

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**PROBLEMATICA PROCESAL
SOBRE PROCEDENCIA DE LA VIA**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO
DE LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A
GONZALO RODRIGUEZ BETANCOURT**

MEXICO, D. F.

1965



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A la memoria de mi padre
Lic. Pedro Rodríguez Palmero

A mi madre
Julia Betancourt Vda. de Rodríguez

A mis hermanos

100729

Al Sr.

Lic. Salvador Mondragón Guerra

PROLOGO

El trabajo que se contiene en páginas posteriores no constituye más que el cumplimiento de un requisito para la obtención del título de Licenciado en Derecho. No pretende crear conceptos o generar ideas novedosas en disciplina tan difícil como lo es la del Derecho, pues los conocimientos del autor no se encuentran constituidos para ello.

Bajo el rubro de "Problemática sobre la procedencia de la vía" se ha pretendido hacer un estudio sobre las formas procesales en el que, partiendo del problema que constituye la definición del concepto "Derecho" estudiamos la estructura del mismo aún cuando superficialmente, con el objeto de darnos cuenta de la manera como se actualiza la norma, la posición que ante ésta asumen las partes y el órgano jurisdiccional en sus diversos aspectos, y en fin, presentar hasta donde sea posible un panorama del Proceso, en relación con los problemas varios a que da lugar la vía procesal.

Sé perfectamente que el honorable jurado encargado de calificar este esfuerzo lo hará con benevolencia y por tanto anticipadamente le expreso mi reconocimiento y gratitud.

Gonzalo Rodríguez Betancourt.

CAPITULO PRIMERO

EL CONCEPTO DE DERECHO

Qué es el Derecho.—El problema de la definición del Derecho.—Exposición de diversos criterios tendientes a la definición del Derecho.—Elementos permanentes en el concepto de Derecho.

Para poder explicar cualquier aspecto relacionado con el Derecho estimamos indispensable conocer antes que nada lo que el Derecho es: su estructura, las características de sus elementos fundamentales, y dicha labor implica definirle, operación sin lugar a dudas sumamente difícil. Definir, desde el punto de vista etimológico de la palabra, siguiendo al particular a los autores Lic. en Fil. Daniel Márquez Muro.—Lógica.—Editorial Porrúa, S. A. México, D. F., 1960. pág. 81 y sigs., y Eusebio Castro.—Lógica.—Editora Xalapeña, S. A. Xalapa, Ver., Méx.—1961.—pág. 41 y sigs., definir, se repite, consta de dos voces latinas "de" y "finere", que significa delimitar, determinar, precisar.—Según Aristóteles la definición es "la oración que expresa lo que una cosa es", es decir, la expresión por la cual se manifiesta la esencia de una cosa o se explica su contenido.—La definición es el concepto o el juicio que muestra la comprensión de un objeto o de un concepto.—Desentraña las notas constitutivas (esenciales o accidentales) que a manera de un haz hacen consistente a un objeto y que permiten captarlo y diferenciarlo de los demás. Si aparentemente la definición se nos presenta como algo sencillo, definir una cosa mediante una definición que realmente exprese la esencia de la misma es algo difícil; de ahí que surjan distintas clases de definición como son: nominal, física, metafísica, eficiente, final, ejemplar, propia e impropia y aún la genética. La única propiamente definición es la real metafísica que se obtiene mediante el género próximo y la última diferencia o diferencia específica y se dice que es la única que realmente es definición, porque dice la esencia de la cosa, llegando hasta la especie determinada y completa. Aun cuando a primera vista parece muy fácil definir, sin embargo, y como hemos indicado, tal vez sea lo más difícil; más aún, muchas cosas nunca será posible determinarlas mediante una definición que realmente lo sea. El ser, por ejemplo, que abarca en su extensión a todo cuanto existe, es indefinible, y así como el ser, en su aspecto universal, existen muchas clases de seres de los que nunca podremos formular una definición propiamente dicha.

La definición debe verse, en buena sana Lógica, como un medio para mejor llegar al conocimiento, y también para alcanzar un conocimiento mejor; pero la definición es un medio y nunca debe convertirse en una finalidad, es decir, que todo lo que establece la definición debe realizarse, en cuanto sea posible, pero sin creer que es algo que a toda costa debe obtenerse. Mediante la definición se llega al conocimiento de las esencias de las cosas pero cuando éstas no es posible conocerlas mediante una definición que realmente lo sea, debe bastar cualquiera de las otras clases de definición o en último término cualquier otra forma de explicación, con tal que dé un conocimiento lo más perfecto posible de las cosas.

“La definición del Derecho es, para quien aborde la exposición de cualquiera de las ramas de la Enciclopedia Jurídica, una tarea ineludible e inicial” expresa el maestro Dn. Rafael de Pina, “Elementos de Derecho Civil Mexicano.—Pág. 43. Vol I, 2a. Edic. Edit. Porrúa, S. A.—México, 1960—, y aun cuando en este primer capítulo del presente trabajo se trata de establecer los elementos básicos del concepto Derecho, no se pretende en manera alguna satisfacer en su integridad la afirmación transcrita, tanto porque el tema en cuestión excede en mucho las posibilidades del sustentante cuanto porque no constituye la materia de este trabajo, razón por la cual el estudio a este respecto se reducirá a presentar una breve exposición de algunos de los pensamientos expuestos al particular por quienes se han dedicado al estudio de problema tan importante y difícil, con el fin de poder obtener de tales criterios un concepto de lo que el Derecho sea, que nos auxilie en el desarrollo de los diversos aspectos a tratar.

El maestro Rafael Rojina Villegas en su Derecho Civil Mexicano Tomo I, Introducción y Personas, página 5 y sigs. 3a. Edic. Edit. Antigua Librería Robredo, 1959, México, D. F., que nos servirá de guía en este apartado, establece que el problema lógico del derecho lo constituye precisamente la difícil cuestión relativa a la definición o indefinición del mismo es decir, se trata de investigar si es posible definir el derecho, o bien, si la ciencia jurídica debe renunciar a tal esperanza en virtud de existir un obstáculo insuperable de orden lógico, como algunos autores pretenden, a semejanza de lo que ocurre con las categorías supremas, que impiden definirlo y solo permiten explicarlo o concebirlo.

Opina el maestro en cita que la mayoría de los juristas siempre ha creído que es posible definir el derecho, y así encontramos en todos los idiomas, y en todas las escuelas, no solo definiciones, sino también verdaderos métodos que en forma sistemática y lógica tratan de alcanzar la esencia de lo jurídico, a través de una definición, para fijar el género próximo y la diferencia específica, y al efecto cita diversos autores afines a esta posibilidad, mismos a quienes nos referiremos a continuación.

La obra del profesor Henry Levy Ullmann

Henry Levy Ullmann profesor de Derecho de la Universidad de París en su obra denominada *La Definición del Derecho*, Trad. de César Camargo y Marín, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1925, presenta la afirmación al problema de que nos venimos ocupando. En la página 186 del libro citado expresa: Ya sabemos que si no se puede esperar seriamente de una fórmula propuesta en la Escuela el privilegio de reunir todos los sufragios, menos aún está permitido pretender que ella domine los conflictos sociales. No obstante, méditense algunas frases como las siguientes: "Las definiciones no enseñan gran cosa y, sobre todo, no prueban nada; pero tienen por lo menos la indiscutible ventaja de ser un precioso instrumento de precisión para simplificar las ideas, y, por consiguiente, sirven a los hombres para comprenderse. Ahora bien, cuando se escribe o se habla, es más útil de lo que se cree asegurarse previamente de que se comprende y ;cuántos errores, desacuerdos y conflictos no tienen otro origen que los términos que se emplean!" (Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, p. 17, No. 9, in fine).

Reconocida así la utilidad práctica, limitada pero real, de las definiciones, ¿es completamente vano esperar los buenos efectos de una definición del Derecho la que nosotros preconizamos o cualquiera otra, inspirada en el mismo método o en otros diferente?

En la obra en cita, el autor parte del análisis de los proverbios romanos, de la definición del Derecho de Celso (*ars boni et aequi*), de la escuela de los comentaristas del Código Civil, de los tratadistas de Derecho Público como L. Duguit, de la definición formal de Aubry y Rau, de la definición que tiene en cuenta el objeto del Derecho, considerando al efecto como definición-tipo la expuesta

por Bufnoir a los estudiantes de la Facultad de París en el sentido de que "El Derecho es el conjunto de reglas a las cuales está sometida, bajo la sanción del poder social, la LIBERTAD del hombre en conflicto con la libertad de otro"; analiza el pensamiento de Geny contenido en su obra *Science et technique*, I, No. 14, ps. 43-45 en relación con el punto que estamos tratando y nos transcribe lo siguiente: "Viviendo en medio de la naturaleza y en el estado social, el hombre obra... en el sentido que le impele un destino en gran parte misterioso, pero cuyo carácter general se traduce bastante claramente por un instinto incoercible hacia la felicidad. Con la mira de satisfacer lo mejor posible este instinto, el hombre tiende a seguir sus apetitos... Pero colocado frente al mundo, que le domina como el todo domina a la parte, y encontrando por otro lado los apetitos concurrentes y las actividades rivales de sus semejantes, puede obrar siguiendo sus instintos o su capricho que le abren un campo ilimitado? La necesidad y la experiencia se ponen de acuerdo para responder negativamente a esta pregunta. Por la fuerza de las cosas, y hasta en razón de la oposición e incoherencia de las conmociones individuales, la conducta humana ha debido estar sometida a ciertas reglas".

Lógico experto M. Geny, en otra parte de su obra recuerda a propósito de las definiciones jurídicas, que la de cualquier noción debe, para ser completa, es decir, para dar a conocer por la esencia la comprensión de la idea que se ha de fijar, encerrar en su fórmula lo que los filósofos llaman: 1o. El género próximo, y 2o. La diferencia específica. 8

Aplicando implícitamente estos principios fundamentales a la noción del derecho, objeto de su definición, M. Geny analiza entonces sucesivamente:

1. El género próximo del Derecho: son las diversas disciplinas, religión, moral práctica, costumbres (urbanidad, decoro, higiene, decencia, moda y aun incluso prejuicios sociales), las que, lo mismo que la noción del Derecho, se expresan por preceptos o reglas de conducta y están dotadas, las unas y las otras, de sanciones variadas.

2. La diferencia específica. ¿Qué es lo que va a distinguir al Derecho de la Religión, de la moral y de las costumbres? Será en

primer lugar la fuerza de la sanción, sanción exterior y por necesidad coercitiva, procedente de la autoridad social tendiente a la violencia, todavía mejor que violencia efectiva, de modo que pueda abarcarse en la definición del Derecho internacional público. Será en segundo lugar, la idea de lo justo, es decir, el objeto mismo de la organización jurídica, noción primaria irreductible e indefinible que parece implicar esencialmente, no sólo los preceptos elementales de no hacer daño a nadie (*neminem laedere*) y atribuir a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*) sino el pensamiento más profundo de un equilibrio a establecer entre intereses en conflicto con el fin de asegurar el orden esencial a la conservación y al progreso de la sociedad humana. Y en fin, será en tercer lugar el imperativo categórico:

“Los preceptos jurídicos desafían la discusión y la apreciación personal y se traducen en mandamientos categóricos”.

Habiendo así analizado y separado el género próximo y la diferencia específica, M. Gény, resume su definición en la fórmula de escuela siguiente.

“El Derecho se nos presenta como el conjunto de reglas a las cuales está sometida la conducta exterior del hombre en sus relaciones con sus semejantes, y que, bajo la inspiración de la idea natural de justicia en un estado dado de la conciencia colectiva de la humanidad, aparecen susceptibles de una sanción social, necesariamente coercitiva, son o tienden a ser dotadas de semejante sanción y desde luego se presentan bajo la forma de mandamientos categóricos que dominan las voluntades particulares para asegurar el orden en la sociedad”.

Para terminar expresa su pensamiento sobre el tema a estudio mediante la siguiente conclusión: Derecho es “el deslinde de lo que los hombres y sus agrupaciones tienen libertad de hacer y de no hacer sin incurrir en una condena, en un embargo o en una acción particular de la fuerza”. (Pág. 182 obra citada).

El pensamiento de R. Stammler.

Stammler en su tratado de Filosofía del Derecho, traduc. de W. Roces, Madrid, 1930, (citado por el Maestro Rojina Villegas en

su Derecho Civil Mexicano) va determinando dentro de la categoría de la voluntad vinculatoria las notas que respectivamente diferenciarán al Derecho de la moral, de los convencionalismos sociales y de la arbitrariedad, pues las tres formas pertenecen al género de la "voluntad vinculatoria", pero tienen características específicas; y mediante este método concluye que:

A).—La moral es un querer no enlazante.

B).—Los convencionalismos sociales constituyen un querer entrelazante no autárquico.

C).—La arbitrariedad es un querer entrelazante, autárquico e inviolable.

D).—El derecho es un querer entrelazante, autárquico e inviolable.

La doctrina de Jorge del Vecchio.

Para Jorge del Vecchio "El primer tema o misión de nuestra disciplina consiste, como ya vimos, en dar la definición lógica del derecho. Lo que el derecho sea, todo el mundo lo sabe de un modo aproximado. Pero la definición precisa del concepto presenta graves dificultades... "Todavía buscan los juristas una definición de su concepto del derecho", dijo Manuel Kant; y estas palabras, tal vez no han perdido hoy todavía su valor... Para resolver tales problemas, es, pues, necesaria una investigación que no puede ser llevada a cabo por ninguna ciencia jurídica en sentido estricto (esto es, por la Jurisprudencia positiva), porque cada una de tales ciencias, tiene por objeto como ya vimos solo una cierta parte de la realidad jurídica. La definición lógica, por el contrario, debe abrazar todos los posibles sistemas de derecho, incluso los no positivos; es decir debe indicar el límite de la posible experiencia jurídica". (Fil. del Derecho, págs. 295 a 296).

Del Vecchio define el derecho como "...la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina, excluyendo todo impedimento". "Coherencia entre moral y derecho. Observemos que entre las dos especies de determinaciones éticas (la subjetiva o moral, y la objetiva o jurídica) se

da una coherencia necesaria. Existen, pues, relaciones constantes entre moral y derecho, que pueden determinarse a priori, por tener necesidad lógica. La relación fundamental se expresa en la máxima siguiente: Aquello que es deber, es siempre derecho; y no puede ser deber, aquello que no sea derecho. Se demuestra fácilmente la verdad de este aserto, advirtiendo que si en un sistema dado una acción aparece como obligatoria para un cierto sujeto, en el mismo sistema no debe ser posible el que se ponga impedimento a dicho acto por partes de los demás. Si un impedimento tal fuese legítimo, el sistema se disolvería en contradicciones, se traduciría en máximas incompatibles, y por eso no valdría para dirigir el obrar; no sería, pues, un sistema ético. Por tanto, aquello que respecto a un sujeto es éticamente necesario, es siempre en el orden objetivo, también éticamente posible. O dicho con otras palabras: Cada cual tiene siempre el derecho de cumplir con su deber" (Del Vecchio, ob. cit., pág. 321).

Recasens Siches comenta las ideas de Del Vecchio respecto al concepto del derecho en los términos siguientes: "Es obvio que el derecho constituye un criterio de valoración o normativo de las acciones humanas. De la moral se distingue no cuantitativamente por aplicarse a una menor esfera de actos, sino cualitativamente. Tanto la moral como el derecho consideran el conjunto íntegro del obrar humano, pero desde un punto de vista diverso. No es admisible la teoría que atribuye al derecho la regulación de los actos externos y a la moral la de los internos. Toda acción es interna y externa a la vez, presentándose ambos aspectos esencialmente fundidos. Las llamadas acciones internas se manifiestan y revelan de modos varios, y el hecho de que sean más o menos ocultas o patentes, no puede servir de base a una distinción; de otro lado también una acción externa puede permanecer oculta y no por eso se transforma en interna. Y también puede concebirse una acción exclusivamente externa carente de sentido psíquico, porque si faltase tal elemento nos encontraríamos frente a un puro fenómeno natural y no frente a una acción. La no punibilidad de los pensamientos, y el que estos no deban ser determinados por una norma jurídica, no implica que sean ajenos al campo jurídico. El derecho puede mandar y prohibir, pero también permitir. El sector de la conciencia no puede, según el derecho natural, ser objeto de un imperativo ni de una prohibición,

pero constituye una sección de lo jurídicamente lícito y por ende, un verdadero derecho de libertad que se traduce en una exigencia de respeto por parte de los demás y en una tutela en caso de lesión o peligro de ella. De otro lado, recuérdese que la libertad de pensamiento no fue siempre reconocida por todos los órdenes jurídicos-positivos en la historia. Aunque esto represente una violación de la exigencia de justicia, no por esto deja de probar que también el pensamiento y la conciencia pueden ser objeto de regulación jurídica imperativa, aunque no deban serlo". (Direcciones Contemporáneas del Pensamiento Jurídico, Editorial Labor, S. A., Barcelona-Buenos Aires, págs. 98 y 99).

La definición del derecho de James Goldschmidt.

James Goldschmidt en su obra Problemas Generales del Derecho, (Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944, pág. 1, citado por el maestro Rojina Villegas, pág. 20 ob. en referencia), define al derecho como "el complejo de normas sociales atributivas. Más concretamente: el complejo de las normas generales e inquebrantables producidas por la cultura de una comunidad e inspirada en la idea de la justicia, que, para posibilitar la coexistencia de los hombres, les imponen deberes de hacer u omitir, típicamente correlativos con derechos, y que, en general, establecen contra la violación de los deberes, la represión por parte de la comunidad organizada.

Tesis de León Duguit.

León Duguit en su Tratado de Derecho Constitucional expone un sistema jurídico fundado en la solidaridad social. Parte del hecho indiscutible de que el hombre siempre ha vivido en sociedad, que no puede vivir sino en sociedad y que siempre vivirá en sociedad; que por lo tanto la sociedad humana es un hecho primario y natural que no depende de la voluntad del hombre; que en el hombre existen dos sentimientos perfectamente definidos: como ser social y como ente individual, con sus necesidades, tendencias y aspiraciones. Su conciencia de la sociabilidad, es un fenómeno que le demuestra constantemente al hombre su impotencia para realizar sus aspiraciones y colmar sus necesidades fuera de la vida social. También el hombre tiene una conciencia plena de su individualidad, y de los lazos

que lo unen con los demás hombres. Estos lazos constituyen la solidaridad o interdependencia social, que ligan en general a los miembros de la humanidad, pero de una manera más estrecha, a todos aquellos que constituyen ciertos grupos sociales, locales, regionales o nacionales. Desde el punto de vista cronológico los grupos sociales han presentado las formas de: horda, familia, ciudad y nación. La sociedad no puede existir sin la solidaridad social. Por consiguiente una regla de conducta se impone al hombre: no hacer nada que atente contra la solidaridad social, y ejecutar todo aquello que tenga por objeto realizar y desenvolver la solidaridad tanto mecánica como orgánica. Todo el derecho objetivo, se resume en la fórmula mencionada. La regla de derecho tiene los mismos caracteres que la solidaridad; es a la vez individual y social. Es individual, porque está contenida en las conciencias de cada quien y es social porque su fundamento es la interdependencia humana. Dado su carácter individual, la regla objetiva de derecho, aunque exige de todos la intensificación de la solidaridad, impone a cada quien obligaciones diferentes, que dependerán de sus aptitudes, condiciones, posibilidades y necesidades. Cada hombre debe cooperar al fomento de la interdependencia de manera distinta, También la regla de derecho es permanente y mutable. La permanencia deriva del mismo fin: cooperar al desenvolvimiento de la solidaridad, y de la naturaleza de las relaciones sociales, que siempre han sido y serán relaciones de similitud o de división del trabajo. La mutabilidad obedece a que las formas que reviste la solidaridad por similitudes y por división del trabajo, pueden variar hasta el infinito, y por lo tanto, la regla de derecho también cambiará. Por este motivo Duguit, rechaza la idea de un derecho natural eterno e inmutable y considera que el derecho objetivo tiene como finalidad adaptarse a la estructura social de un momento dado.

El derecho subjetivo también deriva de una manera lógica de la solidaridad social. Si todo individuo tiene la obligación de cooperar a su desenvolvimiento, tiene el derecho de que se reconozcan como legítimos los actos que ejecute con ese fin, así como está facultado para impedir que un tercero obstaculice su actividad. Los derechos subjetivos del hombre, son poderes que le pertenecen por ser un ente social, y que a su vez implica obligaciones, por cuanto que esas facultades derivan del deber fundamental que cada quien tiene res-

pecto a cooperar en el desenvolvimiento de la solidaridad. Por consiguiente, esas facultades o poderes no son derechos naturales, innatos e imprescriptibles, sino por el contrario, son funciones que obligan a todo hombre a desempeñar un papel social, para cumplir una misión determinada. La libertad es un derecho, por cuanto que el hombre tiene el deber de desenvolver su actividad física, moral e intelectual, y por consiguiente, debe estar facultado para desarrollar libremente su personalidad; pero al mismo tiempo tiene ese derecho en la medida en que consagre su actividad a la realización de la solidaridad social. De esta manera Duguit define la libertad como la facultad de cumplir con un deber social.

En cuanto al derecho público, considera Duguit que el Estado no es otra cosa que la diferenciación política que se opera en una Sociedad entre gobernantes y gobernados, diferenciación existente en todo género de sociedades, primitivas o complejas, que obedece a un fenómeno social en virtud del cual quienes poseen en un momento dado mayor fuerza física, económica, moral, religiosa o intelectual se han impuesto a los demás constituyéndose en gobernantes; en tales condiciones, no obstante que el Estado o diferenciación política obedece a un hecho de mayor fuerza, la potestad pública tiene también como fin realizar el derecho. Los gobernantes tienen, como los gobernados, dos obligaciones fundamentales. a).—Ejecutar todo aquello que implique una intensificación de la solidaridad social. b).—abstenerse de lesionar la propia solidaridad. La fuerza de los gobernantes no es legítima, sino en tanto que se ejerce conforme a derecho. El Estado queda sometido al derecho y se convierte en un Estado de derecho. Duguit elabora su construcción jurídica del Estado, sobre los siguientes hechos: 1.—Una colectividad social determinada. 2.—Una diferenciación en el seno de dicha colectividad entre gobernantes y gobernados, debida a que los primeros detentan la mayor fuerza. 3.—Su obligación jurídica de realizar el derecho. 4.—La obediencia debida a toda disposición general formulada por los gobernantes para poner en obra la regla jurídica. 5.—El empleo legítimo de la fuerza para sancionar los actos conforme al derecho y 6.—El carácter propio de todas las instituciones tendientes al cumplimiento de las obligaciones de los gobernantes, llamadas servicios públicos.

La sanción no es para Duguit un requisito esencial de la norma jurídica, es decir, para que se trate de una regla de derecho, aun cuando acepta que existen las reglas jurídicas desde el momento en que su violación provoca una reacción social.

Nicolás Coviello.—Su criterio.

Nicolás Coviello define el concepto de derecho que venimos estudiando en los términos siguientes:

“Por tal razón el derecho puede definirse orden de las acciones encaminadas a la satisfacción de los varios intereses humanos, establecido y garantizado por la autoridad social.

Y aquí conviene notar que por autoridad social no entendemos precisamente autoridad del Estado. Los hechos demuestran que no es verdadera la opinión que hace derivar el derecho exclusivamente del Estado: baste recordar la existencia del derecho eclesiástico. Para el nacimiento del derecho es necesaria, pero también suficiente, una cualquiera comunidad de vida, una sociedad sea cual fuere. Lo único que hay de verdad en esto, es que, necesitándose una fuerza organizada para garantizar eficazmente el derecho, a tal necesidad no puede proveer de modo adecuado más que la sociedad constituida en Estado. Así, pues, el Estado no es necesario para la existencia del derecho, sino sólo para su más eficaz protección.

En la noción del derecho objetivo (*norma agendi*) implícitamente se contiene la del derecho subjetivo (*facultas agendi*). Único es el concepto del derecho; tan sólo porque se mira bajo diversos aspectos, se habla de derecho objetivo y subjetivo: cuando se considera al derecho en sí, como norma, se llama objetivo: cuando se considera en relación con el hombre que obra según la norma, se llama subjetivo. Es evidente que estamos en presencia no de dos conceptos distintos y contrapuestos, sino de dos aspectos de una idea única, que se presuponen entre sí y se completan recíprocamente. La norma de obrar envuelve poder de obrar según la norma, y el poder de obrar presupone una norma que le asigne límites y lo garantice. Por esto, de la definición del derecho objetivo se obtiene una correspondiente del derecho subjetivo, que podría formularse de este modo: “poder de obrar para la satisfacción de los propios intereses, garantizado por la Ley (derecho objetivo)”.

En esta misma noción contiénesese también el concepto de deber jurídico, que corresponde necesariamente al derecho subjetivo. Porque si el derecho es un orden de las acciones humanas, implica facultad de obrar dentro de ciertos límites; la facultad en el derecho subjetivo, el límite de la actividad es el deber jurídico que al mismo corresponde.

De esta suerte los tres conceptos de derecho norma, derecho potestad, deber jurídico, no pueden escindirise. El derecho norma es el lado objetivo; el derecho potestad y el deber jurídico constituyen el lado subjetivo, positivo el uno, negativo el otro, del único y sintético concepto del derecho". (Nicolás Coviello, *Doctrina General del Derecho Civil*, traduc. de Felipe de J. Tena, México, 1938, págs. 3 y 4).

La idea del Derecho de F. Laurent.

F. Laurent en sus principios de Derecho Civil, Tomo I, Edit, Joaquín Guerra y Valle, México, 1889, págs. 44 y 45 en relación con el tema a estudio dice: No hay que confundir la ley con el derecho. Portalis dice que "el derecho es la razón universal, la suprema razón, fundada en la naturaleza misma de las cosas". Esto es demasiado vago, la definición podría aplicarse a la filosofía tanto como al derecho. El objeto del derecho, que es idéntico al de la ley, es establecer reglas obligatorias para los individuos y las naciones. Se dice que las reglas jurídicas son obligatorias en el sentido de que son susceptibles de una ejecución forzosa. En esto difieren de las reglas morales que excluyen la violencia. Los deberes que impone la moral no tienen en derecho efecto alguno; no conocen más sanción que la conciencia.

El derecho es anterior a la Ley; está fundado en la naturaleza del hombre y de las sociedades civiles. Se necesitaría negar que el hombre es un ser espiritual para negar la existencia de un derecho independiente de la Ley. Opongamos a los materialistas y a los positivistas estas elocuentes palabras de Montesquien: "Decir que fuera de lo que prescriben o sostienen las leyes positivas no existe nada legítimo ni ilegítimo, es lo mismo que decir que antes de haberse trazado un círculo no eran iguales todos los radios, Sería necesario negar a Dios para negar también que pesa en nuestras conciencias

un derecho por Aquel que vive en nosotros y para quien vivimos; que si se niega a Dios y al alma, el hombre no sería otra cosa que una bestia, y la ley, una cadena para contenerle y domarle. Admiramos a aquellos que después de haber degradado al hombre hasta hacer de él un animal o una planta, se toman el trabajo de ocuparse del destino de un ser que solo vive un instante para caer luego en la nada de donde salió”.

Hay un derecho eterno, expresión de la justicia absoluta. Ese derecho se revela en la conciencia humana a medida que el hombre se aproxima a la perfección divina. El derecho es progresivo como todas las manifestaciones del espíritu humano. Tiende de continuo a realizar la verdad absoluta. Es un deber para el legislador seguir los progresos que se verifican en la conciencia general; y es un deber para el juriscónsulto preparar esos mismos progresos, sin que le sea dado sustituir con sus concepciones las del legislador; porque su misión se reduce a interpretar la ley y no se extiende a formarla. Cuando el intérprete sustituye su pensamiento al de la Ley, la viola. Puede y debe, empero, señalar los defectos que encuentre en ella, a fin de que llegue a ser la expresión del derecho eterno, tanto como la imperfección humana puede ambicionar alcanzar la perfección.

El maestro Luis Recasens Siches.

El maestro Luis Recasens Siches en su obra Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, Fondo de Cultura Económica, 1956, pág. 38 y sigs. nos presenta las principales críticas enderezadas contra la lógica deductiva en la creación e interpretación del Derecho y de ellas tomamos los siguientes conceptos:

Jeremías Bentham creador del moderno sistema utilitarista en la Ética y en el Derecho considera que deben juzgarse las leyes desde el punto de vista de los efectos reales que ellas producen; de donde resulta que leyes buenas o justas serían aquellas que al ser aplicadas producen efectos buenos; mientras que leyes malas o injustas serían las que al ser llevadas a la práctica causan efectos malos. Bentham, en concepto del autor en cita creía poseer un criterio objetivo para calificar esos efectos, mediante su idea de la utilidad, según la cual bueno es lo que produce placer, y malo lo que causa dolor; y desde el punto de vista social, bueno o justo es lo que tien-

de a aumentar la suma total de felicidad de todos o por lo menos del mayor número de los individuos. Podemos en buena hora rechazar desde luego esa concepción utilitaria de Bentham, oponiendo a la misma una crítica que haga patente su inconsistencia, así como los errores y confusiones que contiene, aunque no vaya yo a desenvolver esa crítica aquí, porque esto me apartaría de mi tema.

Pero lo que importa subrayar aquí con beneplácito es la idea de juzgar las normas jurídicas desde el punto de vista del efecto real que su aplicación práctica produce. Y es también importante tomar en consideración el hecho de que lo que Bentham llamaba "cálculo", no consistía en una fórmula matemática, sino que consistía más bien en una clasificación muy ingeniosa de las especies de lo agradable y de lo desagradable, y de las mutuas relaciones entre ellas. Para este fin, Bentham inventó teorías sobre la causación social, así como métodos valorativos de las ventajas y desventajas sociales.

Podemos también disentir radicalmente de Bentham en cuanto a ese "cálculo", esas clasificaciones de ventajas y desventajas, en cuanto a sus teorías de la causación social, y en cuanto a sus valoraciones del daño social. Pero, en cambio, es justo reconocer que por debajo de esos métodos, harto discutibles, late una idea certera en el fondo, y que hoy, depurada, tiene viva actualidad y decisivo alcance: la idea de que la función del Derecho consiste en determinar en el conjunto y en la pugna de los intereses, que se manifiestan dentro de una determinada área social, cuáles son los intereses valiosos (dignos de ser tomados en consideración) y cuáles son los intereses antivaliosos; y consiste también en establecer entre los intereses valiosos la justa prelación de jerarquía; así como también en hallar las fórmulas para conciliar el mayor número posible de los intereses lícitos.

Bajo el rubro de movimiento del "realismo jurídico" norteamericano nos encontramos una crítica contra la escuela analítica inglesa fundada por John Austin, teoría que, siguiendo en cierto modo ideas sentadas por Hobbes, refiere el Derecho positivo al mandato del soberano, aun cuando sin resolver el problema de si por soberano debe entenderse una realidad o, por el contrario, tan solo un concepto mediante el cual ordenamos los datos jurídicos.

La interrogante siguiente: ¿qué es lo que en efecto y en realidad es Derecho vigente en un determinado país y en un cierto momento?, es la pregunta derivada ante la presencia de conflicto o duda respecto de las normas jurídicas. En tal caso, lo que dicen las leyes y los reglamentos, los precedentes jurisprudenciales, las costumbres efectivas, podrán constituir fuentes de presunción para hacer vaticinios probables, pero no suministran una respuesta absolutamente segura, porque el Derecho real y efectivo va a ser lo que sobre el caso planteado resuelva el órgano jurisdiccional.

