados del siglo XIX, el legislador se encuentra con todos estos tex-

o a sancionar cualquier acto contrario a la dignidad de la justicia, al respeto que se deben los litigantes y las faltas a la lealtad y probidad en el debate".

Consideramos innecesaria una exposición completa del panorama legislativo, antiguo y moderno, en esta materia, ya que esa tarea ha sido cumplida, en forma insuperada, por GROSSMANN, *El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles*, en J. A., t. 71, sec. doctr., p. 9.

(4) Su texto aparece en REYES, *Acordadas*, Montevideo 1936, p. 22.

tos. Podría decirse que no ha existido una sola fuente de la codificación de nuestros países en que no se hubiera consignado en forma expresa un deber jurídico y moral de decir la verdad. Pero se da aquí el fenómeno realmente curioso de que ni uno solo de los textos americanos que nos son familiares, ni tampoco los dos diplomas clásicos españoles de 1855 y de 1881, contienen un precepto que establezca expresamente el deber de decir la verdad.

Por supuesto que nadie habría de admitir que la omisión significa un paso atrás en los deberes inherentes a la conducta procesal y que el legislador, al omitir esa norma, haya optado por la solución contraria y consentido que el proceso civil pudiera construirse en nombre de la mentira, del engaño y de la deslealtad.

Por eso, cuando el Código austríaco, a fines del siglo pasado, considerado la obra fundamental en el orden técnico-legislativo en esta materia, consagró un texto especial al deber de decir la verdad, en su art. 178 ⁽⁵⁾, se tuvo la sen-

(5) El § 178 de la Ordenanza Civil austríaca, que ha señalado el camino en esta materia, dispone: "Cada una de las partes debe, en sus propias exposiciones, alegar íntegra y detalladamente todas las circunstancias efectivas necesarias para fundar, en el caso concreto, sus pretensiones, con arreglo a la verdad; ofrecer los medios de prueba idóneos de sus alegaciones; pronunciarse con claridad sobre las razones y pruebas ofrecidas por su adversario; exponer los resultados de las pruebas recogidas y pronunciarse con claridad sobre las observaciones de su adversario". Una abundante literatura comenta esta disposición y señala su trascendencia técnica. Un resumen completo aparece en GUARNERI CITATI, *Il dolo processuale bilaterale*, p. 20. Sobre la historia de este principio en el código austríaco, se registra una minuciosa información en el estudio de KOHLER, publ. en *Rheinische Zeitschrift für Zivil und Prozessrecht*, octubre 1913, traducido en *Jurisprudencia* por EDUARDO ESPINOLA, el ilustre maestro brasileño. Véase DA CUNHA, *O dolo e o direito judiciario civil*, Río de Janeiro, 1936, p. 42.

sación de lo que significaban las omisiones del derecho procesal anterior. Ese texto del código austríaco aparece luego reproducido en varios códigos europeos ⁽⁶⁾ y, en especial, en la Novela alemana de 1933 ⁽⁷⁾. Habrá de aparecer también en algunos códigos cantonales suizos ⁽⁸⁾ y, bajo diferentes formas, en los proyectos italianos que culminaron en el Código de 1940 ⁽⁹⁾.

⁽⁶⁾ Así, el § 222 de la *Zivilprozessordnung* húngara, de 1911, que establece, sin perjuicio de las sanciones que pueden surgir del resultado del proceso, la pena de multa para la transgresión del deber es decir la verdad.

⁽⁷⁾ La ley alemana de reformas a la *Zivilprozessordnung*, de 2 de octubre de 1933 sanciona con texto expreso, en el § 138, la obligación de decir verdad. Aparte de la literatura alemana, que es copiosa y que puede verse referida en el estudio de GROSSMANN, ya citado, puede consultarse la siguiente información bibliográfica en idioma español: SEMON, *El debate oral en el procedimiento civil de Alemania*, publ. en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, marzo-abril 1937, p. 117. Asimismo, véase el estudio del mismo autor, *La prueba en el procedimiento civil de Alemania*, en la misma Revista, setiembre-octubre de 1927, p. 461. Más profundamente, GOLDSCHMIDT, *Teoría general del proceso*, p. 83, y PRIETO CASTRO, *El proceso civil alemán*, en *Universidad*, Zaragoza, 1933. En lo que se refiere al tema en estudio, esp., ps. 19 y 20. También LORETO, de Venezuela, en breves pero expresivas páginas, comenta en concreto el § 130 de la *Zivilprozessordnung* alemana, reformada por la ley de 27 de octubre de 1933. Su estudio se halla publicado en *Gaceta Jurídica Trimestral*, de San Cristóbal, Venezuela, año II, p. 14.

⁽⁸⁾ Así, p. ej., la *Loi de Procédure Civile*, para el Cantón de Ginebra, de 2 de diciembre de 1911; la *Zivilprozessordnung* para el Cantón de Basilea, con sus modificaciones de 1903, 1907 y 1911; el *Gesetz betreffend den Zivilprozess*, de 13 de abril de 1913, y el *Gesetz betreffend das Gerichtswesen im allgemeinen*, de 29 de enero de 1911, para el Cantón de Zurich; el *Code de Procédure Civile*, de 20 de noviembre de 1911 para el Cantón de Vaud.

⁽⁹⁾ La Comisión que redactó el Proyecto de reforma del procedimiento para la post-guerra acogió la nueva orientación, estableciendo en el texto del art. 20 el siguiente precepto: "En la exposición de los

En todos esos textos existen variantes de redacción y, en cierto sentido, de extensión. Pero a esta altura del proceso legislativo universal advertimos que los códigos en esta materia pueden enfilarse en dos direcciones: por un lado,

hechos las partes y sus abogados tienen el deber de no decir, a sabiendas, cosa contraria a la verdad. La parte debe, en la primera ocasión que tenga para hacerlo, declarar si los hechos expuestos por el adversario son, según su convicción, conformes a la verdad. Con relación a los hechos que no le son propios o que no ha observado personalmente, la parte puede limitarse a declarar que no sabe si son ciertos: esta declaración vale contestación". La Comisión aceptó la fórmula del artículo 20 del Proyecto CHIOVENDA, reproduciendo sus principios en los arts. 30, 33, 36 y 193 de su Proyecto. Con relación a la importancia de esa fórmula en Italia, véase GUARNERI CITATI, *Menzogna e dolo processuale*, en *Riv. D. P. C.*, 1929, II, p. 71, donde anota el fallo de la Corte de Casación del Reino, de 24 de noviembre de 1928. Fundando esa norma decía la *Relazione* de CHIOVENDA: "Está declarado expresamente el deber de las partes y de sus abogados, hoy reconocido sólo directamente mediante las sanciones que hieren la litis temeraria. de no decir a sabiendas cosa contraria a la verdad. Así formulada, esta obligación de rectitud común, puede ser impuesta como regla de conducta procesal, sin temor de crear embarazo en las conciencias honestas" (*Saggi di diritto processuale civile*, t. 2, p. 64). El proyecto presentado por CARNELUTTI a la "Comisión Real para la reforma del Código de Procedimiento Civil", presidida por MORTARA (Publ. por C.E.D.A.M., Padova, 1926, y como suplemento a la *Riv. D. P. C.*), contiene dos disposiciones tendientes al fin en estudio. Por una parte, el art. 28, bajo el rubro "Deber de verdad y de prudencia", establece: "La parte tiene el deber de afirmar al juez los hechos según la verdad y de no plantear pretensiones, defensas o excepciones, sin haber calculado su fundamento". El art. 89 del mismo proyecto establece: "Cuando en torno a la producción de un efecto jurídico las partes se hallen de acuerdo, pero la ley no consiente que el efecto se produzca sin pronunciamiento del juez, se procede según las normas contenidas en la parte tercera". Véase su fundamentación en el estudio publicado en *Riv. D. P. C.*, 1929, I, p. 3, con el título de *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*. En cuanto a los Proyectos posteriores, serán objeto de oportuna referencia.

los que han consignado el deber de decir la verdad mediante un texto expreso; por otro, aquellos que, aun habiendo partido de las legislaciones que tenían consignado el deber de decir la verdad, han omitido una disposición especial a ese respecto.

Como la comparación legislativa ha sido ya hecha, consideramos innecesaria una reproducción de esa minuciosa labor y remitimos a quienes se interesen por este argumento, al trabajo ya citado ⁽¹⁰⁾.

3. *Significado de los textos.*

El problema se nos presenta, entonces, en el sentido de saber qué significado tiene la consignación de un deber de decir la verdad en texto expreso y la omisión de ese texto dentro de una estructura legislativa.

Para poder entender esa pregunta, conviene ordenar las distintas opiniones.

En una primera línea hallamos el pensamiento de Kohler y de Stein, que frente al derecho procesal alemán anterior a 1933, sostenían que no cabe dentro del ordenamiento jurídico procesal un deber de esta naturaleza y que, en cierto sentido, hasta es inconveniente para los fines políticos del proceso ⁽¹¹⁾. En la labor preparatoria del actual Código italiano, el profesor Ricca Barberis, en observación que formuló al Proyecto preliminar, en nombre de la Universidad de Turín, sostuvo que los textos que determinaban de-

⁽¹⁰⁾ Cfr. el ya referido trabajo de GROSSMANN, *El deber de veracidad de las partes en juicios civiles*, cit., esp., p. 13.

⁽¹¹⁾ KOHLER, *Prozess als Rechtsverbaeltnis*, 1888, p. 46; STEIN-JONAS, *Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich*, notas preliminares al parágrafo 128, IV, 3. GROSSMANN, p. 18.

beres de lealtad, de probidad y de verdad, eran absolutamente innecesarios y que no existía ninguna razón para insertar dentro de un proceso civil una norma de esta naturaleza ⁽¹²⁾. La opinión oficial de la *Confederación Fascista de los Trabajadores de Establecimientos de Crédito y Seguro*, hizo llegar al Gobierno un punto de vista muy particular. "Si bien es cierto —dice— que el defensor en el ejercicio de su misión debe cuidarse de no alterar la verdad de los hechos, no se puede admitir el principio en el sentido de que no sea conservado a las partes el derecho de exponer las cosas del modo que parezca más útil al fin de su defensa" ⁽¹³⁾.

Conviene poner en evidencia el fondo mismo de este pensamiento. El organismo que lo emite proclama una tesis muy singular: es claro que no se debe mentir. . . a menos que la mentira resulte conveniente.

Frente a esta primera línea de opiniones que sostiene la inexistencia de un deber de decir la verdad, o cuando menos la inconveniencia de un texto expreso que lo imponga, puede anotarse otra que encara el mismo problema de un modo mucho más delicado. El problema de decir la verdad, se sostiene desde esta línea, no es un problema de postulados, sino un problema de normas. No se trata de que el legislador dé consejos o imponga deberes abstractos, sino de que en sus normas particulares consagre la necesaria sanción para el incumplimiento de esos deberes. De nada vale que el legislador imponga el deber de decir la verdad si no establece al lado de ese deber, el castigo necesario para quien lo

⁽¹²⁾ *Esame del Progetto Preliminare del Codice di Procedura Civile da parte della Facoltà di Giurisprudenza*, Turín, 1938, p. 16.

⁽¹³⁾ *Osservazioni e proposte*, t. 1, p. 285.

infrinja. La Novela alemana de 1933, dice Goldschmidt, es un cuchillo sin mango ni hoja ⁽¹⁴⁾.

En una tercera línea de opinión hallamos a aquellos que creen que existe, efectivamente, un deber de decir la verdad, con texto expreso y sin texto expreso, con sanciones específicas o sin sanciones específicas, bastando para tenerse como castigo suficiente a la infracción de este deber, el cúmulo de disposiciones que se hallan en todos los códigos, tendientes a reprimir la ligereza, la malicia o el dolo del proceso. Como no se trata aquí de hacer un inventario de opiniones, basta tan sólo consignar que en los últimos tiempos esta línea de pensamiento es no sólo la más numerosa sino también la más autorizada ⁽¹⁵⁾.

4. *Significado de la omisión de textos.*

Así planteadas las cosas, conviene afrontar el problema que crean los códigos que no contienen ninguna norma particular a este respecto.

El problema es éste: es notorio que el proceso civil ha

⁽¹⁴⁾ *Teoría general del proceso*, cit., p. 83; asimismo, GRÜNHUT, *Zum Lehre von Prozessbetrug*, ref. por LIPARI, *Il dolo processuale bilaterale*, cit., p. 20.

⁽¹⁵⁾ Efectivamente, acerca de la existencia de un precepto expreso o implícito en tal sentido, podrían citarse numerosas opiniones; baste referir, sin embargo, por su importancia dentro del tema de la probidad y lealtad en el proceso, el estudio de CALOGERO, *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile*, en *Riv. D. P. C.*, 1939, I, p. 129; GROSSMANN, *El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles*, cit., y PODETTI, *Algunas consideraciones sobre el principio de moralidad en el proceso civil*, publicado en *Rev. D. J. A.*, t. 38, p. 205, quien lo formula así: "el principio de moralidad consiste en el deber de ser veraces y proceder de buena fe, de todos cuantos intervienen en el proceso, a fin de hacer posible el descubrimiento de la verdad".

venido admitiendo, a través de su evolución histórica, desde este punto de vista, dos grandes formas: la inquisitoria y la dispositiva. Tomando siempre las grandes figuras, podemos decir que el proceso penal es inquisitorio: la iniciativa incumbe al tribunal, el que no sólo toma las medidas de indagación necesarias sino que lleva adelante el proceso hasta su destino; el juez tiene la iniciativa en la recaudación de las pruebas y en la averiguación de los hechos. Promovido el proceso, no se detiene hasta su conclusión y la voluntad de los sujetos no es suficiente para ponerle fin ni para desviarlo de su natural trayectoria.

Junto a este tipo de proceso inquisitorio al estilo del proceso penal, aparece el proceso dispositivo de orden civil, en el cual las partes tienen el señorío del proceso. El proceso de tipo dispositivo cabe en el aforismo: "Ubi partes sunt concordēs nihil ab iudicē". Si en este tipo de proceso el demandado reconoció la verdad de la demanda, mediante el instituto conocido con el nombre de *allanamiento*, el proceso queda concluído y el juez no puede apartarse de una sentencia de condena al demandado. Complemento normal de este proceso dispositivo es la distribución de la carga de la prueba entre ambas partes: la prueba incumbe en principio al actor y si no la produce sucumbe; en cuanto a la prueba de los hechos aducidos por el demandado, incumbe a éste y si el actor ha producido su prueba y el demandado no ha producido la suya, es este último el que sucumbe ⁽¹⁶⁾.

(16) La literatura en torno a este tema es vastísima. Para no referir sino las más recientes, cfr. DUNAND, *Du rôle respectif du juge et des parties dans l'allegation des faits*, Ginebra, 1940, donde se halla una muy prolija exposición de derecho alemán, francés y suizo en esta materia. Con respecto al derecho español, GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil. Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre*

De esta circunstancia de que el actor y el demandado tengan el señorío (la *disponibilidad*, y de aquí el nombre) de las afirmaciones y de las pruebas, surge que el proceso civil de este tipo se tramita con arreglo a una especie de verdad formal. Si el actor demandó por cien pesos y el demandado dice "los debo", para el juez no hay más verdad que aquella de que se deben cien pesos. Esto acontece fuere cual fuere la verdad real; aun cuando esta verdad real, contraria a la verdad formal, le conste al magistrado. Para el proceso dispositivo no vale el saber privado del juez porque, según el aforismo, "lo que no está en el expediente no es de este mundo".

¿Queda, acaso, lugar o espacio valedero para un deber de decir la verdad dentro de este sistema procesal?

Sin perjuicio de que admitamos más adelante que esto no es totalmente así, porque tampoco el proceso civil dispositivo es totalmente así, admitamos por ahora, a título provisional, que en una lógica rigurosa del proceso civil dispositivo, cualquiera sea la consagración, expresa o tácita, de un deber de decir la verdad, esa consagración queda necesariamente subordinada a la concepción sistemática del proceso, y si en éste las partes tienen la disponibilidad de los hechos y de sus pruebas, la verdad real aparece frecuentemente deformada por la verdad formal y subordinada a las imposiciones técnicas de ésta.

La consecuencia natural de esta circunstancia es la de que un juez del proceso dispositivo queda, en cierto modo,

el material de hecho del proceso, Barcelona, 1943. Para el derecho italiano, LIEBMAN, *Sul riconoscimento della domanda*, en *Studi in onore di Chiovenda*, Padova, 1927. Últimamente, para el derecho hispanoamericano, SENTIS MELENDO, *El allanamiento a la demanda*, en *Estudios en honor de Alstina*, Buenos Aires, 1946, p. 607.

ligado de pies y manos frente a las infracciones al deber de decir la verdad; y esto ocurre ya sea que exista o no exista un texto especial que consagre tal deber.

Pero lo cierto es que, como decíamos, ni el proceso dispositivo es totalmente dispositivo; ni el juez de nuestros códigos es un fantoche puesto en manos de las partes, ni es el espectador impassible que querían los escritores clásicos (17).

Como éste es el punto central de todo este desarrollo, tratemos de examinarlo con mayor penetración.

5. *La verdad en las manifestaciones del proceso dispositivo.*

Un primer rayo de luz dentro de este cuadro aparece ante nuestros ojos conforme hagamos, dentro de la estructura del proceso dispositivo, una distinción necesaria.

Es indispensable apartar las distintas manifestaciones que las partes hacen en el juicio, poniendo a un lado las manifestaciones de conocimiento y a otro las manifestaciones de voluntad.

El allanamiento a la demanda, o la producción de una prueba en determinado sentido, son manifestaciones del

(17) La doctrina francesa ha hablado y, lo continúa haciendo aún, del *principio de neutralidad* del magistrado; así, p. ej., ANDRE, *Du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles*, París, 1910; todavía, GLASSON-TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3ª edic., París, 1925, t. II, p. 664. Por nuestra parte, hemos creído del caso sostener que no es admisible tal neutralidad, en su sentido de indiferencia hasta el momento de la sentencia. "El juez sin interés por el litigio es algo tan inconcebible como el médico sin interés por el enfermo", cfr. Exposición de Motivos del *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*.

querer jurídico. Son, por tanto, expresión o aseveración de voluntad. El que se allana a la demanda y reconoce que el actor tiene razón, pone su voluntad y su querer por encima de su entendimiento y su saber.

