

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**  
**FACULTAD DE DERECHO**

**ENSAYO CRITICO METODOLOGICO  
SOBRE ACCION Y EXCEPCION**

IMPRESO EN MEXICO  
EN LA UNAM

**Tesis**  
**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A**

**EDUARDO BARRIOS GOMEZ**

**MEXICO, D. F.**

**1970**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**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 mis Padres como un pequeño  
homenaje de amor y gratitud

A mi amadísima Esposa  
que me ha hecho tan feliz

A mi Hermano querido

Al Dr. Gabriel Garcia Rojas  
en agradecimiento a su con-  
sejo y ayuda que hicieron -  
posible la elaboración de -  
ésta Tesis.

A mis Amigos.

## INDICE DE MATERIAS :

	Pág.
INTRODUCCION	1
BIBLIOGRAFIA.	9
 <u>C A P I T U L O I</u>	
METODOLOGIA.	
Los Principios de la Metodología Jurídica.	10
Medios y Procedimientos Tópicos.	22
El Problema y el Sistema. El Procedimiento de la Topica.	28
Un Instituto dentro de un sistema que no armoniza con El.	34
Bibliografía.	50

## C A P I T U L O II

### LA ACCION.

Diversidad de Significados.	52
Interes Legítimo. Conditio Juris Resolutoria.	59
Pertenece la Acción Judicial al Derecho Público?	69
Es la Acción Judicial el Derecho Constitucional de petición?	83
Fin del Derecho Procesal.	89
De la Pretensión.	95
Bibliografía.	99

## C A P I T U L O III

### EXCEPCIONES Y DEFENSAS

De la Contestación de la Demanda y de las Excepciones y Defensas.	101
Origen Romano de la Excepción.	103
La Excepción en la Edad Media.	108
Destino de la Excepción en Alemania.	111
La Excepción y la Defensa en el Derecho Canónico.	114

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en materia de Excepciones.	115
De las Excepciones en México.	117
Las condiciones de procedibilidad de las acciones y su relación con las defensas o "Excepciones Impropias. Algunos principios generales del Derecho Procesal Civil.	120
Bibliografía.	123

#### CONCLUSIONES.

## I N T R O D U C C I O N

Sufrí muchas y dolorosas vacilaciones antes de haber adoptado el tema de esta modestísima tesis que presento hoy ante el Honorable Jurado.

No se me ocultaron desde los primeros pasos que di en la investigación larga y penosa, las enormes dificultades que se me habrían de presentar en la formación de este trabajo. El primer tropiezo que encontraría tenía que ser la poquedad patente de mis fuerzas y luego, inmediatamente después, la necesidad de justificar ante los señores jurados los puntos de vista completamente opuestos a los que se aceptan generalmente en nombre de la "Ciencia del Derecho Procesal", al tratar de este tópico.

Se me presentaron con todo relieve, desde un principio la alta autoridad de los tratadistas que se han ocupado de las excepciones, así como el respeto y admiración que han sabido conquistar para sus doctrinas presentadas con el ascendiente innegable de la lógica apodíctica.

Para los procesalistas de inspiración pandectística -- germana, las únicas excepciones dignas de figurar en una legislación procesal, serían las excepciones procesales separadas de las materiales o sean las concernientes al proceso -- apartadas de las que atañen al litigio en el sentido carneltiano. De la misma manera que, tratándose de acciones, en un Código Procesal no debieran de figurar más que las procesales en la triple y conocida forma de declarativas, constitutivas y de condena, sin que quepan en él las acciones substanciales porque estas son "jus-privatísticas" y todo lo que al proceso respecta es "jus-publicístico". Más aún, hay quien sostenga que la excepción "no constituye una institución jurídica" y que "si se suprimiera del Diccionario, nos faltaría la palabra con que acostumbramos a indicar la idea que hoy representa; pero el sistema no sufriría el menor quebranto. Se conserva en el foro por tradición y merece ser respetada porque es útil para entenderse mejor aunque carece en absoluto de valor jurídico...prácticamente se ha desvanecido en los tiempos corrientes y en todas las legislaciones" (1).