Este enfoque se había producido ya episódicamente en un campo de pensamiento diverso de aquel en que después se manifestaría en el movimiento realista. Así, el magistrado de la Suprema Corte Oliver Wendell Holmes escribió en 1897; "Un deber jurídico no es nada más que la predicción de que si una persona hace u omite ciertas cosas, será forzada a sufrir de una determinada manera la sentencia de un tribunal. . Si lo que se quiere es conocer el Derecho efectivo y nada más, entonces hay que mirarlo desde el punto de vista de un hombre malo que se preocupa solamente de las consecuencias materiales que tal conocimiento le permita predecir. . . Las profecías de lo que los tribunales harán. . . es lo que entiendo como Derecho".

El movimiento realista ha llevado a cabo la más demoledora crítica de la concepción mecánica de la función judicial como un silogismo.

Lo que interesa a los realistas es averiguar el Derecho efectivamente real. Este no es ni el que aparece declarado en las reglas legislativas ni tampoco aquel que los jueces declaran como base de sus fallos, sino que de hecho es lo que los jueces hacen, independientemente de lo que expongan en sus sentencias. Para averiguar pues, el Derecho efectivo, hay que estudiar el modo real como los jueces se comportan; este estudio se divide en dos categorías, bien el análisis de las sentencias de los tribunales de apelación, bien el de la conducta judicial de los tribunales de primera instancia, que son los que establecen los hechos del caso debatido.

Para los partidarios de este sistema, el Derecho no es constante, uniforme, igual, sino que, por el contrario, es mutable y tiene una dimensión esencialmente plástica, de adaptación a nuevas situa-

ciones y circunstancias. Tiene siempre ese carácter, en mayor o menor medida; pero en nuestra época lo tiene en una proporción enorme. En efecto, el Derecho de nuestros días, lejos de poseer una seguridad estática, encaminada a la conservación de las viejas situaciones establecidas, tiende más bien hacia una especie de seguridad dinámica para la protección de las gentes dedicadas a nuevas empresas. Por otra parte, los rápidos y complejos cambios de las realidades sociales de nuestro tiempo determinan que se presenten nuevas situaciones, ni remotamente previstas en las normas preestablecidas. Entonces, el juez tiene que formular la norma aunque las más de las veces lo haga bajo la apariencia de interpretar viejas normas.

Las razones de García Máynez.

Don Eduardo García Máynez en su obra *La Definición del Derecho. Ensayo de Perspectivismo Jurídico*, Biblioteca Facultad de Derecho, Universidad Veracruzana, Xalapa, México, 1960 expresa que si los autores no han logrado armonizar sus doctrinas en relación con la posibilidad de definir el concepto del derecho en razón del género próximo y la diferencia específica, ello se debe a que las definiciones propuestas no aluden siempre al mismo objeto. "Preenden aquéllos decirnos qué es lo jurídico; pero al tratar de definirlo refiérense a cosas distintas y convierten de este modo en Torre de Babel la disciplina que cultivan. Piensan algunos en un derecho justo; otros tienen presente el conjunto de preceptos que el poder público crea o reconoce, y no pocos sólo consideran como jurídicas las reglas que efectivamente norman la vida de una comunidad en un momento dado de su historia, sea que provengan de los cuerpos legislativos o que tengan su origen en la jurisprudencia o la costumbre" (Pág. 11 ob. cit.).

Y aun cuando en todas las definiciones figura en primer término la palabra derecho, como sujeto del juicio, el equívoco resulta inevitable, porque los objetos definidos no son reducibles entre sí, ni cabe subordinarlos bajo un género común. Pues si bien unas veces se habla de derecho natural, otras de derecho vigente y algunas más de derecho positivo, lo cierto es que no se trata de especies diversas de un solo género, ni de facetas diferentes de una misma realidad, sino de objetos distintos.

Las dificultades, casi insuperables, que los autores encuentran al encararse con el problema, han despertado la idea de que el derecho no puede definirse. Tendremos, pues, que examinar, antes de emprender nuestro camino, las razones aducidas por los partidarios de la teoría de la indefinición. Pues si sus argumentos resultan fundados, no habría por qué seguir hablando del viejo problema, y este libro no tendría ningún objeto. Discutiremos la doctrina de Schreier, por ser el quien con mayor seriedad y competencia ha definido ese punto de vista.

Dos tipos de solución del problema de la esencia del derecho deben ser, según el jurista austriaco, rechazados decididamente: "la determinación del derecho en función de la naturaleza del hombre, y su determinación por medios inductivos".

"La primera es una explicación causal; quiere mostrar en qué forma, sobre la base de una legalidad psicológica, ha aparecido el derecho. Pretende captar una esencia partiendo de un devenir, lo que es impracticable. La segunda tiende a obtener la noción del derecho abstrayéndola de la consideración del mayor número posible de fenómenos jurídicos. Tal procedimiento representa un círculo vicioso, ya que da por conocido lo que hay que conocer; pues sólo prejuzgando puede seleccionarse el material de la inducción". (F. Schreier, *Concepto y formas fundamentales del Derecho*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1942, pág. 25).

El problema tampoco puede resolverse, de acuerdo con Schreier, si se recurre al método definitorio. Los argumentos que aduce para fundar su tesis no aluden simplemente al caso del derecho *sine*, de manera general, a todo intento encaminado a definir el objeto de una ciencia.

El procedimiento que la lógica tradicional propone estriba en descubrir el *genus proximum* y la *differentia específica*. "La célebre pirámide conceptual es el esquema de que para ello se vale. De los conceptos derivan, por clasificación, nuevos conceptos; éstos son también divididos, y la división progresiva hace cada vez más amplia la base de la pirámide. Los conceptos supremos son los de mayor extensión y contenido más pequeño, y el contenido es tanto más rico, cuando mayor es la distancia entre la noción de que se

trate y la cúspide de la pirámide, pudiendo decirse lo contrario de la extensión. Las actividades científicas esenciales consisten en generalizar, es decir, subir de los conceptos más bajos a los más altos, y determinar, o sea, descender de las nociones más elevadas a las inferiores". (2 Schreier obra citada, pág. 26). Este esquema presenta, según Schreier, dificultades insuperables. En primer lugar, la construcción no es cerrada, pues cada división exige necesariamente un fundamentum divisionis, que no se halla implícito en lo clasificable, sino que viene de fuera. Expresado en otro giro; el genus proximum no puede desprender de sí la differentia específica. Por ello la construcción de la pirámide reclama a cada paso la aplicación de nociones que quedan al margen de lo científicamente dado.

En segundo lugar, el esquema culmina, por lógica necesidad, en una noción vacía; la representación abstracta del ser, la cual, por abrazar cuanto existe, carece de toda significación específica. Además, la cúspide no puede ya ser definida, puesto que constituye un concepto límite, o género supremo. La teoría aristotélica de la definición desemboca así, de modo inevitable, en lo indefinible. (3 Schreier, obra citada, pág. 27).

Inspirándose en el modelo matemático, declara Schreier que el método definitorio debe ser substituido por el principio de la axiomatización. (García Maynez, ob. cit., págs. 12 y 13).

Los tres objetos a que las definiciones del derecho suelen referirse, son los llamados por nosotros derecho formalmente válido, derecho intrínsecamente válido y derecho positivo. Cada uno de estos corresponde a un punto de vista sui generis, y sólo puede ser convenientemente conocido a través de un método específico. La diversidad de tales objetos se comprende claramente si se reflexiona en que las definiciones que de ellos se dan basanse en supuestos diferentes, condicionados por la posición de cada investigador y por los procedimientos metódicos de que se vale. Ello implica la imposibilidad de que una definición obtenida desde cierto punto de vista y en relación con un determinado objeto de conocimiento, puede ser admitida por quien ocupa una posición diferente y contempla un objeto diverso.

El hecho de que los juristas se hayan siempre empeñado en encerrar en una sola definición objetos heterogéneos, ha de obedecer

a una causa poderosa. Tal vez no exageremos al decir que el estudio de dicha causa puede darnos la clave para la solución del problema central de este trabajo. Entre los conceptos de derecho intrínsecamente válido, derecho formalmente válido y derecho positivo existen relaciones muy estrechas, pese a la circunstancia de que tales conceptos no se refieren a un mismo objeto, ni a especies diversas, de un solo género. Y el examen de estos nexos descubre el camino para la superación dialéctica de esa diversidad que a primera vista parece irreductible. (García Maynez ob. cit. pág. 18).

Uno de los motivos fundamentales de discrepancia entre los autores que han pretendido definir el derecho, refiérense al problema de la validez. (1 "Por validez entendemos la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida significa que afirmamos su existencia o lo que equivale a lo mismo, que tiene fuerza obligatoria para aquellos cuya conducta regula". Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945, pág. 30). Si consideramos desde este punto de vista la ingente cantidad de teorías elaboradas en todos los tiempos acerca de la noción universal de lo jurídico, descubriremos que pueden dividirse en dos grandes grupos: el primero está integrado por las que toman la palabra en un sentido puramente formal y estatista; las del segundo emplean el término en una acepción objetiva y hacen de la justicia la esencia del derecho.

Desde el punto de vista formal sólo son válidas las normas que reúnen los requisitos extrínsecos de vigencia establecidos por el poder público. Derecho, en sentido jurídico formal, es el conjunto de reglas bilaterales de conducta que en una cierta época y un determinado país la autoridad suprema considera obligatorias. A las normas jurídicas reconocidas o creadas por el poder público, se las designan con el nombre de derecho vigente. El derecho en vigor en México, verbigracia, es la totalidad de los preceptos jurídicos que el Estado Mexicano actualmente reputa obligatorios en el ámbito del territorio nacional. (Ob. cit. págs. 21-22).

Con relación a la positividad y la vigencia de la norma el maestro García Maynez estima que el uso que como sinónimos se ha dado a dichos términos ha traído como consecuencia varios de los equívocos que complican el problema de la definición del derecho.

La nota de positividad es independiente de los atributos de validez formal y validez intrínseca. Positivo es todo ordenamiento que se cumple. Aquella nota puede aplicarse lo mismo a un precepto aislado, que a un conjunto de preceptos, o a todos los que integran un sistema. No se refiere a la justicia, ni al valor formal de las normas del derecho, sino sólo a su eficacia. Expresado en otro giro: la positividad es el hecho de la observancia de tales normas.

El atributo a que nos referimos no es ni puede ser absoluto. La positividad de una norma o un complejo de normas es siempre relativa. Los preceptos del derecho pueden ser vulnerados. La violación de los mismos constituye una excepción a su positividad. Mejor dicho: una disposición normativa tiene positividad cuando es cumplida o aplicada; carece de ella cuando es infringida. Ciertamente ha dicho Kelsen (1 Kelsen, *La teoría pura del derecho*, traducción de Jorge G. Tijerina, Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, Editorial Losada, Buenos Aires, 1941, pág. 103) que la positividad del derecho representa una zona intermedia de aplicación, que no puede llegar a un límite superior de observancia indefectible, ni descender tampoco a otro inferior de absoluto incumplimiento. Una norma o un sistema de normas que se cumpliesen necesariamente, perderían su carácter obligatorio, para transformarse en Leyes de la naturaleza. Si el comprador de una cosa no pudiese dejar de pagar el precio, saldría sobrando el precepto que le impone tal deber. La positividad no puede descender hasta el límite inferior de incumplimiento absoluto porque, por definición, si no hay observancia (aun cuando sea esporádica), la norma no es positiva. El atributo de que hablamos siempre es contingente. Si nos limitamos al caso de un precepto aislado, tendremos que admitir que un solo acto de aplicación o cumplimiento es bastante para que, al menos en relación con dicho acto, la norma tenga eficacia. Cuando no se trata de un solo precepto, sino de todo un sistema jurídico, su positividad consiste en la observancia normal del mismo.

Si por positividad se entiende el hecho de la observancia de una Ley o conjunto de Leyes, resulta notorio que las expresiones derecho positivo y derecho vigente no son sinónimas. El atributo de vigencia concierne a la validez formal; la positividad atañe sólo a la eficacia de las diversas normas. (2 "El derecho positivo es el que efectivamente se practica, sean cuales fueren las prescripciones de la ley.

Una ley que, por hipótesis, nunca se cumpliera, no sería en realidad, derecho positivo". M. Djuvara, *Droit rationnel et droit positif*, en *Recueil d'Etudes sur les sources du Droit*, en L'honneur de Francois Gény. I, pág. 264).

El derecho formalmente válido carece a veces de positividad. Es posible que un precepto legal creado de acuerdo con todos los requisitos extrínsecos que condicionan la vigencia, no llegue a ser cumplido ni aplicado. En tal hipótesis, será derecho vigente, no derecho positivo. También el caso contrario puede presentarse. Por ejemplo, cuando una regla consuetudinaria no ha sido oficialmente reconocida por el Estado. En tal supuesto podrá atribuírsele, de acuerdo con la teoría romano-canónica, el carácter de costumbre jurídica; mas no será derecho formalmente válido, por falta de reconocimiento oficial. (3 "Validez del derecho significa que las normas jurídicas son obligatorias, es decir, que los hombres deben conducirse como tales normas lo prescriben, o que deben cumplirlas y aplicarlas. Eficacia del derecho significa que los hombres realmente se conducen como, de acuerdo con esas normas deben hacerlo, o que dichas normas son realmente aplicadas y cumplidas. La validez es una cualidad del derecho; la llamada eficacia es atributo de la conducta real de los hombres, y no, como el uso del lenguaje parece sugerido, del derecho mismo", Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945, pág. 40). Págs. 35 a 38 de la ob. cit.

El derecho, puede ser definido, también, desde el punto de vista de su validez objetiva o intrínseca y al respecto nos explica el autor en cita la noción de validez objetiva o intrínseca y la idea del derecho natural. Al particular manifiesta: La vigencia, o validez en sentido formal depende de la reunión de una serie de requisitos extrínsecos, que nada tienen que ver con el contenido de los preceptos jurídicos. De aquí que puede hablarse de validez del derecho en un sentido completamente diverso a saber, el objetivo o intrínseco. La validez objetiva de un precepto no deriva de la forma o estructura lógica del mismo, ni de las condiciones en que fue formulado, sino exclusivamente de su materia. Objetivamente válido es el precepto justo.

El problema de la validez objetiva de las reglas de conducta que integran un sistema jurídico no puede plantearse desde un punto de

vista formal. Tal cuestión no es propiamente jurídica, sino filosófica. Su planteamiento supone la existencia de una filosofía del derecho, y por tanto, la de una axiología jurídica.

Las múltiples doctrinas conocidas a lo largo de la historia con el nombre de iusnaturalismo constituyen, en rigor, una actitud estimativa frente al derecho, y postulan la existencia de un orden jurídico cuya validez depende exclusivaemnte de su justicia.

El monismo iusnaturalista es la antítesis del positivismo jurídico. De acuerdo con esta posición no hay más derecho que el que efectivamente regula la vida de una comunidad en un momento dado de su historia. Los partidarios del monismo iusnaturalista piensan, en cambio, que el derecho positivo, en cuanto tal, es un simple fenómeno de poder, una manifestación de fuerza. Rodolfo Laun ha defendido de manera brillante, pero con argumentos que nos parecen deleznales, la opinión a que acabamos de referirnos. (3 Rodolfo Laun, *Recht und Sittlichkeit*, Hamburgo, 1927, Verlag von C. Boyesen, Zweite Auflage).

La teoría de los dos órdenes admite la coexistencia de derecho positivo y derecho natural. Esta teoría tuvo su origen en las enseñanzas de los sofistas griegos. A ellos se debe la oposición entre orden jurídico convencional y orden jurídico natural así como la tesis de que el segundo es, por su misma naturalidad o espontaneidad, el único auténtico. (Ob. cit. págs. 47-48).

La aplicación de la idea del perspectivismo al caso especial de la definición de lo jurídico nos permitió comprobar que hay tres distintos objetos de conocimiento a los que se ha dado el nombre de derecho. Cada uno de estos objetos corresponde a un punto de vista sui generis y solo puede ser conocido a través de un método específico. Las nociones referidas a tales objetos no se excluyen entre sí; pero tampoco se implican recíprocamente, ya que cabe hablar de un derecho formalmente válido que no sea positivo ni tenga validez intrínseca, o de un derecho justo desprovisto lo mismo de positividad que de vigencia o, por último, de un derecho positivo injusto, no reconocido por el poder público. Pero es claro que cuando se alude a esos objetos, tal cosa no se hace en un sentido absoluto, sino solo desde un cierto punto de vista. Lo que es derecho para los órganos

estatales puede no serlo para el filósofo y lo que éste considera como tal, acaso no lo sea para el sociólogo. La anterior reflexión pone al desnudo las limitaciones del perspectivismo. Tal postura permite descubrir relaciones invariables entre el espectador y el objeto contemplado, si la actitud de aquel y la situación de éste se determinan rigurosamente; pero hace imposible la confusión de realidades heterogéneas, o la de facetas distintas de una misma realidad.

Lo que se denomina derecho intrínsecamente válido no coincide con el derecho vigente, ni se confunde tampoco con lo que el sociólogo llama derecho positivo. Es cierto que entre el derecho en sentido formal y el dotado de eficacia hay una relación muy estrecha, pues la positividad es uno de los supuestos sociológicos de la vigencia; pero esa relación se encuentra limitada al caso de los ordenamientos totales, y en modo alguno implica la identidad de los dos términos.

Aun cuando podamos decir con bastante precisión qué se entiende por derecho positivo, qué por derecho vigente y qué por derecho intrínsecamente válido, aún no sabemos qué sea el derecho en sí mismo, pues las mencionadas expresiones sólo corresponden a lo que el sociólogo, el jurista dogmático y el filósofo jurista consideran como tal. Pero, lo que desde cierto punto de vista aparece como derecho, es realmente derecho? Tendremos que declarar que éste no existe en sentido objetivo y que los términos que hemos venido usando convienen sólo a ciertos aspectos de realidades que se nos escapan? Designan las tres denominaciones, objetos distintos entre sí o sólo uno de ellos merece el nombre de derecho?

Propone como definiciones de los tres conceptos que estudia, las siguientes:

1.—Derecho formalmente válido es el conjunto de reglas bilaterales de conducta que en un determinado país y una cierta época la autoridad política considera obligatoria.

2.—Derecho intrínsecamente válido es la regulación bilateral justa de la vida de una comunidad en un momento dado.

3.—Derecho positivo es el conjunto de reglas bilaterales de conducta que efectivamente rigen la vida de una comunidad en cierto momento de su historia.

Para interpretar las definiciones anteriores el maestro García Maynez estima que debe tomarse en consideración:

A.—Que la palabra derecho no es empleada en ellas en el mismo sentido, por lo cual los objetos a que se refieren no deben considerarse como especies de un mismo género;

B.—Que la expresión reglas bilaterales de conducta tampoco significa lo mismo en cada caso.

El concepto de Derecho expuesto por Kantorowicz.

El Dr. Hermann Kantorowicz en 1939 y como primera parte de la Introducción "Sobre el Derecho y la Ciencia Jurídica", a la proyectada y vasta obra cooperativa, Oxford History of legal Science escribió las páginas que en monografía sobre La Definición del Derecho publicó la Revista de Occidente, Madrid 1964, y de la cual obtenemos las siguientes expresiones: "Al escribir el presente ensayo, relativo a la definición del derecho, Kantarowicz no pensó que se entregaba a un mero ejercicio jurídico; señaló que toda historia de la ciencia jurídica, como la que entonces se tenía en proyecto, debe delimitar su contenido, y que esto no podrá llevarse a cabo mientras que no se intente dar una respuesta a la cuestión básica: ¿Qué es el derecho? El que quepa considerar como jurídicas las normas de las entidades religiosas, de las comunidades primitivas y de las asociaciones de naciones, depende de nuestra definición del Derecho.

Aunque algunos filósofos del Derecho han intentado definirlo de una manera absoluta, Kantarowicz deja bien sentado que una definición sólo puede tener sentido lexicográfico y que, por ello, no puede expresarnos nada verdadero o falso en relación con la cosa definida. Esto no quiere decir, sin embargo, que la tarea de definir un término, como éste de "derecho", no tenga valor alguno. Resultaría extraño, a decir verdad, que los filósofos políticos se hubieran entregado, durante más de dos mil años a una actividad desprovista de todo propósito práctico". (Introducción de A. L. Goodhart a la obra citada, pág. 23).

Concluye el autor en cita, previo análisis de la naturaleza de diversos tipos de normas, en que el Derecho es "Un Cuerpo de nor-

mas que ordenan al comportamiento externo y que son consideradas como justiciables". (pág. 57 ob. cit.).

La Teoría Pura del Derecho de Kelsen

Hans Kelsen al tratar sobre la definición del derecho en su obra *Teoría Pura del Derecho*, 3a. Edic. Edit. Universitaria de Buenos Aires. Traducción de Moisés Nilve 1963, pág. 70 a 77, expresa la siguiente tesis: "La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan solo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte, la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es pues, la consecuencia de tales actos.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica.

El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto, la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse

de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

La técnica específica del derecho, que consiste en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de fuerza. Al definir el derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es

prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción”.

En la Definición del Derecho del maestro Eduardo García Maynez que mencionamos en párrafos anteriores encontramos la siguiente interpretación a la tesis del fundador de la Wiener Schule.

“El derecho debe definirse, según Kelsen, en función de las notas siguientes:

- 1).—Es un conjunto de normas;
- 2).—Tales normas son heterónomas;
- 3).—No postulan un deber en sentido ético, sino que se limitan a enlazar a un hecho condicionante una consecuencia condicionada;

4).—Pueden ser coactivamente impuestas;

5).—Su observancia debe hallarse garantizada por un poder capaz de aplicarlas normalmente, aun en contra de la voluntad de los obligados.

El género próximo de la definición del derecho reside, de acuerdo con la tesis kelseniana, en la noción de norma. El orden jurídico no es un conjunto de proposiciones enunciativas o existenciales, sino de reglas de conducta que postulan deberes.

Los preceptos del derecho no derivan, como las reglas éticas, de la voluntad de quienes deben acatarlos. Su origen ha de buscarse en una voluntad distinta, a saber, la del Estado, representada por sus órganos. La teoría pura del derecho "rompe con la concepción tradicional que hace de la norma de derecho un imperativo, a imagen y semejanza de la norma moral, afirmándola, en cambio, como un juicio hipotético en el cual se enlaza de modo específico un hecho condicionante con una consecuencia condicionada. La norma de derecho conviértese en "precepto o proposición jurídica", que acusa la forma fundamental de la ley. Así como la ley natural enlaza un hecho determinado —causa— con otro distinto —efecto— del mismo modo la ley jurídica enlaza la condición con la consecuencia". (Hans Kelsen, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho*, versión de Luis Legaz y Lacambra, Editora Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, pág. 23).

El carácter normativo de los preceptos jurídicos obedece exclusivamente a la forma o estructura lógica de los mismos, esto es, a la imputación de una cierta consecuencia a un hecho condicionante. La teoría jurídica pura "aspira a exponer el derecho tal como es, sin legitimarlo por su justicia ni descalificarlo por su injusticia; preguntase por el derecho real y posible, no por el derecho justo. En este sentido, es una teoría radicalmente realista. Rechaza toda valoración, todo juicio en torno al derecho positivo como ciencia, no se siente obligada más que a conocer el derecho positivo en su esencia, y a comprenderlo mediante un análisis de su estructura". (Kelsen, *El método y los conceptos* pág. 19).

El derecho, es un orden coercitivo en la medida en que establece, como sanciones, ciertas formas de coacción. Las normas jurí-

dicas representan una técnica social específica, que consiste en lograr la observancia de la conducta deseada mediante la amenaza de una medida coercitiva que debe emplearse en el supuesto de que el destinatario del precepto ejecute la conducta contraria. Los preceptos del derecho tienen validez en la medida en que se juzga que deben ser obedecidos por los particulares y aplicados por el poder público; son eficaces o positivos, cuando la conducta real de los obligados coincide con lo que tales preceptos estatuyen. La validez es una cualidad del derecho; la positividad es en cambio un atributo del comportamiento real de los hombres. Aun cuando validez y eficacia son nociones distintas, en ellas existe una relación importantísima. Kelsen la expresa de la manera siguiente: "Una norma no es válida porque tiene eficacia; es válida si el orden al cual pertenece es, en general, positivo. Esta relación entre validez y eficacia sólo puede entenderse desde el punto de vista de una teoría dinámica del derecho, que enfoque el problema de la razón de validez y del concepto del orden jurídico. Desde el ángulo visual de una teoría estática, sólo viene en cuestión la validez de las normas". Kelsen, *General Theory of Law and State*, Twentyeth Century Legal Philosophy Series, Harvard University Press, 1945, pág. 42).

Conclusión de todo lo anterior es el aserto de que la validez no puede consistir simplemente en lo que nosotros llamamos vigencia (o validez formal) ya que la eficacia del orden jurídico —considerado como un todo— es "condición" de tal validez, aun cuando no pueda considerarse como su "fundamento".

Josef L. Kunz Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toledo, Ohio, E.E.UU., discípulo de Kelsen, en 1948 produjo cuatro conferencias en la Escuela Nacional de Jurisprudencia precisamente sobre la Teoría Pura del Derecho que venimos tratando y la Imprenta Universitaria las publicó en un breve volumen del cual obtenemos los siguientes conceptos: "Lo que impresionó a Kelsen en las conferencias jurídicas tradicionales, fue, en primer lugar, la completa falta de exactitud y de fundamentación sistemática y más aún la terrible confusión en el planteamiento de los problemas, la constante confusión entre lo que es Derecho positivo y lo que —desde tal o cual punto crítico de valoración— debería ser Derecho positivo, y la continua confusión entre la cues-

tión de cómo deben actuar los hombres según el Derecho positivo, y cómo actúan de hecho. Estas impresiones crearon en Kelsen la idea de una estricta separación entre una teoría del Derecho positivo de un lado, y la ética, la política y la sociología, por otra parte. Creció en Kelsen como tema central la idea de la "pureza del método", hallada, mucho más por instinto que por estudios sistemáticos y filosóficos" (pág. 16, ob. cit.).

"Hay un punto último que quiero subrayar, en lo que toca a la obra kelseniana de 1911. En esta obra, "la pureza del método", la "actio finium regunderum" fue dirigida principalmente frente a la Sociología. En el mismo año publicó su trabajo sobre "Los límites entre los métodos jurídico y sociológico"; y, poco después, su libro sobre "Los conceptos sociológico y Jurídico del Estado". Quiero decir aquí que esta división rigurosa entre jurisprudencia y sociología no significa, como algunos críticos han dicho, equivocándose plenamente sobre el sentido de la Teoría Pura del Derecho, que Kelsen niegue la posibilidad científica de la sociología, o su valor. Hemos visto que Kelsen mismo es también sociólogo, autor de obras sociológicas originales". (pág. 27 ob. cit.).

"El último punto característico en la versión definitiva de la Teoría Pura del Derecho de 1945, es el mayor esclarecimiento y la mayor profundización de los problemas que la Teoría Pura había ya tratado antes; y en algunos casos, advertimos también innovaciones o cambios en la anterior Teoría Pura del Derecho. Como ejemplos de mayor esclarecimiento podemos citar el estudio de la norma secundaria y el extenso examen del problema del derecho subjetivo. Kelsen reconoce ahora que el derecho subjetivo es algo más que la correlación del deber jurídico. Hay un concepto más estricto y técnico de derecho subjetivo. Y este concepto, en el cual el derecho subjetivo no es el mero correlato del deber jurídico, es el concepto de la posibilidad legal de poner en movimiento la sanción. El derecho subjetivo en este sentido es una norma jurídica en su relación con el individuo, quien debe expresar su voluntad para que la sanción sea ejecutada. El derecho subjetivo, en este sentido, es una específica técnica jurídica, dominante en el Derecho privado; mientras que en el Derecho Penal presenta una técnica opuesta. Por consiguiente, el deber viene a ser el concepto fundamental. Ningún derecho subjetivo es posible sin un deber correspondiente; pero podría haber un

deber jurídico sin derecho subjetivo correspondiente en este sentido". (Pág. 73 y 74 ob. cit.).

La Teoría Pura del Derecho es un análisis estructural del Derecho positivo. La ciencia debe describir su material tal como es y no prescribir como debería ser. La ciencia estudia la realidad; los problemas acerca de cómo debería ser el Derecho Positivo no son problemas científicos sino cuestiones políticas o filosóficas.

Pero como la realidad del Derecho no es la conducta efectiva de los hombres, sino la normación de su conducta, la ciencia del Derecho es una ciencia normativa, no una ciencia natural. Por consiguiente, la ciencia del Derecho está estrictamente separada de la Sociología.

Ahora bien, la ciencia del Derecho, como ciencia, tiene por objeto la realidad específica del Derecho; debe tratar científicamente el Derecho, es decir, con objetividad y neutralidad. Por esta razón, la Teoría Pura no considera el Derecho como una copia más o menos perfecta de una idea trascendental. Como ciencia, hace una separación estricta entre el Derecho empírico y la justicia trascendente. Los problemas sobre la justicia no pertenecen a la Teoría Pura. El Derecho Positivo es obra humana, es una específica técnica social. La teoría Pura no es ni quiere ser una metafísica del Derecho.

Con estricta fidelidad a estos lineamientos, es como Kelsen desarrolla el concepto más fundamental, el concepto del Derecho. El Derecho es un orden de la conducta humana. La conducta humana es el objeto de las normas jurídicas. Pero la conducta humana es también el objeto de otros órdenes normativos, por ejemplo, la Ética y la Religión. En el concepto del Derecho no entra la idea de la justicia. Una cosa es una teoría científica del Derecho y cosa diferente es una filosofía metafísica de la justicia. La justicia es un juicio valorativo subjetivo. El Derecho natural no es Derecho en el sentido del jurista. Es una ideología para justificar el Derecho positivo vigente, o para derribarlo. Aquí Kelsen expone en detalle su bien conocida y valiosa distinción entre los dos tipos de un Derecho natural: el conservador y el revolucionario. Los juicios de valor, y, consiguientemente, los juicios sobre la justicia, están siempre determinados por factores emocionales no verificables. El Derecho natural no se interesa por el conocimiento del Derecho, sino que se preocupa

de la justificación de un Derecho positivo o del ataque contra él. Su tarea no es científica sino política. La justicia es absolutamente indispensable para el obrar humano, pero constituye un ideal irracional, no sujeto al conocimiento científico.

El Derecho es una específica técnica social. Todo orden social quiere determinar una cierta conducta recíproca de los hombres. Pero puede hacerlo por medio de diferentes técnicas: sin sanciones, por medio del ejemplo; o con sanciones. La técnica que ha predominado y predomina ha sido la de la sanción. Pero esta sanción puede ser trascendente, como en el orden normativo religioso; o puede estar organizada socialmente. La sanción puede tener dos formas: el castigo y el premio, correspondientes en las normas religiosas a la distinción entre el infierno y el cielo. Pero en la realidad social —e incluso en la religión— el castigo tiene un papel mucho más importante que el premio. El Derecho es un orden coercitivo: no está basado sobre la técnica de la motivación directa ni sobre la técnica de la obediencia voluntaria, ni sobre la técnica de la motivación indirecta por la vía del premio. El orden normativo jurídico puede, pues, ser estrictamente distinguido de los órdenes normativos de la Ética y de la Religión. En un orden jurídico avanzado, la comunidad jurídica tiene el monopolio del uso de la fuerza; el Derecho es la organización de la fuerza. Toda negación del elemento coercitivo conduce a la anarquía, es decir, a la negación del Derecho. Aquí nos encontramos con una antinomia básica, con una paradoja necesaria: el medio del Derecho, el acto coercitivo de la sanción es de la misma naturaleza que lo que el fin del derecho quiere evitar: el uso de la fuerza en las relaciones entre los hombres. Kelsen refuta, en excelentes páginas, los argumentos contra la definición del Derecho como orden coercitivo. (Págs. 82 a 85 ob. cit.).

