

## Introducción al Estudio del Proceso Civil

*Con sumo agrado acoge el Boletín el presente trabajo del eminente publicista Eduardo J. Couture, quien ha tenido la gentileza de dedicarnos un ejemplar con esta dedicatoria:*

*Al Sr. R. Martínez Mendoza, con mi agradecimiento por su bondadosa intervención en mi nombramiento como miembro correspondiente de la Academia de Ciencias Políticas de Venezuela, y en prenda de su sincera amistad.*

C.

*ESTE pequeño volumen recoge la versión taquigráfica, con las debidas correcciones, de un cursillo dictado en la Facultad de Derecho de París en la primavera de 1949.*

*La traducción en lengua española coincide con la edición original francesa editada por la Librairie du Recueil Sirey. Tanto el título de la obra como algunas expresiones técnicas contenidas en ella, corresponden más bien a las modalidades del léxico de la casa de estudios en la cual se dictarán las lecciones.*

*Se han agregado a las versiones taquigráficas algunas referencias de bibliografía, las estrictamente indispensables, para orientar al lector hacia las principales corrientes del pensamiento procesal antiguo y moderno aludido*

*en el texto. No son, como se podrá advertir, citas de opiniones individuales de ciertos autores, sino tan sólo la mención de aquellas obras que han significado nuevas orientaciones u opiniones en esta rama del derecho. Esto explica ciertas aparentes omisiones.*

*Este libro se parece a otros que le han precedido, como un arbusto a un árbol. La diferencia consiste en que aquí, a la inversa del orden natural, las ideas del autor no se desarrollan, sino que se comprimen. Pero la similitud consiste en que, al igual que en el orden natural, a medida que pasa el tiempo, las ideas maduran. El lector que conozca los otros libros, advertirá, junto a las similitudes de conceptos, abundantes diferencias. Es la maduración que va produciendo sus consecuencias.*

*Cierta vez, en un laboratorio de una vieja universidad, pude dialogar con un sabio que por un instante levantó su vista del microscopio. Excusó su demora en hacerlo con estas palabras: "Usted sabrá perdonarme: cuando se tiene el ojo sobre el microscopio, sólo después de dos o tres horas se comienza a ver alguna cosa". Guardando las proporciones, a mí me ha ocurrido algo análogo. Sólo después de haberme pasado más de veinte años estudiando y pensando sobre lo mismo, creo haber comenzado a entender alguna cosa.*

*Deseo renovar aquí la expresión contenida en la edición francesa, de mi profunda gratitud para la Universidad que tan generosamente me acogiera y hacia los hombres que en ella enseñan y que, no menos generosamente, me brindaron su amistad.*

E. J. C.

Montevideo, 1949.

#### LA ACCION EN JUSTICIA

- I - *Introducción*
- II - *Acción y derecho*
- III - *Acción y método*
- IV - *Acción y proceso*
- V - *Acción y petición*
- VI - *Consecuencias*

## I

*Introducción*

No vengo a esta cátedra a enseñar ni a hacer propaganda. Me propongo solamente contar una historia. La historia de una experiencia prolongada durante muchos años en el estudio del procedimiento civil; no solamente desde las cátedras universitarias, sino también desde la experiencia misma del derecho.

En todo caso, el resultado de esta experiencia será el de superar un examen externo del procedimiento civil. Todos estamos habituados a manejar las formas del procedimiento, sus plazos, sus condiciones, como si fueran fines en sí mismos. Esta rama del derecho se nos presenta así, en su apariencia, como la forma solemne, como el ceremonial de la justicia. Pero la experiencia nos enseña que esto es solamente la envoltura de las cosas. Por debajo de las formas existe un contenido profundo y angustioso que es necesario hacer salir a la superficie.

El procesalista no debería nunca olvidar el consejo que Rodin daba a sus alumnos en su noble testamento: "Que vuestro espíritu conciba una superficie, tan sólo como la extremidad de un volumen que empuja desde dentro; toda vida surge de un centro en el que germina y luego va desde el interior hacia el exterior; no hay líneas; sólo existen volúmenes; cuando se modela no se debe pensar *en superficie* sino *en relieve*; el relieve viene desde dentro y es el que determina el contorno".

Este breve cursillo procura, eliminando detalles, mostrar el contenido del proceso civil, poniendo *en relieve* sus elementos principales, aquellos que vienen desde dentro y sin los cuales este fenómeno no se concibe: la acción, la defensa, el proceso y la sentencia. En otros términos: la justicia del actor, la justicia del demandado, la justicia de ambos a la vez y la justicia del juez.

Esta primera conferencia se halla destinada a examinar el tema inicial, o sea la acción en justicia, como se le denomina habitualmente en la terminología francesa, y en nuestro lenguaje la acción civil.

## II

### *Acción y derecho*

¿Qué es la acción civil?

Cuando este tema se nos apareció por primera vez, hace ya casi un cuarto de siglo (pido perdón por hablar en plural, pues no deseo dar un acento excesivamente personal a esfuerzos que son, en cierta forma, el fruto de experiencias colectivas pertenecientes a muchos pensadores del campo del derecho procesal), comenzaban a difundirse en América, que hasta entonces se hallaba ligada en este campo a las doctrinas españolas y francesas, los nuevos trabajos de la entonces naciente escuela italiana, derivada en buena parte de la escuela alemana. En ellas nos formamos nosotros.

¿Qué era lo que nos contestaban a la pregunta inicial todas esas escuelas?

La escuela española, especialmente en sus escritores de los siglos XVIII y XIX, no había prestado a este tema una particular atención. Obras enteras de excelente calidad, algunas realmente magníficas, no contenían desarrollos especiales sobre el tema, y en todo caso, se limitaban a hacer la exégesis del precepto clásico "*actio nihil aliud est quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur*" (pr. *Inst. De actionibus*, 4, 6). Una traducción casi literal de este adagio se encuentra aún en algunos códigos hispanoamericanos.

Solamente los escritores españoles del siglo XX se han tomado un interés especial por este tema, y sus argumen-

los constituyen, en todo caso una exposición, y algunas veces una prolongación avanzada, de las ideas de las escuelas alemana e italiana.

Pero en el comienzo de nuestros estudios no tuvimos de la escuela española una respuesta particular sobre este concepto. Su preocupación por esta idea fué, virtualmente, paralela y aun contemporánea con la nuestra (1).

¿Cuál fué la respuesta de la escuela francesa?

De esta escuela recibimos una respuesta que, como todas las suyas, era un modelo de elegancia y claridad.

La acción, se nos decía, es el derecho en movimiento:

---

(1) La doctrina española del procedimiento civil tuvo en el siglo XIII un brillante exponente en el libro de JACOME RUIZ, conocido como EL MAESTRO JACOBO DE LAS LEYES, tal vez autor del texto de la Partida III, cuyo nombre es **Doctrinal que compuso Maestre Jacobo de las Leyes para Bonajunta su fijo**. Esta obra ha sido publicada en nuestro tiempo en un volumen, bajo el título **Obras del Maestro Jacobo de las Leyes, jurisculto del siglo XIII**, Madrid, 1924, con una introducción de RAFAEL DE URUEÑA Y SMENJAUD y ALFREDO BONILLA Y SAN MARTIN. Una abundante literatura, en ocasiones excelente, existe hasta el siglo XIX, en el cual se dictó la ley del procedimiento español moderno, **Ley de Enjuiciamiento Civil**. En el caudal de doctrina de esta literatura debe hacerse una mención especial para el libro del CONDE DE LA CAÑADA, **Instituciones prácticas de los juicios civiles**, Madrid 1794. El siglo XIX nos muestra una obra excelente: el libro de CARAVANTES, **Tratado histórico, crítico, filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil**, Madrid, 1856-1858. En nuestro siglo la doctrina española ha tenido gran desarrollo en virtud de los esfuerzos de algunos juristas cuyos nombres y obras principales se mencionan a continuación: BECEÑA, **Notas de derecho procesal civil**, Madrid, sin fecha (quizá 1930); ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, **Estudios de derecho procesal civil**, Madrid, 1934; **Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional**, Buenos Aires, 1944, y **Proceso, autocomposición y autodefensa**, Méjico, 1947; PRIETO CASTRO, **Exposición del derecho procesal civil de España**, Madrid, 1941; DE LA PLAZA, **Derecho procesal civil español**, Madrid, 1942; GUASP, **Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil**, Madrid, 1943, en curso de publicación. Sobre el tema de la acción en particular, PRIETO CASTRO, **La acción en el derecho español**, en el "Boletín de la Universidad de Zaragoza", 1931, ps. 101., y ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, **Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción**, en el volumen **Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina**, Buenos Aires, 1946, p. 759.

algo así como la manifestación dinámica del derecho. Ninguna diferencia sustancial existe entre el derecho y la acción. Demolombe nos enseñaba que cuando la ley habla de derechos y acciones, incurre en un pleonasma.

Como las ideas de esta escuela fueron siempre muy afectas a las imágenes de guerra, se nos decía, con una metáfora más literaria que científica, que la acción era *le droit casqué et armé en guerre*.

Se nos dijo, además, desde esta escuela, que para que existiera la acción eran necesarios cuatro elementos: derecho, interés, calidad y capacidad. Sin ellos no existía. En otros términos: sin derecho no se concibe una acción.

Pero nuestra experiencia, frente a la respuesta de esta escuela, fué grave. La simetría de la construcción no lograba afrontar la realidad jurídica. En esta respuesta quedaban sin explicación las obligaciones naturales, el grave problema de la demanda infundada, en la cual el actor mueve la acción hasta la sentencia sin un derecho efectivo que tutelar; el caso no menos grave de la acción satisfecha por haberse agotado el proceso, pero quedando el derecho insatisfecho por insolvencia del obligado. Y tantos otros casos.

Los escritores modernos de esta escuela, comprendieron la debilidad que se ocultaba detrás de la armoniosa construcción. Pero, desgraciadamente, la obra del profesor Vizioz, que parecía llamada a establecer los lazos de unión entre la doctrina francesa del derecho público y las nuevas corrientes del derecho procesal, quedó interrumpida por motivos verdaderamente penosos. Le rindo aquí mi profundo homenaje de colega y de amigo (2).

---

(2) La idea de acción no es mencionada por POTHIER, *Traité de la procédure civile*, vol X de las *Oeuvres*, por Bugnet, 2ª edic., París, 1861; pero esta ausencia se debe al hecho de considerar la acción civil como un tema de derecho civil; sobre este plan han trabajado todos los civilistas de la escuela francesa; véase, por ejemplo, AUBRY y RAU, *Cours*, 5ª edic., t. XII, p. 746; DEMO-

¿Cuál fué la respuesta de la escuela alemana?

Esta escuela llegó a nosotros por tres caminos diferentes. Por un lado, el conocimiento directo de algunos de sus escritores; por otro, la influencia que ella tuvo en la doctrina italiana; y por último, la influencia que ejerció sobre los más modernos escritores españoles.

Las contribuciones de esta escuela han sido verdaderamente magníficas aunque no totalmente aprovechables. Keyserling, que tenía motivos para conocer a los alemanes, dijo que si a un alemán se le ponía frente a dos puertas, una con la leyenda "Entrada al cielo", y otra "Entrada a un curso de conferencias sobre el cielo", el alemán entra en el curso de conferencias. Abundantes materiales de esta escuela, en el campo del derecho procesal, pertenecen al "Curso de conferencias" y no a la realidad jurídica. Pero no se debe negar la saludable influencia que ella ha tenido en el campo del procedimiento civil.

La escuela alemana, a mediados del siglo XIX, en una disputa famosa sobre el alcance de la *actio* romana, llegó a establecer ciertas distinciones esenciales entre *acción* y *pretensión*. Era ya un comienzo de fisura entre el derecho procesal y el derecho material o sustancial.

Cuando Wach en 1885 publica su *Manual*, formando parte de la famosa serie dirigida por Binding, la idea de acción en justicia reviste ya un carácter netamente definido. Se habla entonces de la acción como derecho autónomo, separado del derecho que acostumbramos lla-

---

LOMBE, *Cours*, t. IX, p. 388. El pensamiento de los autores que trabajan en el campo del procedimiento civil, puede en particular, resumirse en los conceptos de GARSONNET y CESARBRU, *Traité*, t. I, ps. 530 y ss. Los escritores modernos, que han cambiado el plan de los autores del siglo XIX, son representados particularmente por VIZIOZ, *Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française de droit public*, París, 1931; MOREL, *Traité élémentaire*. 2ª edic., París, 1949, con ideas muy claras sobre el asunto, y SOLUS, *Cours de droit judiciaire privé*, 1948-1949, *Les cours de droit*, París, 1949, p. 40, también excelente en el plano de la doctrina francesa moderna.

mar sustancial o material. "La pretensión de la tutela jurídica - exclama Wach - no es una función del derecho subjetivo; la pretensión de la tutela jurídica es el medio que permite hacer valer el derecho, pero no es el derecho mismo". Y al pie de la página, con humildad científica, agrega: "con esto abandono mi anterior concepción".

Para la ciencia del proceso, la disociación del derecho y de la acción, es algo semejante a lo que ha representado para la física la disociación del átomo. Transformada la acción en un derecho autónomo, no sólo se consagra su separación, sino la autonomía de toda esta rama del derecho que nosotros acostumbramos llamar, con palabras no totalmente difundidas aún en la escuela francesa, *derecho procesal*.

Pero en el pensamiento de Wach, la idea de la autonomía de la acción no ha recorrido aún todo su camino.