En el Derecho Procesal de Don Jaime Guasp, profesor de la materia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, no se menciona el vocablo excepción y al hablar de la -

contestación de la demanda usa de la voz "alegaciones", notándose inmediatamente el esfuerzo que le cuesta evitar el odioso vocablo (2).

Como el paralelismo entre la acción y la excepción es innegable, y se admite generalmente por la doctrina como lo trato en su lugar, pude advertir en mi corta práctica forense y por la consulta de las colecciones jurisprudenciales que es presupuesto ineludible del estudio de la excepción la recta y completa inteligencia de la acción. Y así, al estudiar esta con el detenimiento debido pude advertir todos los fenómenos que voy a enumerar y que me hicieron desconfiar de la precisión de la "Ciencia Moderna del Derecho Procesal". PRIMERO.-- En cuanto a la distinción entre acciones declarativas, constitutivas y de condena, no encuentre una uniformidad de opiniones y algunas de ellas autorizadas están en contra del parecer consagrado por autoridades mayores y por nuestras leyes.-- Pongo por ejemplo la importantísima teoría que establece la identidad esencial del amparo y el famoso recurso de casación. El profesor distinguidísimo Don Niceto Alcalá Zamora y su discípulo el profesor Fix Zamudio han sostenido y sostienen que el amparo por ilegalidad del acto reclamado es casación, ya se trate del amparo contra actos administrativos violatorios de leyes, ya del amparo directo contra la sentencia definitiva en los juicios civiles. Casacionistas tan ilustres como Calamandrei (3), sostienen que la sentencia de casación es constitutiva de acuerdo con su historia y finalidad; en cambio, de conformidad con la historia del juicio de amparo y con la ley, las sentencias que otorgan el amparo son siempre de condena. Ley de Amparo de 20 de enero de 1869. art. 23, art. 45 de la Ley de Amparo de 14 de diciembre de 1882; art. 825 del Código Federal de Procedimientos Civiles de 1897; art. 80 del Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908; arts. 124-130 Ley de Amparo de 18 de octubre de 1919 y Ley Orgánica de los arts. 103 y 107 constitucionales vigente desde enero de 1936, art. 80. En todas estas citas se establece como finalidad de la sentencia de amparo restituir al quejoso a la situación que tenía antes de la violación constitucional" (4).-- Y las leyes de amparo que se han sucedido, han preceptuado los medios, más drásticos cada vez, para que se realice esa restitución por las mismas autoridades responsables y a veces por los jueces de Distrito.

SEGUNDO.-- Tanto en las compilaciones jurisprudenciales del Tribunal Superior como de la Corte Suprema, no se ha advertido que se dé importancia a la clasificación de las acciones o de las sentencias en declarativas, constitutivas o de -



condena. Poquísimas referencias hay en la jurisprudencia de la Suprema Corte a la acción declarativa; ninguna (s.e.u.o.) a las constitutivas. La razón de esto no hay que buscarla en otro lugar, si no, es la de que en la vida práctica del Derecho Mexicano, la distinción apuntada no entraña problemas difíciles de resolver que ameritaran reglamentaciones especiales. Así, por ejemplo, la acción meramente declarativa prevista por el art. 1156 del Código Civil, tiene un elemento modificativo de la situación del inmueble con respecto a la inscripción del Registro Público de la Propiedad, elemento previsto por el art. 3008 del mismo Código que previene que no se puede entablar acción contradictoria del dominio sobre inmuebles sin que se presente a la vez (en el caso supuesto) demanda de cancelación de la inscripción existente y la nueva que resulta del juicio emprendido. Esta acción complementaria es constitutiva por lo que atañe a la nueva situación registral derivada de la cancelación de la inscripción existente y de la nueva inscripción en favor del usucapiens. Pero al propio tiempo es una acción de condena en cuanto se exige del Registrador, que también es demandado, la ejecución de dos hechos: cancelación de la inscripción existente en el momento de la demanda e inscripción nueva a favor del que usucapió.