Kelsen no niega tampoco la existencia, la inevitabilidad de la metafísica. Es más: en nuestra larga conversación en Nueva York, Kelsen me dijo que reconoce plenamente que los problemas metafísicos son los verdaderos problemas, mucho más importantes que los problemas científicos. Los insolubles enigmas de la vida humana, las cuestiones de dónde venimos, qué somos, y a dónde vamos, naturalmente ocuparán siempre el pensamiento de los hombres. La ciencia no lo es todo; al contrario, ocupa solamente un lugar pequeño, modesto, en la vida humana. Pero lo que sí es necesario, es lo que él

trató de hacer en el campo de la jurisprudencia: separar estrictamente la ciencia de la metafísica, lo que se puede saber, de lo que no podrá saberse nunca con certeza. Es la posición Kantiana: la separación entre ciencia y teología, entre razón y fe. Esto no excluye la fe: Kant fue un protestante fiel, un creyente fervoroso. El hombre es por naturaleza un animal metafísico.

Por esta razón es completamente aceptable el tratar, como lo ha hecho Recaséns Siches, la teoría del Derecho como teoría y la axiología del Derecho como filosofía, respetando la pureza del método. La justicia ocupa un puesto supremo en la axiología jurídica, pero no es una parte necesaria del concepto del Derecho; un Derecho puede ser justo o injusto, sin dejar de ser Derecho. Pero es inaceptable confundir las dos investigaciones, de manera que un Derecho injusto no solo sería, desde el punto de vista axiológico, un Derecho que merece condenación crítica, sino que además, desde el punto de vista teórico, no existiría en absoluto como Derecho. No es admisible tampoco el reprochar a la Teoría Pura del Derecho el que "evite" el problema de la validez última del Derecho. Pues esta Teoría se limita a lo jurídico. He leído recientemente el libro de José Antonio Brandao, profesor en la Universidad de Coimbra, quien me lo envió personalmente; se titula "O Direito", y constituye un ensayo de ontología jurídica. El autor distingue ontológicamente el Derecho en el sentimiento del hombre de la calle, del punto de vista del legislador y del punto de vista del jurista. Sin querer identificarme con esta tricotomía, la cito para decir que el Derecho del cual trata Kelsen es el Derecho del jurista. (Págs. 145 a 147, ob. cit.).

El pensamiento de Dn. Jacinto Pallares.

El Maestro Don Jacinto Pallares en su Curso Completo de Derecho Mexicano, Imprenta, Litografía y Encuadernación de I. Paz. México, 1901, fojas LI a LIII de la Introducción y págs. 22 y 23 del Capítulo I, expone su pensar sobre lo que el Derecho es con sencillez tal que no podemos menos que transcribir su pensamiento: Dice el distinguido Maestro "Hay, pues, un centro coordinador de las fuerzas mecánicas de los astros, un centro coordinador de las fuerzas geológicas de los planetas, un centro coordinador de las fuerzas químico biológicas del mundo de los seres vivos, un centro coordinador,

el cerebelo, de los aparatos y funciones del cuerpo humano; ¿y el organismo social, el cuerpo social, ese supremo Ser orgánico y vivo que sintetiza todas las fuerzas de la creación no ha de tener un centro, un aparato, un alma que coordine, que armonice, que unifique las incontables y variadas y complexas e intensísimas energías de la vida colectiva de la humana especie? Sería la suprema anomalía de la creación el que hubiese quedado abandonado a la anarquía el supremo y más noble ser del universo: la Sociedad Humana. No; desde el aparato informe del primitivo derecho encarnado en el materialismo grosero de símbolos hieráticos y transmitido por la voz de los ancianos de generación en generación, hasta los gigantescos sistemas de legislación de las Potencias y Estados modernos; desde la indecisa y vaga e indefinida y fluctuante autoridad de los patriarcas y de los arcobispos hasta la perfecta y bien definida organización de los gobiernos constitucionales de los tiempos actuales, en toda época, en todos los ciclos de la evolución de las sociedades ha aparecido en ellas ese órgano de orden, de armonía, de coordinación de las energías de las colectividades humanas llamado Poder Público, manifestando su acción perenne en el centro del organismo social por medio de lo que se llama la Ley, el Derecho, la Justicia.

El Derecho es, pues, la fuerza de la coordinación de todas las actividades sociales; el Derecho es para las energías de la humanidad lo que la ley de la atracción para los movimientos siderales, lo que la ley de las fuerzas centrífuga y centrípeta para la vida de los planetas, lo que la ley de las afinidades químico biológicas para la evolución de los seres vivos, lo que el cerebelo para la unidad de las funciones del cuerpo humano; el Derecho es la síntesis de todas las incontables energías de la sociedad, porque todas ellas se destruirían mutuamente y matarían el organismo social si el Derecho, fuerza soberana, no interviniese armonizando y conciliando en una suprema síntesis de equilibrio todas esas corrientes impetuosas de la vida humana, de la vida material o económica, de la vida intelectual, de la vida artística, de la vida moral, de la vida religiosa. El Derecho, regulador consciente de todos esos ideales y de todas esas necesidades de la vida física y moral del organismo social, debe levantarse con su conciencia jurídica tan alto y más alto que todas las conciencias particulares de esas diversas energías de esos diversos grupos, de esos diversos centros de constante acción y labor, pues para orde-

nar, armonizar, imprimir un movimiento, a millares de actividades conscientes, es preciso tener una conciencia superior a la de los organismos cuya vida y energías deben ser coordinadas. El Apostolado del Derecho, es, pues, el más alto, el más noble, el más sublime de los apostolados. La palabra Justicia, es la palabra más santa que ha salido de los labios humanos, y la misión de la Justicia en el seno de las inmensas y exhuberantes colectividades humanas, es la misión más sublime, porque la justicia, distribuyendo la armonía, la conciliación, el equilibrio, el concierto divino del orden en el seno de las fuerzas morales e intelectuales que luchan y se debaten en la evolución de la sociedades, que es la suprema evolución de la naturaleza, distribuyendo la vida, sostiene la armonía y encauza las energías de la humanidad en el zurco eterno del progreso.

La palabra Derecho sugiere irresistiblemente en el espíritu de todos los hombres; lo mismo en la ruda inteligencia del vulgo, que en las inteligencias familiarizadas con el tecnicismo convencional de la literatura jurídica; lo mismo en el idioma de los parlamentos y oficinas, que en las altas especulaciones de los filósofos; lo mismo en los tiempos lejanos en que los Dioses, y los oráculos, y los mitos gobernaban directamente a los pueblos, que en las edades en que se ponen a discusión los títulos de los Gobiernos, los poderes del sacerdocio y los orígenes de las instituciones políticas y religiosas; lo mismo en el lenguaje familiar de la vida ordinaria que en la fraseología tradicional de los códigos, en todas partes y en todos tiempos la palabra DERECHO, palabra de que ningún idioma carece, sugiere irremisiblemente la idea de MANDATO, DE REGLA que debe obedecerse, de PRECEPTO (particular o general, según las épocas) que liga la voluntad humana. Esa idea fundamental se presentará vaga y confusa a la inteligencia del hombre inculto, que no podrá precisar ni el origen, ni la extensión, ni la naturaleza del MANDATO; se ofrecerá con ciertos contornos y lineamientos técnicos al espíritu del jurista que recitará las definiciones, divisiones y subdivisiones de la nomenclatura doctrinal para explicar su saber en Derecho; resplandecerá con toda la intensidad luminosa de su origen histórico, de sus transformaciones sociales y psicológicas, y de su función moral, política y religiosa, en el cerebro del filósofo; pero todos, el pensador profundo, el especialista en el arte de las leyes y el hombre vulgar todos atribuirán un sentido uniforme, una signi-

ficación idéntica a la palabra Derecho; todos se comprenderán y de hecho se comprenden recíprocamente al usar de esa palabra en las necesidades ordinarias de la vida y en la discusión de problemas elevados, porque para todos ellos tienen un sentido común para todos responde a un hecho universal y perfectamente comprendido".

En páginas anteriores se han consignado diversas opiniones, tesis, o sistemas, tendientes a demostrar bajo diversos puntos de vista y con determinadas bases que es posible definir el derecho y aun proporcionan los elementos constitutivos del género próximo y las diferencias específicas correspondientes.

No nos compete el problema en cuestión, como lo dejamos sentado al inicio del capítulo; pero sí hemos obtenido el resultado deseado o sea, material de incalculable valor para el desarrollo del presente trabajo. En efecto, podemos considerar como elementos permanentes en el concepto "derecho" los de normatividad, heteronomía y sanción, entendiendo por estos conceptos respectivamente: a) determinación de conducta obligatoria; b) existencia de voluntad diversa a la del obligado determinante de la conducta a observar por éste; c) la consecuencia del incumplimiento del deber.

García Maynez en su Introducción al Estudio del Derecho, 11a. Edición. Edit. Porrúa, S. A. México, D. F. 1963 nos ilustra al particular en los términos siguientes:

La palabra norma suele usarse en dos sentidos: uno amplio y otro estricto: lato sensu aplicase a toda regla de comportamiento, obligatoria o no; stricto sensu corresponde a lo que impone deberes o confiere derechos. Las reglas prácticas cuyo cumplimiento es potestativo se llaman reglas técnicas. A las que tienen carácter obligatorio o son atributivas de facultades les damos el nombre de normas. Estas imponen deberes o conceden derechos, mientras los juicios enunciativos se refieren siempre, como su denominación lo indica, a lo que es. (Pág. 4, ob. cit.).

Heteronomía es sujeción a un querer ajeno, renuncia a la facultad de autodeterminación normativa. En la esfera de una legislación heterónoma el legislador y el destinatario son personas distintas; frente al autor de la ley hay un grupo de súbditos. (Pág. 22, ob. cit.).

La sanción puede ser definida como consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado. Como toda consecuencia de derecho, la sanción encuéntrase condicionada por la realización de un supuesto. Tal supuesto tiene carácter secundario, ya que consiste en la inobservancia de un deber establecido por una norma a cargo del sujeto sancionado. La obligación cuyo incumplimiento representa el supuesto jurídico de la sanción, deriva a su vez de otro supuesto, al que lógicamente corresponde el calificativo de primario. Si las obligaciones que éste condiciona son cumplidas, el secundario no se realiza y, consecuentemente, la sanción no puede imponerse. Así como hablamos de supuestos primarios y secundarios, podemos hablar también de deberes jurídicos primarios y secundarios. El deber cuya inobservancia determina la existencia de la obligación oficial de sancionar, tiene, naturalmente, carácter primario. La sanción es, en cambio, consecuencia secundaria.

A la norma que establece la sanción suele llamársele sancionadora. Esta última es secundaria, relativamente a la sancionada. La relación entre ambas queda claramente resumida en la fórmula: Si A es, debe ser B; si B no es, debe ser C. La omisión de la conducta ordenada por el primer precepto constituye el supuesto jurídico del segundo. (Págs. 295-296, ob. cit.).

Réstanos por último establecer, dentro de la estructura de la norma, los conceptos de supuesto jurídico y consecuencias de derecho. Toda norma se encuentra integrada de uno o varios supuestos o hipótesis, que son las condiciones de cuya actualización depende el nacimiento de los derechos y de las obligaciones que las propias normas consignan, derechos y obligaciones que pueden o no ejercitarse o cumplirse, respectivamente, sin impedir ello que la realización del supuesto genere indefectiblemente la consecuencia respectiva.

“El vínculo entre las consecuencias de derecho y su realización efectiva es contingente; la existencia de un deber jurídico no implica su observancia, ni la adquisición de un derecho determina en todo caso su ejercicio. Es posible tener obligaciones y no cumplirlas, o tener derechos subjetivos y no hacerlos valer. (García Maynez, Introducción, Pág. 175).

CAPITULO SEGUNDO

LA FUNCION JURISDICCIONAL

Necesidad de la función jurisdiccional.—Organos encargados de la satisfacción de la función jurisdiccional.—Naturaleza de la función jurisdiccional.—Acepciones en que se emplea el concepto de jurisdicción.—Equivalencia de los conceptos de jurisdicción y competencia.

Hemos visto en el capítulo que antecede el carácter heterónimo y coercitivo del derecho; que la norma jurídica está integrada por dos elementos fundamentales o sean el supuesto de derecho y la consecuencia jurídica. Síguese de ello que la norma no solo contiene una regla abstracta de conducta sino que lleva implícito un mandato, lo que supone la posibilidad del empleo de la fuerza o sea el principio de coercibilidad, que permite precisamente convertir en realidad las aspiraciones concretas en cuanto dispone del poder bastante para imponerlas (Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Hugo Alsina pág. 22 y sigs. Tomo I, Ediar Soc. Anom. Editores, Buenos Aires, 1963). Por consiguiente, no se limita el Estado a establecer el derecho, sino que garantiza su cumplimiento, y éste es el contenido de la función jurisdiccional.

“El derecho, como producto social, ha existido en todo los tiempos, pero su forma de protección fue variando progresivamente, a medida que las costumbres evolucionaban y se desarrollaban los conceptos jurídicos. Ninguna duda cabe que en los primeros tiempos de la historia su defensa era una función privada, en la que la fuerza constituía el factor decisivo. La intervención de familiares cuando la familia comenzó a consolidarse, facilitó más tarde la solución de las querellas mediante la conciliación, y probablemente cuando esto no era posible se sometía a la decisión de terceros (ex aequi et bono), naciendo así el arbitraje. A veces el vencido no se avenía a cumplir la sentencia, lo que obligaba nuevamente al empleo de la fuerza, y por eso cuando por la agrupación de familias aparecieron los primeros núcleos sociales, fue natural que para mantener la tranquilidad en ellos, se atribuyese a quien en calidad de jefe se había conferido la dirección militar y política, la facultad también de administrar justicia. Esto explica cómo los reyes de la primitiva Roma eran, además de jefes, grandes sacerdotes y magistrados. Del jefe de tribu, esa facultad pasó al príncipe, quien terminó por considerarla un atributo de su persona, y de ahí derivó a la soberanía del

Estado moderno. Existe, por lo tanto, en la defensa del derecho, una substitución de la actividad individual, no voluntaria sino necesaria, por el Estado, cuando la norma jurídica resulta insuficiente por sí misma para imponer solución al conflicto. Una vez que el Estado ha impuesto su autoridad, la realización de los intereses individuales pasó a ser una función esencialmente pública, limitándose paralelamente la defensa privada. El derecho, de regla empírica se transformó en norma legal; pero mientras no logre constituirse en sentimiento, a lo que probablemente nunca llegará la humanidad, la intervención del Estado será siempre indispensable para hacerlo efectivo. Y aún así, tal vez no pudiera prescindirse de esa intervención, porque, a pesar de no haber conflictos de intereses, podría haber un estado de incertidumbre en la existencia o interpretación del derecho, y a él le correspondería entonces fijar la situación jurídica de los sujetos, mediante la llamada sentencia de mera declaración". (Alsina, obra citada, pág. 24 y 25).

"En las civilizaciones modernas, incumbe al Estado la misión de resolver los litigios, aunque en ellos solo jueguen intereses privados; también le corresponde proteger los derechos de los particulares cuando son desconocidos o discutidos.

Con razón recuerda el profesor de París, Morel, que otra cosa bien distinta ocurría en las sociedades primitivas, donde reinaba el régimen de la justicia privada. En este régimen, que aun perdura dentro del orden internacional, cada grupo o clán se esfuerza en tomar venganza u obtener reparación del daño causado o de la ofensa realizada al grupo entero o a cualquiera de sus miembros. La historia de las civilizaciones nos demuestra cómo el régimen de la justicia privada desaparece poco a poco, no sin resistencia, para ser reemplazado por el sistema actualmente en vigor en los pueblos civilizados.

En el régimen actual, el Estado, por medio de sus órganos jurisdiccionales, establecidos con las necesarias garantías, o sea, valiéndose de los Tribunales de Justicia, se reserva casi completamente el monopolio en el ejercicio de la función jurisdiccional". (Elementos de Derecho Procesal Civil. Faustino Menéndez Pidal. —1935.— págs. 7 y sigs.).

Los criterios antes expuestos, que pueden considerarse uniformes y contextes con las conclusiones de los Procesalistas, no constituyen afirmación absoluta, es decir, puede prescindirse de la intervención del Estado para la solución de conflictos jurisdiccionales, atribuyéndose el particular afectado la facultad de que se trata, como sucede en la legítima defensa que, como circunstancia excluyente de responsabilidad, establece la fracción III del artículo 15 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales; los golpes dados y las violencias simples hechas en ejercicio del derecho de corrección no son punibles, por disposición del numeral 347 del Cuerpo de Leyes citado en relación con el 423 del Código Civil ("Los que ejercen la potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente"); el derecho de retención a que se contrae el artículo 2669 del Código Civil respecto del contrato de hospedaje, para el caso de que el pasajero deje de satisfacer el importe del mismo, etc., y aún cuando pudiere considerarse que el Estado interviene de toda forma al permitir y reglamentar tales situaciones, la actividad jurisdiccional por parte del Estado deja de realizarse a pesar de que pudiere hablarse de delegación de jurisdicción.

En nuestro sistema jurídico el artículo 17 Constitucional precisa que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho y que los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley. (La prohibición de la autodefensa, es decir, la negativa del derecho a tomarse la justicia por la propia mano, de que trata también este artículo, es un signo de civilidad, y una expresión, al mismo tiempo, de un sentido profundamente humano, hijo de nuestra civilización cristiana. El Estado moderno tiene a su cargo la administración de la justicia, tanto en el orden civil como en el penal, por lo que no puede permitir que nadie se convierta en juez de sus propias causas. Como consecuencia de la prohibición de la autodefensa, el Estado reconoce el derecho de acción procesal, o sea, la facultad de provocar el ejercicio de la jurisdicción ejercida por los Tribunales para mantener el imperio de la legalidad y la tutela de los derechos legítimos de todos. (El Régimen Constitucional Mexicano.—Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., 1955, página 28. Lic. Felipe López Rosado.) En relación con el texto Constitucional transcrito debo decir que diversas disposiciones relativas a caducidad de

instancia, sobreseimiento, etc., las considero anticonstitucionales y antijurídicas, consignándose los conceptos correspondientes al estudiar la caducidad de la instancia.

“La jurisdicción puede definirse como la actividad del Estado encaiminada a la actuación del derecho objetivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto. De la aplicación de la norma general al caso concreto puede deducirse, a veces, la necesidad de ejecutar el contenido de la declaración formulada por el Juez y entonces la actividad jurisdiccional es no sólo declaratoria sino ejecutiva también.

En el Estado moderno la jurisdicción corresponde a órganos específicos de carácter público, cuya potestad deriva de las normas constitucionales precisas que establecen la base fundamental de la Administración de Justicia en cada país.

El instrumento específico de esta función es el Poder Judicial, que si bien no agota el volumen de las actividades jurisdiccionales, ejerce la mayor parte de ellas. Pero aunque el Poder Judicial no absorbe totalmente la función de juzgar, la aspiración a que llegue a absorberla algún día está, sin duda, en armonía con la aplicación de la teoría de la división o separación de los Poderes del Estado, y con la conclusión lógica que de ella debe sacarse y que, admitida, conduciría a la integración de los servicios que cumplen funciones jurisdiccionales fuera de la organización del Poder Judicial, dentro de la esfera de éste, entregando así el ejercicio de estas funciones en toda su extensión al Poder del Estado al que, en el orden de los principios, corresponden con exclusión de los demás”. (Principios de Derecho Procesal Civil.—Librería Herrero Editorial —1957 — pág. 103. Rafael de Pina).

La división de Poderes lo establece en forma absoluta el artículo 49 de nuestra Constitución Política al disponer que: El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Prohíbe la reunión de dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, así como depositarse el Legislativo en un individuo, a excepción del caso de facultades extraordinarias que previene el numeral 29 de la propia Carta Fundamental. El Lic. Felipe López Rosado en los comentarios que hace al texto referido, en la obra que citamos con anterioridad manifiesta:

“La teoría de la división de los Poderes del Estado tiene sus antecedentes en Aristóteles, Polibio, Cicerón y otros escritores antiguos; pero fue Montesquieu, el primero de los modernos que la expuso y la defendió como una garantía efectiva para la defensa de la libertad política”.

“Esta teoría —escribe Posada, en su Tratado de Derecho Político— interpretada y aplicada de muy diverso modo, constituye una de las características más salientes y significativas, del régimen constitucional moderno, definido como régimen de garantías de las libertades, en parte, el sistema de frenos y contrapesos en que consiste la Poderes, especialmente en ciertas interpretaciones y aplicaciones”.

Generalmente se reconoce, aun por los enemigos declarados del principio de la división de Poderes, que en todo Estado es esencial alguna distinción entre los tres Poderes para el sostenimiento de la libertad.

En opinión de Madison, la acumulación de todos los Poderes del Estado en unas mismas manos puede estimarse justamente como la verdadera definición de la tiranía.

La centralización de los Poderes del Estado constituye sin duda una seria amenaza para la libertad. Montesquieu, en su obra *El Espíritu de las Leyes* (1748) escribió a este propósito: “Cuando el Poder Legislativo y el Ejecutivo se reúnen en las mismas personas, o en el mismo cuerpo de magistrados, no hay libertad, porque puede temerse que el monarca o el tirano hagan leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. Si el Poder Judicial estuviere unido a la potestad legislativa, el poder de decir de la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, porque el juez sería al mismo tiempo legislador; si estuviera unido al Ejecutivo el juez tendría en su mano la fuerza de un opresor. Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de príncipes o de nobles, o del pueblo, ejerciese esos tres Poderes.

La tesis de Montesquieu ha sido confirmada por la realidad.

La Constitución Federal de México (así como sus Constituciones locales) tienen como uno de sus principios fundamentales el de la

división de Poderes, que no se oponen, ni mucho menos, a la coordinación de las funciones de cada uno de ellos.

La división de Poderes ha sido combatida, como todas las instituciones democráticas, naturalmente, por los enemigos de éstas; pero en México se acepta y se mantiene como una garantía de la libertad.

La indivisión de Poderes es una característica de los regímenes totalitarios, como la división lo es de los democráticos. Es significativo, sin embargo, que aun en los regímenes totalitarios tenga defensores la división de Poderes.

Por lo que respecta a México, en relación con la división de Poderes, ha escrito el maestro Tena Ramírez que nuestra Constitución consagra esta división y realiza su colaboración por dos medios principales: haciendo que para la validez de un mismo acto se necesite la participación de dos Poderes (ejemplo: en la celebración de los tratados participan el Presidente de la República y el Senado) u otorgando a uno de los Poderes algunas facultades que no son peculiares de ese Poder, sino de alguno de los dos (ejemplo: la facultad judicial que tiene el Senado para conocer de los delitos oficiales de los funcionarios con fuero).

Así, pues, concluye el maestro citado, aunque el primer párrafo del artículo 49 (constitucional) no hace sino expresar la división de los Poderes Federales, es posible deducir de la organización constitucional, toda entera, que esa división no es rígida, sino flexible o atenuada, por lo que no hay dislocamiento, sino coordinación de Poderes.

La concepción de la división de Poderes debe ser completada con la concepción del Poder estatal. De acuerdo con Klein (en la teoría de los tres Poderes Constitucionales, citado por Posada), un Poder del Estado es un órgano encargado de una función cardinal objetiva (legislativa, ejecutiva o judicial), investido de una independencia suficiente para ejercerla distintamente. Diferenciando el Poder de la función, el autor citado dice que ésta es la actividad normal y continuada del Estado en la realización de sus fines".

Felipe Tena Ramírez, en su obra Derecho Constitucional Mexicano, Editorial Porrúa, S. A., México, 1963, 6a. Edic. pág. 191 y

sigs., en relación con el punto que venimos comentando de la división de Poderes nos indica que: "En el primer párrafo de su artículo 49, nuestra Constitución establece que el Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en legislativo, ejecutivo y judicial".

La división de Poderes no es meramente un principio doctrinario, logrado de una sola vez y perpetuado inmóvil; sino una institución política, proyectada en la Historia. De allí que sea preciso asistir a su alumbramiento y seguir su desarrollo, si se quiere localizar y entender su realización en un momento histórico determinado.

Desde Aristóteles hasta Montesquieu, todos los pensadores a quienes preocupó la división de Poderes, dedujeron sus principios de una realidad histórica concreta. De la comparación entre varias constituciones de su época, y teniendo en cuenta el Estado-ciudad realizado en Grecia, Aristóteles diferenció la asamblea deliberante, el grupo de magistrados y el cuerpo judicial. (241 Aristóteles: La Política, Libro VI, capítulos XI, XII y XIII). De las varias formas combinadas que descubrió en la constitución romana, Polibio dedujo la forma mixta de gobierno. (242 Polibio: Historia de Roma; Libro VI, capítulo XI.) En presencia de la realidad francesa de su época, Bodino afirmó la existencia de cinco clases de soberanía, que por ser ésta indivisible, incluyó en el órgano legislativo. (243 Bodino: Los seis libros de la República; Libro I, capítulo X.) En presencia del Estado alemán después de la paz de Westfalia, Puffendorf distinguió siete potencias *summi imperi*. (244 Puffendorf: *Jus nature*; Libro VII, capítulo IV.) Y por último, infiriendo sus principios de la organización constitucional inglesa, Locke y Montesquieu formularon la teoría moderna de la división de Poderes.

Pero si es verdad que estos dos últimos doctrinarios adoptaron el método de sus predecesores, deduciendo una doctrina general de las realidades observadas, sin embargo, hay en su teoría un elemento nuevo. Hasta entonces la diversidad de órganos y la clasificación de funciones parecían obedecer exclusivamente a la necesidad de especializar las actividades, esto es, a una mera división de trabajo. A partir de Locke, este motivo para fraccionar el poder público, aunque no desaparece, pasa a ocupar un lugar secundario. Y entonces surge como razón superior de dividir el Poder, la necesi-

dad de limitarlo, a fin de impedir su abuso. De este modo la división de Poderes llegó a ser, y siéndolo continúa hasta la fecha, la principal limitación interna del Poder público, que halla su complemento en la limitación externa de las garantías individuales.

Según Locke, "para la fragilidad humana la tentación de abusar del Poder sería muy grande, si las mismas personas que tienen el poder de hacer las leyes tuvieran también el poder de ejecutarlas; porque podrían dispensarse entonces de obedecer las leyes que formulan y acomodar la ley a su interés privado, haciéndola y ejecutándola a la vez, y, en consecuencia, llegar a tener un interés distinto del resto de la comunidad, contrario al fin de la sociedad y del Estado". (245 Locke: Ensayo sobre el gobierno civil; capítulo XII.) Y Montesquieu dice en frase que ha llegado hasta nuestros días como médula del sistema: "Para que no pueda abusarse del Poder, es preciso que, por disposición misma de las cosas, el Poder detenga al Poder". (246 Montesquieu: Espíritu de las Leyes; Libro XI, capítulo VI.) (En la Obra El Espíritu de Las Leyes Por Montesquieu, Vertida al Castellano con notas y observaciones por Siro García del Mazo, Madrid 1906, Tomo I, págs. 227 y sigts. nos encontramos la amplia exposición que del concepto que venimos estudiando expone el autor.)

De todas maneras la Carta Magna consagró los dos principios esenciales de que se iba a nutrir el constitucionalismo del futuro: el respeto de la autoridad a los derechos de la persona y la sumisión del poder público a un conjunto de normas, que en Inglaterra integraban el "common law". En torno de esos dos principios se debate a partir de la Carta, la historia inglesa; cada rey, hasta el siglo XV, juró respetarlos; postergados bajo la dinastía de los Tudores, resurgieron bajo Jacobo I para poner en jaque el derecho divino de los reyes. Y fue entonces cuando los proclamó el Justicia Mayor del Reino, Lord Eduardo Coke, en frases lapidarias, amajestadas ahora por el tiempo y la victoria.

En un conflicto de jurisdicciones, el rey Jacobo I declaró que podía fallar personalmente en cualquiera causa, sustrayéndola del conocimiento de los jueces ordinarios, a quienes consideraba sus delegados. Coke se opuso y la Historia ha conservado, en los documentos que se cambiaron entre sí, el diálogo intrépido que sostuvo el Justicia con su rey.

“De acuerdo con la Ley de Inglaterra —dijo el Justicia—, el rey en persona no puede juzgar causa alguna; todos los casos civiles y penales, tendrán que fallarse en algún tribunal de justicia, de acuerdo con la ley, y la costumbre del reino”. A lo que respondió el rey: “Creo que la ley se funda en la razón; yo, y otros, poseemos tanta razón como los jueces”.

“Los casos que atañen a la vida, a la herencia, a los bienes o al bienestar de los súbditos de su Majestad —replicó Coke—, no pueden decidirse por la razón natural, sino por la razón artificial y el juicio de la ley, la cual es un arte que requiere largo estudio y experiencia, antes de que un individuo pueda llegar a conocerla a fondo”.

Esta respuesta ofendió al rey, quien dijo que en tal caso, “el estaría sometido a la ley, lo cual era traición sostener”. Allí estaba la tesis fundamental del absolutismo; frente a ella, Coke no evadió la afirmación de la monarquía constitucional: el rey no está sometido a ningún hombre, pero sí está “bajo Dios y la Ley”. (Las frases textuales están tomadas del Walter Lippman, Retorno a la Libertad; México, 1940; pág. 384.)

He allí las dos tesis en pugna, expuestas con magistral concisión en el momento mismo en que se juega el destino de las libertades inglesas.

De las ideas de Coke surge nítidamente la diferencia de funciones y de órganos. Porque si sólo los jueces y no el rey, podían fallar las causas civiles y penales, quería decir que la función jurisdiccional estaba encomendada a un órgano independiente del monarca, titular éste de la función gubernativa. Y si el rey mismo estaba bajo la ley, entonces la ley, emanada del Parlamento, era ajena y aun superior a la voluntad del soberano.

La supremacía absoluta de la ley, que pregonaba Coke, engendró alternativamente, en los años sucesivos, el absolutismo regio, el absolutismo parlamentario y la dictadura de Cromwell, lo que permitió advertir que era necesario establecer una fórmula armónica de equilibrio entre el poder que hace la ley y el que la ejecuta. Esto fue lo que buscó Cromwell en su “Instrumento de Gobierno”, estatuto que inspiró a Locke su teoría de la división de Poderes.

Para Locke tres son los Poderes: el legislativo, que dicta las normas generales; el ejecutivo, que las realiza mediante la ejecución, y el federativo, que es el encargado de los asuntos exteriores y de la seguridad. Los dos últimos pertenecen al rey; el legislativo corresponde al "rey en parlamento", según la tradición inglesa.

La novedad de Montesquieu con respecto a Loke, no así en relación con Aristóteles, consiste en haber distinguido la función jurisdiccional de la función ejecutiva, no obstante que las dos consisten en la aplicación de leyes.

Por otra parte, Montesquieu reunió en un solo grupo de funciones las referentes a las relaciones exteriores (que en Locke integraban el Poder federativo) y las que miran a la seguridad interior, (que constituían el poder ejecutivo de Locke.)

Por último, Montesquieu respetó la función legislativa, tal como Locke la había explicado, aunque sin advertir la intervención del rey en la actividad parlamentaria, que era peculiaridad del sistema inglés.