La parte del camino que quedaba por recorrer a Wach fué hecha, en nuestro concepto, por Degenkolb. Este escritor nos ha mostrado de qué manera la acción civil, autónoma con relación al derecho, puede carecer de fundamento. Cuando el demandante promueve su demanda ante el tribunal puede no tener razón, y sin embargo nadie habrá de discutirle su derecho a dirigirse al tribunal pidiéndole una sentencia favorable. Lo que el demandado le podrá negar es su derecho a obtener una sentencia favorable, pero nunca su derecho a comparecer ante el tribunal. Este es un derecho que pertenece aun a los que no tienen razón.

Sería verdaderamente milagroso, si no fuera un hecho completamente familiar en la vida del tribunal, que durante el proceso nadie tenga razón. Sólo la sentencia habrá de decidirlo. El estado de incertidumbre es inherente a este fenómeno que denominamos proceso.



Muchos años después de publicado su primer libro, Degenkollb modificó su criterio exigiendo al demandante, para que tuviera acción, que se creyera sinceramente asistido de derecho. Pero estas vacilaciones no eran necesarias y su pensamiento perdió claridad luego de ellas. También el actor malicioso, el *improbus litigator*, aquel que sabe bien que no tiene razón puede acudir al tribunal por su cuenta y riesgo, sometiéndose a las responsabilidades que le imponga su abuso del derecho (3).

¿Cuál fué la respuesta de la escuela italiana?

El documento fundamental de esta escuela está constituido por una conferencia de Chiovenda dictada a comienzos de este siglo, titulada "*L'azione nel sistema dei diritti*". Este estudio, que al decir de sus más importantes adeptos, fué el manifiesto de una nueva escuela, concilia las adquisiciones dogmáticas de la escuela alemana con las más antiguas tradiciones del derecho romano.

Pero el pensamiento de Chiovenda es, en lo sustancial, el pensamiento de Wach. Para él la acción es autónoma, concreta (esto es, perteneciendo solamente a los que tie-

---

(3) Un índice reciente, de posguerra, de la doctrina alemana, puede encontrarse en el volumen de SCHONKE, *Zivilprozessrecht. Eine Systematische Darstellung*, 3ª y 4ª edic., Karlsruhe, 1947, y, más recientemente aún, en STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 17ª edic., puesta al día por SCHONKE, Tübingen, 1949. Sobre el tema de la acción en particular, siguiendo el movimiento de ideas expuesto en el texto, MÜLLER, *Zur Lehre von der romischen actio*, 1857; WINDSCHEID, *Die actio des romischen Zivilrecht*, 1856, y *Die actio, Abwehr gegen Müller*, 1857; WACH, *Handbuch des deutschen Zivilprozess*, 1885; DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsform*, 1877, y con un cambio de ideas innecesario en nuestro concepto, y en ocasiones contradictorio con la primera tesis, *Beiträge zum Zivilprozess*, 1905. Si se desea tener una idea general de la doctrina alemana del derecho procesal, expuesta con profundo sentido crítico, debe escogerse, en nuestro concepto, GOLDSCHMIDT, *Der prozess als Rechtslage*, Berlín, 1925. Este autor ha publicado hace ya algunos años, una síntesis de su teoría en un pequeño volumen en español, bajo el título *Teoría general del proceso*, Barcelona, 1936; pero este pequeño volumen carece de las notas críticas que constituyen la más rica contribución de *Prozess als Rechtslage*.

nen razón), y configura, además, lo que él denomina un *diritto potestativo*.

Frente a este pensamiento, Carnelutti ha sostenido la tesis que se ha dado en llamar, con muy escasa fortuna idiomática, *abstracta*. Su pensamiento se halla más próximo al de Degenkold que al de Wach.

La incesante labor de este maestro le ha permitido, en múltiples ocasiones, volver sobre este tema con imaginación siempre renovada. Pero en lo sustancial sus ideas pueden situarse en esta materia en el plano opuesto al de Chiovenda.

Una gran cantidad de estudiosos del derecho procesal italiano, entre los cuales es necesario señalar como excepcionalmente valiosos a Calamandrei y a Redenti, ha continuado trabajando sobre las ideas de Chiovenda, ya sea para prestarles adhesión, ya sea para apartarse de ellas, pero siempre con nuevos aportes al pensamiento original (4).

### III

#### *Acción y método*

Y fué así que nos encontramos, como en la historia de Hansel y Gretel, perdidos en un bosque sin encontrar un camino de salida y sin ver en el horizonte la luz que

---

(4) Los estudios de la escuela italiana sobre el tema de la acción son muy numerosos. En relación con las ideas expuestas en el texto, es necesario tener particularmente en cuenta CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, publicado últimamente en *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, t. I, ps. 3 y ss. (esta obra acaba de ser traducida al español en la *Colección Ciencia del Proceso*, Buenos Aires, 1949); CARNELUTTI, *Saggio di una teoria integrale dell'azione*, publicado en la "Rivista di Diritto Processuale", 1946, I, p. 6; CALAMANDRI, *La relatività del concetto di azione*, publicado en la misma "Rivista", 1929, I, p. 22; REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1947.

nos pudiera indicar hacia dónde debíamos dirigir nuestros pasos.

¿Qué hacer?

La única solución posible para hallar un camino con nuestros propios medios fué acudir al viejo método cartesiano: abrir el gran libro de la vida, ponerlo encima de los libros de la ciencia, y sobre todo, dividir la dificultad en tantas partes cuanto sea posible.

Cuanto he de decir a partir de este momento es, en cierto modo, la destilación de mi pensamiento; el único camino que he hallado por mí mismo en el bosque oscuro, y el que he tratado, en la limitada medida de mis fuerzas, de recorrer con paso firme.

Para ser fiel al método cartesiano, lo primero deben ser los hechos. La vida del derecho es, ante todo, la vida de los hechos.

#### IV

#### *Acción y proceso*

¿Qué nos dicen los hechos?

Los hechos nos dicen que cuando el demandante quiere promover una demanda ante el tribunal, lo puede hacer aunque el demandado no lo quiera y aunque el juez no lo quiera.

Es éste un hecho de los que acostumbramos llamar *experiencia jurídica*; esto es, la vida misma del derecho.

A quienes hayan observado este hecho en perspectiva histórica y hayan podido advertir su lenta pero segura formación, les habrá sido posible comprender que el derecho ha procedido así por necesidad y no por comodidad. En el hombre primitivo, no sólo primitivo en la edad histórica sino también primitivo en la formación

de sus sentimientos e impulsos morales, la reacción contra la injusticia aparece bajo la forma de la venganza. El primer impulso del alma rudimentaria es la justicia por mano propia. Sólo a expensas de grandes esfuerzos históricos ha sido posible sustituir en el alma humana la idea de la justicia por mano propia por la idea de justicia a cargo de la autoridad.

La acción civil viene a ser así, en último término, el sustitutivo civilizado de la venganza.

En su configuración actual, ese sustitutivo civilizado de la venganza consiste en un poder jurídico de acudir al tribunal pidiendo algo en contra de un demandado. Si esta pretensión es fundada o infundada es otro hecho diferente. Durante el litigio, decíamos, reina la incertidumbre. Sólo el fallo pone fin a ella.

Si este fallo declara que el actor no tiene razón, que la demanda es infundada, las cosas vuelven a su primitivo estado; pero el drama ya está consumado.

El proceso lleva consigo una carga de sacrificios (yo osaría decir de dolor) que ninguna sentencia puede reparar.

Los sistemas jurídicos derivados del derecho romano no contienen una calificación preliminar del fundamento de la demanda, al estilo de la que conoce el derecho anglosajón.

Existen, es cierto, en el derecho francés los *fins de non-recevoir* y en el derecho hispanoamericano las *excepciones mixtas* o cuestiones previas. Pero estos procedimientos previos obtienen, cuando más, reducir la extensión del drama, pero no el drama mismo; y esto es así porque la discusión de estas cuestiones previas ya constituye de

por sí un proceso (5).

## V

### *Acción y petición*

Aunque la palabra *acción* ha tenido a lo largo del tiempo significados variables y aun en el derecho contemporáneo tiene multitud de significados diferentes (6), parece hoy necesario admitir que existe cierto acuerdo en llamar *acción* a este poder jurídico del actor de provocar la actividad del tribunal. La acción, en último término, en su sentido más estricto y depurado, es sólo eso: un derecho a la jurisdicción (7).

Si esto es así, ¿cuál es la naturaleza de ese derecho?

Luego de tanto cuanto llevo pensado sobre este argumento, que fué mi preocupación inicial en los estudios que emprendiera hace tantos años, y que no me ha aban-

---

(5) BALL, en "Law Quarterly Review", 1935, p. 13, ha fijado en un 1% la proporción de litigios que han sobrepasado la calificación preliminar ante la **King's Bench Divission**. Se trata de un procedimiento de eliminación desconocido en los sistemas de origen latino. El autor nos habla simplemente del 99%, diciendo: "**The undergo a process of elimination**". Otro proceso de eliminación, también de carácter preliminar, de parte del demandado, es conocido con el nombre de **demurrer**. Es muy difícil, para un jurista latino, insertar en el conjunto del derecho que le es familiar, una institución semejante. Cfr. sobre este tema, MILLAR, **The fortune of the demurrer**, "Illinois Law Review", t. 51, ps. 429 a 462 y 596 a 630.

(6) La palabra "acción" tiene quince (!) acepciones diferentes en el estudio, realmente excelente, de PEKELIS, en el **Nuovo Digesto Italiano**, t. I, p. 92. En el campo del procedimiento civil tiene, cuando menos, tres significados diversos: a) como sinónimo de derecho; b) como sinónimo de demanda, en el sentido formal del vocablo; c) como sinónimo de facultad de actuar en juicio. Así, PRIETO CASTRO, **La acción en el derecho español**, cit. Es en esta tercera acepción que nosotros utilizamos la palabra en toda la extensión de este estudio.

(7) Las ideas desarrolladas en el texto representan el resumen de una exposición mucho más extensa, que hemos hecho en el volumen titulado **Fundamentos del derecho procesal civil**, Buenos Aires, 1942. De esta obra se ha publicado una segunda edición, enteramente revisada, en lengua portuguesa, bajo el título **Fundamentos do direito processual civil**, Sao Paulo, 1946. Una nueva edición en lengua española aparecerá dentro de algunos meses en Buenos Aires. Sobre este nuevo texto se prepara actualmente, en el Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de París, una edición francesa.

donado todavía, creo hoy poder afirmar que un derecho de acudir al tribunal pidiendo algo contra un demandado, es un *derecho de petición* en el sentido que se da a este derecho en los textos constitucionales.

Los romanos construyeron un magnífico sistema jurídico sobre la base de las acciones. Era el suyo un derecho de acciones. Pero no se advierte en él claramente la doble estructura del derecho de un particular frente a otro particular por una parte, y el derecho del particular frente al Estado por otra.

Pero cuando la posición del individuo frente al poder se fué consolidando, a través de las grandes instancias de la evolución política, esa facultad frente al Estado comienza a percibirse con mayor claridad.

Así ocurre, por ejemplo, en el derecho inglés, en el que se pasa, a través de sucesivas etapas, de un *private bill* a la configuración de un *right of petition*. Los distintos textos del derecho constitucional inglés, a partir de la Carta Magna, van consagrando cada vez más acentuadamente este proceso, dando más y más consistencia a un derecho que, originalmente privado, adquiere sentido político con el andar del tiempo.

Una línea paralela se puede advertir en el derecho foral español. Como ha ocurrido con muchas manifestaciones del derecho político, los antiguos textos españoles, algunos de ellos anteriores a fenómenos similares del derecho inglés, anticiparon admirablemente grandes manifestaciones jurídicas que sólo habrían de consolidarse más tarde en otros sistemas.

Por su parte, el derecho francés nos ofrece un ejemplo análogo. Al discutirse la Constitución de 1791, Le Chapelier distingue entre *plainte y pétition*, y encuentra frente a sí la oposición de Robespierre que, más por razones políticas que jurídicas, prefiere adoptar este úl-

lino concepto como derecho propio del individuo en su facultad de dirigirse a la autoridad.

Esta autoridad puede ser, en la rudimentaria estructura de los poderes del Estado hasta el siglo XVIII, tanto el poder ejecutivo, como el legislativo o el judicial, puesto que el rey concentra en su persona, en último término, todos los poderes del Estado, y es normalmente a él a quien se dirige la petición. A partir del siglo XVIII, y especialmente cuando la división de poderes se abre camino en las diferentes constituciones del siglo XIX, el derecho de petición se puede ejercer ante todos los poderes del Estado. La Constitución uruguaya lo dice así mediante un texto expreso. Algunas otras constituciones americanas, como la de Méjico, la de Cuba y la de Panamá, consagran la obligación correlativa, de parte de los poderes del Estado, de pronunciarse sobre la petición.

Esta petición se hace efectiva mediante distintos recursos técnicos. Ante el Poder Ejecutivo, mediante las solicitudes directas y aún mediante los diferentes recursos del contencioso-administrativo contra los actos de la Administración; ante el Poder Legislativo, mediante las peticiones al Parlamento (Duguit nos ha mostrado cómo este derecho de petición ante el Parlamento ha perdido importancia como consecuencia del gobierno representativo); y cuando la petición se hace efectiva ante el Poder Judicial adquiere el nombre de acción civil. Nada impide, por otra parte, que tenga este mismo carácter, en su campo respectivo, la acción penal; pero en ésta la iniciativa de los órganos del poder público le da algunos aspectos diferentes.

Al final de este largo recorrido llegamos, pues, a la idea fundamental de que el derecho de acción o acción en justicia, es una *especie* dentro del *género* del derecho de petición; un derecho de petición particularmente con-

figurado (8).

Veamos ahora, para concluir, algunas consecuencias de esta tesis.

## VI

### *Consecuencias*

La consecuencia más directa de las ideas que acaban de exponerse es aquella que permite afirmar que la ley de procedimiento, tomada en su conjunto, es una ley reglamentaria de los preceptos constitucionales que aseguran la justicia.