Este análisis jurídico que hoy hacemos, no es indispensable que se presente expresa y circunstancialmente ante los jueces, ni hemos encontrado ejecutoria alguna al respecto.

Aún, en los casos de las sentencias que establecen las servidumbres legales o coactivas de paso, acueducto, etc., que son los paradigmas de las sentencias constitutivas, no he encontrado referencia alguna al carácter constitutivo, antes bien se usa la fórmula de las condenatorias, aunque en esencia y preeminencia se trate de una verdadera constitución y si hay condenaciones son accesorias de la función primordial. De todos modos, esta falta de precisión científica, no ha dañado a los resultados queridos por el Derecho substancial.

Y para no perder de vista el tema ocasional del art. 3008 del Código Civil, es bueno advertir que tal disposición contiene una laguna muy grande y peligrosa: no está previsto el caso de que la impugnación del título inscrito se haga no en la demanda, sino en la contestación a ella, como excepción o defensa.

TERCERO.- Durante la larga secuela de mis estudios profesionales me fui dando cuenta paulatinamente de los tropiezos y fracasos que se advertían en las diversas disciplinas, sobre

las tendencias simplicadoras y deductivistas que se filtraban en el Derecho, a imitación de las ciencias físico-matemáticas. En las conferencias que dió durante las vacaciones de primavera de 1968 en su cátedra del doctorado el profesor Doctor García Rojas y a las que asistí dos veces, me di cuenta del vacío inmenso que había en mis conocimientos sobre el método -- o métodos jurídicos, y en el mismo año, al consultar la obra del Doctor Recasens Siches sobre Nueva Filosofía de la Interpretación, supe que las disciplinas del Derecho no podían ser tratadas por el procedimiento físico-matemático, y hasta entonces se me presentó con claridad la doctrina del Doctor Don Eduardo García Maynez sobre la inaplicabilidad en el Derecho de la lógica apofántica.

Ya me pude explicar entonces aquellas discusiones interminables sobre el acto de comercio en la cátedra de Derecho Mercantil, aquellas disputas sobre lo que es derecho real en la cátedra de Derecho Civil, y cuando llegué a consultar al distinguido Dr. Gabriel García Rojas, me señaló las discusiones abiertas en torno de conceptos básicos del Derecho Procesal, y me dediqué a instruirme en una materia tan complicada al parecer, y tan hermosa al propio tiempo.

Ahora me he dado cuenta y razón de las disputas sin término por la pretensión de aplicar métodos que no convienen al Derecho.

Así, referentemente al acto de comercio, recordé que el Derecho Comercial nació para regular la actividad económica del comercio y de las actividades auxiliares de él, como los transportes por tierra y agua, las ferias y los cambios mercantiles. Más tarde quedaron comprendidos dentro de aquel ordenamiento las actividades industriales, los seguros y las actividades bancarias. El nombre de Derecho Comercial mantuvo la huella de su origen, como la letra de cambio ha conservado el recuerdo del contrato que la engendró. Más tarde, para terminar la competencia de los Cónsules, que así se llamaron los juegos mercantiles, se procedió a listar los actos que caían bajo la jurisdicción de ellos. Por eso en el Código de Comercio de Napoleón, se enumeraron los actos de comercio en el libro de ese ordenamiento dedicado a determinar la jurisdicción de los tribunales mercantiles.- Multitud de Códigos de Comercio que tomaron como guía al napoleónico, el método de enumerar,- no de definir el acto de comercio,- aunque no fuera como base ya la de la competencia; pero no faltaron jurisconsul

tos que emprendieran la tarea de buscar una "noción científica" de alcance unitario y sintético que nos revelara la esencia del acto de comercio, en la cual quedararan comprendidos los actos empíricamente listados en la ley.