Después de distinguir las tres clases de funciones, Montesquieu las confirió a otros tantos órganos, con la finalidad ya indicada de impedir el abuso del poder. Y así surgió la clásica división tripartita, en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, cada uno de ellos con sus funciones específicas.

Veintidós siglos después de Aristóteles, reencarnaba en el genial filósofo francés la teoría de la división de Poderes. Llegaba con la oportunidad suficiente para suscitar la inquietud de un mundo que nacía a la vida de la libertad y del derecho. Se presentaba como fruto de la experiencia secular del pueblo inglés y en su éxito debía contar también el estilo seductor de que exornaba Francia a su pensador ilustre. Pero si tanto debe a Montesquieu el derecho público, cumple a la justicia rendir al precursor de la doctrina el homenaje que nuestro tiempo le ha negado.

Corresponde estudiar la naturaleza de la jurisdicción y al respecto debe decirse que, como en todas las situaciones e Instituciones jurídicas su explicación se encuentra razonada en variados criterios. Reimundin Ricardo, en su Derecho Procesal Civil, Editorial Vira-

cocha, Buenos Aires 1956. T. I págs. 86 y siguientes nos ofrece una síntesis de diversas teorías acerca de lo que la jurisdicción se ha pensado sea, y así tenemos:

a) Teoría del criterio organicista.

Tratando de encontrar un criterio diferencial, se toma en consideración la existencia de la división tripartita de los órganos del Estado (órganos legislativos, jurisdiccionales y administrativos); de acuerdo con esta tesis habría que afirmar que la actividad será jurisdiccional cuando ella emana del órgano establecido específicamente para esta función.

Desde este punto de vista, todos los actos realizados por un juez revisten carácter jurisdiccional, pero la tesis carece de exactitud. En efecto, por razones de oportunidad, conveniencia práctica y a veces de tradición histórica, se ha conferido también a los jueces la llamada jurisdicción voluntaria, que es actividad administrativa. Por otra parte, ciertos órganos administrativos tienen funciones jurisdiccionales.

Además los jueces eclesiásticos y los árbitros que no son órganos del Estado desarrollan también actividades jurisdiccionales mediante la forma y eficacia establecidas por la ley.

b) Teoría del criterio formal.

Tampoco puede satisfacer este criterio que como el anterior es simplemente aproximativo y prescinde de los otros elementos de la jurisdicción.

La declaración judicial de incapacidad por insania (v.gr.), es un acto jurisdiccional por su forma, pero no por su contenido; en realidad, es pura administración traducida en medidas que se adoptan para el mejor cuidado de la salud del insano y la debida conservación de sus bienes; se utiliza la forma del proceso jurisdiccional, porque con él se obtiene una mayor garantía para los intereses del insano.

c) Teoría subjetiva de la jurisdicción.

Según esta teoría el Estado, mediante la jurisdicción, tutela el derecho subjetivo violado o amenazado.

Tampoco es exacta, pues, como se ha observado, no siempre el ejercicio de la jurisdicción presupone un derecho subjetivo violado. Es interesante señalar que en las acciones de condena a una prestación futura, como asimismo en las meramente declarativas y en las cautelares, no existe violación actual del derecho, y sólo originan un proceso esencialmente preventivo para impedir un daño cuando la conducta del deudor haya dado motivo para dudar de su buena fe o bien para eliminar un estado de incertidumbre sobre la existencia o interpretación de una relación jurídica sustancial o material, pero el juez desarrolla siempre una actividad jurisdiccional.

Por otra parte, la autoridad administrativa, en la esfera de su competencia, puede proveer también a la restauración del derecho violado y no ejerce jurisdicción.

d) Teoría objetiva de la jurisdicción.

Se piensa que la teoría objetiva de la jurisdicción es preferible a la subjetiva; en este orden de ideas, es que se afirma que los fines próximos e inmediatos de la jurisdicción consiste en el mantenimiento del orden jurídico y la actuación de la ley; el reconocimiento del derecho subjetivo no puede ser sino fin mediato y consecuencia del ejercicio de la jurisdicción.

e) Teoría del derecho incierto.

Para esta concepción es tarea esencial y característica de la actividad jurisdiccional, verificar en cada caso un derecho incierto o cuestionable. Se le ha formulado la objeción de que no siempre existe incertidumbre; por otra parte, la autoridad administrativa también resuelve cuestiones controvertidas; además, en el proceso de ejecución puede no existir esa incertidumbre y sin embargo se ejerce jurisdicción.

f) La jurisdicción, como composición de la litis.

De acuerdo con esta tesis, se ejerce jurisdicción en la justa composición del litigio, entendiéndose por litigio el conflicto de intereses cualificados por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del adversario.

Puede observarse que si se establece como elemento esencial de la jurisdicción la existencia del litigio, todos los casos que esta

doctrina llama procesos sin litigio deberían ser excluidos de la verdadera y propia jurisdicción, y relegados al campo de la llamada jurisdicción voluntaria. (6 Calamandrei, loc. cit.)

g) Teoría sobre el predominio del elemento lógico.

Esta posición tiene en cuenta el elemento lógico de la jurisdicción, señalando que en la función administrativa prevalece el acto de voluntad, mientras que en la jurisdiccional prevalece el acto de inteligencia.

Según esta teoría no existiría un criterio diferencial que permita deslindar sustancialmente la administración y la jurisdicción.

h) Teoría de la actividad secundaria, sustitutiva o subrogatoria.

Aquí se propone como base el carácter subsidiario de la jurisdicción consistente en la sustitución de una actividad pública a una actividad ajena (7 Galli, el concepto de jurisdicción; Carnelutti, Sistema, T. I. Núms. 54 y 87.)

Esta sustitución tendría lugar de dos formas correspondientes a los estadios del proceso, conocimiento y ejecución; a) la jurisdicción consistente en la sustitución definitiva y obligatoria de la actividad intelectual del juez a la actividad intelectual de las partes y terceros; b) en cuanto a la actuación definitiva de la voluntad declarada, si se trata de una voluntad que no puede cumplirse más que por los órganos públicos, esta ejecución en sí misma no es jurisdicción; así no es jurisdicción la ejecución de la sentencia penal.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la actividad jurisdiccional es ajena a la de las partes, en cuanto es la actividad de un tercero en el conflicto, se califica como actividad secundaria, mientras que la actividad administrativa sería primaria, pues la Administración procede siempre por su cuenta y en causa propia.

Pero el fenómeno jurisdiccional, considerado como sustitución de actividad, no tendría explicación si el proceso busca la producción de un cambio jurídico que las partes aunque estuvieran de acuerdo no podrían obtener fuera del proceso (v.g. nulidad de matrimonio).

i) Teoría de la Adopción, y teoría de los equivalentes jurisdiccionales.

Otra cuestión interesante y que es muy controvertida, es la referente al carácter jurisdiccional del arbitraje.

Galli sostiene que los árbitros no ejercen una función pública y estatal, como es por su esencia la jurisdicción.

Ahora bien, para explicar cómo adquiere autoridad de cosa juzgada la decisión de los árbitros, utiliza la teoría de la adopción. De acuerdo con esta tesis, se produce un verdadero fenómeno de adopción: en ciertos casos y bajo ciertas condiciones bien determinadas, el órgano jurisdiccional adopta y hace suya la decisión de los particulares y la considera como si hubiese emanada del propio órgano estatal. De conformidad con la legislación, con referencia a la cual se formula esta teoría, la adopción se produciría por el decreto que declara ejecutivo el laudo arbitral y solamente después del mismo es que se podría hablar de la eficacia de cosa juzgada de la resolución arbitral. Es indudable que este criterio no puede aplicarse a nuestro régimen procesal.

Lascano sostiene que los árbitros no ejercen jurisdicción, por cuanto ésta es una función pública que supone la intervención del Estado, y otros autores niegan también el carácter jurisdiccional porque los árbitros carecen del imperium y éste es uno de los atributos de la jurisdicción. (Couture, El concepto de jurisdicción laboral.) Mientras que Ottolenghi con argumentos muy sólidos y bien fundados demuestra la índole jurisdiccional del instituto. (Ottolenghi, Conceptos fundamentales para una construcción del instituto arbitral, Naturaleza del arbitraje, en Revista de Derecho Procesal, año I, p. 154 y ss.)

Alcalá-Zamora y Castillo y Levené (h) consideran que más que un mero equivalente (Jurisdiccional), el arbitraje constituye un auténtico proceso jurisdiccional. (Alcalá-Zamora y Castillo y Levené (h), loc. cit.). Alsina, igualmente, reconoce el carácter jurisdiccional (Alsina, Tratado, t. III, p. 816.)

Sentís Melendo también se pronuncia a favor de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje (v. Revista de Derecho Procesal 1953, II, p. 262.)

Nos adherimos sin vacilación a la tesis jurisdiccionalista. Pensamos que corresponde distinguir los dos momentos de la jurisdicción; la fase de la cognición y la ejecución forzada.

En efecto, existen decisiones pronunciadas con finalidad de simple declaración de certeza o con finalidad constitutiva que agotan la función jurisdiccional y cierran el proceso, mientras que la sentencia de condena, que es también actividad jurisdiccional, cierra únicamente la fase de cognición, pero abre la de ejecución. En este último caso, sólo existe una diversidad de órganos: órganos de la cognición, que cumplen la actividad de juzgar, y los órganos ejecutivos que realizan la ejecución forzada; los árbitros deciden a través de la fase de la jurisdicción que se llama, como dijimos, la cognición.

Los árbitros ejercen indudablemente una función pública por su fin y por sus efectos como es la actividad de juzgar; de lo contrario el laudo sería un mero dictamen u opinión jurídica.

j) Teoría que considera a la jurisdicción como un complemento de la actividad legislativa.

Se afirma que la jurisdicción es el complemento necesario de la actividad legislativa, a la que, conceptual y cronológicamente, es posterior; la actividad legislativa, desde este punto de vista, pone el Derecho en la sociedad, mientras que la jurisdicción lo determina y lo hace valer en las relaciones sujetas a él.

Ranelletti define la jurisdicción como la actividad del Estado tendiente a hacer valer y aplicar el derecho objetivo en las relaciones particulares concretas, mediante la resolución definitiva y obligatoria de las cuestiones jurídicas relativas a ellas y la realización coactiva de las mismas en aplicación del derecho existente.

Otro autor afirma que la jurisdicción constituye la prosecución necesaria de la función legislativa.

Galli define la jurisdicción como la actividad del Estado tendiente a actuar la ley y aplicarla en los casos particulares con la virtud especial y la eficacia de la sentencia, vale decir como si desde la entrada en vigor de la ley, la función legislativa misma hubiese aplicado la ley sancionando para ese caso o para esas partes una disposición legislativa especial.

En sustancia, el juez no es sino la longa manus del legislador, y en la aplicación de la ley al caso concreto, tiene para las partes la misma potestad de aquellas (15-Galli, El concepto de Jurisdicción.)

k) Teoría de la controversia.

La controversia propiamente dicha, en sentido formal, no puede ser un elemento específico de la jurisdicción.

En el juicio en rebeldía falta esa oposición y no puede negarse el ejercicio de la jurisdicción.

Consecuencia de los criterios expuestos es, como lo anticipamos en páginas precedentes de este capítulo, que la jurisdicción en los estados modernos, corresponde a órganos específicos de carácter público cuyo imperio deriva de normas constitucionales que fijan la base sobre la cual se realiza la administración de justicia, y que la actividad pública en cuestión puede inclusive referirse a órganos no estatales, como lo constituyen el arbitraje, (que nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales regula en los artículos 609 a 636), sin que en manera alguna se transforme la función, pues, como opina Couture en sus fundamentos del Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, editorial Roque Depalma, Buenos Aires 1958, página 40 y 41, la jurisdicción puede definirse como Función Pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.

La jurisdicción, ante todo, sigue diciendo el autor en cita, es una función. Las definiciones que la conciben como una potestad, sólo señalan uno de los aspectos de la jurisdicción. No se trata solamente de un conjunto de poderes o facultades sino también de un conjunto de deberes de los órganos del poder público.

Esa función se realiza mediante órganos competentes. El orden jurídico que regula la organización estatal, crea los órganos adecuados para el ejercicio de cada una de las funciones públicas.

Normalmente los órganos de la jurisdicción son los del Poder Judicial; pero esta circunstancia no excluye que funciones jurisdiccionales puedan ser asignadas a otros órganos.

La función se realiza, en el Estado democrático, por institución del orden jurídico. La justicia no se emite en nombre del rey, ni del

Presidente de la República, ni del pueblo. Se emite en nombre de la Nación organizada como tal.

La idoneidad de los órganos supone la idoneidad de los agentes que desempeñan los cometidos del órgano. Esa idoneidad exige, ante todo, la imparcialidad. El juez designado ex postfacto, el *judex inhabilis* y el *judex suspectus* no son jueces idóneos.

Una garantía mínima de la jurisdicción consiste en poder alejar, mediante recusación, al juez inidóneo. Los ciudadanos no tienen un derecho adquirido a la sabiduría del juez; pero tienen un derecho adquirido a la independencia, a la autoridad y a la responsabilidad del juez.

La jurisdicción se cumple mediante un adecuado proceso. El proceso es una relación jurídica continuativa, consistente en un método de debate con análogas posibilidades de defensa y de prueba para ambas partes, mediante el cual se asegura una justa decisión susceptible de cosa juzgada.

Como se expone reiteradamente en este libro, no todo debate es un proceso en el sentido que aquí se estudia. No lo es ni el debate parlamentario, ni la tramitación administrativa. El proceso jurisdiccional debe ser bilateral, con garantías de ser escuchadas ambas partes —y con posibilidades eficaces de probar la verdad de sus proposiciones de hecho.

La idea de un debido proceso se halla de tal modo adscrita al concepto mismo de jurisdicción que buena parte de las vacilaciones de la doctrina provienen, como se ha dicho, de concebir como términos idénticos, jurisdicción, y proceso.

La función jurisdiccional asegura la vigencia del derecho. La obra de los jueces es, en el despliegue jerárquico de preceptos jurídicos, en el ordenamiento normativo, un grado avanzado de la obra de la ley.

Los preceptos legales serían ilusorios si no se hicieran efectivos, en caso de desconocimiento o violación, en las sentencias de los jueces. Esto no significa asignar a la jurisdicción un carácter necesariamente declarativo, como erróneamente lo sostienen muchos. La jurisdicción es declarativa y constitutiva al mismo tiempo. De-

clara el derecho preexistente y crea nuevos estados jurídicos de certidumbre y de coerción inexistentes antes de la cosa juzgada.

El cometido inmediato de la jurisdicción es decidir conflictos y controversias de relevancia jurídica. Por conflicto se entiende toda pretensión resistida o toda pretensión insatisfecha. Por controversia se entiende todas aquellas cuestiones de hecho o de derecho que, no pudiendo resolverse mediante los procedimientos de autotutela o autocomposición, reclaman un pronunciamiento de los órganos del Estado.

La idea de jurisdicción, como la de proceso, es esencialmente teleológica. La jurisdicción por la jurisdicción no existe. Sólo existe como medio de lograr un fin.

El fin de la jurisdicción, es asegurar la efectividad del derecho. En el despliegue jerárquico de preceptos, propio de la normatividad, la jurisdicción asegura la continuidad del orden jurídico. Es, en ese sentido, un medio de producción jurídica. El derecho instituido en la Constitución se desenvuelve jerárquicamente en las leyes; el derecho reconocido en las leyes, se hace efectivo en las sentencias judiciales. Esto asegura no sólo la continuidad del derecho, sino también su eficacia necesaria.

Alfredo Rocco en su obra la Sentencia Civil, trad. de Mariano Ovejero, Editorial Stylo, México, D. F., en págs. 15 a 21, en relación con el problema de la jurisdicción de que nos venimos ocupando formula un estudio del que concluye: Nosotros entendemos por jurisdicción "la actividad mediante la que el Estado procura directamente la satisfacción de los intereses tutelados por el derecho cuando por algún motivo (inseguridad o inobservancia) no se realice la norma jurídica que los tutela".

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

tal interés, asegurando el derecho del caso concreto e interviniendo con la fuerza de la soberanía del Estado para el cumplimiento del mismo, aun sin o contra la voluntad de aquel frente a quien se concede la tutela.

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

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

o menor dificultad o solemnidad de esta operación lógica no cambia la esencia de la cosa. (Véase Bornhak, Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1896, pág. 203). En cuanto, pues, la actuación del derecho es realización del derecho, no es cierto, en modo alguno, que constituya el fin exclusivo de la jurisdicción, la cual —como sin embargo se verá más adelante— no trata, tanto de actuar la norma, esto es, de influir sobre la voluntad para que ésta se conforme a la norma, cuanto de obtener, aun sin o contra la voluntad del obligado, el cumplimiento de los intereses tutelados por la norma; c).—Obra de la jurisdicción es asegurar en los casos particulares una relación insegura o discutida; así opinan, entre otros, Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Viena, 1886, págs. 64 y siguientes.—Jellinek Das Recht des modernen Staates, I, Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1900, pág. 59. Esta determinación tiene el defecto de ser incompleta, porque excluye a priori en la jurisdicción todo el procedimiento ejecutivo, en el cual no hay inseguridad sobre la tutela concedida a un interés, sino inobservancia de la norma por parte del obligado; d).—La actividad jurisdiccional no tiene un contenido substancial propio, sino solamente caracteres formales particulares; no hay, por consiguiente, otro modo de distinguir la jurisdicción sino refiriéndose a la cualidad del órgano estatal que obra, la cual es la actividad del juez, órgano imparcial e independiente, sometido solamente al derecho objetivo: para determinar, por consiguiente, dónde hay jurisdicción, es necesario referirse a la norma de la ley positiva. (De esta opinión son Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, Freiburg y Leipzig, 1895, II, pág. 329.—Bornhak, Allgemeine Staatslehre, págs. 204 y 205). Este criterio contra el cual se ha pronunciado, particularmente Jellinek, Gesetz und Verordnung, Freiburg, 1887, págs. 213 y sig., es completamente insuficiente, porque el órgano no puede calificar la función, siendo, en cambio, la particularidad de la función la que diferencia el órgano: sin tener en cuenta que con frecuencia se confía también a los órganos jurisdiccionales funciones no jurisdiccionales (especialmente administrativas), y a órganos administrativos y legislativos se confían a veces funciones jurisdiccionales (véase acerca de esto Cammeo, La manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo, en el Trattato di diritto amministrativo de Orlando, III, Milán, 1901, páginas 8 y 12); e).—La jurisdicción es resolución de controversia: su caracte-

terística exterior es el contradictorio. En este sentido Plósz, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, Leipzig, 1880, pág. 6; y los autores citados en Bernatzik, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft* págs. 14 y sig. 54 y sig; en Italia parece inclinarse a este criterio De Palo, *Teoría del título ejecutivo*, Nápoles, 1901, especialmente en las págs. 53 y 55. Contra este criterio debe argumentarse que puede haber ejercicio de jurisdicción sin controversia y sin juicio (por ejemplo, en el procedimiento civil y penal en rebeldía; en el procedimiento penal, cuando el reo está confeso, o en el civil, cuando el demandado no se opone a la demanda del actor), habiendo actos no jurisdiccionales que se presentan bajo la forma de la decisión de una controversia (por ejemplo, una opinión emitida en una sección consultiva del Consejo de Estado sobre una cuestión en materia de aplicación de leyes, y sobre todo, el parecer de las secciones unidas del Consejo de Estado sobre una apelación al Rey en vía extraordinaria); f).—Según un insigne tratadista de procedimiento italiano, la jurisdicción tiene por objeto la resolución de un conflicto entre la voluntad subjetiva y las normas objetivas, bien sea real o aparente. (Mortara, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, I, 3o. ed., Milán, 1904, págs. 16 y 20, y II, 1a. ed., Milán, 1903, págs. 553 y sig.). Este concepto tiene mucho de verdadero, aun cuando considere la jurisdicción desde un punto de vista que, a nuestro juicio; no es ni el más notorio ni el más característico. Por lo tanto (y ya lo hemos hecho notar a propósito de la opinión que hace consistir la actividad jurisdiccional en la resolución de las controversias, o sea de la oposición de voluntades), no siempre la jurisdicción tiene por misión resolver un conflicto de voluntades: así ocurre en el procedimiento penal, cuando el reo está confeso; en el procedimiento civil, cuando el demandado se coloca en rebeldía o no se opone a la pretensión del actor; en el procedimiento de embargo, que es verdadero ejercicio de jurisdicción, se desenvuelve, sin embargo, en parte, sin oposición de voluntades (art. 925, Cód. proc. civ.). Queda, por consiguiente, como concepto general y comprensivo de todos los casos, el del conflicto entre las normas objetivas. Se trata, como acertadamente observa el mismo Mortara, de un conflicto formal o aparente, porque un conflicto real entre normas jurídicas, no es presumible (Mortara, *Commentario*, pág. 19). Por consiguiente, este conflicto formal o aparente no puede depender más que de la inse-

guridad acerca de la norma jurídica aplicable al caso concreto: la resolución de un conflicto entre normas objetivas reduce total- mente a la eliminación de la incertidumbre acerca de la norma que debe regir en el caso particular, o sea el aseguramiento del derecho del caso particular, mediante la aplicación de la norma general al caso concreto. Pero ya hemos visto cómo este concepto no es su- ficiente por sí para caracterizar la actividad jurisdiccional del Es- tado. La jurisdicción va siempre directamente a remover los obs- táculos que se oponen al cumplimiento efectivo de los intereses tu- telados por el derecho; por consiguiente, no todo conflicto entre nor- mas objetivas, no todas las incertidumbres acerca de la norma apli- cable, dan lugar al ejercicio de la jurisdicción, sino únicamente, aquella incertidumbre, mediante la cual queda incumplido un interés que el derecho protege. Deben por consiguiente, distinguirse las ocasiones en que se presenta el conflicto entre dos normas y entre las varias especies de normas, entre las cuales puede surgir el con- flicto. Dos normas pueden presentarse entre sí en conflicto, a quien se proponga acreditar cuál es el derecho del caso concreto, con objeto de uniformar al mismo la propia conducta: en este caso, evidente- mente no se da lugar a la actividad jurisdiccional, aun cuando el que proceda a esta afirmación sea el Estado, y aun cuando lo haga con formas determinadas y solemnes: así, por ejemplo, no hay acti- vidad jurisdiccional en un parecer emitido por el Consejo de Es- tado acerca de la interpretación que debe darse a una ley o regla- mento en un caso concreto. Pueden también presentarse como en conflicto entre sí dos normas encaminadas a regular la acción del Estado en su mismo interés, y que, por consiguiente, no contengan preceptos dirigidos por el Estado a la tutela de los intereses de los súbditos, sino preceptos aplicados a órganos del Estado, a la tutela de los intereses del Estado. En este caso, los posibles conflictos se resuelven con actos administrativos, no mediante el ejercicio de la jurisdicción (así ocurre, por ejemplo, en una discusión que surja entre dos Ministerios acerca de la competencia de un gasto, o sobre la aplicación de normas legislativas o reglamentarias que rigen las respectivas funciones). Además, es de observar, frente a esta con- cepción del conflicto de normas, que conduce a excluir de la juris- dicción todo el procedimiento civil ejecutivo. Por lo tanto, en cuanto esta concepción se apoya en el principio de que "el derecho subjetivo

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

Debe advertirse que la palabra “Jurisdicción”, se emplea con diversos significados que inclusive provocan confusión. En efecto, el concepto de referencia puede expresar lo siguiente:

a).—Territorio determinado.—Esta situación se presenta cuando se habla del ámbito espacial de autoridad del órgano. Nuestro Código Procesal Civil en su artículo 144 habla de la competencia de los Tribunales la que se determinará por la materia, cuantía, grado y Territorio; y por su parte el numeral 262 del Ordenamiento en referencia, establece el procedimiento a que se sujeta la declinatoria de jurisdicción.

b).—Se habla así mismo de la jurisdicción como competencia

bajo el criterio de conceptos equivalentes. Sobre este particular debe decirse, que aun cuando los autores en términos generales han manifestado uniformidad sobre el criterio que se hace radicar en que la jurisdicción se disitngue de la competencia por ser aquella el género y ésta la especie, y por tanto resultar la competencia la medida de la jurisdicción, el suscrito considera que aún siendo aventurada su opinión, los criterios en cuestión lejos de ser cuantitativamente diferentes, trátase de conceptos complementarios y concurrentes. Sin dejar de reconocer la claridad del concepto clásico que determina la relación entre la jurisdicción y la competencia, como el vínculo que puede referirse entre el todo y la parte, estimamos que tales conceptos no pueden subsistir autónomos uno del otro, sino que se complementan, pues si tomamos en cuenta lo que expusimos sobre el concepto de jurisdicción, en cuanto a que es la aplicación de la ley al caso concreto, no podemos menor que concluir en que no se puede tener jurisdicción para conocer de un negocio cuyas características no permitan o faculten al órgano el conocimiento o decisión del caso de que se trate, de donde resulta que no se puede tener jurisdicción sin competencia, pues aquélla no se da en forma abstracta según el concepto definitorio de la misma, admitido.

El profesor Josef L. Kunz en las conferencias a que nos referimos en punto diverso de este trabajo, explicándonos el pensamiento kelseniano sobre el punto que nos ocupa relativo a si la competencia y la jurisdicción son conceptos diversos, subordinados, autónomos etc., en la página 90 del folleto impreso al respecto, nos dice: "La norma jurídica puede determinar la conducta humana no solamente como contenido de un deber jurídico, o como contenido de un derecho subjetivo, sino también de otra manera. Se trata del concepto fundamental de competencia o jurisdicción. Que un individuo sea "competente" para cierto acto quiere decir que ese acto está considerado como condición jurídica o como consecuencia jurídica, solamente si es ejecutado por este individuo".

Por otra parte el comentario que se contiene en el inciso anterior en relación con nuestra Ley Procesal Civil confirma a nuestro criterio que el legislador entiende los conceptos apuntados en los términos de nuestra opinión.

c).—Se dice igualmente respecto de la jurisdicción que es la prerrogativa, autoridad o poder para actuar en las situaciones que correspondan. Se recuerda en este aspecto que la jurisdicción es un Poder-Deber toda vez que el órgano si bien tiene la facultad de juzgar, tiene también el deber de realizar tal acto.

d).—Al hablarse de la jurisdicción como función se pretende identificar la función judicial con la función jurisdiccional, situación impropia que resulta del simple enunciado siguiente: No toda la actividad propia del poder judicial constituye función jurisdiccional (recuérdese en este aspecto el problema tan complejo que crea la denominada jurisdicción voluntaria de la que se ha dicho y no sin razón que no es ni jurisdicción, ni voluntaria), ni tampoco toda la función jurisdiccional es exclusiva del poder judicial; órganos diversos de éste realizan funciones de índole jurisdiccional. El problema apuntado derivase de que normalmente la función jurisdiccional, puede decirse, coincide con la función judicial.

e).—“Las personas imperitas en materias jurídicas confunden las palabras jurisdicción, fuero y competencia.—La palabra fuero expresa, unas veces, la legislación especial histórica de determinada comarca o región; otras, jurisdicción especial (fuero de guerra, v. gr.); otras, el derecho del particular a ser juzgado por su juez propio; otras, el lugar donde se administra justicia. Estas acepciones de la palabra fuero señalan sus diferencias con la jurisdicción”. (De Pina, principios, página 104).

f).—Al hablar de la jurisdicción con base en la potestad de que emana, los autores la dividen desde un punto de vista histórico en secular y eclesiástica, aun cuando manifiestan su general aceptación con el criterio de Chiovenda en el sentido de que la jurisdicción emana exclusivamente del Estado, que no se admite hoy que personas o instituciones diferentes del Estado constituyan jueces, como ocurría en otras civilizaciones, particularmente en favor de la Iglesia, cuyos jueces pronunciaban sobre muchas materias (especialmente en las relaciones entre eclesiásticos), incluso con efectos civiles. El principio contenido en la Constitución (art. 68): la justicia emana del Rey y es administrada en su nombre por los jueces que El instituye, no significa precisamente sino la exclusiva pertenencia de la jurisdicción a la soberanía del Estado (residiendo en el Estado

soberanía y jurisdicción). (Principios de Derecho Procesal Civil por José Chioyenda Trad. Española de la Tercera Edición Italiana Prólogo y notas del Profesor José Casis y Santalo, Tomo I, pág. 340, Editorial Reus, S. A., Madrid, 1922).

g).—Se habla igualmente de la división de la jurisdicción por razón de la materia en Civil, criminal o penal, contencioso administrativo, laboral, etc., incluyéndose respecto de la jurisdicción civil la distinción entre jurisdicción contenciosa y voluntaria.

h).—Por cuanto al origen de la jurisdicción se refiere, se dice que ésta es retenida y delegada, aún cuando en la actualidad esta clasificación se estima superada por la función jurisdiccional, si recordamos lo que hemos dicho en este propio capítulo por cuanto se refiere a que la justicia se administra en nombre del Estado, de la Ley, pero no personalmente por el jefe del Estado, sino por organismos específicamente constituidos para tal fin con atribuciones propias como lo son los Juzgados y Tribunales.

i).—“La jurisdicción se ha dividido, por razón de su ejercicio, en propia (conferida por la ley a los jueces y magistrados por razón del cargo que desempeñan); delegada arbitral (ejercida por encargo o comisión de quien la tiene propia); forzosa (que no puede ser prorrogada ni delegada); prorrogada (la atribuida a un Juez o Tribunal por voluntad de las partes de acuerdo con la ley, en cuyo caso lo que se prorroga es la competencia)”. (De Pina, Principios, página 107).

j).—“También se ha dividido la jurisdicción en acumulativa o preventiva y privativa. La primera es la que se otorga a un Juez para que, a prevención con el que fuere competente, pueda conocer de los asuntos de la competencia de éste, residiendo, por lo tanto, la jurisdicción en dos o más jueces al mismo tiempo, en dicho caso si bien dentro de los límites preventivos indicalos. La segunda es la atribuida por la ley a un Juez o Tribunal para el conocimiento de un asunto determinado o un género determinado de ellos, con prohibición o exclusión de todos los demás”. (De Pina, Principios, página 107).

k).—Los Estados Federales como el nuestro generan una jurisdicción de doble tipo, federal y local u ordinaria o común. Aquella

en los términos de los artículos 103 a 107 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se ejerce en todo el territorio nacional; la segunda encuentra su actividad reducida al territorio del Estado Federal correspondiente, mediante los Juzgados o Tribunales respectivos. Al hablar del aspecto territorial no debe pensarse en que exclusivamente este elemento constituye la diferenciación entre ambas jurisdicciones sino que debe tomarse en cuenta que en razón de la materia que a cada una de ellas corresponde, es determinante dicho elemento.

El artículo 104 de la Constitución Mexicana establece en su fracción I, que: Corresponde a los tribunales de la Federación conocer de todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o con motivo de los tratados celebrados con las potencias extranjeras. Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales locales del orden común de los Estados, del Distrito Federal y Territorias. Las sentencias de primera instancia serán apelables para ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado.

La jurisdicción que tiene su origen en el transcrito texto Constitucional se denomina concurrente y en virtud de ella los juicios derivados del Código de Comercio, Ley de Sociedades, Quiebras, etc., pueden tramitarse a elección del actor, bien ante el Juzgado Federal de Distrito o ante el Juez común que corresponda. Nace esta jurisdicción concurrente por la dualidad de funciones encomendadas al Poder Judicial Federal o sean la Constitucional propiamente dicha que tiende a proteger las garantías individuales, y la ordinaria encaminada a interpretar y aplicar las leyes federales como cualquier Juez.