El procedimiento no se nos muestra ya como el humilde servidor del derecho civil o del derecho comercial, sino como una rama autónoma del derecho, emplazada sobre la frontera de la Constitución para asegurar la eficacia de los derechos del hombre en cuanto concierne a la justicia.

La consecuencia natural de esta tesis, admitida más de una vez por la jurisprudencia americana, tanto del norte como del sur del Continente, es la de que una ley que prive al individuo de su derecho de acudir a la justicia es una ley inconstitucional.

Otra consecuencia es la de desviar el tema de la responsabilidad derivada de las acciones judiciales, del campo del derecho civil, hacia el campo del derecho procesal propiamente dicho. El litigante malicioso se sirve ilícitamente del proceso e incurre en un abuso de su derecho constitucional de petición, desviándolo de sus fines pro-

---

(8) Hemos desarrollado extensamente esta idea en el estudio sobre **Las garantías constitucionales del proceso civil**, publicado en el volumen **Estudios de derecho procesal civil**, t. I, **La constitución y el proceso civil**, Buenos Aires, 1948. La exposición sumamente reducida de la tesis, la priva de la contribución histórica y dogmática que la fundamenta; más el carácter de introducción de estas páginas, no autoriza otra forma de exposición. Nos remitimos, pues, al mencionado estudio.



pios. Este ha sido instituido para asegurar la justicia y no para causar daño a un tercero. El que causa un daño mediante el litigio tiene la obligación de repararlo, no ya porque lo disponga el Código Civil, sino porque así surge también de la propia naturaleza del derecho de actuar en justicia.

La jurisprudencia francesa, que contiene un verdadero tesoro de soluciones en materia de responsabilidad, nos brinda en este sentido un ejemplo elocuente; pero sus soluciones pueden ser todavía fortalecidas con una fundamentación rigurosamente procesal y no civil dentro del plano de las ideas que quedan expuestas.

Para concluir: actuar en justicia constituye una solución de libertad y de responsabilidad. El derecho actúa siempre buscando el equilibrio de la conducta humana. Junto a una posibilidad, pone una limitación; junto a la libertad, que es un poder, aparece la responsabilidad, que es una forma de deber. Poder y deber buscan así su necesario equilibrio.

Esto, como tantas otras cosas, lo han expresado mejor los poetas que los juristas. Ariel en *La Tempestad*, de Shakespeare, trabaja incesantemente para su maestro Próspero; y cuando al final de la comedia éste le invita a que pida la recompensa por todas sus fatigas, Ariel le responde: "sólo quiero la libertad". Así es también el derecho. En premio de nuestras fatigas lo mejor que puede dársenos es la libertad. Pero a lo largo del poema dramático, el poeta había escrito estas palabras: "para preservaros de las acechanzas del destino son necesarias la pureza de corazón y la vida immaculada".

En nuestra próxima conversación, examinaremos estos mismos problemas desde el punto de vista del demandado.

## LA DEFENSA EN JUICIO

- I - *Excepción y defensa*
- II - *Excepción y derecho*
- III - *Excepción y método*
- IV - *Excepción y proceso* . . . . .
- V - *Consecuencias*

## I

*Excepción y defensa*

La acción, como derecho a atacar, tiene una especie de réplica en el derecho del demandado a defenderse. Toda demanda es una forma de ataque; la excepción es la defensa contra ese ataque, por parte del demandado.

Si la acción es, como decíamos, el sustitutivo civilizado de la venganza, la excepción es el sustitutivo civilizado de la defensa. El actor ataca mediante su acción y el demandado se defiende mediante su excepción.

Tengo la impresión de que si pudiera mostrar el paralelismo profundo que existe entre acción y excepción habría logrado evidenciar ante ustedes un rítmico singular del derecho. El precepto antiguo, mil veces repetido en textos no solamente jurídicos sino también literarios, aconsejaba *audiatur altera pars*. Bien pensado, y como lo veremos con amplitud más adelante, el derecho procede aquí aplicando el principio dialéctico de la tesis, de la antítesis y de la síntesis.

El litigio aparece así dominado por una idea que llamamos de bilateralidad. Ambas partes se hallan en el litigio en pie de igualdad y esta igualdad dentro del proceso no es otra cosa que una manifestación del principio de igualdad de los individuos ante la ley (1).

(1) La idea de la bilateralidad del derecho ha sido recientemente expuesta, con cuidadosa atención, por RECASENS SICHES, *Vida humana, sociedad y derecho. Fundamentación de la filosofía del derecho*, Méjico, 1945, p. 153. También DEL VECCHIO, *La Justicia*, trad. esp., Madrid, 1925, p. 72.

La diferencia fundamental que existe entre acción y excepción, entre ataque y defensa, es que el actor va al proceso porque lo desea, en tanto que el demandado ha de ir al litigio aunque no lo desee. Esta observación trivial, está llena de consecuencias que no son triviales; ella se proyecta sobre muchos aspectos que regulan el debate. Durante él, no se puede perder de vista que en tanto el actor tiene la iniciativa del litigio, el demandado no la tiene y debe soportar, a pesar suyo, las consecuencias de la iniciativa del demandante. Existe para él una verdadera *necessitas defensionis*.

El derecho de defensa en juicio se nos aparece, entonces, como un derecho paralelo a la acción en justicia. Si se quiere, como la acción del demandado. El actor pide justicia reclamando algo contra el demandado y éste pide justicia solicitando el rechazo de la demanda (2).

Pero no obstante el paralelismo aparente, la situación del demandado se nos aparece en cierto modo teñida por una coloración especial.

Es necesario, pues, profundizar y examinar las razones que dan esta coloración particular al derecho del demandado.

## II

### *Excepción y derecho*

Como esta conversación es, según decía al comienzo, el relato de una historia, creo poder expresar en forma análoga el desarrollo del pensamiento urídico en cuanto se refiere a la defensa del demandado.

---

(2) Nos permitimos remitir al lector, para una más extensa exposición de ideas, a los dos estudios que hemos destinado al tema de la excepción y la defensa en juicio, en los volúmenes ya mencionados: **Fundamentos del derecho procesal civil**, p. 37. y **Las garantías constitucionales del proceso civil**, en *Estudios*, t. I, p. 45.

¿Qué nos dijo la escuela española sobre este tema?

En realidad, en esta escuela hallamos en ciertos escritores del siglo XVIII, en leves pero vivaces toques, un pensamiento profundo desde el punto de vista humano, enfrentando el problema de la libertad del individuo frente al poder. Pero a lo largo del siglo XIX se nos presenta preferentemente en su forma externa.

El derecho de defenderse en justicia, nos dice esta escuela, se hace efectivo mediante tres clases de excepciones: *dilatorias*, que se limitan a plantear cuestiones previas de procedimiento con el objeto de postergar la contestación de la demanda; *perentorias*, que se refieren al fondo mismo del asunto; y *mixtas*, que tienen la forma de las dilatorias y la eficacia de las perentorias (por ejemplo, excepciones de cosa juzgada y de transacción). Cada una de estas excepciones tiene un contenido y una función. Pero la escuela no fué más allá de la descripción de este contenido y de esta función (3).

¿Qué contestó a nuestra pregunta la escuela francesa?

(3) La doctrina española del siglo XVII fué, en cuanto a las excepciones, de una extrema penetración: algunas ideas, que algún tiempo después serían advertidas por la doctrina alemana, pueden encontrarse expuestas nítidamente en el pensamiento de un curioso escritor, ujier del tribunal de Lima (Perú), que escribió un bello libro cuyo interés en el plano técnico se mantiene siempre vivo. Se trata de HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, Madrid, 1753. Esta obra, habiendo obtenido en su tiempo un éxito inmenso, ha sido continuada por diversos autores, particularmente por VICENTE DOMINGUEZ, *Ilustración y continuación a la Curia Philipica y corrección de las citas que en ellas se hallan erradas; dividido en las mismas cinco partes*. Segunda impresión. Valencia, 1770. El tema de las excepciones es desarrollado en esta obra en el tomo I, ps. 66 y ss. La doctrina del siglo XIX puede encontrarse excelentemente expuesta en el libro ya mencionado de CARAVANTES. *Tratado*, t. II, ps. 95 y 357. El estado actual de la doctrina española ha sido fijado por MIGUEL Y ROMERO, *Antiguo y moderno concepto de la excepción*, publ. en la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid, t. 154, p. 258, y particularmente en el reciente trabajo de DE LA PLAZA, *Hacia una nueva orientación del régimen de las excepciones en nuestro derecho positivo*, publicado en la "Revista de Derecho Procesal" (Madrid), t. I, (1945), ps. 29 y ss.

La escuela francesa debió superar ciertas dificultades en cuanto se refiere al estudio de la excepción. El derecho romano había distinguido entre excepciones *temporales* y excepciones *permanentes*. Esta distinción fué acogida por Pothier. Pero el *Code de procédure* no aceptó esta distinción y, en cambio, distinguió entre excepciones y defensas, lo que ha dado motivo a un amplio desarrollo de literatura, que ustedes conocen ciertamente mejor que yo. (Pido perdón por la irreverencia que supone hablar de derecho rancés en la Facultad de París; yo no he pretendido venir a esta casa a explicar derecho francés, lo que sería algo así como llevar vasos a Samos; pero me es necesario, para establecer el ritmo de ideas de que hablaba al comienzo, mostrar la coordinación necesaria entre la escuela francesa y las otras del Continente).

En todo caso, la escuela francesa mantuvo siempre una idea paralela entre el concepto de acción y el concepto de excepción. Los brocardos “el juez de la acción es el juez de la excepción” o “tanto dura la acción tanto dura la excepción”, nos muestran este paralelismo. Aquella idea expuesta en la conversación anterior, de que la acción era *le droit casqué et armé en guerre*, ha tenido su réplica en el precepto de un escritor belga: *l'exception est un droit qui a perdu l'épée mais le bouclier lui reste*. El paralelismo se advierte hasta en las imágenes guerreras (4).

¿Qué respuesta nos ha dado la escuela alemana?

El paralelo entre acción y excepción se halla claramente delimitado en el pensamiento de Wach. Este hablaba a continuación de su concepto de tutela jurídica

---

(4) Cfr. en sus últimas exposiciones, MOREL, *Traité*, cit., p. 49 y SOLUS, *Cours*, cit., p. 92. Una antigua tesis de doctorado conserva todavía cierto interés; DUCHESNAU, *Des exceptions*, Dijon, 1849. También CARRE, *Histoire de l'exception*, París, 1888.

del actor, de "un interés del demandado a la tutela jurídica que rechace la acción infundada".

Esta escuela había ofrecido, además, en materia de excepción, un aporte de gran valor anterior a Wach. En el año 1868 Bulow escribió un volumen famoso, que fué considerado por muchos como el comienzo efectivo de la escuela procesal alemana, e incluso del derecho procesal con contenido científico. En ese volumen se hacía una distinción que luego ha recorrido un largo camino: la distinción entre excepciones propiamente dichas y lo que se ha llamado presupuestos procesales. Las excepciones son, estrictamente, medios de defensa a cargo de las partes. Los presupuestos procesales son circunstancias de hecho o de derecho sin las cuales el litigio no puede tener existencia jurídica ni validez formal.

Hecha esta distinción, que luego fué pacíficamente admitida por la doctrina moderna, el Código Civil alemán planteó el problema de la excepción sobre un plano diferente. El § 202 distingue entre un derecho genérico de oposición (*Einwendung*), que se puede hacer valer aun fuera del proceso, y la excepción propiamente dicha (*Einrede*), cuyo alcance es restringidamente procesal (5).

¿Qué nos ha contestado la doctrina italiana?

También aquí se nota claramente el paralelismo. A la concepción denominada *concreta* de la acción sigue una concepción también *concreta* de la excepción. Chiovenda mantiene con rigor sus afirmaciones en ambos puntos. Carnelutti, por su parte, a quien debe atribuirse la concepción que hemos denominado *abstracta* de la acción, mantiene el paralelo dentro de la denominada concep-

---

(5) Cfr. BULOW, *Die Lehre von Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen*, 1868; LANGEINEKEN, *Anspruch und Einrede*, 1903; KOLOSSER, *Die Verjährung der Einreden*, Erlangen, 1913.

ción *abstracta* de la excepción. Para Chiovenda, la excepción es un *contraderecho*; el derecho del demandado contrario al derecho del autor. Para Carnelutti, por el contrario, el demandado no tiene ningún derecho contra el actor. El demandado pide al juez solamente su libertad, es decir, la libertad que tenía antes de la demanda (6).

Al terminar esta somera exposición de doctrina comparada, debo pedir excusas por su carácter rudimentario y elemental. Existen bibliotecas enteras destinadas a estos temas y, sin embargo, es necesario desenvolver su contenido en el plazo de unos pocos minutos. Como en la parábola del rey, de Anatole France, es necesario abreviar más y más la historia de las ideas, para poder lograr su reducción final y su contención en los términos más limitados posibles. Queda, pues, a nuestras espaldas una enorme cantidad de aclaraciones por formular; pero entrar en ellas me conduciría muy lejos del camino que me he propuesto recorrer.

### III

#### *Excepción y método*

¿Qué decidir?

Una vez más, como en el caso anterior, debemos dividir cartesianamente las dificultades y partir de los hechos.

Los hechos no son muchos sino uno: el demandado es turbado en su paz por el litigio. El derecho de petición no es inofensivo, bajo su forma de acción en justicia, si-

---

(6) Cfr. CHIOVENDA, *Sulla eccezione*, publ. en la "Rivista di Diritto Processuale Civile", 1933, I, p. 32; BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1927; CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale*, cit., t. I, p. 414, y *Appunti sulla prescrizione*, publ. en la "Rivista di Diritto Processuale Civile", t. I, p. 149; ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, Milano, 1936.

no profundamente turbador para la tranquilidad del adversario.