Es reconocido el fracaso de reducir a una unidad conceptual los actos inventariados y, en cambio, es reconocida la utilidad práctica y jurídica de tal enumeración que fué -- caracterizada por la ley mercantil no como limitativa sino como enunciativa (artículo 75 fracción XXIV del Código de Comercio).

Si se quiere encontrar una definición "científica", -- significa que se ha de hallar un género común; pero si dentro de la enumeración hay una especie que no cabe en el género, -- la definición caerá por tierra.

Se sabe que el esfuerzo más talentoso intentado en el sentido de la definición "científica" lo hizo Alfredo Rocco -- quien sostuvo con abundancia de argumentos ingeniosos que lo esencial del acto de comercio es el concepto de interposición tanto en el cambio de bienes en el sentido estricto, como en las empresas industriales, en las actividades bancarias y en las actividades de aseguramiento. -- El intento resultó fallido pues hay actos enumerados como de comercio en que no hay esa interposición, como el pago, la transacción, la remisión de obligaciones mercantiles, y otros más. Así en nuestra legislación, una sociedad científica, por ejemplo, que adopte la forma de sociedad anónima, quedará sujeta al Código de Comercio (art. 2694 del Código Civil Federal), sin que se descubra la interposición a que se refirió Rocco.

Con razón Bolaffio "el acto de comercio típico no existe; es obra del legislador (5); Lyon-Caen y Renault, se expresaron así; "el acto comercial es de carácter artificial, por razones de utilidad práctica. La mayor parte de los tratadistas explica la lista de actos mercantiles usada por los diversos Códigos de Comercio como el resultado de motivos históricos y consideraciones prácticas" (6). Emilio Langle, se expresa así: "si la doctrina busca una noción legal compuesta a posteriori (nucleo central), intentando una generalización unificadora... la acumulación de tantas especies dentro de la ley -- no está presidida por un criterio general orgánico sino que se ha formado por motivos históricos y consideraciones prácticas" (7).

Los Códigos no contienen una definición genérica apli-

cable a todos los actos de comercio; se fueron listando paulatinamente. Es decir, se siguió el procedimiento tópico de la enumeración, procedimiento de que más adelante trataré.

Lo mismo ha pasado con la diferenciación que se ha pretendido "científica" entre derechos reales y derechos personales. El esfuerzo para alcanzar una definición de aquellos, -- que conste de género próximo y diferencia específica, ha resultado fallido.- El único que se cree que ha dado el resultado más fecundo ha sido uno que no es científico, sino precisamente tópico, esto es, se acude a un argumento descubierto y estudiado por la Retórica y que consiste en usar del ejemplo-paralelo al caso que presenta el problema para darle una solución análogamente a la solución que se encontró a un problema semejante. Así en Economía Política, se ha llegado hacer una distinción precisa entre riqueza y servicios, y en esto, -- varios jurisconsultos se basaron para equiparar el derecho -- real a la riqueza y la obligación con sus prestaciones, a los servicios. De esta manera "la noción de obligación es a la noción de servicio lo que la noción de derecho real es a la noción económica de riqueza". Estas ideas las sugirió un economista y al propio tiempo jurisconsulto, profesor de la Facultad de Derecho de París, señor Pablo Luis Cauwés, que llegó a ser decano de la Facultad de Derecho de París, muerto en 1917. (8). La exposición de este argumento tópico analógico, -- lo ha expuesto con gran profundidad y maestría el profesor de la Universidad de Roma, Emilio Betti bajo el rubro "Diferencia de Problemas Prácticos entre relaciones de obligación y relaciones de derecho real: cooperación y atribución" (9). -- Esta advertencia es del Profesor García Rojas, quien refiriéndose a Betti en este punto dice: "Ignoro si el profesor italiano conoció los estudios del jurista y economista francés".

Estas y otras experiencias y la opinión muy extendida -- ya en los momentos actuales, de que no es aplicable al Derecho el método de las ciencias físico-matemáticas, me llevaron a presentar en esta modestísima tesis el Método de la Tópica frente a aquel Método Deductivista.- Esta es la razón del estudio, ciertamente compendioso y modestísimo, consagrado a la Metodología Jurídica.