I).—Cuando se habla de jurisdicciones especiales no debe entenderse por ningún motivo bajo el principio de privilegios sino correctamente consideradas bajo el aspecto de división y especialización en el trabajo. Al particular podemos decir que en nuestro medio Nacional tres jurisdicciones especiales existen, a saber:

- a).—Constitucional encomendada al juicio de Amparo;
- b).—Laboral que actúa en relación con el derecho del trabajo; y

c).—Fiscal que estudia y resuelve los problemas inherentes a la política tributaria del Estado.

m).—Por último, nos encontramos ante la denominada jurisdicción disciplinaria que se ha considerado de naturaleza administrativa o penal, atendiendo a la naturaleza de la actividad al efecto desarrollada.

Fundándose esta jurisdicción en un principio de orden, encuentra en nuestro Derecho Procesal Civil su fundamentación en las disposiciones siguientes:

“Art. 61.—Los jueces y magistrados tienen el deber de mantener el buen orden y de exigir que se les guarden el respeto y consideración debidos, corrigiendo en el acto las faltas que se cometieren, con multas que no podrán pasar, en los juzgados de paz, de diez pesos; en los menores, de veinte; en los de primera instancia, de cincuenta, y de cien pesos en el Tribunal Superior. Pueden también emplear el uso de la fuerza pública. Si las faltas llegaren a constituir delitos, se procederá criminalmente contra los que los cometieren, con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal, consignando al culpable a la autoridad competente, con testimonio de lo conducente”.

“Art. 62.—Se entenderá corrección disciplinaria:

I.—El apercibimiento o amonestación;

II.—La multa que no exceda de cien pesos, que se duplicará en caso de reincidencia;

III.—La suspensión que no exceda de un mes”.

“Art. 73.—Los jueces, para hacer cumplir sus determinaciones pueden emplear cualquiera de los siguientes medios de apremio que juzguen eficaz:

I.—La multa de cinco hasta cien pesos, que se duplicará en caso de reincidencia;

II.—El auxilio de la fuerza pública:

III.—El cateo por orden escrita;

IV.—El arresto hasta por quince días.

Si el caso exige mayor sanción, se dará parte a la autoridad competente”.

En ejercicio de la facultad indicada en la fracción III del numeral 73 antes citado, Juzgados Civiles y Menores de esta Capital decretan arrestos en contra de los demandados en los juicios ejecutivos cuando no se permite al C. Secretario Actuario el acceso a la finca correspondiente para la práctica de la diligencia de secuestro y emplazamiento correspondientes; considerada ilegal y anti-jurídica la medida, porque antes de que se constituya la relación jurídica procesal, las partes no pueden incurrir en las consecuencias de las disposiciones de mérito, la Justicia Federal ha otorgado el amparo respectivo en los casos en que se ha solicitado su intervención.

Debe advertirse que el objeto de la medida no es, como a simple vista parece, actuar con jurisdicción disciplinaria ante la indebida conducta de alguno de los sujetos que intervienen en el proceso, sino que mediante la presión que implica la orden de arresto, se obliga a la parte a solventar la prestación de que se trate, de donde resulta que el órgano jurisdiccional desplaza su obligación a diverso órgano de la Administración Pública, con el consiguiente desquiciamiento jurídico y social.

CAPITULO TERCERO

LOS SUJETOS DE LA RELACION JURIDICA PROCESAL ANTE LA LEY

El actor ante la actuación de la ley.—Demanda:—Su Naturaleza y requisitos.—El demandado y su conducta en la formación de la litis.—Excepciones.—División y Clasificaciones.

Hemos tratado de desarrollar el presente trabajo bajo un principio de unidad y relación entre los diversos capítulos que la integran; por eso le iniciamos con el estudio de los conceptos jurídicos fundamentales para después realizar el correspondiente a la determinación de los organismos propios para conocer de la aplicación del derecho; es el momento de establecer las circunstancias en que dicha actuación de la ley se realiza.

Es precisamente mediante la acción que la jurisdicción se cumple. En materia civil está plenamente reconocida la necesidad de la iniciativa individual para que pueda realizarse la función jurisdiccional, pues al órgano respectivo no podemos imaginarlo en fase estática, sino solo y siempre en actividad; la máxima *nemo iudex sine actore* explica por sí solo la necesidad de la actividad individual de referencia.

Couture (Fundamentos, pág. 59) determina que en tanto el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines o sea la relación efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignadas en la constitución.

Si tomamos en consideración la definición que de acción nos proporciona Chiovenda (Principios, Tomo I, pág. 60), en el sentido de que "La acción es el Poder Jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley", necesitamos explicarnos la forma y medios en que dicho poder actúa, y al efecto tenemos la demanda.

"Llámase demanda, en sentido genérico, la petición que hace el actor ante juez competente para que determine sobre la cosa o derecho que reclama: también se denomina libelo o pedimento, y es el medio o la fórmula que se emplea para ejercitar la acción o el

derecho que nos asista, como se ha dicho en la pág. 173 del Tomo I. Las demandas pueden ser verbales o escritas: se formulan verbalmente en los actos de conciliación y en los juicios de que conocen los jueces municipales; todas las demás deben interponerse por escrito, en la forma que expõndremos al comentar el art. 524. También suelen dividirse en simple o sencillas, y compuestas o de acumulación: las primeras son aquellas en que sólo se ejercita una acción; y las segundas, las en que se ejercitan dos o más acciones como puede hacerse cuando éstas son acumulables, conforme a lo prevenido en los arts. 153 y siguientes, y a lo que hemos expuesto al comentarlos". (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Reformada, José María Manresa y Navarro, Tomo III, pág. 6, Madrid, 1887.)

Hugo Alsina en su Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, pág. 23 y sigs. entiende por demanda toda petición formulada por las partes al juez en cuanto traduce una expresión de voluntad encaminada a obtener la satisfacción de un interés. Desde este punto de vista ninguna distinción cabe hacer entre la petición del actor que ejercita una acción o la del demandado que opone una defensa, porque en ambos casos se reclama la protección del órgano jurisdiccional fundada en una disposición de la ley.

Dentro del concepto procesal estricto, la palabra demanda se reserva para designar con ella el acto inicial de la relación procesal, ya se trate de un juicio ordinario o de un juicio especial, es decir, la primera petición que resume las pretensiones del actor. Puede definírsela entonces como el acto procesal por el cual el actor ejercita una acción solicitando del tribunal la protección, la declaración o la constitución de una situación jurídica. Según sea, en efecto, la naturaleza de la acción deducida, la demanda será de condena, declarativa o constitutiva.

Pero, dentro del mismo proceso pueden surgir cuestiones vinculadas a la que se ventila en carácter principal y las cuales toman el nombre de incidentes. De ahí una distinción entre demanda principal introductiva de instancia y demanda incidental; cuya importancia no es sólo teórica, sino también práctica. La primera es la que da nacimiento al proceso y emana, por consiguiente, del actor; con su presentación se abre la instancia, desde cuyo momento nacen derechos y obligaciones para el actor, el juez y el demandado; fija

el objeto del debate, que no podrá ser modificado después de trabada la relación procesal, y establece los límites de la sentencia. La demanda incidental supone, en cambio, un proceso ya iniciado con relación al cual es un accesorio, porque agrega al debate un nuevo punto a resolver. Puede emanar del actor (embargo preventivo), del demandado (excepciones previas), o de un tercero (tercerías). En algunos casos se substanciará con el principal (daños y perjuicios demandados subsidiariamente); en otros se suspenderá el procedimiento del mismo (excepciones de previo pronunciamiento) o se formará incidente separado para no entorpecer la marcha del procedimiento (tercerías, embargo, etc.).

Sobre la influencia que la demanda tiene en el desarrollo de la relación procesal el autor en cita estima que es la base del juicio, y de ella depende el éxito de la acción deducida. En efecto, la demanda concreta las pretensiones del actor y limita los poderes del juez a su prospecto, pues la sentencia debe referirse a las peticiones que aquél haya formulado; sólo podrá producirse prueba sobre los hechos articulados en la demanda y en la contestación; los defectos de forma autorizan excepciones que obstan a su progreso; el demandado sólo está obligado a reconocer o negar los hechos alegados en la demanda; después de contestada la demanda, sólo podrá alegarse dentro de tres días de abierta la cuasa a prueba, hechos posteriores a la contestación o que recién llegasen a conocimiento de las partes, etcétera.

Todo esto revela la importancia que tiene la preparación de la demanda y el estudio previo que requiere por parte del actor. El juez podrá suplir el derecho, pero no le está permitido suplir los hechos, cuya exposición y prueba corresponde a las partes, a cuyo cargo serán las consecuencias de su omisión o negligencia. (Ob. Cit.).

Por su parte el catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Jaime Guasp en su Derecho Procesal Civil, segunda Edición, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961, pág. 309 y 310 expresa los siguientes conceptos sobre la demanda. La iniciación de un proceso se verifica ordinariamente a instancia de una persona distinta del órgano jurisdiccional. En efecto, la misión del órgano jurisdiccional en el proceso no es la de plantear problemas, sino la de resolverlos, e incluso podría decirse que la dualidad entre

quien pantea problemas y quien los resuelve es la nota más característica definidora de la institución procesal. Por ello, para que el proceso exista se precisa la actividad de un sujeto procesal distinto del Juez que declare su voluntad de que así ocurra: esta declaración de voluntad de parte, que asume la forma de una petición, puesto que se pide el comienzo del proceso, recibe en la doctrina y en la legislación procesales el nombre técnico de demanda.

La demanda, es, por lo tanto, el acto típico y ordinario de iniciación procesal, o dicho con más extensión, aquella declaración de voluntad de una parte por la cual ésta solicita que se de vida a un proceso y que comience su tramitación.

La demanda es, pues, en primer lugar, una petición, una solicitud de alguien de que algo sea producido. Pero en un segundo término más restringido, es sólo aquella petición que tiene por objeto inicial el proceso, distinta de la que se propone desarrollarlo u obtener su terminación. Por lo tanto el emplazamiento de la demanda dentro de los actos de iniciación responde a la verdadera esencia del concepto. Y aún más; como en los actos de iniciación no hay más posibilidades que la normal de iniciación de parte y la extraordinaria o anormal de iniciación de oficio, y la demanda se refiere a toda la primera categoría indistintamente, se comprende que no tanto debe decirse que la demanda es un acto de iniciación procesal como que es el acto de iniciación procesal por antonomasia, acto que, dado el básico mecanismo del proceso, no puede consistir sino en una petición de parte, identificándose en última instancia la demanda con la petición de parte que inicia o constituye el proceso mismo. Esta sencilla verdad sobre la esencia de la demanda ha sido felizmente intuída por el derecho positivo y por la jurisprudencia: por el derecho positivo, al decir el art. 524 de la LEG que "el juicio ordinario principiaría por demanda"; por la jurisprudencia, al afirmar el Tribunal Supremo que demanda es toda petición que inicia y determina el juicio, cualquiera que sea su naturaleza.

En su introducción al Estudio del Derecho Procesal Civil, Editorial Jus, México, 1957, págs. 108 y siguientes, el Profesor de la Escuela libre de Derecho, José Becerra Bautista, en relación con el concepto de demanda de que nos venimos ocupando expresa: "El actor, para iniciar un juicio debe formular su escrito de demanda. Este

puede considerarse desde el punto de vista formal y desde un punto de vista substancial.

Formalmente el escrito de demanda debe contener los siguientes elementos, según la tradición romana: "Quis, quid, coram quo, quo jure petatur et a quo, ordine confectus quisque libellus habet" 127. 127.—Curia filípica mexicana, pág. 162: En la ley 40, título 2, part. 3 de las Leyes de Partida se dice: Toda demanda para que se entienda legalmente debe comprender cinco cosas: 1a.—El nombre del juez ante quien se hace; 2a.—El del actor que la hace; 3a.—El del reo contra quien se dirige; 4a.—La cosa, cuantía o hecho sobre que se interpone; 5a.—La razón o derecho con que se entabla. "Ca seyendo todas estas cosas puestas en la demanda, cierto puede el demandado saber por ellas en qué manera debe responder. E otro sí, el demandador sabrá más ciertamente que es lo que ha de probar. E sobre todo tomará apercibimiento el juez para ir adelante por el pleito derechamente". Dice también que en la práctica antigua abundaban las cláusulas o fórmulas del escrito de demanda, y cita algunas: "Como más haya lugar en derecho, o como mejor proceda y salvas las protestas oportunas digo". "Habida mi relación por verdadera en la parte que baste". "Las costas protesto". "Juro lo necesario". Esta última cláusula cerraba la demanda y procedía la presunción de que no se litigaba con temeridad. La Ley de Partida daba a este juramento el nombre de mancuadra diciendo: "ca bien así como la mano que es cuadrada y acabada, ha en sí cinco dedos; otro sí, esta jura es cumplida cuando las partes juran estas cinco cosas: que creen tener justicia o buena causa; que cuantas veces sean preguntados dirán ingenua y sencillamente la verdad; que no han prometido ni prometerán, ni han dado ni darán alguna cosa al juez ni al escribano del pleito, fuera de lo que es debido por razón de su trabajo; que no usarán de falsas pruebas ni excepciones fraudulentas; que no pedirán dilaciones maliciosas en perjuicio del coligante (23, tit. II, part. 3)" pág. 164. Chiovenda define la demanda diciendo: es el acto mediante el cual, la parte, afirmando existente una voluntad concreta de ley que le garantiza un bien declara querer que esa voluntad sea actuada, e invoca a tal fin la autoridad del órgano jurisdiccional. Es pues la demanda un acto jurídico que contiene la declaración de querer que sea actuada una voluntad concreta

de ley determinada y la vocatio jus o sea la invocación al órgano del Estado que debe actuarla. Inst., Tomo III, núm. 6.

a).—¿Quién es el que pide? Varias ocasiones hemos dicho que la parte material en un juicio es la persona sobre la que recae el resultado de la sentencia que se pronuncie.

Por tanto, el juicio debe iniciarlo siempre la parte actora en sentido material, por sí o mediante el representante legal o voluntario que a nombre de aquél la promueva.

Cuando el actor promueve a nombre propio no necesita justificar personalidad alguna; en cambio, cuando un representante promueve por él, debe, como ya dijimos, acreditar la representación legal o voluntaria con los documentos respectivos.

La falta de comprobación de la personalidad del representante legal o voluntario, da lugar a excepciones o defensas de la parte contraria que originan dilaciones procesales y, en algunos casos, la pérdida del derecho mismo que se hace valer.

Por eso es muy necesario, cuando se asesora al actor, vigilar la comprobación legal de la representación de quien promueva a nombre de la parte en sentido material.

Junto con el nombre de la parte actora debe proporcionarse al juez un domicilio, para que en éste puedan practicarse las diligencias que se basen en una certidumbre legal de que el actor fue llamado al juicio. 129. (129.—puede ser un domicilio convencional o legal en los términos de los arts. del 29 al 34 del Código Civil).

Normalmente se designa, no el domicilio real del actor, sino uno convencional, a cuyo efecto se elige el despacho del abogado patrono, pues éste conoce mejor que el cliente los efectos de cualquier notificación que por su conducto se verifique.

Y precisamente para facilitar los trámites no sólo se señala el despacho del abogado patrono, sino también se autoriza a éste para oír notificaciones, lo que le permite recibir cualquier notificación que en forma personal se ordene hacer al actor.

No debe olvidarse que mientras no se haga una manifestación en contrario, la designación del domicilio hecha en la demanda surtirá todos sus efectos legales. 130. (130.—Arts. 112 y 113 C.P.C.).

b).—¿Qué es lo que se pide?—Por razón didáctica, seguiremos el orden del dístico latino.

El actor, al dirigirse al juez, lo hace para pedirle su intervención en la resolución del conflicto que no ha podido resolver pacíficamente con su contraparte.

Es lógico que indique al Juez cuál es el problema a debate y en qué consiste su petición a la parte demandada, es decir, debe concretar lo que pide de su contraparte.

El planteamiento del problema debe hacerse con absoluta claridad con objeto de que tanto el juez que falle como la parte demandada puedan estudiar y referirse a las afirmaciones y peticiones concretas del actor.

No debe olvidarse que es el actor el único que puede disponer de sus derechos y que en materia civil los jueces no pueden modificar, rectificar o mejorar, no sólo la petición del actor, pero ni aun la forma en que se planteó la controversia.

Por eso es absolutamente indispensable estudiar con detenimiento el asunto que se va a plantear, pues un asunto mal planteado en la demanda es un asunto perdido.

Para justificar la petición que se hace, el actor debe exponer los hechos de los que deriva la controversia y en los que se basa para hacer su petición; y como la resolución se tendrá que basar en los hechos planteados es aconsejable enumerar y narrar los hechos, separándolos en tal forma que el juez y la parte demandada encuentren en cada inciso de la demanda un hecho al que puedan referirse. 131. (131.—La declaración de querer que sea actuada una voluntad concreta de la ley, comprende la designación del bien a que se aspira y de las razones por las cuales se pretende que está garantizado por la ley (petitum y causa petendi). Debe indicarse el hecho jurídico. (Chiovenda, op. cit. III. pág. 9).

El capítulo de hechos, pues es capital en toda demanda.

Debe tenerse presente que nunca deben afirmarse en la demanda hechos que no puedan ser probados por el actor. 132. (132.—Art. 281 C.P.C.).

c).—Ante qué juez se pide.—La designación del Juez por parte del actor, significa la vinculación jurídica del negocio al tribunal del que es titular el juez escogido por quien inicia el proceso.

Esta designación supone que el actor escoge a un juez competente por razón de materia, de grado, de territorio y de cuantía, pues no hacerlo significa iniciar un procedimiento nulo e inútil.

La presentación de la demanda al vincular al actor con el tribunal, crea derechos y obligaciones a favor del actor y a cargo del tribunal y, eventualmente, crea derechos y obligaciones a favor del demandado. 133.—(133.—La demanda, fundada o infundada, es el acto constitutivo de la relación procesal y produce como efecto principal la unidad de la relación procesal. Todos los actos del proceso se encuentran unidos entre sí, trabados por un vínculo común, y todos hay que referirlos a la demanda judicial, de la que estrechamente dependen. De esa unidad de la relación procesal se desprende: que la nulidad de la demanda es nulidad de toda relación y que con la demanda judicial existe proceso, con todos los derechos y deberes que de él derivan. Existiendo demanda, el hecho es litigioso y da origen a la excepción de litisdependencia. Es efecto también de la unidad procesal la imposibilidad de modificar la demanda misma, la que marca los límites del poder del juez: *sententia debet esse conformis libello*. Finalmente, la demanda determina la existencia de los presupuestos procesales, lo que significa que si cambian posteriormente las circunstancias en que se estableció la competencia, el cambio ya no influye, precisamente por la *perpetuatio jurisdictionis*, que según el Digesto se expresa así: *ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet*. Chiovenda, Tomo III, página 43.

La demanda, una vez presentada, previene al Juez en el conocimiento de ese negocio; lo que significa que cualquier otro Juez ante quien se promueva el mismo negocio no podrá conocer de él, pues se verá obligado a remitirlo al Juez ante quien primero se planteó la controversia. 134. (134.—La presentación de la demanda al constituir la relación procesal señala el principio de la instancia y teóricamente debe prevenir el juicio en favor del juez ante quien esa demanda se presentó. Sin embargo, en nuestra legislación al presentar la demanda, sí se señala el principio de la instancia, pero sólo el emplazamiento es el que previene el juicio en favor del juez que lo hace (arts. 258 y 259 frac. I, del C.P.C.).

En virtud de la demanda, el Juez se convierte en Juez de ese negocio y, por ende, tiene facultades bien sea de aceptar o de rechazar la demanda y obligación de seguir el juicio durante todo el tiempo que dure la instancia.

Todo el poder jurisdiccional se pone en juego una vez que el actor presenta su demanda al tribunal por él elegido. 135.—(135.—Tercer elemento esencial, cuya ausencia impide concebir el proceso, dice D'Onofrio, es la demanda, o sea el medio a través del cual se establece el contacto entre las partes y entre éstas y el juez; antes de la demanda no existen partes y, en cierto sentido, no existe tampoco juez, ya que el actor no ha escogido entre todos los jueces al que deba proveer sobre la demanda. Op. cit., pág. 77).

Decíamos que el Juez, sin embargo, puede aceptar o rechazar la demanda porque debe ante todo examinar su competencia objetiva y subjetiva y si la petición del actor está o no conforme a derecho. 136. (136.—Conviene distinguir los casos en que el juez pueda examinarlos ex officio y aquellos en los que es preciso la excepción de la otra parte. Además, algunas condiciones procesales modifican los poderes del juez, por ejemplo, la competencia por materia, por grado, por la función, (no así por territorio) que puede renunciarse. Véase D'Onofrio op. cit., pág. 79 y arts. 170, 149 C.P.C.).

Nuestra legislación admite una derogación al principio dispositivo de las partes al permitir al juez que prevenga al actor que aclare, corrija o complete su demanda, cuando ésta fuere oscura o irregular. Art. 256.

El actor puede, en efecto, promover en vía ejecutiva un asunto sin basarse en título que permita este procedimiento; el Juez debe desechar entonces la instancia.

d).—Fundamento jurídico de la demanda.—La demanda debe fundarse en ley puesto que es el principio del planteamiento de un problema jurídico.

Los autores italianos admiten el principio según el cual "al tribunal, por conocer el derecho, deben únicamente plantearse los hechos", según el aforismo *jus novit curia*, narra mihi factum, dabo tibi jus, 137. 137.—Aunque la afirmación sufre derogaciones. Conf. D'Onofrio, loco supra citato; Chiovenda, Inst. Tomo III, pág. 9,

sienta el principio de que la declaración de querer que sea actuada una voluntad concreta de ley, comprende la designación de las razones por las cuales se pretende que está garantizado por la ley; después, sin embargo (pág. 61) afirma que en el campo del puro derecho el juez puede suplir a las partes. En nuestro derecho se obliga al actor a mencionar los fundamentos de derecho aunque permite que no se mencione el nombre de la acción (Art. 2 C.P.C.), "lo que en manera alguna faculta a los jueces y menos les impone la obligación de variar la naturaleza de la prestación exigida, ni el título de la acción, porque ello equivaldría a desconocer los términos y elementos de la litis". Tesis relacionada con la jurisprudencia que acepta que: "la acción procede en juicio aun cuando no se exprese su nombre, con tal que se determine con claridad cuál es la causa de la prestación que se exige del demandado". Tesis Núm. 15 de la jurisprudencia definida de la Corte.

Sin embargo, el actor debe fundar en la ley su demanda, pero al hacerlo no precisa que haga un verdadero alegato, sino que basta que mencione los preceptos legales que estime aplicables a fin de sentar las bases de su petición. 138. 138.—Art. 255 Frac. VI C.P.C. La Suprema Corte, en una tesis relacionada con la jurisprudencia citada en el número anterior, ha dicho: si bien es verdad que a las partes incumbe formular sus pretensiones, también lo es que si aquellas no han expuesto el (derecho) aplicable al caso, el juez debe saberlo y suplirá esta omisión, exponiendo en los considerandos las razones y fundamentos legales de su fallo, ya que no puede bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar, omitir o negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito. Jurisprudencia definida 1917-1954, pág. 40. En otro lugar ha dicho que la omisión de las formalidades en la demanda impide el curso de la misma. (ibidem, pág. 39). Parece, pues, que la Corte ya se empieza a inclinar por la doctrina italiana al interpretar un texto de ley expreso, pero en contrario.

Debe tenerse presente, sin embargo, que los juicios están sujetos, en su tramitación, a diferentes sistemas, pues existen juicios ordinarios, ejecutivos, sumarios, etc. y cada uno de ellos se tramita en forma diferente. 139. 139.—La ley clasifica como juicios especiales los siguientes: sumario ejecutivo, hipotecario; sumario de desahucio (Título 7o. del Código de Procedimientos Civiles).

La parte demandante debe, por tanto, pedir al juez acuerde favorablemente el procedimiento que estime debe seguirse en la tramitación del negocio; pero el tribunal es libre de aceptar o rechazar la vía propuesta, según esté o no apegada a la ley la petición de la parte actora.

En resumen, el actor debe indicar en su demanda los preceptos de la legislación sustantiva en que funda sus peticiones e invocar los preceptos adjetivos que normarán el procedimiento.

e).—En contra de quién se promueve. El demandado es el otro elemento esencial del proceso, pues no puede haber juicio sin la existencia del demandado en contra de quien se promueve.

Al designar al demandado, el actor debe mencionar a la persona o entidad en contra de la cual produzca efectos la sentencia, es decir, al demandado en sentido material. 140. (140.—Art. 255 Frac. III, C.P.C.).

Esto es muy importante porque aun cuando el actor sepa que el demandado debe comparecer a través de un representante, la designación de éste compete al demandado y nunca al actor. 141.—(141.—Arts. 46 y 46 C.P.C.).

Al igual que lo hizo él, debe designar, en principio, el domicilio de la parte material con objeto de que se le haga el emplazamiento a juicio y se practiquen las diligencias respectivas. (La excepción consistente en la ignorancia del domicilio del demandado la trataremos al hablar de la forma de hacer las notificaciones). 142.—(142.—Art. 255, Frac. III y Frac. II del C.P.C. Vide infra, núm. 43). d).—La insinuatio domicilií permite al notificador practicar el emplazamiento en el lugar designado por el actor, cuando se cerciore de que efectivamente en ese lugar tiene su domicilio el demandado (art. 118 C.P.C.).

Satisfechos los requisitos enumerados, estamos en presencia de una demanda apta a producir efectos jurídicos.

Veamos ahora el contenido substancial de la demanda.

La demanda es el medio a través del cual el actor ejercita su acción en contra del demandado. Esto significa que su estudio subs-

tancial está vinculado con la naturaleza de las acciones civiles y con las diversas categorías en que éstas pueden dividirse”.

Leo Rosenberg, Prof. Titular de la Universidad de Munich en su tratado de Derecho Procesal Civil, Trad. De Angela Romero Vera, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Tomo II, pág. 3, considera que con la demanda se inicia el procedimiento de resolución que concluye con la sentencia, desenvolviéndose entre dichos momentos el procedimiento que para dicho jurista puede denominarse de demanda, por su iniciación; y al que se denomina casi siempre de sentencia, por su finalidad. La relación íntima entre demanda y sentencia resulta indiscutible. Considera que la demanda es la solicitud de otorgamiento de tutela jurídica mediante sentencia; es la forma de iniciación de todos los procesos dirigidos al pronunciamiento de una sentencia; decide sobre el contenido y extensión del procedimiento por ella iniciado así como de la sentencia que lo cierra da nacimiento al proceso y a la relación jurídica procesal; provoca la litispendencia de la pretensión reclamada; contiene el programa de litigio y por lo tanto determina la clase y la medida de la tutela jurídica a otorgar: se dirige al tribunal del que se exige otorgamiento de tutela jurídica, situación que no puede proporcionar el adversario; pero inclusive se dirige al adversario puesto que su contenido determina, también para él, el objeto y la causa de la pretensión y petición planteadas.

Reimundin (Derecho Procesal Civil, Tomo II, pág. 9 y sigs.), estima “Que la clasificación de los actos procesales, que reviste mayor solidez, es la que por razón del origen distingue los actos de las partes y los del juez. Entre los actos del actor, el de mayor importancia es la demanda, donde concreta sus pretensiones.

Como acto jurídico procesal, la demanda presupone una manifestación de voluntad y constituye, además, una de las formas de ejercitar la acción.

La demanda es, pues, el acto procesal del actor en el que solicita el pronunciamiento de la sentencia definitiva que ponga fin al litigio.

De esta manera, la demanda es la base sobre que gira todo el proceso: “comenzamiento et raíz de todo pleyto sobre que debe ser

dado juicio, es cuando entran en él por demanda et por respuesta delante del juez”. (Ley 3, tit. 10, Part. 3a.).

“El principio dispositivo funciona en la etapa inicial, esto es en la interposición de la demanda: “Nemo iudex sine actore” y “nemo invitus agere cogatur”. En estos aforismos encontramos la más vigorosa proyección del principio de la autonomía de la voluntad privada; es la parte quien incoa el proceso por la interposición de la demanda y, por lo tanto, el comienzo del proceso y la determinación de los hechos es decidido por el actor.

Esta regla significa que el órgano jurisdiccional no actúa de oficio y por propia iniciativa, sin demanda como acto jurídico porque es ella la que pone en movimiento la acción.

Se deja, de esta manera, a la voluntad de los particulares decidir si han de ocurrir o no ante el órgano jurisdiccional para obtener la tutela o protección jurídica de sus derechos. En otros términos, el planteamiento y la incoación del proceso, mediante la demanda, depende exclusivamente de la voluntad de los litigantes y es esa voluntad la que condiciona la intervención del Estado por medio del órgano jurisdiccional competente”.

El criterio expuesto en líneas anteriores sobre el principio de la autonomía de la voluntad privada como regidor de la actividad jurisdiccional, como con posterioridad lo reconoce el propio autor, contiene excepciones que nuestro Ordenamiento Procesal en forma categórica establece en su numeral 32 que a la letra dice: “A nadie puede obligarse a intentar o proseguir una acción contra su voluntad, excepto en los casos siguientes:

I.—Cuando alguno públicamente se jacte de que otro es su deudor, o de que tiene que deducir derechos sobre alguna cosa que otro posee. En este caso, el poseedor o aquel de quien se dice que es deudor, puede ocurrir al juez de su propio domicilio pidiéndole que señale un término al jactancioso para que deduzca la acción que afirme tener, apercibido de que, no haciéndolo en el plazo designado, se tendrá por desistido de la acción que ha sido objeto de la jactancia. Este juicio se substanciará sumariamente. No se reputará jactancioso al que en algún acto judicial o administrativo se reserva los derechos que pueda tener contra alguna persona o sobre alguna

cosa. La acción de jactancia prescribe a los tres meses desde la fecha en que tuvieron lugar los dichos y hechos que la originan;

II.—Cuando por haberse interpuesto tercería ante un Juez menor, por cuantía mayor de la que fija la ley para los negocios de su competencia, se hayan remitido los autos a otro juzgado y el tercer opositor no concurra a continuar la tercería;

III.—Cuando alguno tenga acción o excepción que dependa del ejercicio de la acción de otro a quien pueda exigir que la deduzca, o ponga o continúe desde luego; y si excitado para ello se rehusare, lo podrá hacer aquél.

La disposición legal que se contiene bajo número 255 del Código de Procedimientos Civiles, para el Distrito y Territorios Federales concurre con el pensamiento expuesto por la teoría, en el sentido de que la demanda determina la iniciación de toda contienda judicial. Ahora bien, debe pensarse en la necesidad de la demanda escrita?, nuestra ley no lo exige así, puesto que determina en su numeral 432 que, en los casos de las fracciones VI (la calificación de impedimentos de matrimonio y la responsabilidad por incumplimiento de promesa matrimonial), VIII (todas las cuestiones familiares que reclamen intervención judicial), y XVI (las acciones relativas a servidumbres legales o que consten en títulos públicos) del numeral 430, no se requieren más solemnidades que oír a las partes recibirles las pruebas y decidir, haciéndose constar el juicio en su integridad en una sola acta.

Por su parte el artículo 7o., párrafo tercero del Título Especial de la Justicia de Paz determina que "puede el actor presentar su demanda por escrito".