Por el contrario, las manifestaciones de ciencia o de saber son, en sí mismas, independientes de los procesos de la voluntad. Lo que una parte dice al juez porque lo sabe, vale en cuanto ciencia y no en cuanto voluntad ⁽¹⁸⁾.

En el proceso dispositivo se nos aparecen, en consecuencia, dos mundos perfectamente separables: el del querer y el del saber. Nada impide, dentro de este tipo de proceso, que el que sabe la verdad la diga y a continuación exprese su querer. Y en este caso prevalece el querer sobre el saber. Si en un proceso de la índole del que venimos examinando, el demandado, al contestar la demanda, dice: "No debo lo que se me reclama; pero no quiero seguir este proceso y estoy decidido a ponerle fin allanándome a la pretensión del actor", el juez no podrá oponerse a ese allanamiento, porque en último término en el proceso dispositivo lo que prevalece es la voluntad y no el saber.

Las relaciones entre lo que se sabe y lo que se dice, tal como surgen del proceso, serán consideradas por el juez en la sentencia al analizar la conducta de las partes y al imponer las sanciones procesales consiguientes. Pero entre tanto, la voluntad prevalece sobre el saber. Cuando el juez condena no lo hace en nombre de la verdad real, sino de la verdad formal creada por la voluntad.

(18) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Teoría general del proceso*, cit., p. 118; asimismo, en estos *Estudios*, cit., t. I, p. 60. No obstante, CARNELUTTI, *Sistema*, trad. esp., t. I, p. 72 y t. II, p. 8.

6. *Mandamientos, principios y leyes procesales.*

Otra fisura del sistema dispositivo que permite ir hacia las cosas en su verdadera significación, radica en el contraste que puede existir, dentro de un ordenamiento jurídico determinado, entre las leyes y los principios.

Este tema ha sido objeto de un desarrollo especial en otro estudio que aparece en el presente volumen ⁽¹⁹⁾. Pero tratando de reducirlo a sus términos más simples, podemos dar por sentadas ciertas ideas básicas para el examen de este problema.

Las cosas son, según nuestro punto de vista, así: en todo ordenamiento positivo existen leyes procesales, que son normas en un sentido restringido: los artículos de un Código o de una ley procesal, son normas de este tipo. Pero esas normas se hallan, a su vez, insertas en principios procesales; así, por ejemplo, las normas que disponen la notificación al demandado o las que disponen la comunicación de los documentos al adversario, no son sino aplicación del principio procesal de bilateralidad del debate. Desde este punto de vista, una norma en sentido restringido, se nos presenta siempre como la aplicación particular de un principio o como la derogación específica de un principio para un caso especial. Así, por ejemplo, en este último sentido, la norma que establezca que el juez resolverá tal o cual petitorio *de plano*, sin audiencia de la parte contraria, será derogación y no consagración del principio de bilateralidad. Pero a su vez, estos principios procesales no son sino la realización técnica de ciertos mandamientos procesales, nor-

(19) Cfr. especialmente, el estudio *Interpretación de las leyes procesales*, en este volumen.

mas estas últimas de un sentido amplísimo y de extraordinaria significación; tal, por ejemplo, el mandamiento constitucional de dispensar justicia a todos los hombres que quieran habitar este suelo, o el mandamiento constitucional que determina que nadie habrá de ser condenado sin ser oído.

Esta coordinación necesaria entre leyes, principios y mandamientos, nos permite ver con cierta claridad que muchas normas pueden tener efectiva vigencia sin estar consignadas en un artículo especial de la ley.

Así, por ejemplo, en ninguna ley uruguaya se dice que los escritos judiciales se han de redactar en idioma castellano; pero nadie dudaría de que en un país que históricamente habla el idioma castellano, puedan los procesos escribirse de otra manera. Hay en todo ordenamiento jurídico positivo textos implícitos, los que constituyen notas propias, conaturales, de éste. Utilizando este mismo lenguaje, es posible afirmar que existe un principio ínsito en el derecho procesal que determina un deber de las partes de decir la verdad.

Reduciéndolo a sus términos más sencillos, podríamos expresarlo, como lo hacía un jurista práctico de nuestro país, diciendo que "el derecho no puede ser torcido". El proceso tiene cierta nota necesaria, cierta inherencia de verdad, porque el proceso es la realización de la justicia y ninguna justicia se puede apoyar en la mentira. El proceso es un debate dialéctico; como debate es lucha y en toda lucha existe una ley implícita que impone a los contendientes el *fair play*; no es necesario, en consecuencia, que un texto expreso de un Código consagre el deber de decir la verdad, para que ese deber tenga efectiva vigencia. Existe un principio ínsito en todo proceso civil que pone a la verdad como

apoyo y sustento de la justicia; hacia la cual apunta normalmente el derecho.

7. *Valor de las reformas procesales.*

Otro elemento que se nos presenta dentro de este mismo campo para iluminar el panorama, es el de que todas aquellas leyes que han omitido la consagración de un deber expreso, han tenido como fuente un texto que establecía ese deber.

Bastaría, pues, hacer la sencilla experiencia de leer la *Exposición de motivos* de todos nuestros códigos procesales, sin excluir uno solo, para advertir que lo que el legislador ha querido consagrar es una justicia mejor que la de la etapa que le precede. Todas esas *Exposiciones de motivos* constituyen una palabra de esperanza para la nueva ley. Ningún legislador procesal ha actuado queriendo volver a los vicios del pasado, sino, por el contrario, queriendo mejorar su servicio. En todos los textos hay una palabra de sincero repudio para la mala fe, para la chicana, para los vicios de la rutina forense. Cuando se leen todas estas *Exposiciones* se tiene una impresión algo extraña. El legislador anhela siempre un futuro mejor y como si se tratara de una tela de Penélope que los codificadores tejen de día y los abogados destejen de noche, cada tanto tiempo una nueva *Exposición de motivos* de un nuevo Código nos viene a expresar un estado de cosas igual y muchas veces peor que el anterior.

El legislador siempre consigna en su preámbulo que desea mejor justicia, mayor lealtad, más claridad. No hay *Exposición de motivos* que no sea un texto de ilusión, superando al régimen anterior.

Para quien guste interpretar la ley en su sentido histórico, hay aquí un argumento bien elocuente de que ninguno de nuestros códigos ha sido hecho para entronizar la mentira sino, por el contrario, para derrotar la mentira que pudiera haberse entronizado en el proceso de la etapa anterior.

Todo esto y mucho más que habrá de suplir la imaginación del lector, porque este estudio opera apenas sobre líneas generales, permite conducir a una conclusión, subordinada a cuanto habrá de exponerse todavía más adelante, de que aun en ausencia de un texto expreso, debe considerarse vigente en cada Código procesal, un principio o un mandamiento histórico que impone el deber de decir la verdad y rechaza el proceso instituido a expensas de la mentira.

8. *Verdad y probidad en el proceso civil.*

Pero queda todavía un último aspecto, y sin duda el principal, de todo este desarrollo: la estructura, la urdimbre técnica de este deber.

El problema se nos plantea, entonces, en el sentido de saber si lo que el derecho procesal consagra es un deber de decir la verdad o si, por el contrario, es un deber de lealtad y de probidad en el juicio.

Nos valdremos de dos ejemplos para explicar el alcance de esta proposición.

Supongamos, en primer término, un juicio de divorcio en el cual la ley autoriza la disolución del vínculo matrimonial por causa de adulterio de la esposa. En un caso particular en que tal motivo existe, el esposo prefiere no acudir a él, sino a un motivo honorable, a una causa leve que autorice la disolución del vínculo sin poner en la quiebra

del hogar y en el porvenir de los hijos esa nota de amargura y angustia. Aduce, entonces, la incompatibilidad de caracteres u otra causa análoga.

Para situar las cosas en su verdadero terreno, habría que admitir que allí ha existido una infracción al deber de decir la verdad. ¿Habría que admitir, en este caso, que el proceso ha sido afectado por esta infracción al deber de decir la verdad y que exista ilicitud en haber acudido a un motivo que no condice estrictamente con la verdad?

Si el deber fuera, en su sentido estricto, el de hacer el proceso en nombre de la verdad, "de toda la verdad y de nada más que la verdad", como en el juramento clásico, habría que convenir en la ilicitud del procedimiento.

El otro ejemplo nos lo da la reticencia. Todos sabemos que no hay mentira más grande que la mitad de la verdad. Una parte puede conducirse en el proceso diciendo objetivamente la verdad y subjetivamente la mentira. El litigante que promueve o contesta la demanda de responsabilidad civil y de daños y perjuicios describiendo exclusivamente los hechos que favorecen su situación y ocultando hechos que le perjudican y que habrán de volcar la decisión en su contra, no falta a la verdad; solamente es reticente respecto de la mitad de la verdad. En las relaciones jurídicas gobernadas por la buena fe, como el seguro, la reticencia constituye motivo de invalidación del contrato.

¿Qué decidir, entonces, frente a estas dos situaciones? ¿El precepto que venimos investigando, es el que se refiere a la verdad o es, más bien, el que se refiere a la lealtad y probidad en el juicio?

El Código soviético de 1923 establece, en su art. 6º, que "las partes están obligadas a valerse de los derechos proce-

sales que les corresponden de buena fe, conforme a la verdad y a no oscurecer el pleito”.

El proyecto Solmi estableció, en su art. 26: “Las partes, los procuradores y los defensores, tienen obligación de exponer al juez los hechos según la verdad y de no proponer demandas, defensas, excepciones o pruebas que no sean de buena fe”. El texto definitivo italiano, en su art. 29, dice: “Las partes y sus procuradores y defensores, tienen el deber de actuar con probidad y lealtad”.

Entre estos dos últimos textos, el del Ministro Solmi y el definitivo que redactaron los profesores Carnelutti, Calamandrei y Redenti, se percibe con toda elocuencia la distinción: el proyecto primitivo establecía la obligación de decir la verdad; el texto definitivo ha sustituido ese deber por uno de probidad y de lealtad ⁽²⁰⁾.

Esta simple mutación, y las razones en que visiblemente se inspira, nos han decidido a consignar en el Proyecto de Código de Procedimientos para nuestro país, un precepto general de probidad, lealtad y respeto a la justicia, además de un deber estricto de verdad. A nuestro modo de ver, el deber de decir la verdad existe, porque es un deber de conducta humana. Pero lo que el proceso requiere no es solamente la verdad formal; requiere la lealtad, el juego limpio y no el subterfugio.

El proceso no es una red para que el adversario caiga en ella, ni una emboscada para sustraer del debate la natural exposición de los hechos y del derecho.

⁽²⁰⁾ Una exposición completísima de la evolución de los diferentes textos italianos que desembocaron en el actual art. 88, puede verse en ANDRIOLI, *Commentario al Codice di procedura civile*, 2ª edic., Nápoles, 1943, t. 1, p. 226.

9. *La verdad como deber, como carga o como obligación procesal.*

Para terminar estos desarrollos, resulta todavía necesario establecer la naturaleza de estos imperativos jurídicos que venimos analizando.

Se trata de saber, en sustancia, si la verdad, la lealtad y la probidad procesales constituyen, en el campo técnico, un deber (tal como le venimos llamando por simple comodidad de expresión), una carga o una obligación ⁽²¹⁾.

La determinación que hagamos a este respecto, poco agregará a la sustancia misma del tema, ya que este desarrollo tiene por objeto determinar su procedencia o improcedencia. Pero sin duda perfilará técnicamente de una manera más acabada el desenvolvimiento del asunto.

No es posible dar respuesta a estas preguntas desprendiéndose del derecho positivo dentro del cual se formulan. Las respuestas deben quedar, en todo caso, subordinadas al sistema de la ley vigente en el tiempo y en el lugar.

Así, por ejemplo, cuando en el precepto ya citado de la Partida III se establecía una reparación al adversario por el daño que se le había hecho faltando a la verdad, no cabe duda que se había erigido en *obligación* el imperativo procesal de decir la verdad.

Cuando los tribunales franceses establecen con tanta fre-

(21) La teoría de las cargas procesales ha sido desenvuelta con amplitud en la doctrina alemana, por GOLDSCHMIDT, *Prozess als Rechtslage*, cit., ps. 118, 519. Resumidamente en *Teoría general del proceso*, cit., p. 82. En la doctrina italiana, CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, ps. 233 y sigtes.; asimismo, ANDRIOLI, *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Padova, 1937, p. 103 y últimamente, en forma muy prolija, MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, ps. 51 y sigtes.

cuencia una reparación por el proceso injusto, condenando al pago de los daños y perjuicios que el mismo cause, lo hacen en razón de un vínculo de carácter obligacional que instituye una relación de acreedor a deudor ⁽²²⁾.

En cambio, cuando en el proyecto Solmi se establecía una multa o prisión, o ambas sanciones, para aquel que había faltado a la verdad en el juicio, el notorio carácter penal y disciplinario de las sanciones, daba más bien categoría de *deberes* que de obligaciones a los imperativos instituidos en la ley. También se configuraría como deber en el derecho anglo-americano, donde los abogados son considerados funcionarios del Tribunal ⁽²³⁾.

En otro sentido, cuando en nuestros Códigos se legisla el instituto de la confesión bajo la forma de pliego de posiciones puesto por el adversario, bajo la amenaza de tenerse por cierto lo que se establece en el pliego en los casos de no concurrirse a declarar, o bajo la otra amenaza implícita en algunas leyes y expresa en otras, y reiteradamente admitida por la jurisprudencia, de que las respuestas evasivas serán interpretadas en contra del absolvente, no existe tampoco duda ninguna de que el imperativo jurídico funciona en forma de carga procesal. La confesión supone en todo caso un estado de libertad: libertad para elegir entre la verdad o la mentira; y la ley supone que cuando un litigante declara en juicio algo contrario a su interés, es porque el escrúpulo de la verdad ha sido más fuerte que las tentaciones del

⁽²²⁾ Así, p. ej., VIZIOZ, *Des abus et fautes commis dans les voies de droits civiles*, cit.

⁽²³⁾ Recientemente se ha discutido si este deber llega a obligar al abogado, en sus citas de jurisprudencia, a incluir la mención de los fallos adversos a su tesis. Así, TUNSTALL, en *American Bar Association Journal*, 1949, t. 35, p. 5.

interés. En la prueba de confesión mediante silencio del absolvente o mediante evasivas al contestar el pliego de posiciones, el litigante se halla en el mismo estado de libertad para desembarazarse de la carga procesal encarando las declaraciones y diciendo la verdad. Si huye de la respuesta, lo menos que hay que suponer, lógica y psicológicamente hablando, es que la verdad habría sido adversa al interés ⁽²⁴⁾.

Resumiendo, pues, debemos admitir que este fenómeno que venimos analizando puede asumir las tres formas de los imperativos jurídicos expuestos, y será obligación, deber o carga, según la estructura técnica de la ley que tal cosa instituya.

10. *Verdad y justicia.*

La verdad en el proceso es un punto muchas veces dramático.

La historia ha recogido la famosa pregunta de Pilatos: "¿Y qué es la verdad?". Todo juez tiene que preguntárselo algún día, porque los contrastes entre la verdad real y la verdad formal constituyen una de las tantas artificiosidades del derecho de las que nos servimos para nuestras construcciones técnicas, a falta de otra cosa mejor. Pero, ¡qué cúmulo de incertidumbres, de vacilaciones, de angustiosas tentativas para hallar la verdad supone la función judicial! Más de una vez el magistrado habrá de decidir sin tener una idea clara de ella, escudándose y cubriendo su propia conciencia con estas verdades formales, simples estructuras técnicas que venimos analizando.

⁽²⁴⁾ Cfr. *El juramento previo a la absolución de posiciones*, en estos *Estudios*, t. II, p. 281.

Permítasenos subrayar la magnitud de este problema con un breve relato. Cierta vez, en el ejercicio de la profesión, recibimos la visita de un pobre hombre que vino a plantear como problema la demanda que acababa de serle notificada por exigencia de una pensión alimenticia a un hijo natural habido hacía ya muchos años, en su juventud. Luego de aquella aventura juvenil, su vida había cambiado; había contraído matrimonio legítimo y tenía abundante familia; la presencia de un hijo más, sería un grave trastorno y un verdadero desequilibrio en su economía, máxime si debía hacerse efectivo mediante una pensión alimenticia a apartarse del exiguo fondo común de sostén de la familia. El punto concreto de la consulta profesional consistía en saber si debía o no someterse al examen de la sangre que el juez le proponía, para poder determinar si aquel joven que demandaba una pensión alimenticia era o no su hijo.

La respuesta fué sencilla: si él tenía el convencimiento de ser el padre, no podía negarse al examen de los grupos sanguíneos para comprobar la filiación. El pobre hombre aceptó el consejo y ante nuestra sorpresa, unas semanas después y no sin cierta alegría, vino a comunicar una novedad muy importante para él: que aquel hijo . . . no era su hijo. ¡Bien decía un escritor que la maternidad es un hecho y la paternidad una opinión!

Pero ese relato de la búsqueda de la verdad trajo consigo otro caso más dramático. La situación fué referida por una joven abogada que, como muchas otras colegas suyas, hacen en nuestro país con la protección a la infancia un verdadero sacerdocio de la abogacía. En el patrocinio de la madre, hubo de recibir la respuesta angustiada de ésta de que el resultado negativo del examen de la sangre debía estar equivocado, pues nunca en su vida había conocido a otro hom-

bre. Se repitió la operación con el mismo resultado. La madre insistió, entonces, para saber si aquel niño era o no hijo suyo; y hecha la operación, la respuesta científica fué la de que tampoco ella era la madre. La criatura había nacido en una Casa de Salud y en un baño colectivo, se habían sustituido las criaturas. El drama, decía la joven colega, fué verdaderamente imponente; nunca más volvió a ver ni llegó nunca más a saber qué era de aquella mujer que tenía un hijo que sabía que no era suyo, sin haber podido lograr nunca saber dónde estaba su hijo.

La búsqueda de la verdad tiene estas cosas. ¿Pero podrá la especie humana proclamar que en su larga y conmovedora aventura sobre la tierra no ha podido aún lograr una justicia inspirada por la verdad?

8. JUECES Y PARTES EN LOS CONFLICTOS DEL TRABAJO

SUMARIO: 1. Planteo. — 2. Diversas formas de solución. — 3. Formas jurídicas y formas políticas. — 4. Concepción política de los procesos del trabajo. — 5. Concepción jurídica de los procesos del trabajo. — 6. Protección constitucional del trabajo. — 7. Conclusión.