Por último, debo justificar el camino que he seguido -- al dar mayor extensión a las consideraciones sobre la acción -- que las consideraciones sobre el objeto directo de la tesis: -- la excepción.- Se ha debido, en primer término, al paralelismo existente entre acción y excepción, reconocido ya por el axioma antiguo: "Lo que se dice de la acción se dice de la --

excepción", que tuvo su origen en la Regla del Derecho número 156 del Libro 50, título 17 del Digesto: Qui ad agendum admittitur, est ad excipiendum multo magis admittendus.- Hoy es una opinión dominante y pacífica.

Véase lo que dice el profesor Couture en su obra tanto sobre el paralelismo mencionado como sobre la correspondencia de la definición de excepción en consonancia con la de acción dentro de la doctrina que el autor denomina clásica. Así señala que a la "definición clásica de la acción según la cual esta es "el medio legal de pedir lo que es nuestro o se nos debe", corresponde a la definición de excepción como "medio legal de destruir o aplazar la acción intentada. Agrega que "La noción que considera el derecho y la acción como una unidad jurídica mirada tan solo en dos aspectos distintos, admite paralelo con una noción también substantiva de la excepción. A la teoría de la acción como derecho concreto, corresponde en cierto modo la teoría también concreta de la excepción, configurada como "contraderecho".- Pasa enseguida a relatar que -- cuando se llega a considerar la acción autónoma con respecto al derecho substantivo, descubrimiento éste que, según el profesor uruguayo, sólo se compara al descubrimiento de la fisión del átomo por la Física moderna, produjo también la revelación de la independencia de la excepción respecto al derecho subjetivo invocado (10).- De esta manera las orientaciones concreta o abstracta de la acción, tienen repercusión y manifestaciones análogas en materia de excepción. El grito de independencia de la acción, tocante al derecho substantivo, resonó -- también como el clamor de manumisión de la excepción, de aquellas cadenas que la ataban al derecho substancial.- Por eso el autor dijo: "El tema de la excepción es... virtualmente paralelo al de la acción".

El ilustre profesor, Doctor Aniceto Alcalá Zamora y -- Castillo trae también a colación, en este punto, una metáfora de la física, como antes lo hiciera Don Eduardo Couture, y en foca la excepción dentro de una analogía mecánica siguiendo -- al modelo couturiano, como una reacción frente a la acción. Y así concluye: "De esta manera de imaginar la acción fluyen -- dos enseñanzas: la primera, la de que siendo la reacción de -- igual entidad que la acción (ley de Newton recordada por el -- autor), en el proceso hay dos partes accionantes y no una sola, sin más diferencia -- aparte del contenido de sus respectivas pretensiones, atacante una y defensiva otra -- que la de -- prioridad cronológica en cuanto al ejercicio de la acción: -- actor es el primero, pero no el único accionante y que ambos pertenecen a la comunidad de justiciables y se hallan en el 1

mismo plano respecto de la jurisdicción; la segunda, que puede parecer más audaz, la de que la figura paralela y opuesta a la acción no es, en realidad, la excepción sino, como acabamos de decir, la reacción" (11).

Queda pues establecido que al hablar de la acción, en lo que sigue de este estudio, nos estamos refiriendo también a la excepción.

Pero otra razón además me movió a tratar de la acción en los primeros capítulos en vez de hacerlo de la excepción: fué la de que es más usual y por ende más fácil razonar sobre acciones declarativas, constitutivas y de condena, que de excepciones que merezcan tales calificativos.

De todos modos, pues, queda en pié el antiguo axioma antes apuntado.