Cabe preguntarnos así mismo si el principio de la actividad individual de que hablan los autores mencionados en páginas anteriores es indispensable o no en nuestro sistema legal; y en este aspecto surge una duda derivada del contenido del artículo 769 Procesal, que dispone que luego que el tribunal tenga conocimiento de la muerte de alguna persona dictará con Audiencia del Ministerio Público y entre tanto se presenten los interesados, las medidas necesarias para la conservación de los bienes. Puede actuar oficiosamente el órgano jurisdiccional en el supuesto enunciado?, nuestro criterio

se inclina por la afirmativa dado el carácter imperativo de la norma en cuestión, y la finalidad protectora que consigna: el Representante Social protege los intereses individuales en ausencia.

Refiriéndonos al contenido del Artículo 257 Procesal tenemos que plantear la siguiente situación: La irregularidad de la demanda es la insatisfacción de los requisitos que la misma debe contener en los términos del 255 del propio Cuerpo de Leyes y a que ya nos referimos en el cuerpo de este capítulo y solo compete al órgano jurisdiccional la facultad de normar la actividad procesal adecuándola a la ley respectiva; por cuanto a la oscuridad contenida en el propio documento de demanda, corresponde al Juzgador determinarla, o a la parte demandada; o a ambos?, porque no debe perderse de vista que tanto el órgano de conocimiento y decisión necesita claridad y precisión en los puntos de reclamación, sino también la demandada que necesita estar en aptitud mediante tales requisitos para concurrir en forma a la litis. En el Código de Procedimientos Civiles anterior se consignaba la excepción dilatoria de 'la oscuridad o defecto legal en la forma de proponer la demanda', que fue substituida por la fórmula en comentario, de la que nos hemos permitido hacer la observación contenida en este párrafo.

Presentada la demanda con todos los requisitos que determina la ley procesal en referencia, se realiza la admisión de la misma, se ordena el emplazamiento a la contraparte, y se le concede, de acuerdo con la naturaleza del litigio de que se trate, el término legal para que comparezca a juicio a hacer valer sus derechos. Esta situación, puede resolverse en las siguientes formas: a).—Se consideran justas las pretensiones del actor y por tanto el demandado se allana a la demanda, con los beneficios que consigna el numeral 404 de la Ley adjetiva en cuestión, o sea obtener del juzgador en la sentencia, después de efectuado el secuestro, un plazo de gracia y reducción en las costas; b).—Se deja de comparecer a juicio con las consecuencias del rebelde a que se contraen los artículos 266 y 421 Procesales; c).—Se comparece al juicio oponiendo excepciones; d).—Se contesta la demanda negando los hechos o el derecho invocados por la actora; e).—Se reconviene formulando una nueva reclamación. De los aspectos apuntados trataremos los concernientes a las excepciones y a la reconvencción.

En relación con el capítulo de excepciones la Teoría nos proporciona los conceptos que a continuación reproducimos.

Alsina (Tratado, Tomo III, págs. 76 y siguientes) en relación con el origen de las excepciones y su evolución nos indica que las mismas tienen su origen en el segundo período del procedimiento romano, cuando regía el sistema formulario. Sabido es que la fórmula, redactada después de un debate contradictorio, se componía, de la *demonstratio* (exposición de los hechos), la *intentio* (resumen de las pretensiones del actor), la *condemnatio* (que autorizaba el juez para condenar o absolver según el resultado de la prueba) y la *adjudicatio* (por la que el juez podía acordar a alguna de las partes la propiedad de una cosa). Pero la *intentio*, justa en derecho, podía no serlo en equidad; así, según el derecho civil, no se examinaba por qué había tenido lugar una estipulación, bastando que ella estuviera probada, aunque hubiese sido concertada con fuerza o por dolo, para que el juez condenase al obligado. Como esto hería la equidad, los pretores imaginaron una restricción al poder de condenar, y, para ello, en lugar de otorgar al juez en tales casos una autorización general, cuando el demandado alegaba esa defensa, lo hacían en forma condicional: "condenaréis a menos que se pruebe dolo o violencia". Es así como nacieron las primeras excepciones: *exceptio doli*, *exceptio metus causa*, en forma de restricciones al poder de condenar para mitigar los rigores del derecho civil. Es importante observar que las excepciones no tenían carácter procesal, sino que atacaban el derecho mismo y que el magistrado no podía incluirlas de oficio sino a instancia del demandado. Posteriormente, la admisión de nuevas excepciones permitió su clasificación en dos categorías: las perentorias, llamadas así porque eran perennes y podían ser opuestas en cualquier estado del juicio (*exceptio mali*, *quod metus causa*, *rei iudicata*, *compendatio*, etc.), y las dilatorias, que sólo duraban un tiempo en el cual el demandado no podía ser molestado (*exceptio pacti*, *pro tempus*, *non numerata pecunia*, etc.). Pero es de tener en cuenta que las excepciones aún eran medios de oposición al fondo del derecho, por lo tanto, las dilatorias como las perentorias extinguían la acción, para evitar lo cual se permitía al actor o al demandado hacer insertar a principio de la fórmula una reserva de derechos (*prescription*).

Cuando al sistema formulario substituyó el extraordinario, la excepción dejó de ser una restricción puesta al poder del juez, en razón de que el mismo magistrado era quien instruía la causa y dictaba la sentencia, pasando entonces a ser un medio de defensa en juicio que el demandado podía ejercer sin ninguna autorización previa. El derecho romano daba el nombre de *defensio* a todo medio empleado por el demandado para oponerse a la demanda, ya sea que consistiera en negar los hechos, ya en una pretensión contraria. Pero hacía el siguiente distinguo: ciertas circunstancias que obraban en favor del demandado podían ser declaradas de oficio (*ipso iure*), en tanto que otras sólo podía tomarlas en cuenta el magistrado si el demandado las hacía valer como defensa (*ope exceptionis*). Para estas últimas, que requerían una actividad por parte del demandado y se presentan, en consecuencia, como un contraderecho, se reservaba el nombre de excepciones en sentido propio, en tanto que a las demás se les llamaba defensas en general. Mas, como al mismo tiempo el procedimiento se hizo escrito, apareció una nueva excepción, la de obscuro libelo, que podía oponer el demandado cuando la demanda no era clara o tenía defectos de forma, por lo que posteriormente se le dio el nombre de "defecto legal en el modo de proponer la demanda". Cuando los emperadores destacaron pretores en las provincias, ocurría a veces que las cuestiones que debían someterse a un pretor eran llevadas a otro, por lo que se acordó al demandado una nueva excepción, la de "incompetencia de jurisdicción". Es así como junto a las excepciones substanciales fueron formándose las excepciones procesales.

Del derecho romano las excepciones pasaron al derecho hispano. Ya bajo el imperio, en la época de Teodosio (438 J. C.), se las incluyó en el Código Teodosiano, pero es recién después de la invasión de los bárbaros en el siglo V, con la sanción del Código de Tolosa y el Breviario de Aniano, cuando se introdujeron definitivamente, incorporándose al Fuero Juzgo y demás leyes hasta las Partidas, de las que emanan las disposiciones de nuestro Código Procesal. Las modificaciones introducidas en la ordenación jurídica durante esos primeros tiempos permitieron la formación de nuevos institutos, y así ocurrió también en esta materia; en Roma las partes debían comparecer personalmente ante el magistrado, pero en España, a partir del Fuero Juzgo, se admitió la intervención de per-

soneros, por lo que nació una nueva excepción, la de "falta de personería", cuyo concepto fue sin embargo, variando con el tiempo.

En la práctica se llama excepción toda defensa que el demandado opone a la pretensión del actor sea que se nieguen los hechos en que se funda la demanda, sea que se desconozca el derecho que de ellos pretende derivarse, sea que se limite a impugnar la regularidad del procedimiento. Es decir, que la excepción se opone a la acción: frente al ataque, la defensa; de ahí que, relacionándola con la competencia, un viejo principio romano, que no ha perdido su vigencia establece que "el juez de la acción es el juez de la excepción".

Pero en sentido más restringido, por excepción se entiende la defensa dirigida a paralizar el ejercicio de la acción o a destruir su eficacia jurídica, fundada en una omisión procesal o en una norma substancial. Por último, vamos a ver todavía que en este segundo supuesto debe distinguirse los casos en que el juez puede hacer la declaración de oficio de aquellos en que no puede hacerlo sino a requerimiento del demandado, que es lo que constituye la excepción en sentido estricto.

Couture (Fundamentos, pág. 93) considera un acontecimiento científico análogo a la disputa respecto del contenido de la acción producido en Alemania, el que se llevó a efecto al publicarse el libro de Bülow acerca del contenido de la excepción, obra en que por primera vez en la doctrina se establece una distinción entre excepción y presupuestos procesales.

Oskar Von Bülow, presenta su Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales en la obra del propio nombre de la que Ediciones Jurídicas de Europa - América, Buenos Aires, 1964 nos presenta una nueva Edición de la que tomamos las siguientes ideas que revelan el pensamiento del jurista mencionado y justifican el criterio expuesto por Couture en el párrafo que antecede.

"En general, se acepta que el concepto de excepción procesal fue extraído, por la ciencia jurídica moderna, de ejemplos sueltos existentes en el derecho romano. Está demostrado que los juristas romanos no tenían la menor idea de una excepción tal, pues en las fuentes jurídicas de aquel derecho no se encuentra la menor huella de una distinción entre excepciones materiales y procesales.

Tanto como a nosotros, esta observación debió extrañar a los partidarios de la doctrina dominante, pues resulta muy difícil aceptar que los juristas romanos pasaran por alto la individualidad de esta clase de excepciones, si se dieron realmente. Aunque no demostraron una amplia visión respecto de las diferencias íntimas del concepto de excepción, supieron, sin embargo, separar las excepciones por ejemplo, en excepciones *in rem* e *in personam*, en perentorias dilatorias, y a estas últimas, también en excepciones de legitimación sustancial y puramente temporales. Verdaderamente, de ello podría decirse, quizá, que habían ido demasiado lejos en distinguir excepciones; al menos, difícilmente se defendería de este reproche la caprichosa división en que se empeñó Paulus en L. 20 de ex 44, I.

Y, sin embargo, los juristas romanos no advirtieron la diferencia más importante, rotunda, indiscutible y suprema, una diferencia que prácticamente tanto se tiene en cuenta; que como lo ha demostrado la experiencia del proceso moderno es imposible aplicar un mismo principio a las excepciones procesales y a las de fondo!" (Ocit. pág. 233).

"Si el proceso es, por lo tanto, una relación jurídica, se presentan en la ciencia procesal análogos problemas a los que surgieron y fueron resueltos, tiempo antes, respecto de las demás relaciones jurídicas. La exposición sobre una relación jurídica debe dar ante todo una respuesta a la cuestión relacionada con los requisitos a que se sujeta el nacimiento de aquella. Se precisa saber entre qué personas puede tener lugar, a qué objeto se refiere, qué hecho o acto es necesario para su surgimiento, quién es capaz o está facultado para realizar tal acto.

Estos problemas deben plantearse también en la relación jurídica procesal y no se muestran a su respecto menos apropiados y fecundos que lo que se mostraron ya en las relaciones jurídicas privadas. También aquí ellos dirigen su atención a una serie de importantes preceptos legales estrechamente unidos. En particular, a las prescripciones sobre:

- 1). la competencia, capacidad e insospechabilidad del tribunal; la capacidad procesal de las partes (*persona legitima standi i*

iudicio —persona legítima para estar en juicio)— y la legitimación de su representante.

2). las cualidades propias e imprescindibles de una materia litigiosa civil.

3). la redacción y comunicación (o notificación) de la demanda y la obligación del actor por las cauciones procesales,

4). el orden entre varios procesos.

Estas prescripciones deben fijar, en clara contraposición con las reglas puramente relativas a la marcha del procedimiento ya determinadas, los requisitos de admisibilidad y las condiciones previas para la tramitación de toda la relación procesal. Ellas precisan entre qué personas, sobre qué materia, por medio de qué actos y en qué momentos se puede dar un proceso. Un defecto en cualquiera de las relaciones indicadas impediría el surgir del proceso. En suma, en esos principios están contenidos los elementos constitutivos de la relación jurídica procesal; idea tan poco tenida en cuenta hasta hoy, ue ni una vez ha sido designada con un nombre definido. Proponemos, como tal, la expresión "presupuestos procesales". (Ob. cit. págs. 4, 5 y 6).

El Profesor de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Nápoles Ugo Rocco en su Teoría General del Proceso Civil, Trad. del Licenciado Felipe de J. Tena, Editorial Porrúa, S. A., México, 1959, pág. 299 a 240, formula un estudio completo sobre el Derecho de contradecir del demandado mediante excepciones y defensas; su criterio se reproduce por lo valioso e ilustrativo del tema.

"A la obligación jurídica del Estado de prestar la actividad jurisdiccional corresponde, además, una pretensión jurídica individual de quien asume la calidad de demandado, al rendimiento de la misma prestación.

Y, ciertamente, también el demandado tiene un interés general y secundario a la declaración de las relaciones jurídicas concretas y substanciales, que constituyen la materia sobre la cual pide el actor el juicio de los órganos jurisdiccionales, o, en general, la providencia jurisdiccional. En efecto, puesto que a todo derecho subjetivo ostentado por el actor corresponde una obligación jurídica en la per-

sona del demandado, de la declaración sobre la existencia o inexistencia de esta relación jurídica depende la existencia o inexistencia de un vínculo a la libertad jurídica del mismo demandado, y, por lo tanto, de una determinación y una delimitación de su derecho de libertad.

Por consiguiente, existe siempre un interés abstracto y secundario del demandado al rendimiento de la prestación jurisdiccional, mediante declaración, por lo cual es necesario que tal interés, al igual del interés del actor, pueda contar frente al Estado con la tutela de las normas jurídicas procesales.

También el demandado tiene, pues, un derecho de pretender del juez la declaración de las relaciones jurídicas concretas y substanciales deducidas en juicio, a que corresponde una obligación jurídica de los órganos jurisdiccionales al rendimiento de la prestación jurisdiccional.

Esta pretensión, que resulta incontrovertible en nuestro derecho positivo (argumento sacado del Art. 306 C.P.C.), no es substancialmente diversa de la pretensión análoga del actor frente a los órganos jurisdiccionales. Tiene correcto por objeto una determinada actividad de los órganos jurisdiccionales, y, el acto terminal (sentencia definitiva de fondo) que satisface la pretensión individual del actor, satisface al mismo tiempo la pretensión del demandado frente al Estado. Toda sentencia final de fondo, independiente de su contenido, satisface así el derecho del actor, como el derecho del demandado a la tutela de los intereses que protege el derecho objetivo substancial.

El derecho de obrar que corresponde al demandado, el que para mayor claridad llamaremos derecho de contradicción en juicio, no constituye, por lo tanto, un derecho diverso del derecho de acción, sino un diverso aspecto del derecho de acción, aspecto que resulta justamente de la diversa posición que los sujetos activos de la relación procesal asumen en el proceso.

La pretensión jurídica individual del demandado frente a los órganos jurisdiccionales se manifiesta paralelamente a la pretensión del actor, y constituye un derecho análogo a la misma. El reconocimiento de tal pretensión deriva directamente del fin objetivo del

proceso civil. En el proceso civil el Estado desarrolla una actividad dirigida a la declaración o a la realización coactiva de los intereses individuales protegidos por el derecho objetivo. Todos los intereses protegidos por el derecho objetivo material deben encontrar su satisfacción en el proceso; más aún, deben encontrar aquella satisfacción que se comprende dentro de los límites de la tutela marcada por el derecho material.

No hay interés que pueda satisfacerse en el procedimiento, sino en cuanto esté protegido por el derecho; no hay interés que pueda satisfacerse, sino dentro de los límites establecidos por el derecho; no hay interés que deba satisfacerse más allá de los límites fijados por el derecho, esto es, sacrificando otros intereses protegidos por aquel.

Para asegurar la satisfacción de los intereses amparados por el derecho, y sólo de aquellos intereses que éste protege para asegurar su satisfacción, dentro de los límites y en la medida establecida por el derecho sin invadir la esfera de libertad reconocida al individuo, sacrificando, por consiguiente, otros intereses amparados por el derecho; las normas procesales reconocen al demandado una pretensión frente a los órganos jurisdiccionales, la cual asume una forma antitética a la pretensión del actor (contradicción).

Pero hay algo más: tal pretensión resulta incontrovertible por el mismo principio que establece la igualdad de las partes en el proceso. En el proceso de conocimiento, siendo incierto cuál de las dos partes tenga efectivamente razón, y, por lo mismo, cuál sea la tutela otorgada por el derecho a un interés determinado, el principio de igualdad importa que a la pretensión del actor consistente en que su demanda sea acogida, se oponga una pretensión del demandado sosteniendo que se deseche. En el juicio ejecutivo el mismo principio importa que la realización coactiva del derecho que se ha declarado existente en el caso concreto, no venga a lesionar de algún modo la integridad de la esfera jurídica del que aparece jurídicamente obligado, fuera del vínculo jurídico declarado existente, de modo que su derecho de libertad no pueda sacrificarse, sino en la medida y dentro de los límites del correspondiente derecho subjetivo, cuya existencia ha sido declarada, y únicamente para la realización del mismo.

La pretensión que al demandado corresponde en el proceso de conocimiento, es la facultad de exigir obligatoriamente, de parte de los órganos jurisdiccionales, la declaración, mediante sentencia, de las concretas relaciones jurídicas deducidas en juicio. Esta pretensión asume una forma antitética a la pretensión del actor, de modo que, frente a la acción que tiende a una declaración positiva, el demandado contrapone una acción que tiende a la declaración negativa; y, viceversa, frente a una acción que tiende a la declaración negativa, él contrapone una acción que tiende a la declaración positiva.

La actitud de la pretensión individual del demandado, frente a los órganos jurisdiccionales, en contraposición a la pretensión del actor, resulta de la estructura misma de las relaciones jurídicas substanciales que constituyen el objeto de la declaración. Ya que a todo derecho subjetivo ostentado por el actor corresponde una obligación jurídica del demandado, la declaración de la existencia del derecho del actor contiene, al mismo tiempo, la declaración de la existencia de la obligación jurídica del demandado, esto es, la declaración de la existencia de un vínculo a su libertad. Así pues, a toda acción que tiende a obtener la declaración de la existencia de un derecho subjetivo (acción de declaración positiva) se contrapone en el sujeto pasivo del derecho substancial ostentado de la propia obligación jurídica, afirmada como existente por el actor, o sea, una acción que tiende a la declaración del propio derecho de libertad (acción de declaración negativa).

Y análogamente, porque a toda obligación jurídica afirmada como inexistente por el actor, corresponde un derecho subjetivo del demandado, que se afirma implícitamente inexistente, la declaración de la inexistencia de la obligación jurídica del actor contiene implícitamente la declaración de la inexistencia del derecho subjetivo correlativo del demandado, y, consiguientemente, la declaración de la existencia del derecho de libertad del actor frente al demandado.

A toda acción, por lo tanto, tendiente a obtener la declaración de la inexistencia de una obligación jurídica (acción de declaración negativa), se contrapone en el sujeto activo de la obligación jurídica material negada, una acción que tiende a obtener la declaración de la existencia de la obligación jurídica y, por lo tanto, del dere-

cho subjetivo correspondiente negado por el actor (acción de declaración positiva).

Este perfecto paralelismo entre el modo de comportarse la pretensión del actor frente a la pretensión del demandado, demuestra claramente que no son substancialmente diversas. La única diferencia la da, en cada caso, el interés substancial protegido por el derecho objetivo, que constituye la materia de la declaración pedida. Ese interés puede ser o un derecho especial, o bien, el derecho de libertad, y estos dos derechos se contraponen de modo que cuando el actor pide la declaración del propio derecho especial, el demandado pide la declaración del propio derecho de libertad; cuando el actor pide la declaración del propio derecho de libertad, el demandado solicita la declaración del propio derecho social.

Así pues, la pretensión del demandado como pretensión jurídica de derecho formal frente a los órganos jurisdiccionales no tiene naturaleza diversa de la del actor. Y ya que la pretensión del actor frente al Estado puede comprender tanto la facultad de exigir la declaración de las concretas relaciones jurídicas inciertas o controvertidas, cuando la facultad de pretender la realización coactiva de aquellas relaciones jurídicas que fueron legalmente declaradas, la pretensión del demandado asume dos formas correspondientes, según que la pretensión del actor tenga por fin la declaración o la realización coactiva del derecho.

Frente a la acción ejecutiva el derecho del deudor asume el nombre de derecho de oposición. El ejercicio de este derecho hace nacer una nueva relación procesal de conocimiento que se entrelaza con la relación procesal de ejecución, en la cual aquel contra quien se promueve la ejecución aparece como actor.

La pretensión jurídica del demandado comprende por ello todas las facultades de exigir o pretender la prestación jurisdiccional, reconocidas por el derecho procesal objetivo al demandado, al que corresponde en el Estado la obligación jurídica de rendir tal prestación.

El derecho del demandado existe independientemente de todo presupuesto de derecho substancial, y, por lo tanto, independientemente de la existencia del derecho de libertad (acción de declaración positiva), o del derecho especial (acción de declaración negativa), negados por el actor.

Todo sujeto de derechos que asume en el proceso la calidad de demandado, tiene derecho al rendimiento de la prestación jurisdiccional. La independencia de la pretensión del demandado se demuestra claramente en el caso de que aquel, no habiendo aceptado la renuncia a los actos del juicio, el juez pronuncia una sentencia que acoge la demanda del actor, y, por lo mismo, niega el derecho substancial (derecho especial o derecho de libertad) afirmado por el demandado.

La posición del demandado ha sido siempre descuidada en la antigua literatura procesalista, y no podía ser de otra manera, ya que del concepto de que acción y derecho eran términos equivalentes, no podía resultar una posición autónoma del demandado.

Débase a la doctrina alemana la primera tentativa de análisis de las relaciones jurídicas que nacen en el desarrollo del proceso, ya frente al actor o ya frente al demandado.

Sin embargo, todas las construcciones hasta hoy presentadas no parece que hayan alcanzado un resultado satisfactorio.

Wach habla de un derecho del demandado a la tutela jurídica, el cual consiste en una especial forma de tutela, que se exterioriza mediante el rechazamiento de la acción infundada. Un concepto análogo se encuentra en Hellwig, que considera el derecho del demandado a la tutela jurídica como un derecho al rechazamiento de la acción infundada propuesta por el actor, mediante el cual rechazamiento obtiene éste la tutela jurídica.

Es inaceptable el concepto de los dos citados autores, porque si el derecho del demandado debe en todo caso configurarse como un derecho al rechazamiento de la acción infundadamente promovida por el actor, queda por inquirir cómo debe concebirse tal derecho cuando la acción sea fundada. Porque es indudable que, dejando aparte cualquiera consideración sobre el fundamento de la acción promovida, las normas procesales le reconocen al demandado una serie de facultades de exigir y de obrar, que el mismo ejercita en el proceso, desde la citación hasta la sentencia final de fondo inimpugnable, según tales teorías no es posible explicar esta posición activa del demandado, cuando la acción es fundada.

Por otra parte, ya que no se puede saber si la acción ejercitada por el actor es o no fundada sino cuando se pronuncia la sentencia

de fondo, esto es, cuando el proceso se ha desarrollado mediante el concurso de las dos actividades del actor y del demandado en juicio contradictorio, no podría saberse si el demandado tiene derecho al rechazamiento de la acción promovida por el actor sino sólo cuando su derecho de obrar en juicio ha sido ya ejercitado y agotado.

Pero el error fundamental de W. y de H., que demuestra cada vez más lo infundado de la teoría de la concreta tutela jurídica, consiste en querer considerar el derecho del demandado como un derecho al desconocimiento de la pretensión del actor a la tutela jurídica, mediante una sentencia favorable al mismo (rechazamiento). Pero que el derecho del demandado no pueda así configurarse, se demostrará fácilmente con sólo pensarse que los órganos jurisdiccionales no deben juzgar de la existencia o inexistencia del derecho de acción o de contradicción en juicio, sino que deben juzgar si existen o no las relaciones jurídicas substanciales, inciertas o controvertidas, afirmadas como existentes por el actor o negadas por el demandado (acciones de declaración positiva), o bien, negadas por el actor y afirmadas por el demandado (acción de declaración negativa). Justo sería el concepto de tales autores, si el juicio del juez tuviese por objeto declarar la existencia del derecho de acción o del derecho de contradicción en juicio, ya que la existencia del derecho del uno significaría la inexistencia del derecho del otro. Pero la verdad es otra muy diversa, porque la acogida de la demanda del actor no importa reconocimiento del derecho de acción del actor y desconocimiento del derecho del demandado de contradecir en juicio, sino sólo reconocimiento mediante sentencia del derecho substancial ostentado por el actor. Del mismo modo que el rechazamiento de la demanda del actor no importa desconocimiento del derecho de acción del mismo y reconocimiento del derecho de contradicción del demandado, sino sólo reconocimiento mediante sentencia del derecho afirmado por el demandado (derecho de libertad, o derecho especial).

Chiovenda, el primero que en Italia tuvo el mérito de ocuparse en el asunto, explica la posición del demandado mediante su concepto del derecho potestativo, concibiendo el derecho del demandado de oponer excepciones y defensas, como un contraderecho frente a la acción, como un derecho, esto es, dirigido a la anulación del derecho de acción.

Pero este concepto encierra en sí el mismo vicio de origen del concepto de los dos autores alemanes que antes refutamos, porque considera el derecho del demandado tan sólo en relación con una acción propuesta por el actor infundadamente, mientras que descuida y no explica el caso en que la acción se propone sin fundamento. Por otra parte, ya que, según el concepto del llorado procesalista italiano, el derecho de acción y el derecho de contradicción son dos derechos antitéticos; esto es, tales que la existencia del uno (acción) excluye la existencia del otro (contradicción), y viceversa, no es concebible un derecho de contradicción que vaya dirigido a la anulación del derecho de acción.

En efecto, en el caso de que la acción se proponga con fundamento, no teniendo el demandado derecho de contradecir en el juicio, nada debería hacer para anular la acción propuesta contra el mismo. Como, por otra parte, nada debería ni podría hacer el actor cuando, siendo la acción infundada, exista el derecho del demandado de contradecir en juicio. O la acción es fundada, y entonces siendo infundado, y, por lo tanto, inexistente el derecho de contradecir del demandado, no puede tal derecho concebirse como dirigido a la anulación de la acción fundada; o la acción es infundada y como tal inexistente, y entonces no es concebible un derecho del demandado a la anulación de aquel derecho del actor, que, por ser infundado, es inexistente.

Así es que, tanto si la acción es fundada como si no lo es, no existe nunca un derecho del demandado a la anulación del derecho del actor.

Hemos visto que el derecho del demandado a oponer excepciones y defensas se compendia, como el del actor, en una serie de facultades de obrar y de pretender, dirigidas a obtener la prestación de la actividad jurisdiccional, y vimos también cómo tal derecho tiene un contenido perfectamente opuesto a aquel en que se substancia el derecho de acción si bien tendiendo uno y otro a obtener aquella prestación que, a un mismo tiempo satisface a una y otra pretensión.

La distinción entre el concepto de excepción y de defensa no es siempre fácil, por cuanto la actividad del demandado se desarrolla siempre frente a los órganos jurisdiccionales asumiendo motivos o

razones que pueden en algún modo contrariar las pretensiones avanzadas por el actor.

Sin embargo, cuando hablamos de excepciones entendemos referirnos a una particular actividad dirigida a contrastar el ejercicio de la acción propuesta por el actor, o el derecho substancial afirmado como existente por el mismo.

El concepto de excepción no ha alcanzado en la doctrina la determinación necesaria para poder fijar distinciones provechosas, ni se puede decir que exista, hasta hoy, una teoría bien delineada de las excepciones.

En el lenguaje procesal moderno oponer excepciones y excepción se emplean como sinónimos de deducir y deducción contra la acción del contrario. Desde este punto de vista el instituto de la excepción pertenece al derecho procesal civil y su función es esencialmente procesal. Por ello es impropia la contraposición, comúnmente admitida, entre excepciones substanciales y excepciones procesales, ya que va imbebido en la idea misma de excepción, como facultad de contraponer en el proceso una defensa contra la acción del adversario, un concepto y una función netamente procesal. Toda excepción, en cuanto constituye un acto procesal del demandado, implica necesariamente que todas las excepciones son excepciones procesales, ya que una vez ejercitadas en el proceso, se disciplinan por normas procesales.

Así pues, la distinción entre excepciones procesales y excepciones substanciales, si se mira al concepto formal y a la función de la excepción, es inaceptable.

La excepción es la facultad procesal, comprendida en el derecho de contradicción en juicio, que incumbe al demandado de pedir que los órganos jurisdiccionales declaren la existencia de un hecho jurídico, que produzca efectos jurídicos relevantes, frente a la acción ejercitada por el actor.

Los hechos jurídicos que pueden contraponerse por vía de excepción, y a los que el derecho objetivo vincula efectos jurídicos, pueden distinguirse en hechos jurídicos que impiden el nacimiento de las relaciones jurídicas substanciales afirmadas como existentes por el actor, o bien que las modifican o extinguen, y hechos jurídi-

cos que impiden el surgimiento de relaciones jurídicas procesales, o bien, que las modifican o extinguen.

A).—Desde este punto de vista la distinción entre excepciones de derecho substancial y excepciones de derecho procesal, puede tener una razón de ser y una utilidad práctica; pero, como ya lo advertimos, no hay que tener en cuenta el elemento formal de la excepción y su función, sino sólo el objeto o la materia, que constituyen el contenido de este acto especial procesal, que se llama excepción.

Las excepciones que tienen por contenido la invocación de hechos jurídicos, a los que el derecho objetivo vincula efectos sobre relaciones jurídicas substanciales, son excepciones de derecho substancial; las excepciones que tienen por contenido oponer hechos jurídicos a los que el derecho objetivo vincula efectos jurídicos sobre relaciones de derecho procesal, son excepciones de derecho procesal.

Y, en efecto, la oposición que el demandado puede invocar contra la acción contraria, puede ser de varias especies:

I.—Con respecto a las relaciones jurídicas substanciales, afirmadas por el actor y cuya declaración pide este mismo, el demandado puede aducir la existencia de un hecho:

a).—Que impida el surgimiento del hecho substancial afirmado por el actor (por ejemplo, simulación, ilicitud de la causa, dolo, violencia, etc).

b).—Que extinga el derecho substancial afirmado como existente por el actor (por ejemplo, pago, remisión de la deuda, prescripción, etc.); o bien, que, dando lugar a otro derecho, extinga, indirectamente, el derecho afirmado por el actor como existente todavía (por ejemplo, compensación, novación, confusión, etc.).

c).—Que modifique cualitativamente (por ejemplo, pérdida de la cosa debida por hecho propio, pendiente aún la litis) o cuantitativamente (por ejemplo, pago o remisión parcial de la deuda), el derecho ostentado por el actor; o bien, que modifique la relación jurídica substancial, relativamente a los sujetos, activos o pasivos (por ejemplo, sucesión).

Con respecto a las relaciones jurídicas procesales, el demandado puede invocar la existencia de un hecho:

a).—Que impida el nacimiento o el desarrollo de la relación jurídica procesal (por ejemplo, incapacidad de las partes, incompetencia, nulidad de actos procesales, litispendencia, etc.).

b).—Que extinga la relación jurídica procesal (renuncia de la acción, después de instaurado el juicio, caducidad, cosa juzgada, etc.).

c).—Que modifique la relación jurídica procesal con respecto a su objeto (por ejemplo, cambio de la demanda) o respecto a sus sujetos pasivos (órganos jurisdiccionales) o activos (partes en la causa).