JUECES Y PARTES EN LOS CONFLICTOS DEL TRABAJO

1. *Planteo.*

Los conflictos del trabajo, a los cuales hemos dedicado en esta misma obra otro estudio ⁽¹⁾, constituyen una fuente inagotable de preocupaciones en el campo del derecho procesal.

Ya hemos visto que, virtualmente, ni uno solo de los principios básicos del derecho procesal tradicional, ha podido sobrevivir cuando los conflictos del trabajo asumen aspecto colectivo.

En el presente estudio nos proponemos examinar qué significado tiene esa derogación en cuanto atañe a la organización de los tribunales y a la posición en que las partes se encuentran frente a ellos.

Se trata de distinguir, sustancialmente, lo que en esa derogación existe de *político* y de *jurídico*. En otros términos, en qué sentido en la relación entre las partes y los órganos llamados a dirimir sus conflictos, prevalece el interés o prevalece la justicia.

(1) *Algunas nociones fundamentales de derecho procesal del trabajo*, en estos *Estudios*, t. I, p. 271.

2. *Diversas formas de solución.*

Las formas que el derecho comparado suministra para la dilucidación de los conflictos obreros son las siguientes:

- 1) Discusión y negociación;
- 2) Conciliación;
- 3) Mediación;
- 4) Arbitraje voluntario;
- 5) Investigación y encuesta;
- 6) Arbitraje obligatorio;
- 7) Intervención judicial;
- 8) Legislación ⁽²⁾.

En esta enumeración hallamos soluciones políticas, jurídicas y anti-jurídicas.

Para evitar equívocos ulteriores, conviene detenerse por un brevísimo instante en el significado de las palabras.

Jurídicas, en realidad, son todas las soluciones en cuanto se hallan reguladas por el derecho. *Anti-jurídicas* serían aquellas que, aun reguladas por una norma de derecho, lo serían siempre en oposición a otras normas también de derecho de superior jerarquía: tal, por ejemplo, el conflicto decidido por una ley inconstitucional. *Políticas* denominamos a aquellas soluciones que, aun reguladas por el derecho, como las anteriores, resultan, en último término, dominadas por una consideración de interés y no por una consideración de justicia.

Cuando nos referimos a una solución de tipo jurídico denotamos, sustancialmente, a una solución *jurisdiccional* del conflicto.

(²) Seguimos aquí la enumeración de SANDERS, *Types of labor disputes and approaches to their settlement*, en *Law and contemporary problems*, Durham, North Carolina, vol. XII, n. 2, Spring 1947, p. 214.

Es con arreglo a este léxico, que hemos de calificar las distintas soluciones enunciadas.

3. *Formas jurídicas y formas políticas.*

Formas jurídicas, son el arbitraje, la encuesta e investigación y la intervención judicial. Constituyen formas de contener la acción directa de las partes y el ejercicio de sus poderes de coacción propia, declinándolos en órganos de decisión presumiblemente idóneos para resolver el conflicto en vista de la justicia de las respectivas pretensiones ⁽³⁾.

Formas políticas, son la discusión, la negociación, la conciliación y mediación. No se puede perder de vista que en ellas se procura crear primero una situación de hecho propicia a la solución conveniente a los intereses de cada grupo (huelga, lock out, etc.), con el objeto de imponer la discusión y negociación en términos de conducir a un resultado favorable. Por supuesto que estos medios de solución no se proponen por nadie antes de crear esa situación de violencia, pues la experiencia dice que sin un clima de coacción no hay mediación ni entendimiento eficaces. La fuerza es, pues, necesariamente, el ámbito de la negociación. Y, desde luego, negocia en términos más ventajosos, quien tiene más fuerza a su favor. La negociación la gana, como la guerra, el que consigue durar un minuto más que su adversario.

La conciliación no es, propiamente, una regulación justiciera. En el orden de los valores, la conciliación procura

⁽³⁾ El concepto "conflicto del trabajo" es múltiple y abarca infinidad de situaciones. La distinción entre individual y colectivo, es sólo una simplificación. Cfr. últimamente, el excelente estudio de CEPEDA VILLAREAL, *Concepto y clasificación de los conflictos del trabajo*, en *Revista del trabajo*, México, t. 30, n. 119, ps. 7 y sigtes.

la paz; no, la justicia. Normalmente, el que concilia cede. Su renuncia es siempre una medida de justicia que se sacrifica al precio de la paz. En otra oportunidad hemos denominado la paz como "el sustitutivo bondadoso de la justicia"; pero no la justicia misma. Una regulación justiciera exige que a cada uno se dé lo suyo.

Y, por último, *autijurídica* (a pesar de la curiosa antinomia), es la solución legislativa del conflicto laboral.

La legislación como modo de resolver el conflicto, *ex post facto*, constituye, decimos, una curiosa antinomia. Mientras la ley es, por excelencia, el derecho, no lo es en el caso particular. La ley emanada del Parlamento constituido en juez, viola las garantías constitucionales del proceso debido y del juez anterior al conflicto (*). Una ley general para regular los conflictos futuros es un instrumento legítimo del derecho; pero una ley que, en sí misma, comporta una sentencia de un litigio surgido en el pasado, configura una resolución inconstitucional del mismo, por inidoneidad del juez y de los medios utilizados para dirimirlo.

Las leyes americanas *National Labor Relations Act* y *Fair Labor Standard Act* constituyen ejemplos del primer caso; nuestra ley 10.722, que aumenta el salario de los obreros metalúrgicos, es ejemplo típico del segundo (**).

La experiencia de nuestro país en esta materia aparece reflejada en numerosas ingerencias parlamentarias dirigidas a solucionar directa o indirectamente conflictos obreros. Las mediaciones de Comisiones parlamentarias han sido muy frecuentes y, por lo demás, muy plausibles. Pero no es del

(*) Así, *Las garantías constitucionales del proceso civil*, en estos *Estudios*, t. I, p. 54.

(**) Sobre esta distinción, SANDERS, *Types of labor disputes and approaches to their settlement*, cit., p. 218.

caso discutir si una ley como la 10.722 de 13 de abril de 1946, que acabamos de referir, era justa, ni si el Parlamento actuó en interés de una clase digna de ser protegida por un medio rápido y expeditivo. Lo que está en juego es la idoneidad del medio elegido. Ese mismo medio, en manos de un Parlamento reaccionario y conservador, puede constituirse en el más grave instrumento de opresión de las clases trabajadoras.

Trataremos, ahora, de analizar por comparación las soluciones políticas con las jurídicas.

4. *Concepción política de los procesos del trabajo.*

Comenzaremos haciendo referencia a un documento al que atribuimos muy particular significación.

En los volúmenes que periódicamente publica la Escuela de Derecho de la "Duke University" bajo el título *Law and contemporary problems*, se ha destinado, siguiendo los hábitos de ese periódico, un tomo referido exclusivamente a la solución de los conflictos obreros ⁽⁶⁾.

La variedad de colaboradores, permite advertir puntos de vista muy diferentes: políticos y jurídicos por un lado; económicos y sociales por otro; psicológicos y morales por otro. Pero la unidad en la diversidad es muy sensible. Y lo que es más importante, la unidad en ciertos puntos de partida se halla de tal manera acentuada que impresiona al lector.

Brainerd Currie, que actúa como introductor del volumen, condensa esa unidad de concepción, luego de haber pasado revista a los diferentes trabajos, en los siguientes términos:

(6) *Labor dispute settlement*, vol. XII, n. 2, ya citado.

“Requiere una referencia, la significativa unanimidad que prevalece en la diversidad de las opiniones. El tema dominante y armonioso, es la fe en las instituciones democráticas, en la libre empresa y en la eficacia final de las convenciones colectivas. Cada uno de los colaboradores que ha tenido oportunidad de referirse a este tema, independientemente de sus antecedentes o de su filiación, ha expresado su oposición al arbitraje obligatorio o a cualquier otra forma de arreglo impuesto en aquellas cuestiones relativas al ajuste de las condiciones del trabajo. El Gobierno tiene un papel que jugar, pero en el criterio de los colaboradores, ese papel debe ser reducido a determinar las condiciones en que debe producirse la convención o acuerdo colectivo; a suministrar los elementos de información que pueden transformar el proceso de la negociación en una discusión racional y no en un altercado emocional; y en asistir al proceso de la negociación para hacer factible la conciliación, la mediación y las posibilidades del arbitraje” (7).

En nuestro concepto esta concepción requiere algunas puntualizaciones que fijen su exacto alcance (8).

(7) CURRIE, B., Prólogo a *Labor dispute settlement*, cit., p. 210.

(8) Con el objeto de que pueda percibirse con más precisión el alcance de las distintas premisas a que se refiere el prólogo aludido, nos permitiremos resumir a continuación el contenido de las principales colaboraciones.

En el primer estudio, SANDERS, P. H., *Types of labor disputes and approaches to their settlement*, p. 211, el organizador del volumen analiza los diversos métodos de solución de los conflictos laborales y su diferente significado teórico y práctico. En el segundo, HEPNER, A. W., *Local and unofficial arrangements for labor dispute settlement*, p. 220, los mismos problemas son examinados en cuanto se refiere a las soluciones de orden particular y extraoficial.

El tercer artículo del volumen, SELEKMAN, B. L. y S. K., *Reducing friction in employer-employee relationships*, p. 232, encara los pro-

Comencemos por distinguir la negociación del conflicto. Por negociación debe entenderse, en general, la deliberación libremente realizada entre ambas partes con el objeto de fijar los términos de un contrato. Entre la negociación individual y la negociación colectiva no hay más diferencia que la de su extensión; no la de su contenido. El conflicto, por el contrario, supone una pretensión insatisfecha. En la realización de un contrato de compraventa, mientras las partes ajustan sus voluntades en cuanto a la cosa y el precio, hay negociación. Pero cuando la compraventa ha sido concertada y existe acuerdo en cuanto a la cosa y el precio, pero el vendedor no entrega la cosa o el comprador no paga el precio, no hay negociación sino conflicto.

La doctrina norteamericana trata frecuentemente como si fuera uno solo los dos fenómenos.

La consecuencia es que se aplican a los procedimientos de la negociación, los métodos del conflicto. Así, por ejem-

blemas en el campo psicológico y sociológico. No son tanto los intereses, sostienen los autores, como las condiciones psicológicas y morales en que se desenvuelve el trabajo en la economía industrial y moderna, lo que aumenta las fricciones entre los grupos sociales afectados a él. Los entendimientos, concluyen, reducirán esa tensión al mínimo transformando la cooperación en un hecho básico de la vida industrial.

El artículo sucesivo, KATZ, I., *Minimizing disputes through the adjustment of grievance*, p. 249, se sitúa también, como los anteriores, en el campo psicológico y social pugnando por procedimientos que constituyan reactivos poderosos para la agitación industrial.

A continuación un distinguido profesor de la Universidad de Pennsylvania, FREY, A. H., *The logic of collective bargaining and arbitration*, p. 264, analiza el problema que, a nuestro modo de ver, refleja con más precisión la idea que queremos desarrollar aquí.

"El arbitraje", dice el autor, "es mirado por algunos como una panacea para las controversias del trabajo. Para otros, es un anatema". Y a continuación señala sus propósitos de examinar si 1) el sistema de acuerdos colectivos es vital para el sistema americano de la libre em-

plo, se considera frecuentemente que existe negociación en medio de una huelga. Pero en verdad, cuando la negociación está dominada por la presión de los intereses y la clase más fuerte ansía imponer su fuerza por encima de la justicia, no hay negociación sino conflicto. La solución no es jurídica, sino práctica; no triunfa el que tiene más razón sino el que tiene más fuerza para sostenerse en el conflicto.

presa; 2) el arbitraje es un elemento esencial para el eficaz funcionamiento de los procedimientos por los cuales se llega a la negociación colectiva. Por supuesto que el examen de estas dos proposiciones impone al autor colocarse en el plano de lo que se conoce con el nombre de sistema americano de la libre empresa, concepción ésta que dista mucho de ser compartida por nosotros. Examina los "prerrequisitos" del convenio colectivo y desemboca en lo que denomina "la falacia del arbitraje obligatorio". Para resolver cualquier disputa, dice, es indispensable que los disputantes se hallen en igualdad aproximada de su poder de negociación. Si una de las partes no tiene fuerza para sostener la disputa y la otra no pierde nada con ella, no habrá arbitraje posible. Por eso, cuando se usa el término "arbitraje" es para referirse a sus términos voluntarios. Es ésta una materia necesariamente consensual. "Arbitraje obligatorio es una contradicción en sus propios términos".

Examinando las sucesivas objeciones contra el arbitraje obligatorio desemboca en la que para él es fundamental: es impracticable. "Una ley instituyendo el arbitraje obligatorio es peor que ninguna ley". Y a continuación viene el examen de los méritos del arbitraje voluntario, con relación al sistema de la libre empresa. "Yo creo", concluye, "que no hay en los Estados Unidos personas más importantes que aquellas que, en sus respectivos lugares alrededor de una mesa, negocian las condiciones del trabajo en unas pocas industrias esenciales: carbón, petróleo, acero y transportes. Su importancia no radica en el hecho de que sus decisiones puedan afectar materialmente al pueblo y a los intereses que representan, sino en el sentido de que la línea de su conducta afecta la libertad de millones de personas a las que ellos no representan".

El subsiguiente artículo, DUNLOP, J. T., *The economic of wage dispute settlement*, p. 281, tiene un contenido puramente económico. El autor expone una visión en cierto modo pesimista de los métodos actualmente en uso para determinar el significado de los conflictos por salarios; aunque ese pesimismo se halla atenuado por su convicción de

5. *Concepción jurídica de los procesos del trabajo.*

Frente a este modo de ver, según el cual el conflicto del trabajo debe necesariamente dirimirse por acto de las partes, en el libre juego de sus fuerzas recíprocas, y reservando al Estado tan sólo una función tutelar, dirigida a asegurar el adecuado comportamiento en la lucha, debe alzarse, en nuestro concepto, otra concepción que parta de premisas opuestas.

Conforme no concebimos para el conflicto individual otro método de decisión como no sea el de los jueces del

que en esta materia la ciencia económica todavía se halla en sus comienzos.

Un conjunto de cuatro artículos de significado análogo, FAIRWEATHER, O. y SHAW, L. C., *Minimizing disputes in labor contract negotiation*, p. 297; FORSYTHE, J. S., *The settlement of contract negotiation disputes: A comparison of proposed legislation*, p. 330; FITZPATRICK, B. H., *The settlement of contract negotiation disputes: a business viewpoint*, p. 346; SHISHKIN, B., *The settlement of contract negotiation disputes: a labor viewpoint*, p. 357, se halla dirigido a examinar pormenores acerca de los conflictos obreros, sus intentos de solución, el conjunto de leyes dictadas hacia ese fin y su eficacia. Es la parte que llamaríamos local del volumen y su significado no agrega elementos sustanciales a la anterior. Lo interesante de este conjunto es que el mismo tema de las negociaciones preliminares del contrato colectivo, se examina desde el punto de vista económico, desde el punto de vista de los negocios y desde el punto de vista laboral.

El último estudio del volumen, FREIDIN, J., *The public interest in labor dispute settlement*, p. 367, acaso uno de los más importantes del mismo, examina el problema desde el punto de vista del interés público destacando la necesidad de un correcto entendimiento de las partes, una negociación *bona fide* y una efectiva asunción de la responsabilidad. Debe llamarse la atención, en este trabajo, acerca de un resultado de la encuesta Gallup acerca del concepto que el público tiene de esta materia. La pregunta fué: "¿Qué es lo que sabe Ud. de la ley Wagner y de su significado?". 19 % de los interrogados tenían una idea general de la ley Wagner; 12 % dieron respuestas totalmente incorrectas; 69 % dijeron que no la conocían.

Estado, no concebimos para el conflicto colectivo, aun en su máxima magnitud, otro medio de decisión que el de la función jurisdiccional específica.

La lucha entre las partes y el resultado de sus respectivas fuerzas constituyen, en nuestro concepto, una solución contingente del conflicto; el fallo comprensivo y documentado del tribunal especial de conflictos, actuando en método jurisdiccional examinando todos sus términos (nivel de vida, salario, posibilidad de la empresa; futuro de la industria, etcétera), constituye la solución correcta del mismo.

El primero, deja librada la solución, como en el orden político, a la habilidad o a la fuerza de las voluntades; el segundo, la deja librada a la justicia.

El boicot, la huelga, el lock out y las medidas de violencia en el trabajo no son sino formas de autodefensa⁽⁹⁾, al margen, y a veces a espaldas del derecho. Históricamente hablando, corresponden al mismo trance en que se halló el derecho privado cuando aún no había sido instituída la jurisdicción y era consentida la justicia con mano propia; y en amplia medida, al estado actual en que se halla el derecho internacional público, en cuya instancia de transformación es todavía la guerra el instrumento idóneo para imponer razones.

En otra oportunidad hemos concretado este punto de vista en la siguiente forma:

"El Uruguay se halla en este momento en buena posición para emprender una verdadera renovación en el orden de la justicia.

(9) ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1947, incluye expresamente los conflictos del trabajo en su categorización de las diversas formas (procesales y paraprocesales) de dirimir los conflictos de intereses. Así, ps. 19 y 39.

“Hay necesidad de crear junto a la justicia de la propiedad, que estableció la Constitución de 1830 y que los textos constitucionales posteriores mantuvieron, una justicia del trabajo con el mismo significado. Su destino será transformar la lucha de clases en evolución civilizada. Esta justicia debe abarcar todos los órdenes de la jerarquía y todo el territorio del país, pues el problema del trabajo no es sólo el de la ciudad, sino también el del campo; debe abarcar los conflictos individuales y los conflictos colectivos; debe comprender la conciliación; debe estudiar las condiciones económicas de la industria, para saber si puede hacer frente a los salarios y debe estudiar las condiciones de vida del obrero para fijarle la retribución que su aptitud humana merece. En dos palabras: la retribución del trabajador no debe hacerse por munificencia u obsequio, ni mediante la lucha de clases, sino por acto de rigurosa justicia.