Todo el secreto de este problema consiste, entonces, en que el derecho no tiene más remedio que considerar a ese adversario como a un inocente hasta el día de la sentencia.

Si el demandado fuera culpable, toda la violencia del proceso se justificaría. Pero si es inocente: ¿qué justificación tendría, entonces, la violencia del proceso?

Es necesario, pues, tal como hemos tratado de encontrar un fundamento común a la acción victoriosa y a la acción fracasada, encontrar un fundamento común a la excepción triunfante y a la excepción rechazada en la sentencia.

Esa fundamentación no debe buscarse en el campo del derecho privado sino en el campo del derecho público o, más estrictamente, en el plano de los derechos del hombre.

#### IV

#### *Excepción y proceso*

Muchas Constituciones americanas consagran todavía hoy, mediante un texto expreso, en el capítulo de los derechos individuales, la máxima de que nadie puede ser condenado sin ser oído. Una larga experiencia histórica, conducida a través de los siglos, nos enseña la profunda sabiduría de este precepto.

Estos textos tienen un claro antecedente en la garantía contenida en las Enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América y conocida con el nombre de *due process of law* (7). Todos ustedes sa-

(7) Debe aclararse que la Enmienda V, que contiene la cláusula *due process of law*, formó parte de las diez primeras Enmiendas que, conjuntamente con otras dos que no tuvieron ratificación por el Congreso, se aprobaron en 1789. Fueron rápidamente referendadas por los Estados entre 1789 (20 de noviembre, New Jersey) y 1791 (15 de diciembre, Virginia).



ben, porque la doctrina francesa se ha ocupado largamente de este asunto (8), el enorme desarrollo que ha tenido en los Estados Unidos de Norte América la garantía del *due process*. Es sobre ella que los norteamericanos han construido su famosa teoría de la inconstitucionalidad de las leyes, El *due process of law* en sentido adjetivo o formal se refiere a la garantía de la defensa en juicio.

Cuando la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América ha tenido que determinar cuál es el contenido de esta garantía del *due process of law* ha dicho que ella se refiere a la idea de justicia que tuvieron sus antepasados; la garantía del *due process* es, en su pensamiento tradicional, la garantía conocida en la Carta Magna bajo el nombre de *the law of the land*. Ser juzgado mediante un proceso adecuado significa ser juzgado según la ley de la tierra, expresada en el texto de una de las más famosas Constituciones políticas de la historia (9).

Cuando la misma Suprema Corte ha debido determinar qué es la garantía del *due process of law* en lo que tiene relación con la justicia, ha dicho que esta garantía se limita a asegurar al demandado *his day in Court*; nada más que un día ante el tribunal, con una razonable oportunidad de ser escuchado (10).

(8) Véase particularmente LAMBERT, *Quatre années d'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois, par la Cour Suprême des Etats Unis*, publ. en *Mélanges Maurice Hauriou*.

(9) Véase CORWIN, *The doctrine of due process of law before the civil war*, publ. en *Selected Essays on Constitutional Law* (Compelid and edited by Committee of the Association of American Law Schools), Chicago, 1938, t. I, p. 203; en el mismo volumen Mc. ILWAIN, *Due process of law in Magna Carta*, t. I, p. 174, y HAYNES, *The history of due process of law after the civil war*, p. 268. También HOUGH, *Due process of law to-day*, p. 302.

(10) Esta jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido resumida por WILLOUGHBY, *The constitutional law of the United States*, t. 3, p. 1709.

Corresponde a la ley procesal, en los países del sistema de codificación, determinar con rigor y exactitud en qué consiste este día ante el tribunal, o, en otros términos, la medida de la necesaria defensa ante la justicia. El Código de Procedimiento viene a ser, así, la ley reglamentaria de esta garantía individual contenida en las Constituciones. El individuo encuentra en el proceso civil o penal, la ciudadela de su inocencia; el derecho procesal supone inocente a todo individuo hasta tanto se demuestre lo contrario. Y tampoco esto ocurre por comodidad, sino por necesidad.

La excepción, como un pequeño arroyuelo, viene así a desembocar en un río de ancho cauce: el de los derechos del individuo y en particular de su derecho a la paz y a la libertad.

## V

### *Consecuencias*

¿Qué conclusiones podemos extraer de estas ideas?

Siempre tratando de acentuar el paralelismo que existe entre la acción y la excepción, debemos colocar en primer término, dentro del derecho de los países americanos, la inconstitucionalidad de la ley que priva de la garantía de un proceso adecuado.

Los repertorios de jurisprudencia norte y sudamericana registran por centenares los casos en que las leyes de procedimiento han sido declaradas inconstitucionales por privar al demandado de una razonable oportunidad de defensa. En cierto modo esta jurisprudencia es una jurisprudencia política, en el mejor sentido de la palabra, y no una jurisprudencia de derecho privado (11).

No parece necesario extraer más derivaciones de una concepción, si es que ella ha permitido, aun empírica-

---

(11) Así, SECO VILLALBA, *El derecho de defensa. La garantía constitucional de la defensa en juicio*, Buenos Aires, 1947.

mente, llegar a una conclusión de justicia de esta índole.

El destino del proceso se liga, así, al destino del derecho y el destino del derecho se liga así al destino del individuo. Como en el juicio de Orestes, en *Las Euménides*, todo juez debe decir, con las palabras que el trágico puso en los labios de Palas Atena, aun frente a la acusación de haber matado a una madre, que "nunca habrá justicia si habiendo dos partes sólo se ha oído la voz de una".

Y agreguemos nosotros que por no haberlo hecho, más de una vez, a lo largo de la larga historia del hombre, se tiñeron en sangre las manos de la usticia.

En nuestra próxima conversación examinaremos estos mismos problemas desde el punto de vista del juez.

## EL PROCESO

- I - *Estructura y función del proceso*
- II - *Naturaleza del proceso*
- III - *Estructura del proceso*
- IV - *Función del proceso*

### I

#### *Estructura y función del proceso*

El proceso nace con la iniciativa del actor, se delimita con la contestación del demandado y culmina con la sentencia del juez. La ejecución puede formar, eventualmente, parte del proceso; pero no necesariamente, ya que son muchos los procesos que no tienen ni necesitan ejecución coactiva. Actor, demandado y juez son los protagonistas de este drama que denominamos proceso.

Este posee una estructura y una función. El problema de la estructura consiste en saber *qué es el proceso*; el problema de la función consiste en saber *para qué sirve el proceso*.

Ponócrates, el preceptor de Gargantúa, comenzaba la lección de cada día enseñando a su alumno la posición de los astros. No es mal consejo para un jurista, sin necesidad de tomar tanta distancia, el de procurar siempre una referencia entre la pequeña partícula de derecho que tiene entre las manos, y la inmensidad del sistema jurídico del cual esa pequeña pieza forma parte.

Trataremos de hacerlo, con las necesarias limitaciones de tiempo y de dimensión.

## II

### *Naturaleza del proceso*

Comencemos por preguntarnos ¿qué es el proceso?

Pothier nos enseñaba que el proceso es un contrato.

Era ésta una idea que cabalgaba sobre dos grandes disposiciones de espíritu del siglo XVIII. La primera de ellas, consecuencia del neoclasicismo, consistía en referir los fenómenos modernos a los de la antigüedad. La idea del proceso como contrato, que Pothier no desarrollaba en su primoroso *Traité de la procédure* sino en el *Traité des obligations*, al examinar la cosa juzgada, era una idea rigurosamente romana. Como es sabido, el proceso romano primitivo fué una especie de arbitraje privado, condición que fué luego perdiendo con el andar del tiempo.

La otra propensión del siglo XVIII fué la de examinar los fenómenos jurídicos y sociales bajo la especie del contrato. Fueron concebidos, así, como contratos, el matrimonio, la letra de cambio, la asociación... y hasta la convivencia social. Entre el pensamiento de Pothier cuando fundamenta la cosa juzgada en el contrato privado y el pensamiento de Rousseau cuando busca la explicación de la convivencia humana en el contrato social, existe una diferencia de escala, pero no de esencia. El

pensamiento de Pothier es microscópico; el de Rousseau es macroscópico (1).

Como la debilidad de esta tesis era manifiesta, la doctrina debió acudir a un subsidio: el cuasicontrato.

Apoyándose en un fragmento del *Digesto*, que por otra parte no decía lo que le atribuían algunos de sus comentaristas, se pensaba que dado que el proceso, fuente de obligaciones (!), no era ni contrato, ni delito, ni cuasidelito, debía ser, por eliminación, cuasicontrato (2).

Pero el subterfugio era verdaderamente endeble, ya que aun en el supuesto de que el proceso generara obligaciones, la fuente de estas debe buscarse en la ley, justamente la otra fuente tradicional de las obligaciones que la doctrina se había olvidado de considerar.

Estas ideas, que partían de una concepción puramente privada del proceso, pues sólo consideraban la posición que en él tienen las partes, pero no tomaban en consideración el cometido de protagonistas que corresponde al juez, fueron superadas por las doctrinas conocidas

(1) Sobre toda esta tendencia, POTHIER, *Obligations*, part. IV, cap. 3, sec. 3; DEMOLOMBE, t. XXX, p. 383; AUBRY y RAU, t. VIII, p. 372. Para su crítica, DIANA, *Alcune considerazioni sul cosiddetto contratto giudiziale*, Milano, 1901 (separata de "Monitori dei Tribunali", 1901, No. 6); en un sentido diferente, pero conexo, MAUPOINT, *Le contrat judiciaire*, París, 1911. Para las fuentes romanas, sobre las cuales existe copiosa literatura, cfr. exhaustivamente, la más reciente, PUGLIESE, *Processo privato e processo publico. Contributo alla individuazione dei loro caratteri nella storia del diritto romano*, en "Rivista di Diritto Processuale", 1948, I, p. 63.

(7) En este sentido, últimamente, culminando anteriores esfuerzos de doctrina, ALCALA ZAMORA y CASTILLO, *Proceso, autocomposición, autodefensa*, Méjico, 1947.

(2) La idea del cuasicontrato se hallaba en algunos escritores españoles antiguos: así el CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas*, Madrid, 1794, t. I, p. 46, el que, a su vez, se remite a SALGADO, *Labyrinthus creditorum*, cap. 17 y Nos. 17 y 28. Una amplia fundamentación de esta tesis se halla en el libro de ARNAULT DE GUENYVEAU, *Du quasi-contrat judiciaire*, Poitiers, 1859; pero la fundamentación de este escritor en el fragmento *De peculio*, del *Digesto*, es errónea. El pasaje no dice *In iudicio quasi contrahimus* sino *Sicut in stipulatione contrahitur... ita iudicio contrahi* (ULPIANO. Dig. I. 3, II, I).

con los nombres de la relación procesal y de la situación procesal.

Para la primera de ellas, respectivamente, el proceso es una relación jurídica, en la cual las partes entre sí y ellas con respecto al juez, se hallan ligadas por una serie de vínculos, no sólo de carácter material sino también de carácter procesal (3). cNgando la existencia de tal relación, la doctrina denominada de la situación procesal concibe al proceso tan sólo como un conjunto de cargas, de expectativas y de caducidades (4).

Posteriormente, dos corrientes de ideas han tratado de abarcar, en una concepción unitaria, la idea del proceso. Por una parte, se sostiene que es éste una entidad jurídica compleja (5); y por otra, que es una institución (6).

(3) La doctrina de la relación procesal ha sido desarrollada, principalmente, por algunos escritores alemanes. Así, p. ej. **BU-LOW, Die Lehre von den Prozessen und die Prozessvoraussetzungen**, 1868, o **KOHLER, Der prozes als Rechtsverhältniss**, 1888. De allí la tomó la doctrina italiana, en muy abundantes contribuciones que pueden verse resumidas en **SEGNI, Procedimento civile**, en **Nuovo Digesto Italiano**, t. X, p. 554; o españoles como **SILVA MELERO, Contribución al estudio de la relación procesal**, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", t. 2, p. 501; o americanos, como **MACHADO GUIMARAES, A instancia e a relacao processual**, Río de aJneiro, 1939.

(4) En este sentido, **GOLDSCHMIDT, Der prozess als Rechtslage**, Berlín, 1925, y **Teoría general del proceso**, Barcelona, 1936.

(5) Así, **FOSCHINI, Natura giuridica del processo**, en "Rivista di Diritto Processuale", 1948, I, p. 110. El mismo autor desarrolla nuevamente sus ideas en **La complessione del processo**, en la misma "Rivista", 1949, I, p. 15.

(6) La idea de que el proceso es una institución se hallaba ya delicadamente apuntada en el pensamiento de **WACH, Der Rechtsschutzanspruch**, en "Zeitschrift für deutschen Zivilprozess", t. 32, p. 5. Entre los escritores franceses que, en otro plano, han desarrollado la idea de institución, la misma idea se encuentra muy empíricamente insinuada; así, **HAURIUO, Principes de droit public**, 2ª edic., París, 1916, p. 109, y **RENARD, La theorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique**, París, 1930, ps. 239, nota 2, 273 y 446, nota 2. Ultimamente ha sido tomada, con nuevo aliento, por **GUASP, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil**, Madrid, 1943, t. I, p. 17, a quien sigue **FENECH, Curso elemental de derecho procesal penal**, Barcelona, 1945, t. I, p. 12; por **DE PENA y CASTILLO LARRAÑAGA, Instituciones de derecho procesal civil**, Méjico, 1946, p. 162. Por nuestra parte, hemos dedicado a este tema el estudio **El proceso como institución**, publ. en "Revista Jurídica de Córdoba", 1949, p. 405, y en el volumen de **Estudios en honor de Enrico Redenti**.