Los hechos jurídicos impeditivos, modificativos o extintivos de las relaciones jurídicas substanciales, cuando se deduzcan en juicio, dan lugar a las llamadas excepciones de derecho substancial; mientras que los hechos jurídicos impeditivos, modificativos y extintivos de las relaciones jurídicas procesales cuando se invocan en juicio, dan lugar a las llamadas excepciones de derecho procesal.

B).—Junto a la distinción entre excepciones de derecho substancial y excepciones de derecho procesal, la doctrina suele distinguir dichas excepciones en excepciones perentorias y excepciones dilatorias.

Las excepciones de derecho substancial perentorias son las que tienden a excluir la existencia del derecho substancial, ostentado por el actor, de modo definitivo (por ejemplo, prescripción del derecho, pago, remisión del adeudo, etc.); las excepciones de derecho substancial dilatorias son las que tienden a excluir pro nunc la existencia, y por lo tanto, el ejercicio del derecho substancial ostentado por el actor (por ejemplo, pendencia de la condición suspensiva, término no vencido todavía, etc.).

Las excepciones de derecho procesal perentorias, que los franceses llaman fin de non recevoir, fin de non procéder, son las que tienden a excluir la existencia del derecho de acción (por ejemplo, excepción de la renuncia de la acción) o a anular su ejercicio (por ejemplo, excepción de incompetencia). Las excepciones de derecho procesal dilatorias, en cambio, son las que no excluyen el derecho de acción, ni anulan su ejercicio, sino que lo suspenden temporalmente (por ejemplo, llamada en causa de un tercero).

C).—Las excepciones de derecho procesal se distinguen todavía en excepciones acerca de los sujetos de la relación procesal y excepciones acerca de los actos o las actividades procesales. Las primeras se dividen en excepciones acerca del órgano jurisdiccional adicto, falta de jurisdicción, incompetencia, etc., que más propiamente se llaman excepciones declinatorias, y excepciones acerca de la persona del actor o del demandado (incapacidad, falta de interés o de legitimación para obrar, etc.).

D).—Además de esto, la doctrina suele distinguir las excepciones según que puedan tomarse en consideración por el juez tan sólo a petición de la parte (excepciones en sentido estricto o excepciones en sentido substancial), y excepciones que pueden hacerse valer aun de oficio (excepciones en sentido lato).

Sin embargo, tal distinción desnaturaliza completamente la noción de excepción, porque va imbebido en el concepto mismo de excepción que el hecho jurídico impeditivo, modificativo o extintivo de las relaciones jurídicas substanciales o procesales, se alegue por las partes, mediante aquel acto especial procesal que se llama excepción.

La confusión puede ser generada por la circunstancia de que algunos hechos impeditivos, modificativos o extintivos de las relaciones jurídicas, substanciales o procesales, por razones de interés público, pueden, y aun deben normalmente ser invocados y tomados en consideración directamente por los órganos jurisdiccionales, prescindiendo de la posibilidad, o no, de que tales hechos sean invocados por las partes por vía de excepción. Así, por ejemplo, la incompetencia por materia, por valor o funcional (incompetencia absoluta), puede ser invocada por las partes por vía de excepción; pero cuando las partes no se valgan de tal facultad de presentar al examen del juez este vicio o defecto de actividad que impide el desarrollo de la relación procesal, el juez examina de oficio la observancia de tal prescripción, establecida por el derecho procesal objetivo. En este caso el juez no suple de oficio la excepción no propuesta, como suele decirse en la práctica forense sino que se vale de una facultad procesal propia y autónoma, que directamente se le concede y reconoce por el derecho procesal objetivo, que en ningún caso podrá hacerse entrar en el concepto de excepción.

En consecuencia, la distinción entre excepciones en sentido substancial o en sentido estricto, y excepciones en sentido lato, no sólo es inútil, en cuanto produce confusión entre la llamada excepción en sentido substancial y la excepción de derecho substancial, sino que es completamente errónea, porque lo que puede y debe entenderse por excepción es tan sólo la facultad procesal de oponer un determinado hecho jurídico, impeditivo, modificativo o extintivo de las relaciones jurídicas de derecho substancial o procesal, facultad ejercitada en el proceso por las partes y reconocida a las mismas por el derecho procesal objetivo.

E).—La última distinción que puede hacerse en materia de excepciones es la que separa las excepciones simples y las excepciones reconventionales. Tiénese la excepción simple cuando la excepción se mantiene dentro de los límites de la demanda propuesta por el actor; la excepción reconventional cuando, a través de la excepción propuesta, el tema del debate se ha extendido más allá de los límites de la demanda del actor, esto es, mediante una nueva y autónoma demanda del reo, dirigida contra la propuesta por el actor.

En tal caso el demandado viene a proponer a los órganos jurisdiccionales en el proceso ya instaurado en su contra una demanda que rebasa los límites de la demanda del actor, y, en tal sentido, viene él a su vez a hacerse actor en el juicio. Así, por ejemplo, si el actor ha reclamado el pago de mil liras a título de mutuo, el demandado, a fin de paralizar la demanda del actor, no sólo sostiene que no debe dar las mil liras, reclamadas, sino que a su vez pide que el actor le pague mil liras que éste le debe.

Naturalmente, la demanda propuesta por el demandado, como mejor lo veremos en seguida, debe tener elementos comunes con la demanda propuesta por el actor, esto es, depender del título presentado en juicio por el actor o del título que pertenece a la causa, como medio de excepción (art. 36 C.P.C.).

La doctrina, por lo común en tales casos, suele hablar de demanda reconventional y no de excepción reconventional; pero nosotros pensamos que tal distinción no es exacta y propia, porque, en substancia, toda excepción reconventional se traduce en una demanda que el demandado formula ampliando el tema del debate”.

Hemos apuntado algunos criterios respecto del problema relativo a los derechos del demandado en su oposición a las pretensiones del actor en juicio. Nuestras leyes rectoras siguen los principios comunes o corrientes respecto a la división y clasificación de las excepciones en perentorias y dilatorias, entendiéndose por las primeras aquellas que producen la ineficacia definitiva de la acción, y dilatorias las que solamente suspenden temporalmente sus efectos. Por cuanto se refiere a las excepciones perentorias la Ley Procesal no ha considerado necesario hacer su enumeración porque este aspecto queda regulado por las causas que extinguen las obligaciones que corresponden al estudio de la sustantividad de la materia Civil y a la que debemos remitirnos; con fundamento en lo anterior se habla de las siguientes excepciones perentorias, entre otras que puedan resultar: a). pago; b). dación en pago; c). compensación; d). confusión de derechos; e). remisión de deuda; f). novación; g). prescripción; h). transacción; i). nulidad o rescisión del contrato; j). plus petitio; k). falsedad del título; l). cosa juzgada. etc.

En lo que corresponde a las excepciones dilatorias el artículo 35 del Ordenamiento Procesal Civil enuncia algunas (las de mayor uso) dejando la puerta abierta para así considerar a las demás a que dieren este carácter las leyes, como sucede en el supuesto del artículo 1735 del Código Civil: "Los acreedores y legatarios no podrán exigir el pago de sus créditos y legados, sino hasta que el inventario haya sido formado y aprobado, siempre que se forme y apruebe dentro de los términos señalados por la ley; salvo en los casos prescritos en los artículos 1754 y 1757, y aquellas deudas sobre las cuales hubiere juicio pendiente al abrirse la sucesión"; explica algunas de las dilatorias como la incompetencia en su doble carácter de inhibitoria y declinatoria (Arts. 37, 163 a 169, 262 y correspondientes del Cuerpo de Leyes en referencia), la litispendencia, la conexidad, respecto de la cual prohíbe (art. 40 frac. II) la excepción a estudio, "cuando se trata de juicios sumarios", siendo pertinente preguntar si ante la presencia de un juicio sumario y un ordinario respecto de los cuales se presume la existencia de una causa conexa, se salva la prohibición; y la falta de personalidad y capacidad que determina se tramiten como incidentes (Art. 43).

Habla nuestra Ley de que en los juicios ordinarios, la incompetencia, la litispendencia, la conexidad y la falta de personalidad

forman artículo de previo y especial pronunciamiento, es decir, su planteamiento impide el curso del juicio hasta en tanto no se resuelve el aspecto planteado; por su parte, dada la estructura del procedimiento sumario y la finalidad característica de celeridad del mismo, solo la incompetencia y la falta de personalidad en el actor suspenden el trámite hasta la solución de las excepciones de mérito (Art. 36), contra determinación respecto a esta última indicación, contenida en el numeral 438 en el sentido de que la falta de personalidad en el actor propuesta en juicio sumario no interrumpe el curso del juicio, pues la audiencia de ley establecida en dichos litigios se iniciará recibiendo las pruebas relativas a la susodicha excepción y decidiéndola de inmediato.

Las excepciones, en términos generales se deben hacer valer en la contestación y nunca después, salvo que fueren supervenientes; la reconvencción, de proceder, se debe incluir en dicho escrito. (Art. 260). Las excepciones supervenientes se harán valer hasta antes de la sentencia y dentro del tercer día de que tenga conocimiento la parte. Se substanciará por cuerda separada y sumariamente (que no interrumpe el trámite del litigio), y su resolución se reserva para la definitiva (art. 273).

El artículo 531 Procesal, como pretendiendo corregir el contenido del párrafo anterior que en forma drástica establece la oportunidad de proposición de las excepciones supervenientes establece que contra la ejecución de las sentencias y convenios judiciales (momentos procesales estos muy posteriores a los que consignan las disposiciones legales antes mencionada) no se admitirá más excepción que la de pago, si la ejecutoria se pide dentro de ciento ochenta días, aumentando el número de las excepciones en razón del tiempo transcurrido entre el pronunciamiento y la solicitud de ejecución, fijando al respecto su trámite en forma sumaria en forma de incidente.

Debemos decir por lo que ve a la incompetencia por inhibitoria que regula el artículo 163 que esta excepción se intenta ante el juez a quien se considere competente, pidiéndole que dirija oficio al que se estima no serlo, para que se inhiba y remita los autos; situación que pugna con el imperativo del artículo 260 referido, de donde resulta que nos encontramos ante una excepción que no tiene tal carácter. El propio artículo 163 aludido en su parte final impide que se promue-

van de oficio las cuestiones de competencia, aun cuando permite que el juez que se estime incompetente se inhiba del conocimiento del negocio. Puede pensarse en una aparente contradicción entre los dos supuestos que integran el texto legal a estudio por cuanto a que impidiendo la oficiosidad para promover cuestiones sobre competencia, permite la inhibición sin actividad de parte; estimamos que no existe tal contradicción, que lo que se prohíbe es el planeamiento a trámite de cuestiones de competencia en forma oficiosa y se autoriza a dejar de conocer un negocio ante la estimación del órgano jurisdiccional de la ausencia de los elementos necesarios, indispensables, para poder concurrir al conocimiento y resolución del problema.

Tenemos por otra parte lo que sí consideramos en principio una contradicción de la ley, la que enuncia el artículo 153 en su frac. II al considerar que se entiende sometido tácitamente el demandado por contestar la demanda o reconvenir al actor, situación que genera la competencia del juzgador tratándose de fuero renunciable (Art. 151), en relación con el repetido numeral 260 que obliga a que precisamente se presenten las excepciones en el escrito de contestación. Estimamos que las excepciones deben presentarse en el escrito de contestación y que ésta surtirá o no sus efectos de acuerdo con el resultado que se obtenga de la decisión de las excepciones en el caso de las dilatorias.

En términos del artículo 2o. de la Ley en cita, la acción procede en juicio, aun cuando no se exprese su nombre, con tal de que se determine con claridad la clase de prestación que se exija del demandado y el título o causa de la acción, principio éste que rige para la excepción si se atiende a que, como han expresado los Teóricos del Derecho en este aspecto y nos resume Couture (Fundamentos, pág. 90-91) el tema de la excepción es, dentro de una concepción sistemática del proceso, virtualmente paralelo al de la acción. 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 sustituto civilizado de la venganza, la excepción es el sustitutivo civilizado de la defensa. El actor pide justicia reclamando algo contra el demandado y éste pide justicia solicitando el rechazo de la demanda.

En el aspecto relativo a si las excepciones solo pueden hacerla valer los demandados y por ningún motivo el juzgador en forma oficiosa, el artículo 9o. del Decreto que prorrogó por ministerio de la ley, determinados contratos de arrendamiento en esta Capital, publicado el 30 de Diciembre de 1948, presenta, a nuestro modo de ver, la afirmativa a la posibilidad de actuar con oficiosidad. En efecto, dispone dicho texto que: serán nulos de pleno derecho los convenios que en alguna forma modifiquen el contrato de arrendamiento, con contravención de las disposiciones de esta ley. Ante la presencia de un litigio en el que la acción se funde precisamente en una situación jurídica de las prohibidas por la ley, y la oposición a dicha pretensión se reduzca a establecer la violación correspondiente (con la demostración respectiva), pero sin establecer o formular excepción expresa al particular, el Juzgador debe de oficio, hacerla valer, por imponerle tal obligación la ley citada.

Réstanos habar sobre la reconvencción en forma superficial, atento a que por su naturaleza no es sino una nueva demanda que por tanto se rige en cuanto a sus elementos constitutivos por las reglas que hemos indicado para ésta, uqe por economía procesal se tramita conjuntamente con la demanda formulada por la actora.

“La reconvencción o mutua petición es la demanda que el reopone al actor; contestada la que éste puso; se distingue de la compensación en que: 1o. El que opone esta, confiesa, más no el que reconviene; 2o. En que en la compensación no se puede exceder de lo que se pidió en la demanda; 3o. En que si el que intenta compensar es vencido, puede, reconvenir, más no al revés; 4o. En que la compensación tiene lugar en cualquiera instancia, y la reconvencción sólo en la primera, pues solo en ésta se prorroga jurisdicción. Los efectos de la reconvencción son cuatro: 1o. Que sigan juntos ambos procesos, se determinen a un tiempo, y con una sentencia, pero por su orden; 2o. Prorrogar por derecho la jurisdicción del juez que conoce del asunto principal, aun sin consentimiento de los litigantes; 3o. Libertar al reo de contestar a la demanda, si el actor no lo hace a la reconvencción; 4o. Adecuar en todo ambas causas, de modo que lo que se observe en una, se guarde en la otra. La prórroga de la jurisdicción se entiende de parte del demandado o del demandante; de éste, cuando demanda ante juez que no lo es del demandado, y

éste en vez de declinar reconviene; y del demandado, cuando siéndolo ante su propio juez, que no lo es del actor, le reconviene. A veces se unen los dos primeros efectos y a veces sigue el segundo después de terminado el asunto principal, porque en él haya de procederse sumariamente, y en la reconvencción con más espacio y prolijidad" (Novísimo SALA MEXICANO Tomo II, págs. 434-436, México, 1870).

Don Joaquín Escriche (Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Madrid 1873), explica la reconvencción como: "La acción con la cual se pide contra la misma persona que pedía; o bien la petición que pone el reo contra el actor ante el mismo juez después de contestada la demanda.

CAPITULO CUARTO

PROBLEMATICA DE LA VIA

Qué es la vía.—Quién determina la vía.—La reconvencción y su proyección respecto de la vía.—La vía en los litigios ante Juzgados de Paz.—La Caducidad de la instancia en relación con la vía.—Impugnación de la vía.

Todos los problemas relacionados con la interpretación del Derecho presentan dificultad en su solución, bien por la naturaleza de los mismos, o por la impreparación de a quienes como nosotros, compete proponer el criterio correspondiente.

Los problemas a que da origen la vía, en relación con la Teoría y las Leyes vigentes, son múltiples, y su importancia no decrece o aumenta en relación con otros aspectos de la indicada disciplina jurídica, pues todas las situaciones desarrollan importante papel en el desenvolvimiento del proceso que conduce a la actuación de la Ley.

A continuación vamos a iniciar el estudio de algunos casos concernientes al tema indicado de la "vía", esperando que las soluciones propuestas sean de aceptarse, o cuando menos se estimen dignas de ser tomadas en consideración.

I.—QUE ES LA VIA.—Así como al inicio del presente trabajo y en relación con el concepto de Derecho indicamos la necesidad de conocer sus elementos fundamentales, estimamos que antes de entrar al estudio de problemas concretos originados por el repetido concepto de "vía", debemos saber o cuando menos investigar qué debe entenderse por dicha expresión. La investigación de la "vía", nos lleva necesariamente a la de los conceptos de procedimiento, proceso y juicio, respecto de los cuales Dn. Joaquín Escriche en su Diccionario de Legislación nos proporciona los siguientes criterios:

JUICIO:—La controversia y decisión legítimas de una causa ante y por el Juez competente; o sea, la legítima discusión de un negocio entre actor y reo ante Juez competente que la dirige y determina con su decisión o sentencia definitiva. La serie de las actuaciones judiciales no es propiamente el juicio, como algunos le definen, sino el método con que en él se procede y así es que no llamamos juicio al proceso.

PROCESO:—Es conjunto o agregado de los autos y demás escritos en cualquier causa civil o criminal.

PROCEDIMIENTO:—La instrucción de una causa o proceso.

VIA:—El modo de proceder para substanciar los juicios; así se habla de la vía ordinaria como curso y orden regular con que se siguen un pleito, observando y guardando el tenor o solemnidades del Derecho ((demanda, citación, contestación, pruebas y otros).

Mattirolo (Tratado de Derecho Judicial Civil, Tomo II, págs. 85-86, Madrid, Editorial Reus, S. A., 1933, Trad. de Constancio Bernardo de Quirós y Manuel López-Rey y Arrojo) al tratar sobre la noción de procedimiento expresa: "Después de haber examinado los principios que gobiernan la competencia del Juez y la capacidad de las partes para comparecer en juicio, debemos estudiar el modo de proceder en juicio. Este modo está determinado por el procedimiento que reglamente el método según el cual se inicia, desarrolla y termina el juicio y se cumple la sentencia.

La utilidad o, mejor dicho, la necesidad del procedimiento, no necesita demostración. Si en otros tiempos no faltaron los que, confundiendo las instituciones con el abuso de las mismas, vieron tan sólo en las leyes procesales un complejo de disposiciones inútiles y prolijas, arrojando sobre ellas el descrédito y proponiendo su abolición, sus sofismas se estrellaron contra la fuerza de la verdad, las necesidades de la práctica y la enseñanza de la Historia. El procedimiento es una institución de todos los pueblos y de todos los tiempos. Variará según los cambios de la vida social; pero no hay época en la vida de ninguna nación en que no se sienta la necesidad de regular el modo de proceder en los juicios para llegar al descubrimiento de la verdad jurídica, reemplazando la licencia del Juez y de las partes, por la certidumbre y la legalidad.

Los elementos constitutivos de un buen sistema procesal son la mayor seguridad posible de los derechos de los litigantes; la mayor simplicidad y sencillez en el desarrollo del procedimiento; los menores gastos posibles para los contendientes. Las formas judiciales establecidas por la ley representan los medios empleados por el legislador para conciliar del mejor modo posible estos elementos en cada parte del juicio, según las diversas exigencias de los casos".

El Maestro don Rafael de Pina por su parte (Principios, págs. 60-61) nos habla del rito procesal y del procedimiento como sinónimos, que cambia según el tipo de proceso oral, escrito o mixto y que se halla contenido en el procedimiento judicial aplicable a cada caso, según las prescripciones del ordenamiento respectivo.

“En el lenguaje corriente, procedimiento expresa manera de hacer, la serie de reglas técnicas, legales, etc., que regulan una determinada actividad humana. En el lenguaje forense, la palabra procedimiento se emplea, impropriamente, como sinónima de juicio, de pleito y de proceso. No obstante, esta palabra tiene una significación clara y específica; expresa la forma exterior del proceso; la manera como la ley regula las actividades procesales, la forma, el rito a que éstas deben ajustarse.

El procedimiento, escribe Artemio Moreno (Doctrina y Práctica del procedimiento penal, t. II, pág. 8), corresponde a lo normativo externo, al conjunto de reglas que rigen el fenómeno; el proceso, en cambio, responde a las condiciones funcionales, comprendiendo, no el conjunto de reglas, sino de actos que concurren a formar el caso y a darle una individualidad determinada.

Proceso (o su equivalente juicio y procedimiento o su equivalente enjuiciamiento) son, sin embargo, conceptos íntimamente relacionados. El proceso se resuelve en formas que constituyen el procedimiento; éste es la manifestación del proceso en la realidad del mundo forense. La confusión que a veces se establece entre proceso y procedimiento tiene por base, precisamente, la estrecha relación que existe entre ellos. Sin embargo, la circunstancia de que, en la práctica el proceso y el procedimiento se consideren como sinónimos, no autoriza a confundirlos, pues la diferenciación de uno y otro concepto debe ser objeto de especial atención, por la trascendencia que indudablemente tiene, no solo desde un punto de vista doctrinal, sino también desde el punto de vista de las conclusiones prácticas que de ellas pueden sacarse”.

Las formas procesales se vinculan íntimamente con la consecución de los fines, pues son la garantía de éstos. El aspecto netamente procesal de las formas, mediante las cuales se ha instrumentado o se instrumenta el proceso, es el que ha absorbido casi totalmente la atención de los procedimentalistas. Las formas procesales están dadas

por la manera en la cual la ley ordena y reglamenta los actos procesales. Los actos procesales, son elementos necesarios del proceso, lo instrumentan y constituyen su trama. La sucesión de los actos procesales, realizados por el órgano y los sujetos, constituye lo que he denominado desarrollo procesal. Este estudio, es el estudio de las formas procesales en visión objetiva y actual, que si bien ha sido la labor, hoy un poco desprestigiada, de los prácticos y los procedimentalistas, no puede dejar de realizarse para elaborar la doctrina del proceso. Pero, naturalmente, ese estudio no ha de consistir en la descripción sucesiva de los diversos actos de cada tipo de proceso; sino en una sistematización de los mismos, que destaque lo fundamental de lo accesorio, lo esencial de lo que no lo es y que agrupe los diversos tipos de procesos de acuerdo a sus formas y objetos. Una labor así, aparte de facilitar la comparación de los diversos tipos de procesos y de sus etapas, puede repercutir en la legislación, ya que destaca objetivamente lo que es necesario y lo que es superfluo de nuestras actuales formas procesales, opina J. Ramiro Podetti en su Teoría y Técnica del Proceso Civil y Trilogía Estructural de la Ciencia del Proceso Civil, Ediar, Soc. Anón. Editores, 1963, Buenos Aires, págs. 408 y siguientes, concluyendo en la definición del proceso con los siguientes conceptos: "A lo largo del tema del proceso, he considerado su indisoluble unidad con la jurisdicción y con la acción; su naturaleza, sus fines y sus formas, para llegar a su definición.

Para Chioyenda, "el proceso civil es el conjunto de los actos dirigidos al fin de la actuación de la ley (respecto de un bien que se pretende garantizado por éstas en el caso concreto) mediante los órganos de la jurisdicción ordinaria".

Para Carnelutti, proceso es la "secuela de actos desarrollada para resolver la litis".

Para Ugo Rocco, "el proceso civil es el conjunto de las actividades del Estado y de los particulares con las que se realizan los derechos de éstos y de las entidades públicas, que han quedado insatisfechos por falta de actuación de la norma de que derivan".

Para Couture, el proceso es "una estructura, un continente compuesto por un conjunto de actos, que, como su nombre lo dice, actúan en forma de desarrollo y de desenvolvimiento".

Alsina dice: "Desde que esa protección se invoca por la interposición de la demanda, que es el modo normal del ejercicio de la acción, hasta que el juez la acuerda o la niega en la sentencia, media una serie de actos llamados de procedimiento (de *procedere*, que quiere decir actuar) cuyo conjunto toma el nombre de proceso".

Las definiciones de los autores italianos citados, que son más bien teleológicas, destacan el fin del proceso; en cambio, las de los autores rioplatenses son más bien objetivas o dinámicas; pues lo definen como un conjunto o una serie de actos.

Yo entiendo que deben considerarse ambos aspectos, fin y forma, y además su íntima e indisoluble vinculación con la jurisdicción y la acción.

Propongo por ello la siguiente definición, que incluye esos elementos y explica la naturaleza del instituto: "El proceso civil es un fenómeno específico, jurídicamente regulado, que nace con la petición de protección jurídica del actor ante el poder jurisdiccional, se desarrolla gracias al ejercicio por el órgano y los sujetos de las diversas facultades que integran la acción, mediante las formas procesales y tiene por fin la actuación del derecho objetivo, en procura de la satisfacción del interés individual de los sujetos y del general del mantenimiento inalterado del orden jurídico estadual".

La Teoría reconoce la dificultad que presenta la definición de los conceptos señalados al principio de este apartado, como ha quedado acreditado con las citas antes insertas.

Para nosotros, vía o procedimiento, en tanto que los consideramos equivalentes, es el modo o forma en que deben realizarse los trámites del juicio.

Nuestro Código Procesal, al hablar de la vía, la designa indistintamente con el nombre de juicio, como puede verse en el enunciado de los Capítulos correspondientes a las diversas especies de ritos o formas procesales que regula; al referirse al juicio ejecutivo (Art. 461) establece que la sentencia debe declarar si ha procedido o no la vía ejecutiva; previene (Art. 486): "Que si en la sentencia se resolviese no haber lugar al juicio hipotecario"...; y nos menciona (Art. 500) "Que procede la vía de apremio a instancia de parte", situaciones que nos demuestran la confusión en que el legislador se

encontró en este tema. La misma identificación entre vía y juicio admite el Mastro Dn. Eduardo Pallares al darnos el significado del primer vocablo en su diccionario de Derecho Procesal Civil.

Por Proceso entendemos el conjunto unitario de la actividad jurídica desarrollada para obtener la actuación de la Ley.

Y por último, consideramos al juicio, como la aplicación de la norma jurídica al caso concreto.

II.—QUIEN DETERMINA LA VIA.—Es práctica generalizada que la parte actora al formular su demanda proponga la vía que estima pertinente para el desenvolvimiento del proceso correspondiente. Si bien tal conducta facilita en todo caso el desarrollo de la función jurisdiccional por cuanto a que el órgano respectivo se encuentra con el material quizá auxiliador en el desempeño de su conducta, no es a dicha parte actora o demandante, a la que corresponde la obligación de referencia. Efectivamente, cuando hablamos de la demanda y sus requisitos (Art. 255) no pudimos ocuparnos de este aspecto, porque el ordenamiento en cuestión no exige como requisito que debe contener la demanda el relativo a la proposición de la vía en que debe tramitarse la controversia de que se trate.

El Art. 430 del Código Procesal Civil ordena en forma categórica que: “Se tramitarán sumariamente...”, y el numeral 431 del propio Cuerpo de Leyes dispone que: “todas las contiendas entre partes cuya tramitación no esté prevista en este título se ventilarán en juicio ordinario”; por cuanto a las tramitaciones especiales o vías específicas al referirse a cada una de ellas establece sus requisitos. De lo expuesto se deduce que los imperativos a que nos hemos referido van hacia el órgano jurisdiccional, que en este aspecto deben normar el proceso.

La parte demandada tiene la facultad, en nuestro concepto, y se explicará la idea con más amplitud en punto posterior, de vigilar que el trámite señalado por el Juzgador para el conocimiento y decisión del litigio sea precisamente el que determina la Ley y no otro, pues contra el criterio del órgano jurisdiccional tiene los medios de impugnación que la propia ley establece, que en el caso a que nos venimos refiriendo, no se ha podido determinar con claridad, si corresponde a la excepción dilatoria de improcedencia de la vida, o al recurso de apelación.

Debemos hacer notar que el Art. 261 establece con relación al demandado, la posibilidad de que éste determine la vía a seguir en el supuesto de que, opuesta por dicho interesado como única excepción la de cosa juzgada, el pleito pueda continuarse y decidirse sumariamente, a su solicitud.

Por su parte, la actora, con base en el Art. 445 de la Ley Procesal tiene el derecho de transformar la vía ordinaria en ejecutiva, cuando exista confesión judicial durante la secuela del juicio, si ésta comprende la totalidad de la prestación reclamada, estableciéndose una dualidad de procedimientos, ordinario y ejecutivo, en el supuesto de una confesión parcial de la demanda, ejecutándose por cuanto a lo confesado se refiere, y tramitándose respecto al resto del juicio en la vía inicial.

En 1948 la Secretaría de Gobernación publicó un anteproyecto de Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales que a la fecha no ha prosperado, y en el punto que estamos tratando que consigna bajo Art. 212 (auto de admisión) establece que el Juez examinará el escrito de demanda y los documentos anexos, para resolver de oficio: V.—Si la vía intentada es la procedente, agregando que si la demanda en cuestión fuere oscura o irregular, debe, por una sola vez, prevenir al actor que la declare, corrija o complete, para lo cual se le devolverá, señalando verbalmente en forma concreta el defecto o irregularidad que encuentre. Al auto que da entrada a la demanda no le permite recurso, consignando que si contuviere alguna irregularidad o fuere omiso, podrá corregirse de oficio o a petición de parte. Las modalidades a que acabamos de referirnos en el anteproyecto en cita, consideramos constituyen una mejor reglamentación a la que en este aspecto nos rige en la actualidad.

III.—LA RECONVENCION Y SU PROYECCION RESPECTO DE LA VIA.—Dispone el Art. 160 del Código de Procedimientos Civiles que en la reconvención, es Juez competente el que lo sea para conocer de la demanda principal, aunque el valor de aquella sea inferior a la cuantía de su competencia, pero no a la inversa.

En términos del numeral 2 del Título especial de la Justicia de Paz, los jueces de esta categoría conocerán, por cuanto se refiere al interés económico del negocio, los que no excedan de doscientos pesos. Por cuanto al procedimiento se refiere, los Juzgados de Paz apli-

can la oralidad en su máxima expresión y tienen impedido tramitar negocios en forma diversa al rito establecido en el Título especial correspondiente.

Ahora bien, si se presenta una demanda que por su cuantía compete a la Justicia de Paz, y en el momento procesal oportuno se reconviene por cantidad mayor al límite de la competencia de dicha justicia de paz, con base en el numeral 160 aludido, el negocio para su conocimiento y decisión deberá pasar al órgano jurisdiccional correspondiente, Juzgado Menor o Civil.

La situación planteada traerá como consecuencia ineludible la transformación de la vía única prescrita para los negocios de Juzgado de Paz, por la que corresponda a la naturaleza de la acción reconvenicional.

IV.—LA VIA EN LOS LITIGIOS ANTE JUZGADOS DE PAZ. El Título especial de la justicia de paz en sus Arts. 17 a 23, establece el procedimiento a seguir en el conocimiento y decisión de esta clase de controversias. El Art. 39 del propio Ordenamiento dispone que: "Las disposiciones de este Título se aplicarán también en los juicios sobre actos mercantiles, sin que a ello obsten las disposiciones que en contrario hay en el Código de Comercio", y el Art. 40 dice: "En los negocios de la competencia de los juzgados de paz, únicamente se aplicarán las disposiciones de este Código (de Procedimientos Civiles), y de la Ley de Organización de Tribunales, en lo que fuere indispensable, para complementar las disposiciones de este título y que no se opongá directa ni indirectamente a éstas".