“Una organización de esta índole, por magna que sea, no plantea problema económico ni presupuestal, porque todos sabemos bien que un día de huelga le cuesta al país mucho más que un año de presupuesto judicial.

“Nuestro deber es mirar las cosas a través de su trayectoria, ya claramente definida. Debemos ir directamente, sin soluciones intermedias, porque nuestro país ha progresado por las soluciones radicales; debemos ir directamente a la organización de una justicia de vastas proporciones, que tome en su conjunto todos los problemas del trabajo, librándolos en nombre de una evolución progresista, de las fuerzas que ante nuestros propios ojos están preparando la revolución de las masas o el despotismo del interés” ⁽¹⁰⁾.

(10) *Discursos pronunciados en la XV Reunión Anual de Asociados de la Liga de Defensa Comercial, Montevideo, 1947, p. 37.*

6. *Protección constitucional del trabajo.*

Nuestra concepción encara el derecho del trabajo en los mismos términos de tutela jurídica que el derecho privado, en cuanto éste constituye una garantía del individuo como tal. Y concibe la justicia del trabajo como un instrumento para discernir el derecho individual del trabajo en los mismos y exactos términos del derecho privado. En otras palabras: ansiamos la tutela del Estado para el derecho laboral, en la misma forma y a través de la misma transformación histórica del derecho privado individual. La protección constitucional del trabajo debe seguir la misma línea histórica que la tutela de la familia, de la personalidad física y moral, de la propiedad, del honor y de la seguridad individual.

Puede decirse que es éste el otro extremo de la doctrina norteamericana arriba referida. Lo que ella rechaza es lo que nosotros auspiciamos.

¿Dónde puede residir, pues, un motivo tan radical de disidencia?

En nuestra opinión, consiste en el concepto que el pueblo tenga de la justicia.

En la concepción popular, los jueces son un instrumento de la burguesía. En cierta concepción escéptica del gobierno, los jueces son un instrumento del poder. Sin embargo, a medida que un pueblo va progresando en el desenvolvimiento de sus instituciones y va perfeccionando más y más el sistema representativo, o sea el gobierno de opinión, la fe en la justicia del Estado se va acrecentando. En la estructura del Estado democrático, la organización judicial es la clave de todo el sistema.

Mientras la crisis derivada de la concepción escéptica

del gobierno no sea superada, siempre se tendrá más confianza en la negociación que en la sentencia. Pero cuando los procesos de la educación popular, y en particular de la educación cívica de las masas, se van perfeccionando, la fe en la justicia se va consolidando.

No parece que constituya un exceso afirmar que la confianza que en el Uruguay se dispensa a los jueces del Estado, desde todas las clases sociales, constituye una manifestación de un elevado nivel de cultura cívica y social en América.

Parecería una antinomia que una concepción tan distinta provenga de los Estados Unidos, que es un país de elevado nivel de cultura cívica. Pero en ese país, los problemas económicos tienen tal entidad y potencia que, virtualmente rebasan las fuerzas de la organización del poder público en todas sus ramas. Nuestra tesis es sólo una observación apoyada en la experiencia social y política del Uruguay actual.

7. *Conclusión.*

El fin de estas páginas es, tan sólo, tratar de determinar la frontera entre lo jurídico y lo político en el derecho del trabajo.

Al cabo de las mismas, nos hallamos con que aún la solución que reputamos rigurosamente jurídica, sigue teniendo un contenido político: la educación popular. Pero es deber de la ciencia del derecho, tratar lo político como político y lo jurídico como jurídico. No son, por supuesto, dos jerarquías, sino solamente dos zonas del orden social. Hasta se da el caso, como ha ocurrido en los desarrollos precedentes, que una zona desemboque naturalmente en la otra.

No desconocemos que nuestra solución se halla todavía lejana; pero el propósito ha sido, antes que hacer propaganda por ella, plantearla en sus justos términos.

“La democracia —decía Roosevelt— es una indagación; una indeterminada búsqueda de cosas mejores”. Hoy y aquí, en el plano de nuestras actuales ideas, creemos que al país le conviene más intentar, de una vez por todas, una vasta experiencia de la justicia del trabajo, para toda clase de conflictos, paralela al sistema de la justicia de la propiedad y de la familia, dentro del régimen de la Constitución, que mantener los actuales programas de lucha.

Esa organización tendría, tal como queda expuesto, por finalidad esencial, sustraer la decisión del conflicto del trabajo, que en último término es un problema de justicia social, a la fuerza de la coacción y de la violencia, para dirimirlo en el ámbito del derecho.

9. REVOCABILIDAD DEL EMBARGO PREVENTIVO

SUMARIO: 1. Planteo. — 2. Carácter del procedimiento. — 3. Cosa juzgada formal en materia de embargo preventivo. — 4. Razón de la tesis. — 5. La solución en el Proyecto de 1945.

REVOCABILIDAD DEL EMBARGO PREVENTIVO

1. *Planteo.*

Se trata de saber si es posible obtener la revisión de lo actuado en los procedimientos de un embargo preventivo, una vez que se ha dictado la sentencia de segunda instancia confirmando el pedido formulado por el embargante.

El problema consiste en determinar si las providencias dictadas a raíz de los embargos preventivos hacen cosa juzgada formal o material, examinando luego en qué condiciones puede, eventualmente, proceder la revisión de lo actuado en ellas.

2. *Carácter del procedimiento.*

Las providencias en materia de embargo preventivo han sido objeto, tradicionalmente, a lo largo de su recorrido histórico, de un simple conocimiento sumario y judicial por parte de los jueces.

La doctrina medioeval, sostuvo siempre que se trata de un procedimiento sumario mediante una simple *cognitio* que no tiene forma de *judicii*. Este tipo de conocimiento superficial se caracterizó, con el andar del tiempo, con una

expresión que ha hecho fortuna, sosteniendo que los jueces no decretan los embargos preventivos cautelares exigiendo al embargante una plena prueba de su derecho, ni siquiera de las condiciones de admisibilidad del petitorio. Se han contentado siempre, se ha dicho, con una mera apariencia del derecho; no se exige una prueba de realidad jurídica sino manifestaciones externas; no se requiere un derecho cierto, sino un derecho *aparente*; un *fumus bonis juris*.

El legislador alemán de 1877 habló de una simple credibilidad (*Bescheinigung*). Quien propone una instancia de secuestro debe actuar de tal modo de deparar la creencia en el juez, de la justicia de su pretensión y del fundamento del secuestro. La credibilidad es un aspecto lógico menos consistente que una prueba perfecta ⁽¹⁾.

Esto quiere decir que el juez que se pronuncia acerca de la procedencia de un embargo preventivo, no juzga ni prejuzga sobre el mérito del mismo ni sobre el derecho del embargante. La sentencia que concede un embargo preventivo lleva implícita la suposición de que se ha dictado bajo la responsabilidad del embargante, con un conocimiento meramente superficial de los hechos y sin más pruebas que la que ha suministrado para su petición, en forma sumaria, el requirente.

3. Cosa juzgada formal en materia de embargo preventivo.

Dadas las circunstancias que acaban de ser expuestas, es de toda evidencia que no puede hablarse nunca en el embargo preventivo de una verdadera cosa juzgada sustancial, sino formal.

(1) ROSENBERG, *Lehrbuch*, p. 377; CONIGLIO, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, Milán, 1942, p. 105.

Se puede afirmar que la cosa juzgada en el embargo preventivo es meramente formal y no material o sustancial por cuatro razones principales:

1) Porque las medidas de garantía deben ser objeto de inmediato levantamiento, no bien haya transcurrido el tiempo señalado por la ley para la interposición inmediata de la demanda (arts. 841 y 842: C. P. C.).

2) También corresponde hacer cesar las medidas de embargo preventivo no bien se dicte sentencia definitiva favorable al demandado en la causa principal. La doctrina está de acuerdo en que las medidas de cautela no tienen más sentido que el de prevenir el *periculum in mora*, vale decir, la duración del proceso. Si el proceso pudiera ser instantáneo no habría medidas de cautela. Estas se decretan porque el proceso dura un tiempo más o menos largo y la demora durante ese tiempo ha creado siempre un riesgo a la justicia. Como el riesgo cesa el día en que la sentencia desestima la demanda, también debe cesar la medida de cautela, sin que pueda oponerse a la cosa juzgada en el juicio principal, la cosa juzgada de las medidas conservatorias (2).

3) Toda vez que se ofrezca en sustitución de una medida de cautela decretada por el embargante, otra cautela sustitutiva propuesta por el embargado (art. 840), debe también levantarse el embargo.

4) Puede, por último, modificarse la decisión dictada en un procedimiento sumario de secuestro preventivo, toda vez que se produzca una modificación sustancial en el estado de cosas que el juez tuvo presente en el momento de decretar la medida cautelar.

(2) CARNELUTTI, *Sistema*, t. 1, n. 71; SCAGLIONI, *Il sequestro nel processo civile*, Milán, 1941, p. 28. Últimamente, DOS REIS, *A figura do processo cautelar*, Lisboa, 1947, p. 21.

Este último punto, que es el único que interesa para este estudio, ha sido acogido más de una vez por la jurisprudencia argentina. Con respecto a la inhibición lo anota Alsina, para aquellos casos en los cuales se hubiera observado irregularidad en la presentación o en situaciones particulares (3). Doctrina semejante aparece registrada en dos fallos que anota Halperin en sus adiciones a Jofré (4).

Pero dada la particular significación de este tema debe ser analizado con especial detenimiento.

4. *Razón de la tesis.*

Todo embargo preventivo, decretado en forma sumaria, se halla sometido a una especie de condición *rebus sic stantibus*.

Modificadas las condiciones en que se decretó; justificado que eran erróneos los elementos de hecho invocados por el embargante, puesta en evidencia la falsedad de los motivos en que se fundó la petición de medidas de seguridad, éstas deben ser dejadas sin efecto.

Para esto no corresponde acudir a la vía ordinaria, porque el embargo preventivo y su levantamiento no son sino instancias incidentales o accesorias de un proceso principal y de acuerdo con un principio que se recoge del art. 531 del Proyecto de Código de Procedimiento Civil, la vía incidental es la vía necesaria para las cuestiones accesorias, de la misma manera que el juicio ordinario es la vía necesaria, a falta de un texto expreso en contrario, para las cuestiones principales.

Estos principios parecen de absoluta claridad y podrían

(3) ALSINA, *Tratado*, t. 3, p. 325.

(4) JOFRÉ-HALPERIN, *Manual*, t. 4, p. 417, ns. 42 y 43.

ser fundados ampliamente, si no ocurriera que el tema ha sido tratado por Calamandrei en su *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* (5). Virtualmente no hay ni una palabra que agregar ni quitar a la lección que este maestro ha destinado al punto.

Dice Calamandrei: "Siempre que una medida cautelar se concede a base de una sola fase de cognición sumaria, la misma autoridad que ha dictado la providencia podrá a través de una nueva cognición sumaria modificarla o revocarla, si mientras pende el juicio principal se han verificado nuevas circunstancias que aconsejen que no continúe la relación cautelar originariamente constituída (así, por ejemplo, el presidente, después de haber dictado las "providencias temporales", de que trata el art. 808 del Código de Proc. Civ., puede siempre, en virtud de recurso de una de las partes, introducir las modificaciones que las nuevas exigencias del caso aconsejen; lo mismo puede hacer en mi concepto, el pretor, en materia de denuncia de obra nueva o de daño temido, cuando nuevas razones de urgencia le demuestran la insuficiencia o la inoportunidad de las providencias originariamente ordenadas). Pero esta variabilidad de la relación cautelar existe igualmente también cuando la providencia haya sido demandada a través de una primera cognición sumaria: la categoría de cosa juzgada de la sentencia que convalida la concesión de un secuestro conservatorio no impide que, sobreviniendo durante la tramitación del juicio principal nuevas circunstancias aptas para eliminar el peligro, pueda la misma autoridad judicial, que en un primer tiempo ha convalidado el secuestro, revocarlo por motivos sobrevenidos".

(5) CALAMANDREI, *op. cit.*, trad. esp., Buenos Aires, 1945, p. 90.

5. *La solución en el Proyecto de 1945.*

La solución que propiciamos *de lege lata* tiene su consagración expresa *de lege ferenda* en el Proyecto de 1945.

En el art. 482, bajo el rubro *Facultades del juez en las medidas de garantía*, hemos consignado el carácter meramente formal y no sustancial de la cosa juzgada que se dicta en esta materia mediante el siguiente texto: "Podrá (el juez) hacer cesar en cualquier momento, alguna medida ya dispuesta, que considere vejatoria o excesiva con relación al derecho que se debe asegurar".

En la Exposición de Motivos ⁽⁶⁾ hemos tratado de subrayar el significado de esta tesis. Las medidas de seguridad, se consigna en ese texto, tienden a restablecer la significación económica del litigio. El instituto de la fianza adquiere en el Proyecto una categoría de primer plano. Y esto sucede en dos direcciones. La primera para asegurar la eficacia de la sentencia, merced a medidas anticipadas de garantía, que hagan imposible la enajenación de los bienes durante el litigio. La segunda, para obtener el inmediato cese de aquellas medidas de seguridad obtenidas por el actor, que resulten vejatorias, excesivas o inútilmente perjudiciales para el demandado.

Y se concluye: la fianza cumple una medida de orden preventivo: evita la especulación con la malicia. Los hombres pueden sentir, más de una vez, la tentación de violar la palabra después de haberla empeñado; pero no sienten la tentación de comprometer su fortuna luego de haberla efectuado al cumplimiento de su palabra.

Es éste, en último término, el fundamento, moral y material, de la solución preconizada.

⁽⁶⁾ *Proyecto de Código de Procedimiento Civil, con Exposición de Motivos*, Montevideo, 1945, p. 119.

10. LA NOCIÓN DE TÍTULO PERFECTO

SUMARIO: 1. Derecho civil, derecho notarial y derecho procesal. — 2. El título perfecto como justo título. — 3. Insuficiencia del derecho civil para dar la noción de título perfecto. — 4. El título perfecto como instrumento notarial. — 5. El título perfecto como concepto económico. — 6. El título perfecto como concepto procesal. — 7. El concepto de título perfecto. — 8. Título bueno y título perfecto.

LA NOCIÓN DE TÍTULO PERFECTO

1. *Derecho civil, derecho notarial y derecho procesal.*

La noción de "título perfecto", concepto éste que se utiliza en todas las escrituras de compraventa como una garantía en favor del comprador, es uno de esos conceptos que se hallan en las encrucijadas del derecho.

Por el camino del derecho civil le viene todo aquello que se refiere a la correcta trasmisión del dominio; por el camino del derecho notarial llegan hasta él todas aquellas exigencias que constituyen el *título* en el sentido instrumental de este vocablo y en particular a las formas de la escritura pública mediante la cual se documenta el dominio. Pero como a su vez toda idea de pacífica posesión del bien adquirido y toda idea de documentación de la propiedad, quedan subordinadas al proceso eventual en el que fuere cuestionada la propiedad, en último término la noción de *título perfecto* corresponde al derecho procesal.

Con la colaboración de estas tres ramas del derecho, trataremos de delimitar el concepto.

2. *El título perfecto como justo título.*

El profesor Amézaga ha expuesto el concepto de *título perfecto* en términos coincidentes con los de *justo título*.

Tratemos de reconstruir su breve lección para fijar el alcance de sus ideas.

Dice Amézaga:

“Atendiendo exclusivamente al punto de vista jurídico, el título perfecto debe ser un justo título y, por lo tanto, ser verdadero, válido, legal y capaz de transferir la propiedad (Código Civil, artículo 1208). En otros términos, justo título es aquel que reúne todos los requisitos necesarios para transferir la propiedad —menos uno: que quien lo otorga no es propietario—. El justo título es aquel que debía contener un derecho, pero, que no contiene nada, dice Bufnoir. El molde es de buena calidad del punto de vista jurídico, y esto es lo que la ley exige. El contenido que le falta, la prescripción lo reemplazará ⁽¹⁾. El justo título está destinado a consolidar por la prescripción decenal el título emanado de un no propietario ⁽²⁾.”

Título perfecto es aquel que siendo en sí mismo un justo título tiene además la virtud de emanar del verdadero propietario. En definitiva, la exigencia establecida a favor del promitente comprador de un título perfecto significa, que el promitente vendedor se obliga a transferir al comprador la plena propiedad de la cosa vendida, y no solamente la pacífica posesión de esta cosa.

No es posible apreciar las obligaciones que emanan del contrato de compraventa, y las que tienen su origen en los contratos preliminares de promesa, sin tener presentes las

(1) BUFNOIR, *Propriété et contrat*, p. 297.

(2) PIEDELIEVRE, p. 94.

disposiciones de nuestra ley civil que determina la naturaleza y el alcance de las obligaciones contraídas por el vendedor.

Los artículos 1661, 1669, 1686 de nuestro Código Civil establecen claramente que nuestra ley nacional, siguiendo los principios del derecho romano, no obliga al vendedor a transferir la propiedad de la cosa vendida; nuestra ley nacional sólo obliga al vendedor a entregar al comprador la pacífica y tranquila posesión de la cosa vendida. El Código Civil alemán establece que el vendedor tiene a su cargo dos obligaciones: 1º, la entrega de la posesión pacífica de la cosa vendida; 2º, la trasmisión al comprador del derecho de propiedad sobre dicha cosa. El artículo 433 del Código citado dice que en virtud del contrato de venta "el vendedor de una cosa se obliga a efectuar su entrega al acreedor y a proporcionar a éste la propiedad de dicha cosa".

El Código argentino también es diferente del Código oriental, y, en sus artículos 1357 y 1363, establece que el vendedor está obligado a transferir al comprador la propiedad de la cosa. Por el contrario, el Código chileno en sus artículos 1793 y 1815 sigue el mismo sistema que nuestra ley nacional, y el vendedor no se obliga a transferir al comprador el dominio de la cosa; se obliga solamente a entregar una cosa para que el comprador la tenga como suya. Si tiene el dominio lo entrega junto con la cosa, y si no lo tiene no lo puede entregar, pero, da al comprador la cosa para que la tenga como suya ⁽³⁾. El que compra a su vendedor una cosa que es ajena no puede alegar la nulidad del contrato, ni pedir la resolución del mismo, si expresamente no se ha

(3) Versión de las *Lecciones* del Prof. LEOPOLDO URRUTIA, por OSCAR DÁVILA y RAFAEL CANAS, p. 243.

establecido que el vendedor se obliga no sólo a la entrega de la cosa y a asegurar la pacífica posesión de la misma, sino también a transferir *el pleno dominio de esa cosa*.