Lo grave de este enjambre de ideas, no es tanto su dispersión sino la intransigencia con que los partidarios de una y otra tesis se empeñan en sostener su verdad y el error de la tesis combatida. Esta es una modalidad muy común de nuestra cultura, "En occidente — escribe un pensador oriental — un hombre se enamora de una teoría y otro de otra; y ambos proceden a demostrar su teoría y el error de la adversa, con gran cultura y estupidez".

Las teorías del contrato y del cuasicontrato aparecen en sus autores con cierta simultaneidad; la de la relación procesal no excluye que el proceso sea un conjunto de situaciones; la idea de que el proceso sea un fenómeno jurídico complejo, punto que no parece que pueda negarse, no impide que, poniéndose de acuerdo en las palabras, se conciba a éste como una institución.

No nos hallamos, pues, en presencia del descubrimiento de una verdad, sino que estamos procurando una interpretación sistemática de un fenómeno. La ciencia no se propone determinar aquí *cómo es* una cosa, sino *cómo se relaciona* con el conjunto del derecho, tema éste que cada uno puede concebir a su manera.

No hagamos, pues, del pensamiento sistemático, en el que es bien difícil tener el convencimiento de haber alcanzado la verdad, un capítulo de intransigencia. La humildad de la ciencia se halla en una línea sutilmente paralela a la humildad del corazón.

### III

#### *Estructura del proceso*

Volvamos, ahora, a la pregunta inicial, ¿qué es el proceso?, para contestarla con nuestros propios medios.

El proceso es, en sí mismo, un método de debate. En él participan elementos humanos: jueces, auxiliares, partes, testigos, peritos, etc., los cuales actúan según cier-

las formas preestablecidas en la ley. Esas formas regulan la producción de actos jurídicos procesales, vale decir, actos humanos dirigidos por la voluntad jurídica.

A su vez, esos actos se registran en documentos emanados de las partes, de los jueces y de sus auxiliares. De aquí deriva la circunstancia de que el proceso es, indistintamente, el conjunto de actos y el expediente (*dossier*) en el cual esos actos quedan registrados. Los documentos del proceso *re-presentan*, vale decir, presentan de nuevo, la voluntad jurídica procesal.

Las formas procesales varían en el tiempo y en el lugar, ya sea bajo el aspecto de método escrito o de método oral; ya sea bajo la forma de principio inquisitorio o dispositivo; ya sea bajo la forma de proceso público o privado, etc. Pero en esas formas, variantes en el tiempo y lugar, lo que constituye la estructura del proceso, es el orden dialéctico. El proceso judicial y el proceso dialéctico aparecen, así, ante nosotros, unidos por un vínculo profundo. A la verdad se llega por oposiciones y por refutaciones; por tesis, por antítesis y por síntesis.

La justicia se sirve de la dialéctica, porque el principio de contradicción es el que permite, por confrontación de los opuestos, llegar a la verdad. El fluir eterno, decía Hegel, obedece a la dialéctica: se pone, se opone, y se compone en un ciclo que presupone un comienzo y que sólo lo alcanza al fin. “El todo y sus partes —dice el filósofo— se integran recíprocamente en el inmenso torbellino; fuera de él todo pierde impulso y vida. Nada es estable. Permanente es sólo el torbellino”.

Pero el debate por sí mismo no tiene sentido. El proceso, si tiene una estructura dialéctica, es porque a merced de ella se procura la obtención de un fin. Toda idea de proceso es esencialmente teleológica, en cuanto apunta hacia un fin.



Procuramos, pues, complementar la idea meramente formal del debate forense y de su principio contradictorio; con la idea de finalidad. Una vez dada la respuesta que nos dice lo que es el proceso, debe enfrentarse la pregunta que consiste en saber cuál es su fin: para qué sirve.

#### IV

##### *Función del proceso*

El proceso sirve para resolver un conflicto de intereses.

Todo proceso presupone uno o más conflictos y es un medio idóneo para dirimirlos por acto de la autoridad. La doctrina distingue entre autodefensa (vías de hecho para hacer cesar la injusticia): la autocomposición (entendimiento para poner fin al conflicto por acto de las partes); y proceso (vía de derecho para poner fin al conflicto por acto de la autoridad). El proceso tiene, como finalidad, hacer cesar el conflicto, mediante un debate preordenado, por acto de la autoridad (7).

Contemplados desde el punto de vista de su estructura, existe una unidad entre el proceso parlamentario, el proceso administrativo y el proceso judicial. Todos ellos se apoyan, desde ese punto de vista, en la necesidad del debate y en la conveniencia que deriva de la exposición de las ideas opuestas para llegar a la verdad. Pero en su finalidad difieren, en cuanto a que el proceso parlamentario, con su debate de los representantes del pueblo, apunta a la sanción de la ley; el proceso administrativo, con su acopio de antecedentes técnicos, apunta hacia el gobierno y la administración; y el proceso judicial, con su debate de las partes interesadas y recaudación de pruebas, apunta hacia la cosa juzgada, esto es, hacia la solución (eventualmente coactiva) del conflicto de intereses.

---

(7) En este sentido, últimamente, culminando anteriores esfuerzos de doctrina, ALCALA ZAMORA y CASTILLO, *Proceso, autocomposición, autodefensa*, Méjico 1947.

Ese fin es privado y público a la vez.

Es privado, en cuanto interesa a las propias partes hacer cesar su conflicto. Al actor le asegura la efectividad de su derecho cuando su pretensión es justa; al demandado le asegura el rechazo de la demanda, cuando la oposición es justa.

Pero, junto a ese interés privado, el proceso tiene una finalidad que interesa a la comunidad. Esa finalidad de carácter público consiste en asegurar la efectividad del derecho en su integridad. El proceso es un instrumento de producción jurídica y una incesante forma de realización del derecho. Este se realiza positivamente en las sentencias judiciales; y a éstas sólo se llega mediante el proceso. Este, se ha dicho, asegura la *lex continuitatis* del derecho.

No se me oculta que para la doctrina francesa, habituada tradicionalmente a una concepción simplemente declarativa del proceso, la idea de que éste constituye un instrumento de producción jurídica, esto es, creador de nuevas formas de derecho no existentes antes de la sentencia, es una proposición revolucionaria.

Cierto predicador, oyendo un día a otro predicador, dijo: "la teología de este predicador corresponde a mi demoniología; su idea de Dios corresponde a mi idea de Demonio".

En la próxima conferencia veremos, pues, la demoniología del proceso y de la sentencia con que él culmina.

## LA SENTENCIA

- I - *Forma de la sentencia*
- II - *Contenido de la sentencia*
- III - *Declaración y creación en la sentencia*
- IV - *Sentencia y derecho*
- V - *El juez*

## I

*Forma de la sentencia (1)*

Para saber cuál es el contenido de la jurisdicción, siguiendo siempre nuestro método de partir de los hechos, comencemos haciendo la experiencia de tomar entre las manos una de esas piezas a las que denominamos habitualmente fallos o sentencias.

Por supuesto que al hacerlo así, no tendremos en la mano la sentencia misma. Esta fué, originariamente, algo que fué *sentido*; de allí su nombre de *sententia*. Pero ese *sentimiento*, por la razón dada antes, debió ser registrado o documentado. Lo que tenemos entre las manos no es, pues, más que el documento re-presentativo, presentativo de nuevo, decíamos, de aquello que el juez *sintió* como derecho.

Aclarado esto, comencemos con la experiencia de examinar lo que se halla en nuestras manos, comenzando por su forma.

En el proceso hispanoamericano moderno, una sentencia se compone de un preámbulo, que contiene la denominación de la causa en la cual se dicta; de una primera parte, que contiene un relato de los hechos debatidos; de una segunda parte, que determina el derecho que es aplicable; y de una conclusión, que contiene el fallo o decisión final.

Lo curioso en esta estructura es que ella reproduce con una plasticidad casi perfecta la forma de la demanda. Cuando las leyes procesales hispanoamericanas describen la forma de la demanda, reclaman un preámbulo, un relato de los hechos, una exposición del derecho y una

---

(1) Sobre todo este tema, nos remitimos a los amplios desarrollos que le hemos asignado en **Fundamentos del derecho procesal civil**, ps. 149 y siguientes.

petición final. Los españoles llamaron *requisito de congruencia* a esta especie de coherencia necesaria que ha de haber entre lo pedido y lo decidido. Un autor ha señalado con agudeza que toda demanda es el proyecto de sentencia que quisiera el demandante en cuanto a su estructura y en cuanto a su contenido.

Contemplando este mismo hecho desde el ángulo de la sentencia, podemos decir que toda sentencia es, en cierto modo, la reproducción formal de una demanda enteramente fundada.

## II

### *Contenido de la sentencia*

Pero inmediatamente de observada la forma, no bien tratemos de perforar la corteza de la decisión, hallaremos dificultad en determinar su contenido. No hay acuerdo, en la doctrina, como sucede siempre en todas las cuestiones de orden metódico, acerca de cuántas son las clases o tipos de sentencias; pero luego de tantas páginas como se han escrito para lograr esa clasificación, podemos hoy admitir como pacíficamente reconocidos, por lo menos, cuatro tipos de sentencias: declarativas, de condena, constitutivas y cautelares.

Las sentencias *declarativas* son aquellas que se limitan a una simple declaración del derecho. Si a mí se me exigiera la determinación de una sentencia tan puramente declarativa que contenga el mínimo imaginable de cualquier otra sustancia, yo elegiría la sentencia desestimatoria. Cuando el juez rechaza la demanda, no hace otra cosa que declarar su improcedencia; una pura declaración.

Sentencias *de condena* son las que imponen una prescripción, sin que sea necesario, en homenaje a la cultura de este auditorio, dar más detalles al respecto.

Sentencias *constitutivas* son aquellas que crean un estado jurídico nuevo, no existente antes de su pronunciamiento. La sentencia de divorcio, por ejemplo, es una sentencia constitutiva en sí misma, por cuanto opera la disolución del matrimonio y crea un estado jurídico no existente antes de ser emitida. Si se me permitiera acentuar su carácter constitutivo subrayando su importancia, yo añadiría que es una sentencia *constitutiva necesaria*. Un contrato puede disolverse por otro contrato; pero el matrimonio no puede disolverse sino por una sentencia.

Las sentencias *cautelares*, que la doctrina francesa ha llamado en más de una oportunidad "preventivas", son aquellas que no suponen un pronunciamiento sobre el fondo del derecho sino que se limitan a decretar, en vía sumaria, una medida de seguridad. Tales medidas parten de la base de que el proceso demanda tiempo y que cuando llegue la sentencia definitiva, el estado de cosas existente al comienzo puede desaparecer. Se ha dicho que las decisiones cautelares o preventivas tratan de conjurar el *periculum in mora*, evitando que las sentencias judiciales por su excesiva tardanza se dicten cuando las circunstancias se han hecho virtualmente irreparables.

Hasta aquí las ideas comúnmente admitidas por la doctrina. Pero es justamente a partir de este punto, en que comienza la dificultad.

### III

#### *Declaración y creación en la sentencia*

¿Es verdad que existen sentencias puramente declarativas o puramente constitutivas? Por su parte, ¿las sentencias de condena y cautelares, no son en cierto sentido declarativas, y en cierto sentido constitutivas?

El caso es grave, porque en este punto hay que en-

frentar con cierto heroísmo una larga y muy prestigiosa tradición.

Veámoslo.

Cualquiera de los alumnos que me escucha retiene en la memoria las palabras de Montesquieu: "Les juges de la Nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres *inanimés*" (2).

La historia de las ideas jurídicas no ha tenido un intérprete más elocuente que Montesquieu, de la concepción declarativa del proceso. Montesquieu es, como ciertas figuras del arte o de la ciencia, un límite entre dos épocas. Como Dante, como Cervantes, como Beethoven, como Pasteur, Montesquieu es, en su ciencia, el último de los antiguos y el primero de los modernos. Utilicemos, pues, sus palabras, como paradigma de la concepción declarativa de la sentencia.

En el otro extremo de la línea jurídica, debemos colocar el pensamiento que llamaremos, por comodidad, de entendimiento, concepción procesal del derecho.

A diferencia de quienes nos presentan la sentencia judicial como simple revelación de la ley, esta tendencia nos presenta la sentencia judicial como un fenómeno creativo o productivo del derecho. La denominada "teoría de la experiencia jurídica", por ejemplo, concibe el derecho como un proceso de gradual despliegue dinámico de preceptos. El material de los preceptos jurídicos, naturalmente caótico, debe hacerse cósmico. El único esquema trascendental por el cual se alcanza la unidad sistemática, consiste en concebir el derecho en cada uno de sus estados, como la exteriorización escalonada de la voluntad pura, sin que entre uno y otro grado exista

---

(2) *De l'esprit des lois*, lib. XI, cap. 6

solución de continuidad. Lo único que puede garantizar esa unidad es el proceso. Para la ciencia jurídica pura, el pronunciamiento deriva del proceso, no por medio de actos psíquicos del juez, sino a través del proceso; y éste es una serie de formas jurídicas preceptivas, que desembocan en la sentencia.

Concluye esta concepción con un pensamiento que viene a ser algo así como el paraíso de los procesalistas: "Acaso el procedimiento llegue a ser la reina de las ciencias jurídicas" (3).

Para Montesquieu, el centro del derecho es la ley; el proceso es una simple prolongación, un brazo de la ley alargado hacia el caso concreto. Para la teoría opuesta el proceso es el derecho; sin él, no existe la *lex continui-talis*, órgano de articulación necesario para toda concepción pura del derecho. El derecho se revela en el proceso *necesariamente*. Su esencia es forzosamente constitutiva, en cuanto crea la articulación y continuidad necesaria del derecho.

#### IV

#### *Sentencia y derecho*

Tratemos de meditar, ahora, con nuestras propias fuerzas, sobre estas dos veces que desde el siglo XVIII hasta el siglo XX lanzan su mensaje hacia el pensamiento jurídico.