CUARTO.- Al estudiar las doctrinas y teorías jurídicas de la "ciencia procesal", se puede advertir a primera vista, que el presupuesto metodológico-jurídico de ellas es el mismo que sirvió desde la mitad del siglo XIX a la pandectística alemana, como punto de partida, para adherirse a la escuela conceptualista y sostener que al Derecho se debe de aplicar el método del razonar apodíctico (alfa privativa y "podiktikós," contradicho) empleado por las ciencias físico-matemáticas. Siendo el razonamiento jurídico profundamente distinto, tópico, dialéctico, aporético, como procuraré patentizarlo más adelante, lo que me hizo tomar bases diversas para tratar el tema de las excepciones.

Estas son las razones del orden de este trabajoso ensayo, que tal vez resulte muy superior a mi buena voluntad, pero en el cual esta contenida mi profunda convicción.

## INTRODUCCION

## BIBLIOGRAFIA

- 1.- Goldstein Mateo, Palabras del ex magistrado argentino, en el artículo Exceptio de Enciclopedia Jurídica Omeba, T XI, pp 401 y ss.
- 2.- Guasp Jaime, Derecho Procesal Civil (Alegaciones Procesales), Instituto de Estudios Políticos. E 1962, pp 323 y ss.
- 3.- Calamandrei Piero, Novissimo Digesto (Voz Cassazione), -- UTET, 1957, T 11, pp 1053 a 1104.
- 4.- Vallarta Iganacio L. El Juicio de Amparo, pp 284 y ss.
- 5.- Bolaffio Leone, Derecho Comercial (Parte General), T 1, p 7.
- 6.- Lyon-Caen y Renault, Tratado de Derecho Comercial, T 1, p. 34
- 7.- Langle Emilio, Manual de Derecho Mercantil, T 1, p. 34.
- 8.- Bonnacase Julian, Suplemento al Tratado de Derecho Civil de Baudry-Lacantinerie, T V, pp 52 y ss.
- 9.- Betti Emilio, Teoría General de las Obligaciones, T 1, pp 9 y ss.
- 10.- Couture Eduardo J, Fundamentos del Derecho Procesal Civil E 1962, pp 89 y ss.
- 11.- Alcalá Zamora y Castillo Niceto, Enseñanzas y Sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción, E de Ediar, pp 46 y 47.

# C A P I T U L O I

## METODOLOGIA

### LOS PRINCIPIOS DE LA METODOLOGIA JURIDICA.

1.- Desde la segunda mitad del siglo XIX se viene hablando de la "Ciencia del Derecho Procesal". Puede decirse -- que desde que los Estudios del Derecho Procesal Civil entraron en la corriente pandectística, esa rama del Derecho, que se creía perteneciente sólo a la práctica, penetró de lleno -- en el campo de la dogmática, y las instituciones del Derecho procesal se sometieron a los análisis sutiles y logicistas de los pandectistas.

El método de éstos, fundado por Savigny, tuvo su origen según la opinión más generalizada en la necesidad de compaginar, por una parte, la concepción historicista del Derecho sustentada por el mismo Savigny que defendía que el Derecho tiene su origen en el espíritu del pueblo o de la nación, (1) y, por otra parte, la recepción en Alemania y otros países eu ropeos, del Derecho romano que había nacido y regido en una -- nación que desde hacía más de 1500 años se había eclipsado.

Creyó Savigny que podría salvar la contradicción manifiesta, si por medio de análisis sutiles se extraían categorías o conceptos supremos aplicables a todas las legislaciones y todas las épocas, y si, como presupuesto fundamental, -- se consideraba que la finalidad del Derecho estriba en la realización justa y cabal de la voluntad individual.- Todavía no había escrito Ihering su famosa Introducción al Espíritu del Derecho Romano en la que demostró, al separarse de la escuela histórica, que hay elementos no nacionales en los ordenamientos jurídicos, mucho más importantes y más fecundos que los nacionales.