Así como el Código alemán admite que el vendedor puede limitar, con aceptación expresa del comprador, su obligación a la simple entrega de la cosa, sin obligarse a transferir el dominio sobre la misma (artículo 439), nuestro Código admite que el vendedor puede ampliar sus obligaciones obligándose a transferir al comprador el pleno y perfecto dominio de la cosa vendida (argumento del proemio del artículo 1686).

De lo que antecede se desprende que cuando en un contrato de promesa de venta se ofrece al promitente comprador un título perfecto, debe entenderse que este último se reserva el derecho de examinar la calidad que tiene el promitente vendedor para transferirle el dominio perfecto.

No bastaría un justo título. El promitente comprador tiene el derecho de examinar si el título que se le ofrece emana del verdadero propietario, y de rechazar el título que asegure la entrega y pacífica posesión de la cosa, si no le asegura simultáneamente la calidad de propietario del vendedor, necesaria para transferir el dominio por la tradición (Código Civil, artículo 775, inciso 1).

El concepto de *título perfecto* en el contrato preliminar de promesa de compraventa supone que el promitente comprador exige una obligación suplementaria o adicional a las obligaciones que la ley impone al vendedor después de perfeccionada la compraventa.

En efecto, perfeccionado un contrato de compraventa el comprador puede descubrir que su vendedor no era propietario de la totalidad o de parte de dicho bien; y que,

por consiguiente, *no le ha transferido la propiedad que continúa siendo en todo o en parte ajena.*

Si en el contrato de compraventa el Escribano no ha establecido expresamente que además de las obligaciones que le impone la ley, el vendedor se obliga a transmitir por la tradición el pleno y perfecto dominio, el comprador que descubre que la propiedad del bien pertenece a un tercero no puede pedir ni la nulidad de la tradición, ni la resolución de la venta, porque el vendedor sólo se obliga de acuerdo con nuestro Código Civil a "*procurar el comprador la libre posesión y goce de la cosa para lo cual no necesita ser propietario*", y "*con tal que el comprador no sea perturbado en su posesión nada puede reclamarse al vendedor*", a quien citará de evicción cuando se haga sentir la acción del tercero. Entre tanto la tradición efectuada por el vendedor —que no ha transferido el dominio, puesto que quien la hizo no lo tenía— producirá sólo los efectos que determina el artículo 775 del Código Civil, o sea transmisión de la pacífica posesión de la cosa, precedida de título hábil y que servirá para adquirir el dominio por prescripción.

Me parece indiscutible, concluye Amézaga, que cuando en un contrato de promesa de compraventa se estipula que los títulos del vendedor deben ser perfectos, se entiende que el vendedor debe estar capacitado no sólo para procurar al comprador la libre posesión y goce de la cosa, sino para transferirle el derecho de propiedad sobre la misma.

De acuerdo con la definición que hemos dado, la repetimos, título perfecto es el título ajustado a la ley, capaz de transferir el dominio y que emana del legítimo y verdadero propietario" (4).

(4) *La cláusula "título perfecto"*, en *Rev. D. J. A.*, t. 35, p. 1, y sigtes.

3. *Insuficiencia del derecho civil para dar la noción de título perfecto.*

Como se ve, la lección de Amézaga no puede tener un acento más rigurosamente civilista.

Su concepción se halla literalmente implantada en el terreno del derecho de propiedad, en cuanto éste aparece regulado por el contrato de compraventa. Su distinción respecto del justo título (en cuanto coinciden y en cuanto difieren) supone una contemplación del problema ateniéndose de manera casi exclusiva a la titularidad del derecho.

Pero esta implantación es insuficiente.

Por lo pronto, cabe advertir que el concepto de título perfecto no sólo abarca la adquisición del dominio por compraventa, sino por todos los otros modos de adquisición. Cuando el acreedor hipotecario le exige al heredero un título perfecto, le reclama una documentación correcta de su adquisición por modo de sucesión; cuando en la permuta se reclama el título perfecto, se exige una documentación de idéntica índole de esta forma de adquirir. Y así podría continuarse largamente. La asimilación del título perfecto a la titularidad del derecho para transmitir el dominio por compraventa restringe el campo de aplicación del concepto a una sola de sus partes.

A esta consideración debe añadirse la de que el título perfecto es mucho más que un justo título. Como se verá más adelante ⁽⁵⁾, el título perfecto requiere el justo título y una rigurosa documentación del mismo. La falta de escrituras antecedentes no afecta a la propiedad ni al justo título; pero afecta a la titulación y quita perfección al título.

Todavía: el título perfecto es un concepto económico

⁽⁵⁾ *Infra*, 4.

y no solamente jurídico ⁽⁶⁾. Cuando se asimila el título perfecto al justo título, se restringe nuevamente el campo de observación, al orden puramente jurídico. Y lo que al requerir el justo título se reclama, es que la propiedad no sólo quede protegida en sentido jurídico, sino también que su defensa no reclame exigencias de orden patrimonial.

Es por esta razón que en un fallo que se cita frecuentemente por su precisión en esta materia, se amplía el concepto extendiéndolo a "la calidad idónea del instrumento que consigna la propiedad" ⁽⁷⁾.

4. *El título perfecto como instrumento notarial.*

El vocablo *título* tiene, además de su acepción notoria de derecho civil, otra de derecho notarial.

En este sentido, título es también *titulación* o sea instrumentación, documentación. Los títulos de propiedad son, en el lenguaje corriente y en el lenguaje notarial, los papeles, es decir los documentos en los cuales la propiedad se halla consignada por representación de la voluntad jurídica.

La cláusula título perfecto tiene, en este sentido, el alcance de una correcta y regular documentación del dominio. Los títulos son buenos, cuando la documentación es correcta y no faltan antecedentes que dejen en sombra algunos de los aspectos de la propiedad: la titularidad del derecho de los antecesores, la liberación de obligaciones fiscales, la inmunidad frente al derecho de terceros, etc.

⁽⁶⁾ *Infra*, 5.

⁽⁷⁾ Fallos del Dr. ARMAND UGON y del Tribunal de Apelaciones de 3er. Turno, en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t. 26, p. 309 y 413.

Numerosos estudios realizados en nuestro país acerca de este aspecto de la cuestión ⁽⁸⁾, se refieren primordialmente al correcto valor notarial de la instrumentación en que se registra el dominio.

Cuando la jurisprudencia ha debido ocuparse de esta cuestión, ha debido hacerlo en el mismo sentido ⁽⁹⁾.

La segunda noción a reafirmar en el concepto que venimos elaborando es la que, a la propiedad legítima, debe agregarse la documentación regular de la misma.

5. *El título perfecto como concepto económico.*

Pero cuando bien se piensa, el concepto de título perfecto es antes que nada un concepto económico.

¿Qué desea el comprador, que es quien, habitualmente, impone esa cláusula a su vendedor? Desea, simplemente, además del goce pacífico de su propiedad, una normal circulación de sus escrituras en el comercio jurídico. El comprador desea tener sus papeles como quien tiene en la mano un billete de banco, con la máxima agilidad de su circulación.

No sólo aspira a que el dominio recibido sea pleno y pacífico; desea también que el día que tenga que operar con su propiedad, hipotecándola o vendiéndola, no se formule a sus títulos ninguna objeción. Él paga en buena moneda y aspira a cobrar en buenos papeles.

⁽⁸⁾ ROBAYNA, *Qué se entiende por título perfecto*, en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t. 20, p. 213; RIAL, *¿Qué debe entenderse por título bueno y título perfecto?*, en la misma *Revista*, t. 27, p. 113.

⁽⁹⁾ *Rev. D. J. A.*, t. 21, p. 72; t. 42, p. 109; *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t. 26, p. 309 y 413; *L. J. U.*, t. 16, núm. 2590.

A tal punto el concepto de título perfecto es un concepto económico, que en los Estados Unidos las dificultades enormes que tenía la titulación terminaron por hacer imposible la documentación notarial y se substituyó la seguridad jurídica por una seguridad económica. Las Compañías aseguradoras de títulos son el substitutivo de la solemnidad notarial. El enajenante o el adquirente, según se convenga, toman a su cargo una pequeña prima, mediante la cual una Compañía especializada, se hace cargo de todos los riesgos que pueda tener el adquirente en el goce pacífico de su propiedad ⁽¹⁰⁾.

En cierto modo es éste el sentido del dictamen de la Asociación de Escribanos del Uruguay que, al delimitar el concepto de título perfecto desde el punto de vista notarial, sostiene la necesidad de que el perfeccionamiento de la titulación no demande al comprador ningún desembolso económico, fuera de los gastos que ha debido realizar al hacerse cargo de los gastos de escrituración ⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Dice TAFT, *Legal miscellanies. Six decades of changes and progress*, Nueva York, 1941: "No es sorprendente que al principio, los abogados que se ocupaban de administración de propiedades desalentaran a los innovadores y criticaran el nuevo sistema, y que funcionarios del Registro e investigadores oficiales pusieran obstáculos a los esfuerzos de la *Title Guarantee and Trust Company* que fué el *pioneer* en ese campo de actividad. Pero finalmente triunfó el sistema en virtud de una serie de ventajas. Entre ellas puede mencionarse: 1) que una póliza de seguro de título podía emitirse en menos de una semana (o, en caso de re-examen, en menos de 24 horas); 2) que el seguro costaba menos que la mitad del costo total de honorarios de abogado y averiguaciones oficiales; 3) que las propiedades se convertían, así, en un artículo que podía comprarse, venderse o hipotecarse en el mercado con la misma facilidad con que se compraban o vendían valores en la bolsa" (trad. esp., Buenos Aires, 1944, p. 44).

⁽¹¹⁾ Véase este dictamen en la transcripción hecha en el parágrafo 7 de este mismo estudio.

Esta misma idea ha venido adquiriendo consistencia en la moderna tendencia suiza de sustituir la costosa y excesivamente formalista documentación de la propiedad, por una sencilla sociedad anónima familiar, cuyo único objeto es poseer uno o más inmuebles de determinado propietario, y cuyas acciones al portador se transmiten de mano en mano en caso de venta o sucesión, sin formalidad alguna de documentación.

El título notarial ha venido a adquirir, así, la forma de un título al portador.

6. *El título perfecto como concepto procesal.*

Así examinadas las cosas, aparece muy claramente el fenómeno de que el concepto de título perfecto contiene *in nuce* un significado de derecho procesal.

El adquirente requiere a su enajenante el dominio; le requiere, asimismo, una correcta circulación de sus papeles; y le requiere, por último, que si en el futuro su propiedad o su posesión fueran discutidas judicialmente, el título perfecto le depare la seguridad de una sentencia favorable.

El concepto de *Capitant* oportunamente expuesto ⁽¹²⁾, que asimila la documentación de la propiedad a una *quasi possession*, se refiere en último término, al amparo que la misma hallará en el proceso en que, eventualmente, llegara a ser debatida.

(12) CAPITANT, *Etude critique des restrictions apportés par les articles 1341 du Code Civil français et italien, a la recevabilité de la preuve testimoniale*, en *Bulletin de la Société d'études législatives*, Paris, 1918. ASIMISMO, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Observations sur la force probante...*, en *Etudes de droit civil a la mémoire de Henri Capitant*, cit., en *El concepto de fe pública*, en este mismo volumen, p. 53.

En este caso, como en muchos otros que han sido expuestos a lo largo del estudio *El concepto de fe pública*, publicado en este mismo volumen, la función del instrumento es, sustancialmente, la función preventiva de los resultados adversos de un eventual proceso futuro.

7. *El concepto de título perfecto.*

Reconstruyendo cuanto acaba de ser expuesto, podemos convenir en que el concepto de título perfecto abarca los siguientes elementos:

a) Un concepto de derecho material: asegurar la pacífica posesión del bien vendido y la propiedad legítima del adquirente.

b) Un concepto de derecho notarial: la correcta circulación de los documentos que acreditan la propiedad, en caso de disposición total o parcial del dominio adquirido.

c) Un concepto económico: que el goce pacífico asegure el valor económico del bien adquirido y que la regularidad de los documentos no exija desembolso al comprador.

d) Un concepto procesal: que en el caso de un eventual proceso sobre el dominio adquirido, el título perfecto sirva de plena prueba del dominio y asegure una sentencia favorable.

Estos cuatro elementos, han sido resumidos por la Asociación de Escribanos del Uruguay en el siguiente concepto:

“Se entiende por título perfecto de un inmueble aquel que comprueba que el bien se halla al abrigo de las pretensiones del Fisco y que, o por haberse declarado extinguidos los derechos de terceros o por haberse cumplido las exigencias legales en las anteriores transmisiones de dominio hasta la que acredite el derecho de propiedad del actual vendedor,

se encuentra éste en las condiciones de transferir válidamente la posesión y dominio pleno del bien, sin que exista causa que pueda dar lugar a evicción, y que en los instrumentos que acrediten el derecho del vendedor, no aparezcan defectos cuya subsanación imponga desembolsos al adquirente”.

8. *Título bueno y título perfecto.*

En alguna oportunidad ⁽¹³⁾ se ha discutido que título perfecto era un grado de mayor excelencia que título bueno y que, en consecuencia, el criterio debía ser más riguroso.

Consideramos que no existe diferencia alguna entre título bueno y título perfecto. Se trata, tan sólo, de un giro de lenguaje que pertenece al léxico notarial, y que varía con el tiempo y los lugares.

El que pide un título bueno, aunque no use la expresión más enfática de título perfecto, pide todo cuanto acaba de ser expuesto. Si el título no reúne todos los elementos que hemos analizado, si no asegura la propiedad y la pacífica posesión, si no circula ágilmente en el comercio jurídico, si no mantiene el valor económico de la propiedad, y si no asegura una sentencia favorable *no es bueno*.

La perfección no suele estar en las cosas humanas y mucho menos en las jurídicas. El vocablo, decíamos, es solamente enfático. El título satisface su función jurídica y económica, si es bueno. La calidad de perfecto parece referirse más a la estética que la técnica. Y lo que aquí se estudia no es un fenómeno de belleza sino de eficiencia.

⁽¹³⁾ En el caso arbitral publicado en *Rev. D. J. A.*, t. 42, p. 109, la parte actora entendía que título perfecto era un grado superior a título bueno.

10. VALIDEZ EXTRATERRITORIAL DE LOS ACTOS PROCESALES

SUMARIO: 1. Notificación por abogado. — 2. Validez con arreglo a la ley local. — 3. Derecho procesal internacional y orden público. — 4. La notificación en el Tratado de 1889. — 5. Conclusión.

VALIDEZ EXTRATERRITORIAL DE LOS ACTOS PROCESALES

1. *Notificación por abogado.*

En los países de formación latina, la notificación de la demanda, la que comporta normalmente la citación y emplazamiento del demandado para que concurra a estar a derecho, se hace por los órganos del tribunal.

La tradición francesa e italiana confiere esa actividad al *huissier* o al *cancelliere*. La tradición española la comete al actuario o secretario pudiendo normalmente éste delegar su función en uno de los auxiliares de la secretaría.

Peró en la tradición inglesa y norteamericana, la citación la hace, normalmente, el propio abogado del demandante en la persona del demandado.

El caso que motiva el presente estudio, consiste en una citación cuyo texto es el siguiente:

"Inmediatamente, es decir, en el acto seguido, al terminar las declaraciones tomadas por el referido Juez, el declarante citó y emplazó con notificación del decreto dictado por el Juez en el escrito de demanda y con entrega de una copia traducida al idioma inglés del original español idéntica a la que consta en dicha Corte Suprema del Estado de

Nueva York; que dicha citación y emplazamiento fueron hechos en el mismo Tribunal Supremo o Corte Suprema de Justicia de Nueva York, Condado de Nueva York, Ciudad del Estado del mismo nombre, el día 22 de agosto de 1947 en la persona del Sr. X en su calidad de Vice Presidente de la referida Sociedad; que lo hizo por virtud de la ley que permite a los abogados en el ejercicio de su profesión efectuar citaciones y emplazamientos, ya que los abogados en este Estado de Nueva York son funcionarios del Tribunal o Corte en el cual ejercen su profesión”.

La constancia del abogado es certificada por el funcionario respectivo de la Corte Suprema de Nueva York.

Se trata de saber qué valor tiene, desde el punto de vista de nuestras leyes procesales, esa notificación.

2. *Validez con arreglo a la ley local.*

Comencemos por admitir que el mencionado acto corresponde a la legislación local, cuyos textos atribuyen a los abogados, como funcionarios del tribunal, y no a los órganos oficiales del mismo, la diligencia de notificación.

La Regla V de las disposiciones respectivas ⁽¹⁾ dice:

“B) *Notificación. Cómo se hace.* — Siempre que bajo estas reglas se requiera o se permita hacer una notificación a una parte representada por abogado, la notificación se

⁽¹⁾ *Rules of Civil Procedure for the District Courts of the United States*, adoptadas por la Suprema Corte de los Estados Unidos, según disposición de 19 de junio de 1934, comunicadas por el Procurador General Homer Cummings al Senado y Cámara de Representantes con fecha 3 de enero de 1938. Publicación Oficial del Congreso, Washington, 1938. Sobre esta característica de dictar normas de procedimiento por disposición de los propios órganos judiciales, véase el estudio dedicado al *common law* en este mismo volumen.

hará al abogado a menos que la Corte ordene que la notificación se haga a la parte misma. La notificación al abogado o a la parte se hará entregándole copia, remitiéndosela a su última dirección por Correo o si no se sabe su dirección, dejándola en poder del secretario del notificado entregando una copia. Quiere decir, según esta regla, ponerla en manos del abogado de la parte o dejarla en su Oficina en poder de su escribiente u otra persona de la misma; o si no hubiera algún encargado de la Oficina; o, si la Oficina hubiere cerrado, o si la persona a notificar no tuviere Oficina, dejándola en su domicilio o residencia habitual en poder de alguna persona de suficiente edad y discreción que resida allí. La notificación por Correo quedará perfeccionada al ser depositada en el Correo”.

En el caso examinado todos estos requisitos se han cumplido, con la seguridad absoluta de que la notificación se hizo a la parte en la persona de su representante legal, y que se hizo, además, en la sede misma del Tribunal.