---

(3) Las ideas que conciben la sentencia como una forma de producción jurídica son abundantes en la doctrina alemana. Baste referir aquí, por su proyección en el pensamiento latinoamericano, la concepción de KELSEN, *La teoría pura del derecho*, traducción española, Buenos Aires, 1941, p. 114. Ultimamente, en el sentido indicado en el texto, SANDERS, *Die transzendente Methode der Rechts philosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens*, publ. en "Zeitschrift für öffentliches Recht", 1920, I, p. 483. Tomamos esta referencia, a falta de la edición original, del estudio de SOLER, *Los valores jurídicos*, en "Revista Jurídica de Córdoba", t. I, 1947, p. 233.

¿Podremos decir que el juez es solamente “la voz que pronuncia las palabras de la ley”? ¿Podremos decir que es “un ser inanimado”?

Me parece que no. En todo caso, esta concepción representa un exceso de lógica formal, a expensas de la lógica viva. El juez no puede ser un signo matemático, porque es un hombre; el juez no puede ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, porque la ley no tiene la posibilidad material de pronunciar todas las palabras del derecho; la ley procede sobre la base de ciertas simplificaciones esquemáticas y la vida presenta diariamente problemas que no han podido entrar en la imaginación del legislador.

Cuando la ley cae en el silencio podríamos decir, siguiendo la metáfora del poeta, que ese silencio está poblado de voces. . . Pero cuando el juez dicta su sentencia, no sólo es un intérprete de las palabras de la ley, sino también de sus voces misteriosas y ocultas.

Además, toda sentencia, aun aquella que sea puramente declarativa, crea un estado jurídico nuevo.

Cuando la sentencia declarativa o de condena han pasado en autoridad de cosa juzgada, ha surgido algo nuevo en el sistema del derecho. Ese *quid novum* es la certidumbre. El derecho era incierto antes de la cosa juzgada, y se ha hecho cierto después de ella.

La certidumbre supone una modificación en el estado de cosas anterior y representa, en muy buena medida, un instrumento de paz jurídica. La sentencia trae la paz jurídica, junto con la tutela del derecho del triunfador. En este sentido, podemos hablar de que cualquier sentencia, sea ella declarativa, de condena o preventiva, tiene una partícula de elemento constitutivo.



Admitamos, pues, desde este punto de vista, que toda sentencia es, en mayor o menor grado, constitutiva o creativa de un estado jurídico no existente antes de su pronunciamiento.

Pero, por el contrario, considerar que la sentencia es un instrumento necesario del derecho y que sólo el proceso puede asegurar la *lex continuitatis* del orden jurídico, significa omitir uno de los más grandes y conmovedores fenómenos del derecho.

La doctrina denomina "realización espontánea del derecho" a ese inmenso caudal de fenómenos jurídicos que se realizan sin la intervención de la autoridad. El gobierno establece un impuesto y los contribuyentes protestan, pero pagan; los padres alimentan a sus hijos, no ya porque se lo mande el Código Civil, sino porque hay un profundo imperativo humano que los conduce a ello; los deudores pagan lo que deben a sus acreedores porque así se lo manda su conciencia; el obrero presta el trabajo que se ha comprometido a dar, porque hay muchos motivos no estrictamente jurídicos que le impulsan a ello. Si un día esa realización espontánea del derecho cesara y todos los contribuyentes debieran ser demandados judicialmente, si todos los padres debieran ser condenados a alimentar a sus hijos, si todos los deudores o todos los obreros debieran ser conducidos hasta el tribunal para que cumplieran con sus obligaciones, la máquina del Estado saltaría hecha pedazos.

El derecho se realiza sin imposición porque en la conciencia del hombre existe una experiencia secular que le enseña que es bueno cumplir el derecho espontáneamente, antes de que se le obligue por la fuerza.

La concepción de Montesquieu era una concepción políticamente necesaria para las ideas jurídicas del siglo XVIII, porque suponía una reacción contra ciertas ideas anteriores; pero la concepción procesal del derecho y el

endiosamiento del juez como instrumento necesario para la experiencia jurídica, representa el exceso de una concepción estatista, autoritaria, de la vida, que no coincide con los datos de la experiencia jurídica.

## V

### *El juez*

Al llegar a este punto, debemos reconstruir el resultado de nuestra observación sobre la sentencia que tenemos entre manos.

La concepción tradicional que divide las sentencias en declarativas, constitutivas, de condena y cautelares, es sólo aproximadamente exacta. Las sentencias sólo son *primordialmente* declarativas, constitutivas, de condena o cautelares. Toda sentencia es en cierto modo constitutiva, como toda sentencia es, en cierto modo, declarativa. Y hay sentencias, como la que disuelve el matrimonio, que pueden ser, simultáneamente, declarativas, constitutivas, de condena y de cautela.

También la mitología jurídica tiene sus faunos, sus sirenas y sus centauros. Junto a las clasificaciones, con su valor de escuela, debemos admitir la realidad de formas híbridas, unidades compuestas con pluralidades y que no pueden abarcarse en clasificaciones herméticas.

Pero al llegar aquí, tratemos todavía de ir más adelante.

La sentencia no es un pedazo de lógica, ni es tampoco una pura norma. La sentencia es una obra humana, una creación de la inteligencia y de la voluntad, es decir, una criatura del espíritu del hombre.

Los teorizadores de la concepción declarativa del proceso, nos muestran al juez como un lógico, que fabrica

silogismos. La ley, se dice, es la premisa mayor; el caso concreto es la premisa menor; la sentencia es la conclusión. Pero la sentencia tiene, a la vez, numerosas deducciones particulares; y los círculos de estas diversas deducciones particulares son, a su vez, otros tantos silogismos. El fallo es, así, una especie de pequeña constelación de inducciones, de deducciones y de conclusiones (4).

En el otro extremo, la doctrina creativa del derecho ha acentuado el carácter voluntarista de la decisión y reducido al mínimo la lógica. No hago, por supuesto, alusión a la llamada "teoría del derecho libre", porque esta teoría nació para ser refutada. Me refiero, en cambio, a la concepción anglonorteamericana del derecho. Holmes ha dicho que el derecho no es lógica, sino experiencia; y uno de los maestros de la escuela de Yale ha dicho que el jurista no es un lógico, sino un ingeniero social (5).

Como se comprende, en cada una de estas dos posiciones van comprendidos los excesos que trae consigo toda lógica sin experiencia y toda experiencia sin lógica.

El juez es un hombre que se mueve dentro del derecho como el prisionero dentro de su cárcel. Tiene libertad para moverse, y en ello actúa su voluntad; pero el derecho le fija muy estrechos límites, que no le está permitido ultrapasar. Pero lo importante, lo grave, lo verdaderamente trascendental del derecho, no está en la cárcel, esto es, en los límites, sino en el hombre.

---

(4) Los mejores desarrollos de esta actitud corresponden a los estudios de CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, publ. en *Studi di diritto processuale civile*, t. I, p. 1, y CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, 1937.

(5) En este sentido YNTENA, en "Yale Law Riveiew", t. 37, 1928, p. 238. COHEN, *The place of logic in the law*, en el volumen *Law and the social order*, concluye que el lugar de la lógica en el derecho es nulo; el derecho "es el conjunto de los prejuicios dominantes en una determinada sociedad en un momento dado". Asimismo CARDOZO, *The nature of judicial process*, 12ª ed., New Haven, Yale, 1945.

La Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América, en una de sus máximas lapidarias, ha dicho que "la Constitución es lo que los jueces dicen que es". Esta máxima contiene el exceso de todas las teorías voluntaristas del derecho; pero no se le puede negar su profundo contenido de realidad vital. Y si esto es así, si el derecho es "lo que los jueces dicen que es", ¿cómo podemos desentendernos del juez como elemento necesario en la creación y producción del derecho? ¿Cómo podremos desprender la decisión del juez de sus impulsos, de sus ambiciones, de sus pasiones, de sus debilidades como hombre? El derecho puede crear un sistema perfecto en cuanto a su justicia; pero si ese sistema ha de ser aplicado en última instancia por hombres, el derecho valdrá lo que valgan esos hombres.

El juez es una partícula de sustancia humana que vive y se mueve dentro del derecho; y si esta partícula de sustancia humana tiene dignidad y jerarquía espiritual, el derecho tendrá dignidad y jerarquía espiritual. Pero si el juez, como hombre, cede ante sus debilidades, el derecho cederá en su última y definitiva revelación.

Uno de los grandes dramas del nacionalsocialismo fué el de haber creado toda una doctrina autoritaria del derecho y haber hecho del juez el "Führer" del proceso. Y lo menos que dijo la experiencia jurídica fué que esa concepción era trágica. No ya porque el sistema pudiera ser manejado por los hombres, sino porque los hombres eran manejados por el sistema.

De la dignidad del juez depende la dignidad del derecho. El derecho valdrá, en un país y en un momento histórico determinados, lo que valgan los jueces como hombres. El día en que los jueces tienen miedo, ningún ciudadano puede dormir tranquilo.

Tratando de ordenar en un sistema de ideas los principios básicos, radicales, aquellos en torno a los cuales

se agrupa toda experiencia acerca de la función y del cometido del juez, yo me he permitido reducirlos a tres órdenes necesarios: el de independencia, el de autoridad y el de responsabilidad.

El de *independencia*, para que sus fallos no sean una consecuencia del hambre o del miedo; el de *autoridad*, para que sus fallos no sean simples consejos, divagaciones académicas, que el Poder Ejecutivo pueda desatender a su antojo; y el de *responsabilidad*, para que la sentencia no sea un ímpetu de la ambición, del orgullo o de la soberbia, sino de la conciencia vigilante del hombre frente a su propio destino (6).

La sentencia podrá ser justa o injusta, porque los hombres necesariamente se equivocan. No se ha inventado todavía una máquina de hacer sentencias. El día en que sea posible decidir los casos judiciales como se deciden las carreras de caballos, mediante un ojo eléctrico que registra físicamente el triunfo o la derrota, la concepción constitutiva del proceso carecerá de sentido y la sentencia será una pura declaración, como quería Montesquieu. Pero mientras no pueda lograrse esa máquina de hacer sentencias, el contenido humano, profundo y entrañable del derecho, no puede ser desatendido ni desobedecido y las sentencias valdrán lo que valgan los hombres que las dicten.

#### D E B A T E

con ocasión de la última conferencia, realizada el 6 de abril de 1949, bajo la presidencia del profesor Henry Solus. Traducción de las versiones taquigráficas de René Bluet.

EL PRESIDENTE, SR. SOLUS. Mi querido colega: hemos escuchado con legítima curiosidad y, debo decir-

---

(6) En este sentido nos remitimos a cuanto hemos expuesto, con amplio desarrollo, en *Las garantías constitucionales del proceso civil*, en *Estudios*, cit., ps. 76 y ss.

lo, hasta con la más grande emoción, esta magistral conferencia. El tema nos había preocupado un poco, ya que se anunciaba bajo el título de *El proceso como institución*. Partiendo de esta noción de institución, tan desmesuradamente ensanchada por algunos, el conferencista ha logrado elevar el debate, al igual que en las conferencias anteriores, y llevarlo realmente hasta la cumbre.

Hemos oído todos con verdadero recogimiento esta apoteosis final de lo que constituye el cometido del juez. Estoy seguro de que los magistrados que están con nosotros, le habrán escuchado con muy particular satisfacción. Todos nosotros estamos en el mismo ideal y nuestra más absoluta confianza se halla depositada en la independencia, en la autoridad y en la responsabilidad de nuestros jueces.

Señores; pienso que esta exposición podría suscitar, como es costumbre en la Facultad, y siempre que el autor no tenga inconveniente, un intercambio de puntos de vista.

Además, se encuentra entre nosotros el Embajador del Uruguay, a quien debo agradecer muy particularmente su presencia y el honor que con ella ha hecho a la Facultad.

Hallándose presentes muy altos magistrados, profesores, abogados y algunos procesalistas, yo desearía vivamente dar la palabra a quien entre ustedes, señoras y señores, tuviera a bien pedirla. . . . Acaso el señor Primer Presidente de la Corte de Casación, M. Frémicourt, tendría algunas observaciones que comunicarnos.

SR. FREMICOURT. Si bien no he pedido la palabra, creo que debo subrayar algunas manifestaciones del profesor Solus.

Ha sido particularmente agradable, para un antiguo magistrado, oír las frases que acaba de pronunciar nues-

tro conferencista. Nos ha dicho él que es necesario que el juez tenga libertad, autoridad y responsabilidad. Debo confesar que este tríptico me ha parecido singularmente feliz y que él coincide con la idea que nosotros tenemos del juez. Sus palabras finales y su bellísima parábola, han encontrado en mi espíritu un eco verdaderamente enternecedor. Permítaseme confesarlo.

He escuchado con inmenso interés esta conferencia que demuestra un dominio muy singular del idioma francés de parte de quien la ha pronunciado. Para alcanzar ciertas sutilezas a las cuales el conferencista ha llegado, es necesario tener de nuestro idioma un conocimiento muy profundo. Estoy seguro de que todos los que aquí se encuentran han oído la disertación con el interés tan vivo con que yo la he escuchado.

Entrando al fondo del tema y repitiendo la pregunta que consiste en saber qué es el proceso en sí mismo, debe admitirse que se trata de una cuestión delicada. Debo confesar, con verdadera confusión, que nunca me había preguntado a mí mismo ni había tratado de resolver, no obstante mi calidad de juez, qué es un proceso. Es evidente, cuando se medita bien, que si el proceso y su sentencia son, en la mayoría de los casos, puramente indicadores del derecho, contienen sin embargo muchos elementos constitutivos. Como el conferencista lo ha subrayado, hay una parte de temperamento, de espíritu, de inteligencia y de concepciones particulares de quien dicta la sentencia que entra inequívocamente en la decisión.