A pesar de la claridad con que está reglamentada la actividad jurisdiccional y procedimental de las autoridades judiciales de referencia, es práctica constante el que se tramitan negocios en la vía ejecutiva mercantil, con violación absoluta de los textos legales relatados. Se aduce en favor de la procedencia de la vía privilegiada, el que los títulos de crédito, conforme a la Ley Mercantil que los regula, por ser federal tiene primacía respecto del ordenamiento común. No puede admitirse tal razonamiento, porque el legislador, al crear los Tribunales a que nos venimos refiriendo les atribuyó un procedimiento de acuerdo con las condiciones fundamentalmente económicas del sector de la población a normar, quedando expedita la vía

federal ejecutiva para hacer valer los derechos que al particular se tengan. No puede alegarse tampoco que se evada con nuestra manera de pensar la jurisdicción concurrente de que hablamos en capítulo anterior, pues lo que el Ordenamiento Constitucional prescribe es la posibilidad de que las controversias del orden civil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales, cuando sólo afecten intereses particulares puedan conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales locales del orden común, pero indiscutiblemente que en los términos y forma establecidas en los Cuerpos de Leyes respectivos. En estas condiciones consideramos, nuevamente, que la conducta que al respecto se observa en la justicia de Paz al tramitar negocios de naturaleza mercantil en vía diversa de la única autorizada, es violatoria de la Ley.

V.—LA CADUCIDAD DE LA INSTANCIA EN RELACION CON LA VIA.—Antes de plantear el problema que estimamos da lugar la caducidad de la instancia respecto de la vía procesal, vamos, siguiendo al particular la obra del Dr. Adolfo E. Parry, denominada Perención de la Instancia, 3a. Edic., Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964, a referirnos a los caracteres de la Institución que nos ocupa y que como podrá verse por el nombre de la obra, el autor, que desarrolla un amplio y documentado estudio, le denomina perención.

“Varias son las definiciones que han ensayado los autores, coincidiendo en los mismos conceptos. La perención de la instancia es un medio de extinción de los procedimientos judiciales mediante el cual quedan éstos sin efecto alguno. La perención es un modo de extinción del proceso, que tiene lugar después de transcurrir un cierto período del tiempo en estado de inactividad. Es la anulación de la instancia por la discontinuación de los procedimientos durante el tiempo fijado por la ley. Carlos M. Vico, en su tesis sobre perención de la instancia nos dice que según los tratadistas, la perención de la instancia es el aniquilamiento de esta por la inacción del demandante durante el tiempo marcado por la ley. Y agrega: “Como su nombre lo indica, se refiere solo a las instancias, es decir, al ejercicio de las acciones en juicio”.

La perención es, según Dassen, la regulación legal de la situación anómala en que cae el proceso al detenerse excesivamente;

Jofré dice que la perención es un medio de extinción de los procedimientos judiciales, mediante el cual éstos quedan sin efecto alguno; Podetti define la perención como una forma particular de la preclusión y uno de los medios por los cuales se da fin al proceso sin que el órgano jurisdiccional cumpla su misión específica de dictar sentencia; De la Colina opina que la perención es un desistimiento tácito de la demanda o la extinción de la instancia por cesación de los procedimientos, durante un cierto tiempo; y Reimundin considera que, siendo la perención una presunción de abandono debiera llamarse así, como en el código procesal peruano.

La palabra "perención" deriva del verbo *perimere peremptum*, extinguir, destruir, anular; "instancia" de *instare*, palabra compuesta por *stare* y por la preposición *in*; *stare in iudicio*, obrar en juicio. Explica Manresa que la palabra caducidad proviene de "caducar" que en la acepción común significa el hecho de acabarse o extinguirse alguna cosa.

La perención de la instancia, dice Carré, es la muerte de ella por la discontinuación de los procedimientos durante el tiempo reglado por la ley. Después de transcribir esta definición Julio A. Raffo, en su tesis sobre perención, agrega: "Por la palabra instancia se debe entender, los actos útiles hechos por una u otra de las partes, para obtener sentencia a partir del acto introductivo de la instancia hasta el último acto del procedimiento; puntualiza Mattirollo que se denomina (*stare in iudicio*) a toda demanda hecha en juicio, que tenga por objeto provocar, del juez, la decisión de una controversia.

Mattirollo define la perención como una "verdadera prescripción de la instancia judicial"; considera que la perención es la extinción de la instancia judicial ocasionada por el abandono en que las partes han dejado el juicio, absteniéndose de realizar actos de procedimiento por todo el tiempo establecido por la ley.

Su objeto principal, dice Reus, es el de abreviar trámites y terminar los pleitos, y poner una barrera a los pleitistas temerarios y de mala fe, que por desgracia abundan en todas partes, los cuales siempre han encontrado motivo para detener el curso de los autos y hacer interminable el pleito, aprovecharse de la inacción de la contraria, esperando un momento oportuno para obligarla a transacciones que de otro modo no obtendrían. El mismo concepto expresaba

el miembro informante de la comisión de legislación del Senado al discutirse el proyecto que es actualmente ley de la materia; decía en esa oportunidad el senador Santillán: "El interés público exige que los pleitos abandonados por quienes los promueven, no perduren y se hallen indefinidamente pendientes, manteniendo la inquietud en las familias a quienes afectan. Es necesario restituir a ellas, el reposo y la tranquilidad, por medio de las garantías que este proyecto comporta; poniendo término, después de un lapso, a esa perturbación constante, motivada por la presencia de una contienda judicial siempre abierta; siempre en condiciones de proseguirse en cualquier momento, desde que el juicio, señor presidente, siempre subsiste, cualquiera que sea el tiempo de su duración y aun cuando las partes hagan absoluto abandono de su derecho, desde que las instancias jamás caducan por falta de esta ley".

Otro objeto no menos digno de ser tomado en cuenta es el que le atribuye Perín, en su Rapport du Corps Legislatif aun nom du Tribunal. La perención, dice, es un medio adoptado en el derecho para impedir que las contiendas entre los ciudadanos se eternicen y mantengan entre ellos las divisiones, los odios, las disensiones que son su efecto demasiado común.

Los mismos conceptos se expresan en la Memoria Gubernativa que acompañaba el proyecto del Código de Procedimientos Civil italiano: "Cada litigio es por sí mismo un mal que requiere todos los cuidados de la sociedad para que le ponga un término. El legislador debe tratar de poner fin a las incertidumbres, las agitaciones que son consecuencia de ellos. Pero este fin faltaría, cuando un juicio, por causa de una suspensión voluntaria entre las partes, o producida por circunstancias especiales, quedando indefinidamente suspendido, pasará de generación en generación. La perención es destinada a prevenir este daño. Ella, como ya hemos dicho, es a la instancia judicial, como la prescripción a la acción. Cúmplese por el abandono en que las partes, abandonando todo acto de procedimiento, hayan dejado el juicio durante más de tres años".

"La perención de la instancia —decía el doctor Goytia, es una especie de prescripción del procedimiento judicial fundada principalmente en la necesidad de orden público de poner término a los pleitos e instar por este medio coercitivo a un demandante o a un juez

negligente, a la pronta solución de los litigios, para realizar la deseada aspiración de la pronta administración de justicia”.

“Así, agregaba, la perención de la instancia es una institución jurídica, establecida ante todo como un medio empleado para acelerar la marcha normal de los litigios, en interés de la buena administración de justicia, evitando así la aglomeración en los Tribunales de expedientes sin interés para nadie, o procesos cubiertos por el polvo del olvido o de la indiferencia, que en las oficinas de justicia no sirven sino para estorbar o perjudicar el pronto despacho de los otros litigios, o sirven esas pilas de autos abandonados para que algunos jueces negligentes los exhiban como muestras del recargo de asuntos a fallar, y con esa prueba material aparente, disculparse de resolver en el término de la ley, alegando recargo de trabajo”.

La idea de perención sugiere inmediatamente al espíritu la noción de la prescripción. La perención es, en efecto, a la instancia, casi lo que la prescripción es al derecho mismo; la perención aniquila el procedimiento comenzado, como la prescripción extingue el derecho; ambas concurren al mismo objeto buscado por el legislador: poner fin al proceso después de un cierto lapso. Sin embargo, si la perención recuerda la prescripción y presenta con ella notables analogías, es necesario cuidarse bien de confundir las dos instituciones. Una cosa es la perención materia enteramente procesal; otra es la prescripción, materia del derecho civil; la perención no extingue, en efecto, más que el procedimiento, mientras que la prescripción extingue el derecho mismo. Sin embargo, en ciertos casos, la perención tiene por resultado extinguir no solamente la instancia, el procedimiento, sino también el derecho; esto ocurre cuando la perención concurre accidentalmente con el tiempo fijado para la prescripción de la acción; pero esto no es más que un resultado secundario, accidental, de los principios de la perención.

La prescripción tiene una fisonomía bastante compleja; es una institución fundada en un motivo de interés general, social, puesto que ella tiene por objeto impedir que se eternicen los juicios, como también consolidar la propiedad. Sin embargo, a pesar de este carácter de interés general, la prescripción no es de orden público, puesto que, por una parte, el juez no puede declararla de oficio, y por otra parte se puede renunciar a una prescripción adquirida; la

prescripción depende únicamente de la conciencia del que puede invocarla. Esta fisonomía compleja, estos elementos casi contradictorios se vuelven a encontrar en la naturaleza de la perención. Como la prescripción, está fundada en el interés general, puesto que tiene por objeto impedir que se prolonguen indefinidamente los procesos y sin embargo, también como ella, no es de orden público y depende únicamente de la voluntad del que puede oponerla. En fin, resulta de su carácter de institución fundada en el interés general, que la perención produce efectos indivisibles. Es alrededor de estas dos grandes ideas que gravitan todas las consecuencias que se relacionan con la naturaleza jurídica, de la perención. (Págs. 19 a 25 ob. cit.).

Indica el autor a que nos venimos refiriendo que la perención en la actualidad se fundamenta en la presunta voluntad de los litigantes en cuanto a que, al abandonar por un determinado periodo de tiempo el juicio, hacen presumir tácitamente su conformidad en la renuncia de éste. Nos indica, por último, que "Mediante la perención de la instancia se sanciona la morosidad de los litigantes en tanto y en cuanto esa conducta arítmica impide el avance del proceso o provoca —que es lo mismo— un estadio inconveniente a los intereses generales, postergando el finiquito de los pleitos. Pero el instituto en cuestión no se erige en guardián de ese comportamiento y hasta podría decirse que se despreocupa de él cuando el proceso está en condiciones de alcanzar su meta sin necesidad de ninguna instancia o pedimento". (Ob. cit. pág. 91).

En nuestro Derecho vigente el instituto que comentamos se ha regulado de diversos modos. En efecto, conforme a la fracción V, del Art. 74 de la Ley de Amparo, procede el sobreseimiento cuando el acto reclamado proceda de autoridades civiles o administrativas, y siempre que no esté reclamada la constitucionalidad de una ley, si, cualquiera que sea el estado del juicio, no se ha efectuado ningún acto procesal ni realizado por el quejoso ninguna promoción en el término de ciento ochenta días consecutivos, así sea con el solo fin de pedir que se pronuncie la resolución pendiente.

El Código Federal de Procedimientos Civiles en su Art. 373 establece que el proceso caduca, fracción IV, cuando cualquiera que sea el estado del procedimiento, no se haya efectuado ningún acto procesal ni promoción durante un término mayor de un año, así sea con el solo fin de pedir el dictado de la resolución pendiente.

Por decreto de 2 de Enero de 1964, publicado en el Diario Oficial del 31 del mismo mes y año, se adicionó con el Artículo 137 Bis, el Código de Procedimientos Civiles incluyendo la caducidad de la instancia en el sistema de dicho Cuerpo de Leyes, bajo el principio de que ((Fracción II del artículo adicional), la caducidad extingue el proceso, pero no la acción; en consecuencia se puede iniciar nuevo juicio toda vez que se convierten en ineficaces las acciones del juicio volviendo las cosas al estado que tenían antes de la presentación de la demanda (Fracción III), en tanto que la caducidad solo opera en el período comprendido del emplazamiento hasta la citación para la sentencia.

Dos situaciones diversas consignan nuestras Leyes, bien la caducidad por falta de actividad opera en cualquier estado del procedimiento, o solamente hasta en tanto el expediente se encuentra para sentencia. El artículo 17 Constitucional obliga a los Tribunales a ser expeditos en la administración de la justicia en los plazos y términos que fije la ley, y en los supuestos a que se refieren las leyes Federales aludidas en nuestro concepto se infringe el contenido de este precepto. En efecto, tales ordenamientos sancionan la inactividad procesal aun después de citado para sentencia, o que los autos se encuentren en estado de dictarla, sin tomar en consideración que en este aspecto el incumplimiento de obligación (de pronunciar resolución en los términos y plazos que fija la ley), es imputable al órgano jurisdiccional correspondiente, toda vez que las partes no tienen alguna actividad que desarrollar por haber agotado las que les correspondían, constituyendo el contenido de los artículos de la Ley de Amparo y del Código Federal de Procedimientos Civiles, una carga procesal para las partes que consideramos pugna con el precepto Constitucional indicado, resultando de ello que la responsabilidad derivada del incumplimiento del deber del órgano jurisdiccional se transforma en castigo para las partes en litigio.

Concretando la caducidad de la instancia con la disposición de la Frac. XVII del Art. 430 de la Ley Procesal Civil que determina la procedencia del juicio sumario cuando las cuestiones por su naturaleza requieran celeridad, debemos decir ante todo, que si la calificación apuntada, de celeridad, corresponde al juzgador, por ningún motivo puede darse el caso de defectuosidad en la determinación de la vía y por tanto, no existirá materia de impugnación, salvo las si-

tuaciones de procedimiento o vía especial que en forma precisa consigna la ley adjetiva civil.

Pero en el supuesto de que, admitida por el juzgador a trámite de acuerdo con la fracción XVII del artículo 430 citado, se opere la caducidad en materia común, que como indicamos extingue el proceso, pero no la acción, pudiéndose iniciar nuevo juicio, este segundo litigio por ningún motivo podrá presentarse ante el juzgador como negocio que requiera celeridad y por tanto a tramitarse en la vía sumaria, porque la conducta de la actora al haber abandonado el primer litigio demuestra en forma por demás indubitable la ausencia de rapidez o prisa en el asunto de que se trate.

VI.—IMPUGNACION DE LA VIA.—Si la demanda es rechazada por cuanto a que el juzgador no acepta la vía propuesta por el actor, este tiene el medio de impugnación a que se refiere la Frac. I. del Art. 723 o sea el Recurso de Queja.

Si la demanda, en concepto del demandado, se ordena tramitar en procedimiento contrario a la ley, dicho interesado se encuentra, según criterios expuestos al particular por la Teoría y la Jurisprudencia, ante la posibilidad de combatir dicha decisión bien por medio de excepciones, específicamente la dilatoria de improcedencia de la vía, o bien por medio de recursos, concretamente apelación contra el auto admisorio en cuestión.

Nuestro estudio tiende en este aspecto a precisar el medio idóneo de inconformidad con la vía procesal fijada por el órgano jurisdiccional.

Las excepciones dilatorias las determina el Art. 35 Procesal sin consignar en forma expresa la de improcedencia de la vía, que autores como el Maestro De Pina (Principios, pág. 150) consideran comprendida en la Frac. VIII de dicho precepto que establece que son dilatorias las demás a que dieren ese carácter las leyes.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en Jurisprudencia definida 1122, sostiene la tesis de que: "La falta de apelación contra el auto de ejecución, no implica el consentimiento de la vía ejecutiva, puesto que se puede destruir la fuerza ejecutiva del título mediante el empleo de determinadas excepciones, lo cual implica la obligación legal del juzgador de resolver en primer término sobre la

procedencia de la vía, cuando existan excepciones sobre el particular, para hacer posteriormente el estudio en cuanto al fondo, de los derechos controvertidos.

	Págs.
Tomo XLIX.—Fraustro Vda. de Páez Enriqueta	1500
Tomo LIV.—Talamás Elías J.	930
Tomo LXX.—Sánchez Secundino y coags.	2597
Tomo CXIV.—Producciones Cinematográficas, Aztla, S. A. .	243
Tomo CXVII.—García Evaristo D.	351

Nota.—Se publican las tesis contenidas en algunas de las ejecutorias que se citan, por tener características especiales que así lo ameritan.

Forma del juicio, determinación de la.—La procedencia de la vía ejecutiva, puede atacarse por medio del recurso de apelación contra el auto que despacha ejecución, que da forma al juicio, así como por medio de excepciones al oponerse a aquella; de tal manera que aun cuando no se interponga el recurso, si el demandado opuso una excepción encaminada a atacar la forma del juicio, el juez está en la obligación de resolver, previamente, el fondo del negocio sobre este punto, de acuerdo con lo prevenido por el artículo 461 del Código de Procedimientos Civiles sin que por ello se infrinjan los artículos 684 y 685 del propio ordenamiento, ya que sólo en el caso de que no se hagan valer excepciones de la naturaleza indicada, es cuando el juez debe abstenerse de estudiar la procedencia de la vía limitándose a expresarlo así en su sentencia, Tomo XLIX.—Fraustro Vda. de Páez Enriqueta. pág. 1500.

Forma del juicio.—La vía ejecutiva representa la forma del juicio, y su improcedencia puede alegarse por medio de recursos o de defensas, teniendo en cuenta que los recursos sirven para atacar los actos de procedimiento, en tanto que las defensas, en las cuales quedan comprendidas todas las excepciones, se refieren a las cuestiones de fondo, y la procedencia de la vía puede ser objetada por cualesquiera de estos medios, precisamente porque la calidad ejecutiva de un título, implica en cierta manera una cuestión de fondo, puesto que sirve de base para un procedimiento especial, su-

mario, establecido por la ley, en atención a determinadas características que clasifican a un documento como título ejecutivo; además, como el procedimiento ejecutivo se inicia con el auto en que se despacha ejecución, fundándose el juez en que el documento reúne los requisitos de un título ejecutivo, es evidente que esta primera clasificación que hace la autoridad, del documento base de la acción, por más que no sea definitiva, puede dar lugar a que se impugne por medio de un recurso. Ahora bien, cuando la procedencia de la vía, que no es más que la procedencia de la forma del juicio, deja de ser impugnada por alguno de estos medios, es decir, cuando no se recurre al auto que despacha ejecución ni se oponen excepciones o defensas tendientes a objetar esa vía, el juzgador no debe ocuparse de tocar este punto, porque en tales condiciones el auto que despacha ejecución, causa estado. Tomo LIV. Talamás Elías J.—Pág. 930.

Vía ejecutiva, la falta de apelación contra el auto de ejecución, no implica el consentimiento de la.—No es exacto que el hecho de no haber apelado la parte demandada, del auto de ejecución implique el consentimiento del propio mandamiento y la aceptación del título, en términos de que pudiere considerarse precluido el punto en forma tal, que la propia parte ya no pudiere hacer valer como excepción, la improcedencia de la vía, y esta Suprema Corte, basada en la exposición de motivos del Código de Procedimientos Civiles de 1880, ha establecido en varias ejecutorias, que si se opone oportunamente en el juicio ejecutivo, alguna excepción contra la forma del juicio, o lo que es igual, contra la procedencia de la vía, la sentencia definitiva debe ocuparse del estudio del punto, a fin de resolver la pertinencia o impertinencia de dicha excepción; de manera que la apreciación de que un título es ejecutivo, hecha por el juez o por el tribunal, en grado de apelación tiene ejecutoriedad, pero no es definitiva puesto que se puede destruir la fuerza ejecutiva del título, mediante el empleo de determinadas excepciones, lo cual explica la obligación legal del juzgador, de resolver en primer término sobre la procedencia de la vía, cuando existan excepciones sobre el particular, para hacer

posteriormente el estudio en cuanto al fondo, de los derechos controvertidos, y esto no podría tener lugar si se considerara que el auto que dio forma al juicio causa estado, cuando no se agota el recurso de apelación que cabe en su contra, o que precluye la sentencia de segunda instancia recaída en dicha apelación, cuando la misma se interpone. Por otra parte, la ley no limita las excepciones que pueden oponerse al contestar la demanda ejecutiva, en relación con la misma vía, y esto hace ver la posibilidad de usar de este medio de contradicción, aparte de que el término previo para despachar la ejecución solo se hace a fin de justipreciar el aparente carácter del título, para justificar la afectación previa de los bienes del demandado con que de hecho se inicia la vía ejecutiva, a diferencia de lo que sucede en otros procedimientos, en que se requiere para la ejecución, la declaración previa del derecho en una sentencia. Tomo LXX. Sánchez Secundino y coags. Pág. 2597.

Forma del Juicio, (excepción de derecho legal en la forma de proponer la demanda).—Aunque en el artículo 35 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, no se menciona de manera expresa como excepción dilatoria, la consistente en el defecto legal en la forma de proponer la demanda, esto no quiere decir que haya desaparecido en su calidad de tal, sino que simplemente esta excepción ya no se considera idónea para formar un artículo de previo y especial pronunciamiento, pero sí puede proponerse al contestarse la demanda como una defensa para impedir el curso de la acción aunque su resolución quede pendiente para el momento en que el juez dicte su sentencia definitiva.

Por tanto, es incorrecto el argumento de que el defecto legal en la forma de proponer la demanda, ya no es materia de excepción sino de apelación, pues tanto en la legislación derogada como en la vigente, el auto que admite la demanda en la vía elegida por el actor, es reformable en cuanto a dicha vía, en la sentencia definitiva. Tomo CXIV. Producciones Cinematográficas, Aztlá, S. A. pág. 243.

Las relacionadas Tesis transcritas contienen opiniones diversas como se desprende del análisis de cada una de ellas que a continuación procedemos a realizar.

A).—La primera y segunda Tesis de referencia se fundamenta en que la procedencia de la vía ejecutiva puede atacarse mediante recurso o excepción, sin que el juez tenga facultad de resolver respecto de la vía, si no hay excepción expresa al particular, porque se estima que en tales condiciones el auto que despacha la ejecución, causó estado.

La situación planteada en los antecedentes jurisprudenciales aludidos no es válida para el caso de que el negocio de que se trate sea tramitable en la vía ejecutiva o hipotecaria en que existen disposiciones expresas que obligan al estudio de la procedencia de la vía procesal independientemente de impugnación a ésta; pero estimamos que si tiene aplicación la opinión por cuanto se refiere a situaciones no comprendidas en las apuntadas, como sería el caso de una acción deducida en procedimiento ordinario que, por disposición de la ley deba tramitarse en la vía sumaria.

B).—Se dice, en la tercera Tesis a examen, que la resolución del Superior en grado de apelación, calificando de ejecutivo un título, no es definitiva puesto que se puede destruir la fuerza ejecutiva del mismo por medio de excepciones al resolver la definitiva en la que, en primer término, se hará declaración en este aspecto.

No estamos conformes con el criterio de referencia porque consideramos que el mismo pasa por alto los efectos de las resoluciones dictadas en grado de apelación. Expliquemos este pensamiento partiendo del supuesto contrario al de la Tesis que comentamos; la apelación interpuesta contra el auto que da forma al juicio prospera y se determina por el Tribunal de Alzada su revocación. Automáticamente, a la llegada de la ejecutoria respectiva al juzgado del conocimiento lo actuado queda invalidado.

En el supuesto de la Tesis, confirmada por el Superior la calificación de la vía hecha por el inferior, éste, al cumplir con su obligación de estudiar la pertinencia de la forma procesal en la sentencia, no podrá menos que decretarla correcta, atenta la proyección de la opinión de la Autoridad revisora.

C).—Disentimos de lo expuesto en la última Tesis porque hemos sostenido que, en términos generales, la determinación de la vía no

corresponde hacerla a la parte demandante sino al órgano jurisdiccional, y porque si la excepción de improcedencia quedaba comprendida como defecto legal en la forma de proponer la demanda, y el legislador la suprimió, debe concluirse en correcta hermenéutica jurídica en que no puede reclamarse por medio de excepción, la forma del juicio.

La cuestión que venimos tratando presenta, a nuestro modo de ver, diversos aspectos que requieran soluciones igualmente distintas; en efecto:

a).—En los casos de las acciones ejecutiva e hipotecaria a que se contraen los artículos 461 y 486 de la Ley Procesal Civil, la obligación del sentenciador de estudiar la procedencia de las vías especiales correspondientes, es indiscutible y no presenta mayor problema, sin necesidad de que alguna de las partes provoque dicha actividad mediante impugnación.

b).—Si en los propios juicios, ejecutivo, e hipotecario, se propuso apelación del auto inicial que contiene la vía en que se desarrollará el litigio, y el Tribunal de apelación revoca, la controversia cesa volviendo las cosas a su estado original como si no se hubiere puesto en movimiento la actividad jurisdiccional. Si por el contrario, se confirma el criterio del a quo, sin que se consideren incumplidas las obligaciones de los citados artículos 461 y 486, es perfectamente ajustada a derecho la declaratoria de procedencia de la vía en observancia de la resolución de segunda instancia.

c).—Ante la presencia de una demanda, ordenada tramitar en la vía ordinaria civil, correspondiéndole la sumaria, en los términos de la ley las situaciones apuntadas en que el juzgador no está obligado por disposición alguna, al dictar sentencia, a hacer declaración de procedencia o improcedencia de la vía, si el auto que da forma al juicio no se recurre, precluye, sin que sea permitido excepcionarse, porque el hecho de que el legislador hubiere restringido sólo a determinados procedimientos la declaratoria de su pertinencia, nos demuestra que en relación a los demás debe recurrirse la decisión para evitar que se opere la firmeza de la misma con sus consecuencias. Se transcribe ejecutoria de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el punto de que nos venimos ocupando, y que a la letra dice:

Forma del juicio.—Aun admitiendo que es discutible la tesis de que la vía ordinaria es la que corresponde, conforme a la ley, para alcanzar declaraciones de validez del pago parcial, de una obligación y tener por cancelada la misma, mediante la consignación del saldo, no debe perderse de vista que la sentencia definitiva no puede resolver sobre la procedencia de la vía, más que en aquellos casos en que expresamente lo ordene la ley, esto es, en los juicios hipotecarios y en los ejecutivos; pero si se promueve en la vía ordinaria, lo que debe ser materia de la sumaria o, viceversa, no se apela del auto que da forma al juicio y el demandado se conforma con dilucidar su derecho en la vía en que es emplazado, el juez no tiene ya facultades para decir si era o no, la forma del juicio, establecida por la ley procesal. Si ninguna defensa se hace valer contra la vía sumaria escogida para discutir las pretensiones del actor, y si la demanda de este incluyó no sólo prestaciones sujetas a juicio sumario sino otras que debieron ventilarse en el ordinario, la falta de defensa por parte del reo, obliga al juez a declarar el derecho sobre las diversas cuestiones controvertidas, en la sentencia que pone fin al pleito, sin que le interese ya esclarecer si fue bien o mal escogida la vía. T. XL.—Sotelo Vda. de Salgado Isabel.—Pág. 426.

e).—La Frac. XVII del Art. 430 Procesal establece que se tramitarán en la vía sumaria, “en general, las cuestiones que por su naturaleza requieran celeridad...”, ahora bien, si se tiene en consideración que la calificación de dicha circunstancia corresponde determinarla por el juzgador, si dicha autoridad en un caso concreto admite una demanda en la vía sumaria con base en tal situación, en nuestro concepto, si no se trata de trámite específico consignado en la ley, la decisión al particular no es combatible en forma alguna.

Hemos llegado al final de la jornada y nos corresponde declarar que si hemos hecho crítica de alguna opinión o criterio judicial no ha habido otro interés que el de expresar el nuestro, pues nunca podremos dejar de reconocer que lo que caracteriza el sistema de derecho es la aceptación de los fallos judiciales no porque siempre sean justos, sino porque constituyen la única alternativa a la justicia por mano propia, que siempre será peor que la del peor Juez.

CONCLUSIONES

PRIMERA.—Vía es el modo o forma en que deben realizarse los trámites del juicio.

Proceso es el conjunto unitario de la actividad jurídica desarrollada para obtener la actuación de la ley.

Juicio es la aplicación de la norma jurídica al caso concreto.

SEGUNDA.—La reconvención modifica la vía cuando el conocimiento del negocio por razón de la cuantía pasa de un Juzgado de Paz, a un Menor o Civil.

TERCERO.—En la Justicia de Paz no existe más que el procedimiento oral que fija el Título Especial, razón por la cual la tramitación de juicios ejecutivos es ilegal.

CUARTA.—La caducidad de la instancia operando después de la citación para sentencia es antijurídica e ilegal.

QUINTA.—El examen de la vía procesal por el juzgador se hace oficiosamente al pronunciar sentencia, en los procedimientos ejecutivo e hipotecario; en los demás, no es pertinente la excepción de improcedencia, pues la no interposición del recurso correspondiente genera la firmeza en la forma escogida.

BIBLIOGRAFIA

- DERECHO CIVIL MEXICANO.—Rafael Rojina Villegas.
- LA DEFENSA DEL DERECHO.—Hermann Kantorowicz.
- TEORIA PURA DEL DERECHO.—Hans Kelsen.
- LOGICA.—Lic. Fil. Daniel Márquez Muro.
- LOGICA.—Eusebio Castro.
- DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA.—Joaquín Escriche.
- JURISPRUDENCIA DEFINIDA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.
- TRATADO TEORICO PRACTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL.—Hugo Alsina.
- TRATADO DE DERECHO JUDICIAL CIVIL.—Luis Mattiolo.
- PERENCION DE LA INSTANCIA.—Adolfo E. Parry.
- DERECHO PROCESAL CIVIL.—Ricardo Reimundin.
- PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL.—José Chioventa.
- MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL.—L. Prieto Castro.
- NUEVA FILOSOFIA DE LA INTERPRETACION DEL DERECHO.—Luis Recasens Siches.
- TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL.—Leo Rosenberg.
- INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO.—Eduardo García Maynez.
- DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO.—Felipe Tena Ramírez.
- LA DEFINICION DEL DERECHO.—Eduardo García Maynez.
- DIRECCIONES CONTEMPORANEAS DEL PENSAMIENTO JURIDICO.—Luis Recasens Siches.

EL FEDERALISTA.—Madison.

LA DEFINICION DEL DERECHO.—Henri Levy-Ullmann.

EL REGIMEN CONSTITUCIONAL MEXICANO.—Lic. Felipe López Rosado.

DERECHO PROCESAL CIVIL.—Jaime Guasp.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITRIOS FEDERALES.

DERECHO MEXICANO.—Lic. Jacinto Pallares.

PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL.—F. Laurent.

LA TEORIA DE LAS EXCEPCIONES PROCESALES Y LOS PRESUPUESTOS PROCESALES.—Oskar Von Bülow.

TEORIA Y TECNICA DEL PROCESO CIVIL Y TRILOGIA ESTRUCTURAL DE LA CIENCIA DEL PROCESO CIVIL.—J. Ramiro Podetti.

ANTEPROYECTO DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.—Secretaría de Gobernación 1948.

CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

ELEMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL.—Faustino Menéndez Pidal.

INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL CIVIL.—José Becerra Bautista.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.

LEYES SOBRE ARRENDAMIENTO PARA EL DISTRITO FEDERAL Y ESTADOS DE LA REPUBLICA.—Lic. Willebaldo Bazarte Cerdán.

PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL.—Rafael de Pina.

FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL.—Eduardo J. Couture.

LA SENTENCIA CIVIL.—Alfredo Rocco.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL REFORMADA.—D. José María Manresa y Navarro.

TEORIA GENERAL DEL PROCESO CIVIL.—Ugo Rocco.

LA TEORIA PURA DEL DERECHO.—CONFERENCIAS.—Josef L. Kunz.

DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL.—Eduardo Pallares.

INDICE

	Pág.
CAPITULO PRIMERO	
El Concepto del Derecho	11
CAPITULO SEGUNDO	
La función Jurisdiccional	51
CAPITULO TERCERO	
Los sujetos de la relación jurídica procesal ante la Ley ..	83
CAPITULO CUARTO	
Problemática de la Vía	123
CONCLUSIONES	147
BIBLIOGRAFIA	151