Nada parece oponerse, en consecuencia, a la validez formal de dicha notificación con arreglo a la ley local del lugar en que fué practicada.

El problema lo constituye el hecho de que, para nuestras leyes, el acto de citación al demandado es un acto solemne, que debe practicarse con arreglo a términos muy precisos y cuya infracción constituye nulidad (C. P. C.: 311).

Se trata de determinar, en consecuencia, si esa forma solemne, con la ingerencia preceptiva de los funcionarios oficiales del tribunal, no con los abogados que patrocinan a las partes interesadas, cede ante el principio de aplicación de la ley local.

En otros términos, cuál es el valor de la regla *locus regit actum* en materia procesal.

3. *Derecho procesal internacional y orden público.*

En el caso en estudio no está en cuestión, virtualmente, un problema de derecho procesal internacional, en el cual exista conflicto de leyes.

El principio de derecho interno en cada país es el mismo. Según ese principio, la ley procesal es ley local por excelencia. El principio de la *lex fori* no es abandonado por el hecho de tratarse de actos que deben realizarse a solicitud de un tribunal extranjero.

La circunstancia de que las leyes locales exijan solemnidades diferentes y que esas solemnidades deban cumplirse bajo pena de nulidad, no deroga este principio.

Por lo pronto, no es exacto que esos actos caigan bajo el carácter de *orden público* de las leyes procesales; tampoco es exacto que todas las leyes procesales sean de orden público, error éste muy difundido, pero cuya carencia de base no se halla aquí en debate; y tampoco es exacto que ese supuesto carácter, alcance a modificar el principio de la *lex fori* en materia procesal.

“El principio de que el proceso se halla regulado mediante normas sancionadas por el Estado, se ha dicho ⁽²⁾, mediante los procesos ordinarios de producción jurídica, no es la consecuencia del pretendido carácter de orden público de las normas procesales, sino del hecho de que respecto de tales normas debe excluirse, por regla general, el funcionamiento de normas de derecho internacional privado. El concepto de orden público, en cuanto limita el funcionamiento de las normas de derecho internacional privado, no tiene ni siquiera posibilidad de entrar en juego en estos casos”.

⁽²⁾ MORELLI, *Il diritto processuale internazionale*, Padova, 1938, pág. 12.

Nada conduce a pensar, pues, que en el caso que se viene examinando, exista un criterio que pueda modificar el principio de aplicabilidad de las leyes procesales del lugar donde debe realizarse el acto.

4. *La notificación en el Tratado de 1889.*

Este principio general ha sido sancionado mediante texto expreso en el art. 1º del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo; y si bien es cierto que ese Tratado no rige las relaciones entre el Uruguay y los Estados Unidos de Norte América, no es menos cierto que ese criterio representa la doctrina nacional en la materia.

La opinión de los autores de ese texto es concluyente en el sentido de hacer extensivo el principio aun a aquellos casos en los cuales las notificaciones del acto de citación y emplazamiento se realizan por particulares, fuera de la actividad de los órganos del Tribunal.

Cuando Ramírez ⁽³⁾ estudia la aplicación del art. 1 en Inglaterra y Estados Unidos, sin las garantías que requieren nuestras leyes procesales, admite su validez.

La vigencia del principio contenido en el art. 1 se refrenda con estas palabras: "se comprende bien que el principio tiene necesariamente que tener aplicación muy especialmente con relación al emplazamiento que da principio al proceso, sin que sufra modificación de ninguna especie en su aplicación, por la circunstancia de encontrarse el demandado en país distinto de aquel en que debe radicarse el juicio" ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ RAMÍREZ, *El derecho internacional en el Congreso Jurídico de Montevideo*, Montevideo, 1892, p. 9.

⁽⁴⁾ RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 18.

5. *Conclusión.*

Dado que las leyes procesales locales regulan la actividad de los órganos del poder público de cada país, o las relaciones de los particulares frente a los órganos jurisdiccionales de cada país, rigen todos los actos, aun aquellos llamados a surtir efectos en el extranjero.

Este principio es general y no le conocemos derogaciones de importancia que proyecten sus conclusiones sobre el resultado del proceso.

La notificación hecha en Inglaterra y Estados Unidos por los propios abogados o representantes de las partes, a quienes en esos países, por una antigua ficción jurídica, se reputa como funcionarios del tribunal, es válida cuando se cumple con arreglo a la *lex fori*. Y no obsta a esa validez en nuestro país, el hecho de que en nuestras leyes se establezcan para la citación otras formas solemnes cuya omisión se sanciona con nulidad.

La validez local de los actos notariales y de jurisdicción voluntaria proyecta siempre sus consecuencias fuera del país en el cual dichos actos se realizan o tales procesos de jurisdicción voluntaria se cumplen⁽⁵⁾; y con la misma, si no con mayor razón, esa validez debe reputarse existente cuando se trata de actos inherentes a la propia actividad de los órganos jurisdiccionales. Si el demandado no tenía para la citación en su propio país más garantías procesales que las que les daba su ley local, no se comprende por virtud de qué razón habría de tener en el nuestro otras garantías que en su propio país no tenía.

(5) RAGGI, *L'efficacia degli atti stranieri di volontaria giurisdizione*, Milán, 1941, especialmente ps. 133 y sigtes.

11. LOS ACTOS PROCESALES COMO PERTURBACIÓN POSESORIA

SUMARIO: 1. Planteo. — 2. Orientación de la doctrina. — 3. Apartamiento de las fuentes. — 4. Concepto de *actos materiales*. — 5. Desalojo y posesión. — 6. Alcance de las distintas situaciones. — 7. Conclusiones.

LOS ACTOS PROCESALES COMO PERTURBACIÓN POSESORIA

1. *Planteo.*

¿Un juicio de desalojo constituye, de por sí, un acto de perturbación material que justifique, de parte del poseedor, un interdicto de amparo?

Alguna vez nuestra jurisprudencia ha dado una respuesta afirmativa ⁽¹⁾. Recientemente la respuesta ha sido en sentido contrario ⁽²⁾.

La jurisprudencia argentina ofrece, por su parte, respuestas no siempre unánimes ⁽³⁾.

Para que proceda el interdicto se requiere que "actos materiales perturben la posesión". El juicio de desalojo puede serlo o no, según las circunstancias.

Es esto lo que trataremos de precisar.

⁽¹⁾ *Jur. A. S.*, t. 17, n. 3727, p. 367; ALADIO, *Sentencias civiles*, p. 203.

⁽²⁾ *Rev. D. J. A.*, t. 45, p. 154.

⁽³⁾ Así, en uno y otro sentido, *La Ley*, t. 6, p. 587 con acopio de antecedentes; *J. A.*, t. 2, p. 222; t. 14, p. 689; t. 16, p. 571.

2. *Orientación de la doctrina.*

Con ocasión de uno de los últimos casos en que se planteó este problema, el Juez Dr. Pérez del Castillo, formuló una especie de consulta colectiva a distintos profesores de la Facultad de Derecho, los que sin vacilaciones se pronunciaron en el sentido de que el juicio de desalojo, por sí solo, no constituye un acto material de perturbación posesoria (4).

Dichas opiniones coincidían en general con las conclusiones de la doctrina anterior.

Tanto Guillot (5), como Lagarmilla (6), se habían expedido anteriormente en sentido análogo. El último de los citados explica el problema con toda amplitud.

En la doctrina argentina, también Castro (7), Jofré (8) y Fernández (9) participaban de esa misma manera de pensar. Por otra parte, los textos legales son idénticos.

3. *Apartamiento de las fuentes*

La razón de la unidad de nuestra doctrina deriva de la circunstancia de que nuestro codificador se apartó, en el

(4) Las opiniones de los profesores AMEZAGA, BAETHGÉN, DE FREITAS y LAGARMILLA, aparecen como nota al fallo del Tribunal de Apelaciones en el mismo sentido de las referidas opiniones, en *Rev. D. J. A.*, t. 45, p. 154. El presente estudio corresponde, en términos generales, a nuestra opinión emitida en aquella oportunidad.

(5) *Comentarios al Código Civil*, 2ª edic., t. 5, p. 178.

(6) *Estudios sobre el Código de procedimiento civil. Acciones posesorias*, p. 144.

(7) *Curso de procedimiento civil*, t. 3, p. 129.

(8) *Manual de procedimiento civil*, t. 4, p. 126.

(9) *Código de Procedimiento comentado*, p. 356.

art. 1176: C. P. C., de sus habituales fuentes españolas y, en lo que atañe al derecho civil, francesas.

Requena utilizó en este pasaje la expresión literal del art. 574 del *Proyecto* argentino de Domínguez, de 1867, para la Provincia de Buenos Aires.

A diferencia de los sistemas europeos mencionados, que toleran todo tipo de perturbación, "hecho material o acto jurídico" ⁽¹⁰⁾, nuestro derecho y el argentino eliminaron el segundo de esos elementos.

Suprimidos los "actos jurídicos" como fenómeno de perturbación posesoria, sólo los "hechos materiales" pueden justificar la protección al poseedor.

El apartamiento de las fuentes contribuye en este caso a hacer inequívoco el alcance de la disposición.

4. Concepto de "actos materiales".

De acuerdo con lo expuesto, parecería, *prima facie*, que acto material fuera lo contrario de acto jurídico.

Siendo así, parecería necesario distinguir: el desalojo, por sí solo, como proceso de conocimiento, nunca puede ser considerado acto material; pero el lanzamiento, que es la etapa de ejecución del juicio de desalojo, constituye ya de por sí una vía de hecho, por cuanto supone expeler por la fuerza al ocupante del inmueble desalojado.

Siendo las cosas así, el intérprete queda, de hecho, colocado frente a una encrucijada. O admite la defensa posesoria contra el lanzamiento (y entonces todo desahucio constará de dos juicios: el de desalojo y el posesorio para evitar el lanzamiento, lo que constituye una denegación de justi-

(10) AUBRY ET RAU, *Cours*, t. 2, p. 231.

cia); o niega la protección posesoria a todos los que fueran expulsados del inmueble (con lo cual establece la impunidad contra aquel a quien se ha seguido un juicio de desalojo a sus espaldas, o a un tercer poseedor de buena fe contra quien no se ha seguido juicio alguno, lo que constituye otra denegación de justicia).

Aparentemente estas dos soluciones constituyen un dilema. *Tertium non datur*. Sin embargo, no es así. Y es aquí donde corresponde entrar a formular algunas distinciones.

5. Desalojo y posesión.

Nos serviremos, para distinguir las situaciones, de los mismos antecedentes de jurisprudencia que hemos traído a colación.

Cuando se compulsan los precedentes argentinos, es necesario no perder de vista las características de su legislación. Todo el capítulo del desalojo, dicen sus autores, tiene una legislación defectuosa; ese juicio tiene una instancia única, no cabiendo contra él otro recurso que el extraordinario. Bien puede explicarse, en consecuencia, que el amparo posesorio al que, en circunstancias extremas se ha acudido, sea una especie de valla puesta frente al desalojo tendiente a obtener la desocupación injusta de un poseedor legítimo.

En cuanto al fallo del Tribunal de Primer Turno que aparece publicado en el libro de Aladio, no puede tomarse en consideración para darle un carácter general. Se trata en él de dirimir una contienda de competencia, en la que no estaba en juego el problema en estudio.

El Tribunal se refiere a dos circunstancias de excepción: la intimación de desalojo como anuncio de lanzamien-

to, pues la orden ya estaba ejecutoriada; la oposición a terceros que no habían sido parte en el juicio de desalojo.

Como se ve, se trata de circunstancias de excepción, que no rigen cuando el desalojado es parte demandada y no tercero en el juicio de desalojo y cuando puede hacer valer contra la intimación de desalojo, todas las excepciones legales de que se crea asistido; entre ellas, en primer término, su condición de poseedor que, probada, impedirá definitivamente el desalojo.

Conviene, en cambio, examinar con detención el fallo de la Corte de 30 de junio de 1922. La tesis de la Corte es, en lo fundamental, exacta, por cuanto afirma que basta el dejar seguir adelante el juicio de desalojo, para que termine con la posesión ⁽¹¹⁾. En el caso decidido por la Corte, el desalojante, alegando derechos de dueño, promovió el desalojo contra arrendatarios del legítimo poseedor. No se siguió juicio contra el poseedor intimándole el desalojo, sino contra sus inquilinos.

¿Cuál es, entonces, la situación a resolver? Simplemente, que si los inquilinos no se defienden, se hace efectivo el lanzamiento y el bien arrendado queda a merced del desalojante.

El único reparo legal que se puede hacer a la tesis de la Corte es el de que, de acuerdo con la clara disposición del artículo 1176: C. P. C., no basta la iniciación del desalojo sino el lanzamiento que, ese sí, es un acto *material* de perturbación posesoria. La Corte prefiere no dejar llegar las cosas hasta ese extremo y hace una especie de aplicación preventiva del art. 1176.

(11) *Jur. A. S.*, t. 17, p. 378.

6. Alcance de las distintas situaciones.

Hechas las puntualizaciones precedentes, las situaciones a resolver serían las siguientes:

a) Juicio de desalojo seguido contra un poseedor: el desalojo es improcedente en este caso; pero en ese caso el demandado tiene, en el propio juicio de desalojo, todas las garantías legales; nuestro juicio de desalojo, regulado por la ley de 16 de setiembre de 1927, es un juicio de los que la doctrina denomina *monitorios* ⁽¹²⁾; en él el demandado dispone de todas las garantías legales, sin desmedro de los derechos del actor; no corresponde, en consecuencia, considerar acto de perturbación posesoria un juicio que se ha seguido con todas sus garantías.

b) Lanzamiento posterior a un juicio de desalojo regularmente seguido: siendo el lanzamiento la ejecución de la sentencia de desalojo, los actos materiales del mismo no constituyen forma de perturbación que dé lugar al amparo posesorio.

c) Lanzamiento contra terceros poseedores que no han sido parte en el juicio de desalojo: constituyendo el lanzamiento un acto de perturbación material, que se realiza contra quien no ha tenido oportunidad de defenderse en el juicio de desalojo en el cual se ha dictado la sentencia respectiva, el amparo posesorio es procedente.

Hasta aquí las soluciones legales arbitran medios justos

(12) Por tal se entiende un proceso en el cual se ha invertido la iniciativa del contradictorio. Nada impide, se ha dicho, que la cognición pueda ser reducida, o aun omitida del todo, cuantas veces el ordenamiento jurídico ofrezca para la construcción del título ejecutivo, medios más expeditivos y económicos que el proceso ordinario. CALAMANDREI, *El proceso monitorio*, trad. esp., Buenos Aires, 1946, p. 21.

de amparo. Pero ¿cuál es la situación de los terceros poseedores a quienes no se promueve juicio de desalojo pero que, sin duda, serán mañana lanzados como consecuencia de un juicio de desalojo seguido contra otra persona que no los ha citado a juicio?

La Corte, en el caso en estudio, hizo una aplicación que hemos denominado *preventiva* del art. 1176. Pero ¿no existen en nuestro derecho otros medios de tutela que no comporten una tan clara violación de la ley?

Los veremos como etapa final de nuestro recorrido.

7. Conclusiones.

En principio, para no perder la justa proporción de las cosas, debe establecerse que el juicio de desalojo, por sí solo no constituye un acto material de perturbación posesoria.

Admitido esto, las diferentes situaciones se ordenan en el sentido indicado en el párrafo precedente.

En cuanto a la situación en ellas no prevista, esto es, el caso del poseedor contra quien no se sigue un juicio de desalojo, pero que será expelido del inmueble como consecuencia de un juicio seguido contra otros, corresponde armonizar la disposición del art. 1176 con la del art. 522.

Pero si el poseedor no ha tenido conocimiento del juicio de desalojo y se entera del desahucio cuando va a hacerse efectivo el lanzamiento, entonces puede ampararse en el art. 1176. Por las razones ya dadas, el lanzamiento, aun en los actos iniciales de su ejecución, constituye un fenómeno material de perturbación posesoria.

Es éste, en definitiva, en su último y muy pequeño reducto, el campo de aplicación de la tesis cuya generalización impugnamos.

12. ERROR DE FIRMA EN LA SENTENCIA

SUMARIO: 1. Sentencias con error de firma. — 2. La sentencia como acto y como documento. — 3. Alcance del principio de inmutabilidad de la sentencia. — 4. Posibilidad de enmendar los errores materiales de la sentencia como documento.

ERROR DE FIRMA EN LA SENTENCIA

1. *Sentencias con error de firma.*

Hace algunos años, en un fallo inédito, dictado en autos "Pizorno v. Bordegaray. Nulidad de laudo arbitral", se planteó un caso de error de firma en la sentencia.

Se trataba de lo siguiente:

El Tribunal de 2º Turno que entendía en la apelación había tenido discordia y se dispuso su integración. Acordada la sentencia, el ministro integrante para la discordia omitió suscribirla por error de la secretaria. La parte perjudicada por el fallo adujo la inexistencia de éste y el Tribunal primero y la Corte después rechazaron la alegación, admitiendo la posibilidad de que el ministro integrante firmara después el fallo, dejándose por la secretaria constancia del error padecido.

El caso dió mérito a un amplio y documentado escrito, en el que se sostuvo, desde todos los ángulos, la inexistencia de la sentencia (1).

(1) BAETHGEN, *La sentencia dictada por un tribunal de composición pluripersonal, si todos los integrantes de éste no la han suscrito en un mismo acto ¿es válida?*, en *Revista de estudios jurídicos y sociales* (del Centro de Estudiantes de Derecho), t. 9, n. 66 (1936), p. 118.

Pero los argumentos no prosperaron.

Algunos años después, la situación se repitió con una curiosa variante. El Tribunal de Apelaciones de 1er. Turno dictó una sentencia con la unanimidad de votos de sus integrantes. Pero uno de los ministros, por error, consignó junto a su firma la palabra "discorde". Lo cierto es que él no se hallaba en desacuerdo, sino conforme con la sentencia. El Tribunal *motu proprio* anuló la sentencia (2). El fallo que decretó la nulidad fué recurrido ante la Corte y ésta, con algunas vacilaciones en la fundamentación, la que varió según el criterio de los distintos miembros, declaró válida la sentencia que el Tribunal había anulado (3).