El juez no puede ser el hombre "que dice la ley", pues la ley en ciertos casos puede ser insuficiente, inadaptable a la cuestión que se ha planteado al magistrado; puede presentar oscuridades que es preciso aclarar. En consecuencia, siempre será necesario que el espíritu humano tome una determinación y una decisión, independientemente de lo que sea aplicación rigurosa y matemática de los textos.

En estos casos se puede considerar que la decisión judicial es en parte creativa y constitutiva de derecho. Es por esto que la jurisprudencia tiene la influencia y el alcance que todo el mundo le reconoce. Si el magistrado no hiciera otra cosa que aplicar rigurosamente los textos, siempre los mismos y siempre de la misma manera, serían inconcebibles las interpretaciones diversas, muchas veces convergentes, que los magistrados dan a los textos; y quedarían también sin explicación las decisiones que dictan los jueces en ausencia de textos precisos que puedan aplicarse a la situación que se les somete.

Es mucho lo que he aprendido esta tarde. Tengo que felicitarle de ello. Y mucho más todavía si tengo en cuenta que la lección que acabo de escuchar ha sido dictada en términos tan particularmente interesantes, que se ha hecho escuchar con vido agrado.

SR. XIRAU.—Acabo de percibir, señor Presidente, que es mucho lo que he perdido por mi imposibilidad de escuchar al profesor Couture en sus dos primeras conferencias. Su lección de hoy se halla, sin duda, estrechamente ligada a lo que ha explicado antes en sus lecciones precedentes sobre la acción y la defensa en juicio. Al exponer esos tres temas, la acción, la defensa y el proceso, ha hecho un desarrollo de los tres elementos que están en la base misma del derecho judicial y del procedimiento, como decimos nosotros en Francia.

Me complace particularmente tomar la palabra después de esta conferencia tan clara y precisa, porque no olvido que, en mis comienzos, también yo me he inclinado sobre los problemas del derecho procesal y del proceso. Lo que el profesor Couture nos ha dicho me ha hecho volver a lo que yo llamaría mis primeros amores; y es siempre agradable recordar lo que ha sido un gran amor de juventud.

Desearía solamente preguntarle al profesor Couture



dos cosas. En primer término él ha recorrido todas las doctrinas relativas al fin del proceso y de la sentencia. Si retengo bien sus palabras, él ha dicho que las clasificaciones son puramente pedagógicas y que las distinciones entre sentencias declarativas, constitutivas y de condena no son sino distinciones de carácter pedagógico.

Pero yo recuerdo que el profesor Couture ha escrito un trabajo sobre sentencias puramente declarativas. Desearía que nos dijera exactamente cuál es el alcance de su actitud de hoy, señalando hasta qué límite cree él que las sentencias puramente declarativas puedan ser incorporadas en un conjunto que no tiene sino variedades y matices. Se trataría de saber si uno de los criterios más sólidos para la clasificación de las sentencias no sería justamente éste: cuando la sentencia no modifica la situación de hecho con respecto al derecho, o bien cuando la sentencia apareja una modificación más o menos grande, pero en todo caso una modificación de la situación anterior. Este criterio es muy ilustrativo al mostrarnos sentencias que no modifican la situación real, la relación existente entre el hecho y el derecho y qué son sentencias puramente declarativas. Dicha distinción nos abre perspectivas; pero carezo del tiempo necesario para penetrar más al fondo de la cuestión. Me limito a sugerir la idea de que el profesor Couture nos explique este punto.

Mi segunda pregunta no es en verdad una pregunta sino un pedido amistoso que quisiera hacer al profesor Couture, que habita un país que es sin duda el más europeizado de América latina y que si bien no ha renunciado a su personalidad ha sabido asimilar en el dominio del derecho las diferentes corrientes de la doctrina europea. El derecho del procedimiento es siempre una ciencia práctica y tiene un fin práctico. Tal como decía recientemente el profesor Solus, es una rama que tiene fama de ser árida. Yo diría más bien que es una parte del

derecho en la cual no se opera directamente con la realidad, sino con los elementos del derecho mismo. Por esto es que desearía pedir al profesor Couture que nos indique cuáles son las corrientes actuales de la práctica del procedimiento civil en su país. El acaba de terminar su Proyecto de Código de Procedimiento Civil y puede informarnos cuáles son las tendencias que dominan en el sistema del Proyecto.

Estas son las dos cuestiones que he deseado plantear.

SR. CUEVAS.- Como especialista del derecho público yo quisiera por mi parte subrayar un punto particular.

Cuando se nos dice que el procedimiento se encuentra en la encrucijada del derecho público y del derecho privado, los procesalistas nos dan un verdadero regocijo, ya que ellos comienzan a alejar el procedimiento del derecho privado y aproximarle al derecho público. Será suficiente un paso más adelante, para que se sitúe sistemáticamente el procedimiento en el campo del derecho público. Es sobre este primer punto que desearía conocer la opinión del profesor Couture.

Hay también otra cuestión que me interesa. Cuando yo dictaba clases en la Universidad de Madrid, debí examinar profundamente la doctrina de la institución utilizando los libros de los grandes maestros de la ciencia jurídica francesa. Ha sido Hauriou uno de los más grandes maestros de esta escuela que ha guiado en mi juventud mi formación de jurista.

El profesor Couture nos ha indicado el error que todavía existe a propósito de los conceptos de relación y de situación jurídica, ya que al fin de cuentas un conjunto de situaciones puede constituir una relación. Hay múltiples modalidades de relaciones. Entre ellas hay relaciones objetivas como la situación, de las cuales el ejemplo característico es el *status*. Existen también relaciones

subjetivas cuyo ejemplo característico es el *contractus*; pero uno y otro son relaciones jurídicas: una de carácter objetivo y otra de carácter subjetivo.

No creo necesario dar mi opinión sobre este tema, pero desearía saber cuál es la opinión del profesor Couture acerca de esta distinción.

EL PRESIDENTE, SR. SOLUS. ¿El profesor Morel no querría decirnos cuál es la concepción que en la cátedra y en sus libros ha defendido acerca de la naturaleza del vínculo jurídico de la instancia, que es un punto tratado en la primera parte de la conferencia que hemos escuchado?

SR. MOREL. Debo comenzar por expresar lo mismo que ha dicho el Presidente de la Corte de Casación, Frémicourt. He quedado realmente admirado del dominio con que el profesor Couture ha expuesto esta materia particularmente delicada. Confieso que cuando conocí el cartel que nos anunciaba el tema de esta lección, tuve un vivo sentimiento de curiosidad. He sostenido por mi parte que el proceso no es un contrato ni un cuasicontrato, sino que él crea una relación jurídica, vínculo de derecho entre las partes litigantes y vínculo de derecho también entre ellas y el juez encargado del servicio público. Pero debo confesar ante ustedes que nunca hubiera pensado que se pudiera incluir el proceso entre las instituciones y concebirlo como una institución. Debo reconocer ahora, que la exposición tan sustancial y tan profunda del profesor Couture, me ha convencido en buena medida.

Creo que sería necesario, sin embargo, distinguir a este respecto.

Por una parte, ¿qué es una institución?

Sobre este punto no es mucho lo que se sabe, pero me

parece claro que, por lo menos en la concepción de los juristas franceses, la idea de institución supone algo de permanente, algo así como un estatuto. El matrimonio es una institución y él constituye el ejemplo que se nos da con más frecuencia. Es cuestión de preguntarse, entonces, ¿existe un estatuto que haga del proceso algo permanente?

En ese cuadro que constituye el litigio, hay una parte que se reserva a los litigantes. Nosotros admitimos en Francia de manera muy firme, que el objeto del proceso, la materia misma del proceso, pertenece a los litigantes. Es probable que les pertenezca demasiado, en el sentido de que más de una vez se facilitan simulaciones y se evita dar al juez referencias que aclararían muchísimo el proceso. Pero en Francia nos encontramos muy vinculados a la idea de que la materia del proceso pertenece a las partes. Pero el cuadro en el cual se desenvuelve el proceso y las reglas a las cuales los litigantes obedecen, son en amplia medida reglas estatutarias. Se puede hablar de un estatuto de los litigantes. El estatuto es efectivamente algo permanente. En este punto estaría de acuerdo en vincular el proceso a la institución.

Pero el prof. Couture se ha colocado en otro punto de vista. Él ha examinado el tema desde el punto de vista del juez. En él nos hallamos frente a otro problema, que es la función de la jurisprudencia. Este tema es enteramente distinto; pero aun yo estaría de acuerdo con el prof. Couture.

El proceso pone en movimiento al magistrado que debe decir el derecho. Su función no es solamente interpretar la ley, sino también adaptar a la ley y a las reglas de derecho las cuestiones no previstas por el legislador. Sobre este punto acepto la función creadora de la jurisprudencia. Pero nos preguntamos: ¿puede ser una institución el proceso en la medida en que él permite al juez ejercer su función creadora?

Nuestra generación ha tenido el gran privilegio, después de haber visto nacer el automóvil y la aviación, de ver nacer y formarse una jurisprudencia. Desde hace treinta años se ha formado en Francia, gracias a la Corte de Casación, una jurisprudencia sobre la responsabilidad por el hecho de las cosas. Esa jurisprudencia no está fijada todavía definitivamente. Es cierto que el proceso ha sido, en cierta medida, una institución en tanto que ha permitido al juez decir el derecho. Solamente creo necesario destacar que esta institución dista mucho de ser perfecta.

Cuando escrutamos en la jurisprudencia la responsabilidad por el hecho de las cosas a la cual el profesor Couture ha hecho alusión, comprobamos numerosas divergencias entre los jueces. Los fallos nos muestran los tanteos con los cuales la Corte de Casación ha elaborado la jurisprudencia. Entonces nos decimos que si el proceso puede ser una institución, es una máquina que funciona moliendo el grano pero dejando de lado mucho desperdicio.

He aquí, señor Presidente, algunas reflexiones que me ha sugerido la exposición, realmente notable, del profesor Couture. No estoy todavía totalmente convencido; pero me encuentro en el camino de la fe.

EL PRESIDENTE SR. SOLUS.- ¿No existe entre ustedes, señores, algún antiinstitucionalista que nos ponga en polémica frente a la concepción institucional? Si no existiera, el Presidente, que no tiene derecho a tomar la palabra en los debates, pediría autorización para hacerlo, con la promesa de conservar una neutralidad total.

El profesor Morel, que exponía recientemente cuáles eran las ideas que él había defendido desde su cátedra sobre la naturaleza del proceso, nos decía que el vínculo que emana del litigio es un vínculo legal. El litigio no es ni un contrato ni un cuasicontrato; la ley obliga al de-

mandante, si quiere obtener justicia, a dirigirse al juez, que es quien satisface este servicio público; el demandado, por su parte, está obligado a responder a este llamado, si es que no quiere ser condenado en rebeldía. La noción de vínculo legal, me parece, a mí también, enteramente satisfactoria.

Y entonces nos preguntamos: ¿es necesario hablar de institución para referirse a este vínculo legal o relación jurídica? ¿Cuando se habla de institución no se quiere decir que se está en presencia de un conjunto de reglas legales? Si es así, todo resulta ser institución. La inamovilidad de los jueces es una institución; la ejecución provisoria es una institución. Siendo así todo se puede definir como "instituciones procesales" y es así como se les llama habitualmente.

He aquí, mi querido colega, un abogado del diablo que surge a su lado y que vacila en extender hasta el proceso la noción de institución, contentándose simplemente con el concepto legal para explicar los vínculos jurídicos que lo hacen nacer. La acción, como usted lo ha dicho tan bien los otros días, es un verdadero sustitutivo de la venganza privada. El demandado está obligado a defenderse bajo pena de ser declarado en rebeldía, el juez está compelido bajo pena de delito de denegación de justicia, a pronunciar su decisión. Todo esto surge de prescripciones legales. ¿Es necesario, en consecuencia, añadir el concepto de institución?

Si usted tuviera a bien, mi querido profesor Couture, responder a todos estos interrogantes, más que interpe-lantes, la gran satisfacción que nosotros hemos tenido al escucharle habría quedado de manifiesto. Todas estas preguntas que se le han formulado prueban hasta qué punto su conferencia ha interesado al público.

Frecuentemente el Presidente está obligado a preguntar a uno y otro de los concurrentes, con gestos o con palabras, hasta con la más graciosa sonrisa que pueda pro-

digar a su auditorio, con el objeto de lograr algún comentario. En este caso mi situación ha sido en cierto modo contraria; me he visto en el caso de tener que canalizar y contener los distintos pedidos hechos.

SR. COUTURE. Me propongo responder, señor Presidente, alterando levemente el orden de las interpelaciones, no sin antes decir qué profunda emoción me depara este intercambio de ideas en una Casa de Estudios tan ilustre como la Facultad de Derecho de París. No debo ocultar que los generosos aplausos de esta tarde y los que todos estos días he escuchado y que se han prodigado para premiar mi trabajo, representan el mayor halago a que yo podía aspirar en mi carrera de profesor.

Quiero, en primer término, agradecer al señor Frémicourt, Presidente de la Corte de Casación, su presencia en este acto y sus generosas palabras. No ha querido él plantearme interpelaciones. No ha de ser, sin duda, porque no las tenga, sino porque ha querido anteponer su cortesía a sus reservas.

Pero debo responder diciendo que no soy insensible al honor que me ha dispensado. Su elogio acerca de mi idioma francés, sirve, además, para atenuar mi remordimiento por los reproches que, sin duda, en estos momentos, desde su reposo eterno en esta tierra de Francia, me están haciendo mis antepasados.

Paso, ahora, a comentar las observaciones del profesor Morel, a quien, previamente, debo rendir mi homenaje de alumno. En sus libros, tanto en los que escribiera con Glasson y Tissier, como en el *Tratado* que lleva su nombre, yo aprendí la doctrina francesa en el campo del procedimiento civil. La última edición de su libro me fué obsequiada ayer por su editor con un raro privilegio. "Le regalo este libro — me dijo M. Peyralade, de la Editorial Sirey— que todavía no conoce su autor". Bien se comprende en qué medida es un honor para mí dialo-

gar con uno de los maestros de nuestra generación.

Es exacta la observación del profesor Morel de que existe un estatuto del litigante. A lo largo de las conferencias dictadas, me he propuesto mostrar el proceso desde el ángulo del actor, del demandado y del juez. El Código de Procedimiento es, en cierta medida, el estatuto de todos ellos. Y si se me permite, diría que es aún el estatuto de los terceros frente al proceso, por cuanto en aquel Código se fijan los límites de la cosa juzgada aun frente a los que no han litigado.

Pero no encuentro una relación necesaria entre el estatuto de los litigantes y la idea de institución. Al contestar al profesor Solus destacaré que el vocablo "institución" tiene dos acepciones diferentes. El concepto de permanencia a que alude el profesor Morel no aparece en los autores que han dicho que el proceso es una institución. Sobre esto me remito, pues, a cuanto habré de exponer más adelante.

Quiero ahora subrayar el valor de las apreciaciones del profesor Morel en lo que atañe al valor creativo de la jurisprudencia. He escuchado sus palabras con gran interés, en cuanto él se proclama testigo del advenimiento de una jurisprudencia creadora. El ejemplo que él cita, de la responsabilidad por el hecho de las cosas, ha sido una de las creaciones jurisprudenciales que más resonancia ha tenido en el mundo. Lo que en esa materia ha hecho la Corte de Casación francesa sólo puede parangonarse con lo que en materia de inconstitucionalidad de las leyes, a partir del caso "Madison v. Marbury", hiciera la Suprema Corte de los Estados Unidos. Por espíritu de justicia habría que agregar también la jurisprudencia del Consejo de Estado francés. El reconocimiento del profesor Morel es singularmente valioso, porque no podemos olvidar que ha sido desde esta Facultad desde donde se ha dictado con más persistencia la doctrina del carácter



declarativo de la jurisprudencia. El reconocimiento me complace vivamente.

Llevando adelante esta idea, quiero ahora subrayar un pensamiento que más de una vez me ha preocupado en este orden de cosas y que aparece reiteradamente en algunos trabajos de los últimos tiempos. ¿Hacia dónde nos conduce, debemos preguntarnos, esta jurisprudencia creativa de derecho?

El mundo jurídico podrá presenciar, no bien se preocupe de mirar con calma el panorama, cómo se está produciendo un movimiento de direcciones opuestas en los países de *common law* y en los países del sistema de codificación. Los Estados Unidos de Norte América han intentado, en los últimos tiempos, la magna empresa denominada *Restatement of American Common Law*. Es ésta una ambiciosa iniciativa, ya culminada en su aspecto material de publicación, de reducir a un número limitado de principios los millones de casos de su jurisprudencia. Una actividad análoga ya se había realizado por los órganos oficiales del Gobierno, con la jurisprudencia interpretativa de la Constitución, en el volumen titulado *The Constitution of the United States of America, edited by Government Printing Office*, en 1938. Esos esfuerzos nos revelan que el derecho anglosajón, esto es, el derecho de los casos, de los precedentes y de la jurisprudencia, busca de una manera todavía rudimentaria pero clara, reducir a principios sus incontables casos. Pero en los países de codificación se observa un movimiento de dirección opuesta. Nuestros Códigos de principios, se vivifican cada día más con la riqueza inagotable de los casos, de los precedentes y de la jurisprudencia. No hay ya en los países de codificación, un solo abogado o un solo magistrado que defienda una tesis prescindiendo de su aplicación anterior por la jurisprudencia. Unas veces se trata de rebatir la jurisprudencia, otras de apoyarse en ella. Pero nuestro derecho de prin-

cipios se hace cada día más claramente derecho de casos.

Ha llegado, pues, el momento en que yo devuelva al profesor Morel su valiosa adhesión, con esta nueva inquietud, instándole a que en sus fecundas meditaciones, piense sobre este fenómeno y nos diga luego si el derecho no está procurando un término medio entre los principios y los casos y busca enriquecer el rigor lógico de unos con la inagotable riqueza de los otros.

Debo replicar ahora al profesor Solus. No ha sido él, sin duda, el abogado del diablo, sino el crítico necesario de todo pensamiento humano. Este debate no es un torneo floral, sino un diálogo de hombres movidos por idénticos anhelos de progreso de las ideas. Vamos a discutir, pues, en nombre del progreso de las ideas, con uno de los maestros más ilustres de esta casa.

De *institución* se puede hablar en dos sentidos. En un sentido que llamaremos común y en otro que llamaremos técnico. En un sentido común, institución es sinónimo de instituto, de cosa que ha sido instituída o creada. Todas las cosas que han sido un día creadas, han sido instituídas y son, en este aspecto, instituciones. En un sentido técnico, institución es un fenómeno algo complejo, yo diría casi protoplasmático. Renard decía que él vería este concepto entre la bruma, y que por momentos le daba vértigo. Y ha sido, justamente, Renard el que más largamente ha escrito sobre la institución en la escuela francesa. Pero la escuela francesa no es la única. La idea de institución se hallaba ya claramente delineada en el pensamiento de los escritores alemanes del siglo XIX, entre los cuales deseo subrayar a Gierke; entre los italianos de comienzos de este siglo, entre los cuales debe mencionarse a Santi Romano; y entre muchos escritores anglo-americanos, entre los cuales no debo, para no hacer injustificadas preferencias, mencionar a ninguno. Todos ellos trabajan en planos diferentes, dicen cosas distintas

y dan a sus ideas proyecciones múltiples. Unos fundamentan la institución en el derecho natural y otros prescindente de él; unos la apoyan en la sociología y otros en la técnica. El lenguaje de la institución es, por ahora, un lenguaje de Babel y acaso en eso se apoyen algunos de sus éxitos. Es necesario, pues, procurar un acuerdo acerca de lo que se entiende por institución en el plano estrictamente jurídico.

Creo que soy fiel al pensamiento de la escuela francesa, en cuyo seno me encuentro física y espiritualmente en estos instantes, si utilizo la acepción que se da al vocablo en el más difundido de los Vocabularios franceses: "Conjunto de reglas establecidas, sea por el legislador, sea por los particulares, en vista de la satisfacción de intereses colectivos o privados".

Las dos características más acentuadas de la institución son, en este sentido, el carácter de permanencia y continuidad, de que hablaba el profesor Morel, y su emplazamiento en el campo de lo social, de la coordinación de los intereses comunes con los individuales. Lo que un escritor denominaba "la sustitución del *yo* por el *nosotros*".

Cuando los escritores que han mencionado al proceso como institución han tratado de fijar a ésta un contenido, lo han hecho en este sentido estricto y riguroso.

Desde Wach, a fines del siglo pasado, hasta Guasp o hasta Schonke, en nuestros días, se parte de esta circunstancia de que el proceso se halla situado en un punto muy singular en que los intereses públicos y los privados interfieren constantemente. Se piensa también el carácter unitario y orgánico de este fenómeno que es el litigio y su propio carácter permanente y en cierta medida necesario para la convivencia humana.

Si yo hubiera de elegir una institución prototípica

elegiría la familia. Es ella la institución más íntimamente privada; pero es, al mismo tiempo, la que penetra más profundamente en el terreno de lo social.

No creo que la definición del proceso como institución vaya a revolucionar la ciencia del derecho, ni que haya de sustituir a las otras concepciones hoy dominantes, en particular a la que concibe el proceso como una relación jurídica, a la que he prestado y continúo prestando mi adhesión. Esta idea no constituye propiamente una doctrina, ni siquiera una nueva concepción. Es apenas una forma más sencilla de entenderse. En un momento del derecho en que se conciben como instituciones, el trabajo, la empresa, el nombre y, según lo ha demostrado Levellyn, un escritor norteamericano, hasta la Constitución, bien podemos nosotros incorporar el proceso a esta abundante y no siempre bien avenida familia institucional, para servirnos de un vocablo que acentúe esos dos o tres caracteres que hemos anotado.

Dejo así contestada la puntualización del profesor Solus, no sin antes reconocer que la idea de institución ha sido, como él dice, tan desmesuradamente extendida, que su utilización no siempre constituye una garantía de precisión y rigor científicos.

Contesto ahora al profesor Xirau, hoy ligado al Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de París, como ayer lo estuviera junto a Lambert al de Lyon y como anteayer lo estuviera a la Universidad de Barcelona, desde la cual escribiera aquellas notas a la traducción de *La condena en costas* de Chiovenda, que dieron la vuelta al mundo.

Debo confesar, porque siempre es saludable confesar las culpas, que en 1933 escribí un trabajo que se denominaba *La acción declarativa de prescripción*, trabajo éste que luego ha tenido tantas alteraciones que, como ocurre con esas viejas capas incesantemente remozadas,

ya no se puede advertir en sus últimas apariciones el tejido original. Me pregunta Xirau si luego de haber escrito un libro sobre la acción de mera declaración, no hallo que esto mismo quita autoridad a mi concepto sobre el carácter necesariamente constitutivo de las sentencias judiciales.

Le contesto que no, por las siguientes razones, para las cuales me sirvo del propio tema de aquel libro.

Hasta fines del siglo pasado, el poseedor que había adquirido el dominio por prescripción, esto es, por usucapión, no tenía en nuestro país amparo judicial alguno. El había adquirido el dominio con arreglo al Código Civil. Pero su título de propiedad, en el mejor de los casos, consistía en un procedimiento de jurisdicción voluntaria sin efecto alguno frente a terceros. Fué un jurista el primero que lanzó la idea de realizar un proceso controvertido, con emplazamiento a todos los que se consideren con derecho y con el nombramiento de defensor de oficio. Pero fué la jurisprudencia, la que lentamente, perfeccionando cada vez más y más sus soluciones, llegó a configurar este instituto de la declaración judicial de la prescripción adquisitiva. La sentencia que decide esos casos, es en efecto, como dice el profesor Xirau, meramente declarativa. Pero nadie podrá negar que, luego de la sentencia, ha nacido para el poseedor un estado jurídico nuevo, que no tenía antes del fallo. La incertidumbre ha sido sustituida por la certidumbre. La propiedad, que estaba desvalorizada por ausencia de título, se ha hecho valiosa. La mera declaración lleva consigo una nueva eficacia del derecho, no existente antes del fallo. El derecho podrá ser el mismo, pero su extensión y eficacia son diferentes.

Y, por si alguna duda quedara acerca del valor creativo de la jurisprudencia, bastaría tomar en su conjunto este propio proceso de declaración judicial del dominio. El ha sido íntegramente elaborado por los jueces. La doc-

trina ha coordinado las soluciones judiciales y procurado para ellas una fundamentación más moderna y penetrante. Pero la teoría la han creado, sostenido y consolidado los jueces. Medio siglo después, en una ley reciente, el legislador ha reconocido esta realidad y ha fijado el valor de estos fallos disponiendo su inscripción en el Registro de la Propiedad. Hasta entonces la declaración del derecho de los poseedores había sido una pura creación de los jueces. ¿Podríamos, frente a esta evidencia, negar el valor creativo de la jurisprudencia? ¿Podríamos, sin hacer un juego de palabras, negar el valor creativo de las sentencias de mera declaración?

Desde aquel trabajo de 1933 hasta hoy han transcurrido dieciséis años. "Esta edad es la vejez de un paje", diría Maurois. Permitidme, señores, que en las ideas expuestas a lo largo de estas lecciones, haya dejado testimonio de ciertas inevitables variaciones en mi pensamiento, que desde aquellos días no ha conocido el descanso para su labor.

En cuanto al pedido que me ha formulado el profesor Xirau de que exponga las líneas generales del Proyecto de Código de Procedimiento Civil que he redactado, debo pedirle excusas. El tiempo pasa inclemente; me queda aún una respuesta y ese tema, que tanto amo, me reclamaría casi una nueva conferencia. Por misericordia hacia mis oyentes debo abstenerme de hacerlo. Y le pido al profesor Xirau mil perdones.

Concluyo contestando al profesor Cuevas. Nosotros nos formamos en la concepción que se denomina *privatista* del proceso. Cuando ya estábamos en marcha, recibimos la concepción denominada *publicista*. Pero hoy que ha transcurrido tiempo suficiente como para poder examinar estas dos tendencias con nuestros propios medios, sentimos necesidad de medir el alcance de ambas.

Es imposible olvidar, no obstante el canto de las si-

renas publicistas, que el proceso es un instrumento de la paz individual. En primer término, antes que nada, el proceso ha sido hecho para el individuo. Ha sido hecho para afianzar su derecho y para asegurar su paz. Su proyección en el derecho público es una consecuencia, porque el Estado ha sido hecho para el hombre y no el hombre para el Estado.

Esta idea no constituye, en mi trayectoria espiritual, una reacción contra las ideas publicistas, que yo mismo en buena medida he contribuido a engrosar. Se trata tan sólo de una especie de ley de vasos comunicantes que, luego de diversos desniveles, procura su equilibrio natural.

Cuando he dicho que el proceso se encuentra en la encrucijada de los caminos del derecho público y del derecho privado, lo he hecho consciente de todo lo que la jurisdicción supone para el derecho público y para la sociedad; pero también profundamente consciente de lo que significa para el individuo este inmenso tesoro de su paz y de su libertad.

EL PRESIDENTE, SR. SOLUS. -Solamente lo avanzado de la hora puede hacer que debamos poner fin a esta plática que todos quisiéramos prolongar. De nuevo, mil gracias.