Los pormenores de este último caso, extremadamente sutiles, no constituyen motivo de este estudio. El punto que nos proponemos examinar es el que consiste en saber si, dictada una sentencia con el número de votos que la ley establece, pero con error en la mención que aparece en el expediente, el fallo es válido o nulo; o, para utilizar la terminología del Tribunal de 1er. Turno, existente o inexistente.

Es lo que haremos a continuación.

2. *La sentencia como acto y como documento.*

El Tribunal delibera, sin duda, *en chambre de conseil*.

Sus deliberaciones son secretas y las opiniones de sus miembros allí vertidas no llegan al expediente, sino a través de la redacción del ministro encargado de extender el fallo.

Hasta es posible que el ministro que en una primera deliberación ha provocado la integración del Tribunal me-

(2) *Rev. D. J. A.*, t. 46, p. 115.

(3) Fallo aún inédito.

dian­te su discordia, vote luego con la mayoría y el fallo aparezca con cuatro votos conformes.

Pero reunidos los tres votos de sus titulares, el Tribunal ha hecho sentencia.

La sentencia es, en primer término, un acto jurídico. El acto jurídico consiste en que tres agentes del poder público, en el ejercicio de sus facultades y de sus deberes, aúnen sus voluntades en el sentido de determinada solución: la confirmación, la revocación, la reforma o la anulación del fallo recurrido.

Es exactamente lo mismo que, cuando en el recinto parlamentario, el secretario de la Cámara cuenta los votos de los legisladores y el proyecto de ley reúne el número suficiente para su sanción. La ley y la sentencia existen desde que existe el acuerdo de voluntades necesarios para su sanción.

Viene luego un proceso posterior que es rigurosamente documental (instrumental) y no sustancial. La sentencia acordada debe ser redactada y suscrita; el proyecto de ley aprobado, debe ser redactado y comunicado a los órganos competentes para su promulgación. Pero la doctrina es muy firme en distinguir cuanto atañe a la sentencia-acto y a la sentencia-documento. El documento es la representación del acto. Lo que llamamos habitualmente sentencia, cuando tenemos el legajo de papel en la mano, no es sino el documento que representa la sentencia: su prueba, no su sustancia jurídica; el retrato, no la persona (4).

(4) Sobre todo esto, CALAMANDREI, *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, en *Riv. D. P. C.*, 1932, I, p. 15. El mismo: *La genesi logica della sentenza civile*, en *Studi di diritto processuale civile*, t. 1, p. 1. MORETTI, *La sentenza extranjera*, en *La Ley*, t. 15, sec. doct., p. 84. Asimismo, *El concepto de fe pública*, en estos *Estudios*, t. II, n. 38.

Por supuesto que no hay sentencia completa sin documento: *in sollemnibus forma dat esse rei*. Pero conviene distinguir con toda nitidez lo que atañe a la sentencia en cuanto acto y lo que se refiere a ella en cuanto documento.

3. Alcance del principio de inmutabilidad de la sentencia.

El principio de inmutabilidad de la sentencia, que prohíbe modificar el fallo una vez notificado ⁽⁵⁾, ¿se refiere al acto o se refiere al documento? ¿La prohibición es de modificar el fallo en cuanto contenido de voluntad jurídica, o alcanza también a la prohibición de modificar los errores materiales de copia o de firma del instrumento?

Nos permitimos considerar que la prohibición se refiere sólo a lo primero y no a lo segundo.

La prohibición de enmendar la sentencia tiene orígenes muy claros en sus fuentes históricas, las que aparecen resumidas en otro estudio publicado en este mismo volumen ⁽⁶⁾. Por amor de brevedad omitimos toda consideración sobre el particular y nos remitimos al aludido trabajo.

Lo que surge muy nítidamente de la compulsa de los antecedentes históricos, es que la prohibición constituye una garantía contra la irreflexión del juez; contra la posibilidad de que haga una primera sentencia preliminar, de exploración, y que luego la enmiende si ella no agrada a una o a ambas partes. *Semel enim male seu bene officio functus est*, decía lapidariamente el texto de Ulpiano ⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ Véase el estudio *Ampliación y rectificación de sentencia*, en este mismo volumen, p. 327.

⁽⁶⁾ *Ampliación y rectificación de sentencia*, citado, p. 329.

⁽⁷⁾ *Digesto*, 42, I, 55.

Los errores materiales de copia, no se rigen, a nuestro modo de ver, por el principio de inmutabilidad de la sentencia, sino por los principios de la prueba instrumental. No está en juego en ellos un problema de contenido, sino un problema de forma.

¿Y qué dicen los principios inherentes a la forma?

El art. 1578: C. C. dice que el instrumento público defectuoso en la forma, no es inexistente, sino, por el contrario, que vale como instrumento privado si estuviere firmado por las partes. Y el art. 359: C.P.C., agrega que si las erratas estuvieran salvadas por el escribano, también tendrá valor el instrumento.

Las referidas disposiciones no parecen conducir a la *inexistencia* del acto, sino a la insuficiencia del instrumento defectuoso; y, además, a la posibilidad de enmendarlo materialmente cuando esto es factible.

4. *Posibilidad de modificar los errores materiales de la sentencia como documento.*

¿Existe, pues, prohibición de enmendar un error material o de copia del documento que reproduce el acuerdo del Tribunal?

La sentencia puede, en nuestro concepto, cuando fuere expedida con errores materiales de copia, ser corregida en su defecto por el propio Tribunal que la expidió, toda vez que la rectificación no suponga alterar su contenido sustancial.

Lo que la ley prohíbe es enmendar el acto jurídico que supone la sentencia. La rectificación del documento es una necesidad, justamente para que el acto jurídico aparezca

tal cual fué y no a través de una apariencia errónea que no coincide con la realidad.

Si por error de copia en la sentencia se hubiere puesto 100.000 donde sólo se debió haber puesto 100 ¿habrá cosa juzgada en cuanto a 100.000 y no en cuanto a 100 que fué lo acordado? ¿Y si hubo acuerdo en cuanto a 100, qué sentido tiene declararlo inexistente o anularlo cuando el derecho probatorio autoriza a enmendar el documento?

Es esta doctrina la de la más antigua tradición jurídica. El texto de Hermogeniano era inequívoco al respecto: "No está prohibido enmendar las palabras de las actuaciones, subsistiendo el tenor de la sentencia" (8). Desde ese pasaje, hasta el fallo coincidente de la Suprema Corte de Mendoza, que autoriza cualquier corrección de errores materiales siempre que mediante ella no se enmiende el contenido de la decisión (9), existe una seria, consistente y muy bien fundada corriente de doctrina que aparece resumida en una nota, copiosamente documentada, que, por serlo, hace innecesaria toda repetición (10).

La doctrina que sostenemos no es, pues, tan sólo la doctrina nacional, sino también la mantenida a lo largo del tiempo hasta llegar hasta nuestros días.

(8) *Lib. II Juris epitomarum, Digesto*, 42, tít. 1, L. 46.

(9) Publ. en *J. A.*, 1945, II, p. 639 y en *Rev. D. Pr.*, 1946, II, p. 1.

(10) SENTÍS MELENDO, *Aclaratoria de sentencia*, en *Rev. D. Pr.*, 1946, II, pág. 1.

El fallo de la Suprema Corte que declaró válida la sentencia del Tribunal dictada con error en lo que atañe a la palabra "discoede" sienta, a nuestro modo de ver, la buena doctrina. Los conflictos entre la forma y el fondo del derecho constituyen siempre crisis de este último. El predominio del continente sobre el contenido, aproximan más el derecho a la liturgia que a la justicia. Y esto no puede ocurrir sin crisis para la justicia.

13. SENTENCIAS PROVISORIAS, CONDICIONALES Y ALTERNATIVAS

SUMARIO: 1. Planteo. — 2. Algunos antecedentes de derecho histórico y comparado. — 3. Diversas denominaciones. — 4. Obligación condicional y sentencia condicional. — 5. Admisibilidad de las sentencias provisorias, condicionales y alternativas. — 6. La tesis adversa. — 7. Refutación. — 8. Conclusión.

SENTENCIAS PROVISORIAS, CONDICIONALES Y ALTERNATIVAS

1. *Planteo.*

En más de una oportunidad, nuestra jurisprudencia ha dictado sentencias condicionales, provisorias o alternativas.

En un antiguo caso ⁽¹⁾ el Tribunal de Apelaciones de 1er. Turno fijó una indemnización de accidentes del trabajo en forma de renta y no de compensación en suma líquida, imponiendo variantes para el caso de matrimonio de la viuda, mayoría de edad de los hijos, etc. La Corte revocó ese fallo con una severa admonición, la cual será examinada más adelante.

Pero algunos años después la misma Corte dictó una sentencia alternativa y condicional, al imponer a un demandado por competencia desleal en el uso indebido de un nombre comercial, una condena en forma de *astreintes* ⁽²⁾.

En un caso relativamente reciente, el mismo Tribunal volvió a dictar una sentencia de esta índole. Condenado el

⁽¹⁾ *Jur. A. S.*, t. 6, n. 1099; *Revista de D. y C. Sociales*, t. 2, p. 509.

⁽²⁾ El fallo aparece últimamente reproducido en el libro de AMEZAGA, *Culpa contractual*, Montevideo, 1949, p. 249.

Estado a indemnizar a un funcionario público destituido con exceso de poder, el Tribunal dió al Poder Ejecutivo la facultad de optar entre reintegrar al funcionario a los cuadros de la administración activa o pagarle una indemnización en dinero (3).

En un fallo relativamente reciente, el Juez de lo Civil Dr. França admitió la procedencia de esta clase de sentencias, pero no la consideró necesaria en el caso sometido a decisión (4).

Es éste un tema ampliamente tratado en la doctrina extranjera. No ocurre otro tanto en nuestra doctrina en la cual, salvo algún estudio aislado, no ha merecido la consideración debida (5).

Trataremos de ordenar algunas ideas sobre el particular, sin perjuicio de concluir la exposición examinando el alcance de la negativa que, en el primero de los casos mencionados, expuso la Suprema Corte.

2. *Algunos antecedentes de derecho histórico y comparado.*

Fué principio del primitivo derecho romano, la prohibición de dictar sentencias condicionales: *non est sub conditione sententia dicenda*. Pero ya en Ulpiano aparece un texto que supone la derogación del principio: *Quid ergo*

(3) *Rev. D. J. A.*, t. 44, p. 202.

(4) Fallo aún inédito.

(5) Como es sabido, el tema ha dado lugar a copiosa literatura en el derecho penal; cfr., como prolija actualización, JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia indeterminada*, 2ª edición muy aumentada y puesta al día. Buenos Aires, 1948. La literatura civil será citada en el texto. Entre nosotros, CARNELLI, *Cuestiones de procedimiento civil*, Montevideo, 1933, p. 231.

si sententia fuerit sub conditione dicta? Y a continuación se da la respuesta: *si fuerit dicta est utile statim tempora ad appellandum computari debere* (6).

La doctrina, trabajando sobre este texto, ha podido configurar numerosas situaciones de sentencias condicionales en el derecho romano (7).

Otro tanto puede decirse del proceso germánico primitivo en el cual la sentencia de prueba (*Beweisurteil*) era naturalmente condicional, ya que no tenía más alcance que dejar librado el fallo del litigio a la prueba del duelo, del fuego y del hierro o, simplemente, al juramento (8). Puede decirse que al amparo de esa tradición, el derecho germánico, aun el más reciente, tuvo en larga consideración a las sentencias condicionales, a tal punto que la Z. P. O. tiene texto expreso para prevenir la reserva en cuanto a la excepción derivada de la compensación (§ 302). Se les llama, en general, sentencias con reserva (*Vorbehalturteil*) (9).

En el derecho anglo-americano tales sentencias abundan. El concepto de la cosa juzgada, tal como nosotros la entendemos, varía mucho en el derecho anglo-americano, en el cual toda sentencia puede ser revisada, dentro de determinadas condiciones, en un proceso posterior (10). El mismo procedimiento de *injunction* se aplica al cumplimiento de

(6) *Digesto*, 49, 4, *quando appellandum*, 1, 15, ULP. I, *De appellationibus*.

(7) VASSALLI, *La sentenza condizionale*, Roma, 1918, p. 24.

(8) THOT, *Historia de las antiguas instituciones de derecho penal*, La Plata, 1940, ps. 145 y sigtes.

(9) GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, p. 384; KISCH, *Elementos*, p. 225.

(10) MILLAR, *The historical relation of Estoppel by Record to res judicata*, en *Illinois Law Review*, 1940, ps. 41 a 57.

Chiovenda, en su estudio, ya clásico, hace una enumeración de las distintas formas en que la ley italiana regula la acción ejecutiva contra el deudor. Analizando las disposiciones de los arts. 102 y 517 del Código de Procedimiento (anterior) y 324 del Código de Comercio, concluye que una condena con reserva puede hacerse contra el deudor "cuando el fallo se funda sobre un conocimiento parcial e incompleto" derivado de haberse reservado el deudor proponer ciertas excepciones, como la compensación, o cuando habiéndolas efectivamente propuesto, sea innecesario, por virtud de la disposición citada de la ley mercantil, analizarlas todas. Vassalli, por su parte, en su estudio verdaderamente exhaustivo, tanto desde el punto de vista del derecho romano al que dedica la mitad de su libro, como del derecho contemporáneo⁽¹⁸⁾, divide en dos grupos las sentencias condicionales. En el primero amplía la clasificación de Chiovenda, reservada para el proceso de ejecución, extendiéndola a las condenas de cancelación de hipoteca (art. 2037, C. Civ. italiano anterior); la condena al cumplimiento específico de una prestación, dictada con la salvedad de que si no se cumple en la forma estipulada se deberán los daños (art. 1220 del mismo Código); cumplimiento de la prestación dentro del término que el juez fije o reparación del daño derivado de la omisión (hipótesis del art. 225 de la Z. P. O. alemana); acciones derivadas de un crédito alternativo. En el segundo grupo incluye las condenas bajo caución; las condenas de futuro a que se refiere

Rivista di Diritto Pubblico, 1920, i, 247 y luego en *Studi di Diritto Processuale*, t. 1, p. 296, esp. p. 305.

(18) No le quitan tal carácter las agudas observaciones de CARNELUTTI en el estudio citado.

Chiovenda; las condenas de daños *salva liquidatione* ⁽¹⁹⁾. Carnelli, por su parte, extiende todavía la nómina con algunos otros casos de cierta frecuencia forense: las "sentencias con condenas de futuro impropias", que deciden demandas que fueron injustificadas en su iniciación y que adquirieron justificación durante el curso del proceso; las sentencias "con condena de futuro propiamente dichas", cuando la sentencia no se funda en ninguna violación del derecho ya realizada e impone una prestación aun no debida ⁽²⁰⁾.

No es propósito del presente estudio verificar una calificación jurídica de este tipo de sentencias, sino examinar su admisibilidad o inadmisibilidad dentro de nuestro derecho.

Corresponde proceder con mucha cautela al distinguir entre la condicionalidad, provisoriedad o alternativa del fallo y la condicionalidad, provisoriedad o alternativa de la obligación cuya existencia admite en fallo ⁽²¹⁾.

De aquí derivan las dificultades que trataremos de superar.

4. *Obligación condicional y sentencia condicional.*

No existe una relación necesaria entre el carácter condicional de la obligación y el carácter condicional de la sentencia.

La prestación puede estar sometida a condición, como cuando se pacta el pago "al llegar a mejor fortuna". Cumplida la condición, la sentencia condena pura y simplemente.

⁽¹⁹⁾ VASSALLI, *op. cit.*, ps. 104 a 109.

⁽²⁰⁾ CARNELLI, *op. cit.*, p. 245.

⁽²¹⁾ VASSALLI, *op. cit.*, p. 64; CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 297.

No cumplida la condición, la sentencia rechaza la demanda pura y simplemente.

La prestación puede ser alternativa, como cuando se ha asumido la obligación de entregar la cosa o una suma de dinero, a opción del acreedor. Verificada la opción, la sentencia condena pura y simplemente al pago de la cosa optada.

Viceversa. Puede la obligación ser pura y simple y la condena condicional. En uno de los casos aludidos ⁽²²⁾, la sentencia condenó a pagar una renta a una hija soltera, la que cesaba al contraer matrimonio (condición resolutoria); y a pagar al hijo menor una renta que se hacía efectiva al morir su madre (condición suspensiva).

Puede, asimismo, la obligación ser pura y simple y la sentencia alternativa. En otro de los casos referidos ⁽²³⁾, la sentencia condenó al Estado a reintegrar al empleado injustamente destituido a la Administración Pública; y para el caso de que no lo hiciera, le pagara una indemnización en dinero.

Existen, además, en nuestro derecho, numerosas sentencias provisorias. Se trata de aquellos casos que en doctrina se denominan de cosa juzgada formal, por oposición a la cosa juzgada material o sustancial ⁽²⁴⁾.

El Código de Procedimiento Civil prevé, en cierto modo, sentencias provisorias: se trata de aquellas que quedan subordinadas a un proceso posterior. Es el caso tan conocido de las sentencias que deciden el juicio ejecutivo o las acciones posesorias, alimentos, auxilioria de pobreza, medidas

⁽²²⁾ *Jur. A. S.*, t. 6, n. 1699.

⁽²³⁾ *Rev. D. J. A.*, t. 44, p. 202.

⁽²⁴⁾ Ampliamente, sobre esta distinción, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 256.

provisionales de garantía, etc. Y no falta, por último, cierto carácter de condicionalidad necesaria en los casos de jurisdicción voluntaria. Las decisiones dictadas "en cuanto proceda por derecho" son formalmente definitivas y sustancialmente provisorias, ya que no obstan a la revisión de lo decidido en otro proceso, voluntario o contencioso, posterior ⁽²⁵⁾.

En accidentes del trabajo toda sentencia puede considerarse dictada *rebus sic stantibus*. La modificación de las condiciones que se tuvieron presentes al decidir, la agravación del mal o la cesación de la incapacidad constituyen motivos de reconsideración de lo decidido, sin que la cosa juzgada sea un obstáculo ⁽²⁶⁾.

La doctrina y la jurisprudencia francesas, sobre la base de textos análogos a los nuestros, han extendido ese procedimiento de revisión aun fuera del campo de los accidentes del trabajo. En muchas materias derivadas de la responsabilidad, los daños y perjuicios fijados en la sentencia pueden modificarse en un juicio posterior ⁽²⁷⁾.

Y aun en nuestra jurisprudencia, en materia de menores, no es difícil hallar, de tanto en tanto, fallos que dejan abierta la puerta a una revisión ulterior conforme varíen las circunstancias que les dieron origen ⁽²⁸⁾. La doctrina considera

⁽²⁵⁾ J. BAYLEY, *Alcance de la expresión "en cuanto haya lugar por derecho y sin perjuicio"*, en *La Ley*, t. 9, p. 48, sec. doct. J. IRURETA GOYENA, *Alcance de la expresión "en cuanto ha lugar y sin perjuicio"*, en *La Ley*, t. 11, p. 78, sec. doct. J. C. RÉBORA, *Alcance de la expresión "en cuanto ha lugar por derecho"*, en *La Ley*, t. 8, p. 133, sec. doct.

⁽²⁶⁾ Actualmente, art. 41 de la ley 28 de febrero de 1941.

⁽²⁷⁾ CORDIER, *La révision des indemnités pour dommages*, Paris, 1934.

⁽²⁸⁾ Así, fallo del Dr. Díaz Mintegui, *Rev. D. J. A.*, t. 29, p. 279.

que ésta es una modalidad inseparable de la cosa juzgada en materia de guarda de menores ⁽²⁹⁾.

5. *Admisibilidad de las sentencias provisorias, condicionales y alternativas.*

Frente a este conjunto de antecedentes, no sólo de derecho histórico sino también de derecho contemporáneo vigente en nuestro país, cabe la pregunta de si se necesita un texto expreso de ley que autorice una sentencia condicional (como ocurre en materia de accidentes de trabajo) o si, por el contrario, una sentencia de ese tipo se halla implícitamente admitida en el ordenamiento jurídico y se necesitaría, justamente, un texto expreso que las prohibiera.

El art. 462: C. P. C., dice: "las sentencias . . . recaerán sobre las cosas litigadas por las partes, con arreglo a las acciones deducidas, declarando el derecho de los litigantes". El art. 466 añade que "concluirán condenando o absolviendo al demandado".

Como se ve, ni permisión ni prohibición.

Cuando por la naturaleza de la prestación, ésta es susceptible de determinarse en una suma de dinero, el juez debe determinarla de acuerdo con los procedimientos señalados en la ley, ya sea en la sentencia definitiva, ya sea en la sentencia especial de determinación del *quantum debeatur*, de los arts. 505 y sigtes.: C. P. C. Si ése es el derecho del litigante, no se concibe en nombre de qué razón el juez lo ha de limitar o condicionar.

Si el derecho del acreedor fuera bajo condición, alter-

⁽²⁹⁾ ACHARD, *El juicio de guarda*, en *Rev. D. J. A.*, t. 43, p. 77.

nativo o provisorio, la sentencia así debe decidirlo, por las mismas razones anteriores.

Si la demanda tuviera por objeto el cumplimiento de una obligación de tracto sucesivo, como ser una asignación alimenticia o una renta vitalicia, la sentencia no ha de modificar los términos de la prestación y debe condenar al pago de la prestación, tal como surge de la ley o del contrato.

Si se trata de una indemnización, bien puede suceder que tal indemnización sea compensable mediante una suma líquida. La determinación de esa suma puede ser dificultosa; pero esa circunstancia no es un impedimento para la liquidación. Siempre ha de haber una suma de dinero que compense (mediante un cálculo de interés o mediante un cálculo de renta vitalicia) el daño sufrido. Cuando la ley de accidentes del trabajo prevé el pago de una pensión, no lo hace tanto por imposibilidad de determinar el capital, como por previsión contra la irreflexiva administración por parte del obrero.

Pero cuando la reparación del mal depende de situaciones futuras e inciertas, la determinación de una suma de dinero puede ser virtualmente imposible. ¿Cómo se fija la indemnización al industrial arruinado por la competencia desleal, pero pronto a recuperarse de inmediato con un negocio más productivo? ¿Y al propietario de un inmueble cuyo arrendamiento se hace imposible por los ruidos u olores de una industria próxima? ¿Y al dueño del fundo dominante cuando el propietario del fundo sirviente priva de la servidumbre de pasaje?

Si el actor considera que, para mejor tutelar su derecho, corresponde dar a la condena un carácter condicional, provisorio o alternativo, dependiente de las condiciones de he-

cho a que se halla supeditada la obligación, nada impide en nuestro concepto que así se condene.

Las sentencias judiciales tienen por fin hacer justicia. Si ésta se logra dando a las obligaciones, y a su cumplimiento, el mismo carácter elástico que tienen en la vida de los negocios, ninguna razón de derecho ni de equidad existe para prohibirlo.

Se necesitaría, en consecuencia, una disposición especial, o un conjunto de disposiciones, que prohibieran a los jueces dictar las sentencias que consideren justas, asegurando la eficacia de sus decisiones. La difundida teoría de las *astreintes* ⁽³⁰⁾, constituye una feliz creación de la jurisprudencia dirigida a dar a los fallos judiciales su máxima eficacia, aun a expensas de su rigidez y hermetismo. También aquí, porque así conviene a la justicia, el *esprit de géometrie* debe ser superado por el *esprit de finesse*.

6. *La tesis adversa.*

La oposición a esta tesis ha sido expuesta por la Suprema Corte en uno de los casos citados ⁽³¹⁾.

Veamos, someramente, sus argumentos.

“Existe un verdadero interés público, dice la Corte, en que los fallos judiciales terminen definitivamente los pleitos y no los dejen, en cierto modo, pendientes de discusiones futuras o de futuras controversias”.

“Los expedientes conclusos deben ir sin demora a los archivos públicos y no sacarse de ellos sino por causas de excepción y mediante formalidades y requisitos también

⁽³⁰⁾ Sobre este tema, en nuestro derecho, últimamente, AMEZAGA, *Culpa contractual*, Montevideo, 1949, p. 247.

⁽³¹⁾ *Jur. A. S.*, t. 6, n. 1699.

especiales. Con el temperamento establecido por el Tribunal el pleito continuaría de hecho y en la realidad, abierto, hasta que hubiese recibido el fallo dictado completa ejecución”.

“No se aviene, añade, con la misión de los jueces llamados solamente por la ley a declarar el derecho de los litigantes, eso de fijar reglas para la mejor administración y seguridad de los bienes o dinero que correspondan a aquéllos; y menos arreglado a lo tolerable resulta todavía semejante procedimiento, en presencia de lo establecido en el art. 462: C. P. C., desde que esos puntos no fueron en ningún momento del litigio objeto de acciones, excepciones o defensas”.

Agrega todavía la Corte que mal puede un fallo constituir una renta vitalicia, cuando ésta “sólo puede tener lugar de acuerdo con la ley o mediante contrato”.

Y para concluir la Corte formula un argumento al que parece atribuir gran significación: “si se adoptase este criterio, se haría imposible o se dificultaría considerablemente la defensa de los litigantes pobres por parte de sus abogados que sabrían de antemano los grandes inconvenientes que hallarían a la terminación de los pleitos para el cobro de sus servicios profesionales”.

7. *Refutación.*

No son persuasivos estos argumentos. Ellos significan, en todo caso, anteponer lo formal a lo sustancial de la justicia: la administración a la jurisdicción propiamente dicha; la rutina a la equidad.

Se involucran en el fallo muchas cuestiones que deben ser examinadas separadamente.

Existe, efectivamente, un interés público en que los litigios tengan fin. Ese es, en último término, el objeto de la cosa juzgada. Pero cuando la sentencia fija un procedimiento ulterior para la reparación del daño, bajo formas alternativas o condicionales, el litigio ha terminado y sólo queda pendiente su ejecución. Situaciones de esta índole se producen diariamente en la ejecución de las sentencias: en materia de liquidación de sentencias ilíquidas, de accidentes del trabajo, de rentas vitalicias, de alimentos, liquidación de sociedades, tutelas y curatelas, etc., el cumplimiento de la sentencia principal depende, aún, de nuevos procedimientos de determinación ulterior o de compulsión.

Frente a esas situaciones, reconoce la Corte, procede hacer efectiva la condena en forma condicional, porque así lo manda la ley o el contrato. Pero la jurisprudencia, y la misma Corte, han acudido al procedimiento de las *astreintes*, en el caso ya citado, cuando ni la ley ni el contrato lo mandaban.

Más razonable, sin duda, es el caso de la eventual ultrapetición. Cuando el actor pide una suma líquida ¿puede el tribunal fijar la indemnización en forma de renta? No dudamos en contestar en forma afirmativa. Los jueces acogen total o parcialmente las demandas. Pudiendo rechazarla, asimismo, totalmente, bien pueden acogerla en parte y rechazarla en parte. Todo depende de que esa solución sea justa y conveniente a los intereses que se trata de tutelar. El juez que puede asignar una suma líquida y exigible, puede también asignarla en forma líquida y exigible sólo a plazo. Es ésta, solamente, una forma de acoger parcialmente la demanda.

Es claro que una solución de esta índole sólo procede en determinadas condiciones y los jueces no pueden, discrecionalmente, modificar las peticiones de las partes. Pero numerosos casos justifican la admisibilidad de la sentencia.

Supongamos: un inventor demanda a un industrial que ha aprovechado su invento al pago de un *royalty* proporcional a la producción: nada impide que, si la demanda es fundada, se haga lugar a ella condenando al pago de una prestación de esa índole; un autor demanda a un editor por pago de sus derechos a la propiedad intelectual, por libro vendido; la víctima demanda al autor del daño a cubrir la diferencia de salarios provocada por su incapacidad; etc. En todos estos casos, la sentencia puede hacer lugar a una condena en la forma pedida. Pero si la demanda se formula con evidente *pluspetitio* y el actor demanda una indemnización por productos no fabricados, por libros no vendidos o por daños que forzosamente irán disminuyendo con el tiempo y terminarán por desaparecer ¿qué razón legal, como no sea la mística de la cosa juzgada, impedirá al tribunal fijar la reparación en forma condicionada a acontecimientos futuros e inciertos?

8. *Conclusión.*

El argumento de la Corte de que los expedientes judiciales deben ir sin demora a los archivos públicos, para ser extraídos de allí sólo con las formalidades que la ley establece, no es persuasivo ni parece muy serio. Los expedientes judiciales no nacen para ir a parar al archivo. Nacen para hacer justicia; y si la justicia exige que queden indefinidamente abiertos, así debe hacerse, porque en la escala de los valores, entre la justicia y el orden, primero es la justicia, aun a costa de cierto leve desorden.

Y por lo que dice relación a los abogados, el razonamiento de la Corte merecería un tratamiento disciplinario. Constituye una injuria a la abogacía.

14. AMPLIACIÓN Y RECTIFICACIÓN DE SENTENCIA

SUMARIO: 1. Inmutabilidad de la sentencia. — 2. Legislación nacional. — 3. Las fuentes. — 4. Conclusión.

AMPLIACIÓN Y RECTIFICACIÓN DE SENTENCIA

1. *Inmutabilidad de la sentencia.*

El art. 486: C.P.C., legisla el principio que ha sido denominado de inmutabilidad de la sentencia (1).

Según este principio, una vez que ha sido notificada a las partes la sentencia definitiva, no se revocará, añadirá ni enmendará en parte alguna por el juez que la dictó.

El motivo de esta solución estaba dado en los textos clásicos cuando se decía que "el juez que una vez pronunció la sentencia, deja de ser juez; él que una vez condenó en más o menos, no puede ya corregir su sentencia; porque ya una vez desempeñó bien o mal su oficio" (2).

Por supuesto que este pasaje clásico no tiene más finalidad que la de compeler al magistrado a que en sus sentencias agote el estudio y la reflexión. Si la sentencia del juez pudiera ser provisoria y enmendada por él mismo conforme advirtiera su error, es bien probable que existieran sentencias *de tanteo*, dirigidas a saber cómo piensan las partes respecto de ellas y mantenerlas o revocarlas luego, en la

(1) *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 187.

(2) ULPIANO, *Digesto, De re iudicata*, L. 42, t. 1.

medida de la protesta. La ley ha instituído aquí una preclusión respecto del magistrado. Dictada la sentencia definitiva, se extingue para el juez el poder jurídico de su enmienda.

Es muy curioso anotar cómo el mismo fenómeno, que aparece en todas las legislaciones, ha adquirido enunciaciones aparentemente opuestas y sustancialmente idénticas. Para la doctrina francesa el juez queda *desprendido* de su fallo (3). Para la teoría alemana el juez queda *vinculado* a su fallo (4).

Dentro de estas dos expresiones aparentemente opuestas, lo sustancial es que el juez, una vez dictado su fallo, ya no tiene poderes de revisión sobre el mismo. Su desinvestidura es total a este respecto, ya que como decía el texto clásico arriba citado, *officio suo functus est*.

2. *Legislación nacional.*

Los antecedentes legislativos de nuestro país que se mencionarán a continuación, demuestran que la aclaración y la ampliación son medios excepcionalísimos de corrección de un fallo. No sólo porque la ley los ha puesto en forma de derogación a un principio de carácter general, sino también porque ha establecido de manera inequívoca que tales modificaciones se deben hacer inmediatamente después del fallo, a los solos efectos de aclarar el sentido de un pasaje oscuro o de expedirse sobre algún punto omitido en la sentencia.

La petición se concede o desecha *de plano*, sin audiencia

(3) BONCENNE, *Théorie de la procédure*, t. 2, p. 421.

(4) Z. P. O., párr. 346.

de la parte contraria, sin más actuaciones de conocimiento que el fallo y la impugnación hecha por aquel que pide la aclaración o la ampliación.

Tratándose, en consecuencia, de un régimen de excepción, debe ser interpretado, por principio general, restrictivamente, y no puede extenderse a más casos que aquellos que la ley, en forma expresa, ha mencionado.

Ese carácter excepcional se comprende no bien se compare el texto del art. 487 con sus fuentes.

3. *Las fuentes.*

La ampliación de sentencia consignada en el art. 487: C.P.C., pertenece, en su texto actual, a la Comisión Revisora del Proyecto Requena.

El Proyecto establecía:

“Art. 460. — También se podrá a igual pedimento
“ dentro de igual término, *hacer las enmiendas* que se
“ crean justas, siempre que en la sentencia se hubiere
“ omitido algún punto de las controversias o no se hu-
“ biese hecho mención de los frutos o de las costas”.

Como se ve, el Proyecto Requena instituía un recurso o petición *de enmienda*. Seguía en esto a su fuente habitual, que es el Código de Procederes de Santa Cruz, con cuyo art. 388 concuerda en forma casi literal, con la sola exclusión de un añadido que tenía al final el Código boliviano y que no aparece en el texto de nuestro codificador.

La calidad de recurso o petición de enmienda era, a su vez, tributaria de la Partida III, en cuya Ley III, Título XXII así se le denominaba. “Bien puede todo juzgador, decía este pasaje, *enmendar e enderezar* su juicio, en razón

dellas, en la manera que entendiere que lo deue fazer según derecho”.

Esta era, en definitiva, la enseñanza clásica, ya que si bien se puede leer en el Digesto, junto a los textos arriba citados, uno de Alfeno Varo según el cual el juez no podía volver sobre su fallo, ni aunque lo hiciera en el mismo día ⁽⁵⁾, la doctrina dominante en España al tiempo de la Partida III, parece ser la apoyada en un texto de Paulo, según el cual el fallo podía enmendarse en el mismo día solar. Así surge de las glosas latinas de Gregorio López ⁽⁶⁾.

La fórmula de la Partida III y del Código de Santa Cruz, prevaleció en casi todas las legislaciones posteriores, según las cuales la petición es *de enmienda o de corrección* ⁽⁷⁾.

En la *Ilustración y continuación a la Curia Philipica* de Dn. Joseph Manuel Domínguez Vicente, editada en Valencia en 1770, se recoge con pulcritud de detalles la enseñanza de los clásicos españoles a este respecto. Se enseña allí que, a partir de los textos vigentes, según la enseñanza constante de Fragoso, de Salgado, de Amaya, de Valenzuela y de Bobadilla, es decir los más significativos representantes del procedimiento español hasta el siglo XVIII, “todas las veces que el juez de la causa huviessse pronunciado su sentencia, no puede revocarla, añadirla, enmendarla, mudarla en parte alguna, excepto si la sentencia es interlocutoria que en este caso puede a pedimento de parte, revocarla y reponerla con conocimiento de causa”; y concluye: “Nótese, que aunque el juez ordinario no puede revocar su

⁽⁵⁾ L. 42. *De re iudicata*, tít. 1, núm. 62.

⁽⁶⁾ T. 3, pág. 281, de la edición de Rivadeneyra, de 1848.

⁽⁷⁾ Consúltese, exhaustivamente, SENTÍS MELENDO, *Aclaración de sentencia*, en *Rev. D. Pr.*, t. 4, II, p. 1.

sentencia, tiene facultad de declararla (aclararla) a pedido de la parte dentro de cierto tiempo" (8).

Todos estos antecedentes, pesaron sobre el Proyecto Requena, pero no sobre el texto definitivo de la Comisión Revisora la que, notoriamente, se alejó de esas fuentes.

El Proyecto Requena fué modificado por la Comisión Revisora, sustituyendo el concepto de enmienda o corrección, por el concepto de *ampliación* (9).

Si bien es cierto que la Comisión no ha dado los motivos de este apartamiento, la sola confrontación de los dos textos pone de relieve las diferencias. Así, por ejemplo, es de toda evidencia que en el Proyecto un juez que hubiera condenado al pago de una deuda y sus intereses, podía, bajo forma de enmienda o corrección, suprimir la condena en intereses al advertir que esa condena era impropia. En el Código, en cambio, el juez no puede hacer tal cosa, ya que a estar al texto del art. 487, puede *ampliar* pero no puede *disminuir* su fallo.

4. *Conclusión.*

En resumen, pues, el juez no puede modificar su sentencia en cuanto ella ha sido materia de decisión de las diversas cuestiones controvertidas; pero si en el fallo hubiere habido involuntaria *omisión*, podrá ser esa omisión suplida mediante una ampliación del fallo.

El juez de nuestra ley, no tiene poderes de rectificación ni de enmienda, sino solamente de *ampliación* de lo que hubiere omitido de considerar.

(8) *Op. cit.*, t. 1, p. 94.

(9) *Actas de la Comisión Revisora del Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Montevideo, 1944, p. 146.