2.- Entre los grandes pandectistas se reconocen como sobresalientes al discípulo de Savigny, Jorge Federico Puchta (1798-1896), a quien Ihering señaló como el más prominente ha bitante del "paraiso de los conceptos", y a Bernardo Windscheid (20-VI-1817 a 26-X-1892), cuyo dogmatismo dominó desde la mitad del siglo pasado hasta la víspera del BGB y que se esmeró en llevar el logicismo hasta sus puntos más sutiles, -- ajustándolo al sistema de las ciencias físico-matemáticas, -- aunque de palabra nunca admitiera ni confesara contacto algu-



no con otras ciencias. El profesor español, Don Antonio Hernández Gil, sostiene que Windscheid se inspiró, al organizar sus cuerpos (construcciones) jurídicos más en la geometría que en las Ciencias Naturales (2) pero más adelante volveré sobre este punto.- Conforme al método de la pandectística hay que ir de abstracción en abstracción y de generalización en generalización, hasta llegar a los conceptos más generales y sutiles. El mismo metodólogo español citado pone como ejemplo del procedimiento generalizante el siguiente: la venta en que se transmite una cosa por dinero, es un contrato; el contrato es un negocio bilateral o plurilateral; el negocio es una declaración -- de voluntad; la declaración de voluntad tiende a producir efectos jurídicos; los efectos jurídicos son creaciones de situaciones jurídicas o modificaciones o extinción de las preexistentes; situación jurídica es la relación del supuesto de hecho o factiespecie con el hecho concreto de que se trata.- Para realizar una construcción jurídica se van eliminando progresivamente dentro de la estructura lógica de aquella los factores que no quepan dentro de dicha estructura; pero además, se sostiene que la construcción jurídica no sólo explica las normas para las cuales se levantó, sino que representa la esencia de la figura, y lo que de ella no quepa como no se admiten excepciones de la misma manera que no la admiten las leyes físico-matemáticas, esas excepciones destruirán la construcción -- y habrá que levantar otra que resuelva el problema o se llegará a criticar como anticientífica la norma que no se pueda ensamblar dentro de la teoría.

Va veremos más adelante teorías hoy muy en boga dentro del Derecho procesal, estructuradas pandectísticamente de -- acuerdo con los lineamientos de la lógica apodictica.

3.- Todas estas teorías geométrico-pandectistas olvidan que el Derecho, en términos absolutos, no puede ser manipulado por la lógica apofántica (apofantikós, el que enuncia), o sea la lógica de las proposiciones enunciativas, como lo ha demostrado el maestro Doctor Don Eduardo García Maynez en sus obras sobre Lógica Jurídica, o sean sus internacionalmente famosas monografías: Lógica del Concepto Jurídico, Lógica del Juicio Jurídico y Lógica del Raciocinio Jurídico. En esta última ha llegado a demostrar el maestro, en forma brillante, la ilegitimidad del llamado "silogismo jurídico", con que se ha querido explicar la aplicación de la norma abstracta y general al caso particular concreto que se tiene enfrente.

Las ciencias físico-matemáticas pertenecen al orbe del ser y el derecho corresponde al mundo del deber ser. Sus órbitas atañen a constelaciones divergentes, aún cuando las leyes-

naturales empíricas de la esfera del ser sean aprovechadas por el Derecho que las emplea como medios, a veces, para logro de sus fines; a veces las considera para encauzarlas si las juzga útiles o indispensables, o bien las contempla para contrariarlas en su desarrollo por estimarlas nocivas a la sociedad o corruptoras de ella.

4.- Desde los tiempos de los epígonos de la filosofía griega, Sócrates, Platón y Aristóteles (señaladamente el último), se reconoció que había un sistema propio de la lucubración jurídica, completamente diverso del modo de raciocinar necesario y apodíctico que se usa en las ciencias matemáticas, -- raciocinio este en el que de las premisas ciertas, innegables, se deriva necesaria e ineludiblemente, aún contra la voluntad de los hombres más poderosos, las conclusiones igualmente ciertas y necesarias.

El razonamiento jurídico no tiene por base el conocimiento absolutamente cierto de las cosas; no tiene como fundamento si no la probabilidad, la verosimilitud, la frecuencia -- (id quod plerunque fit), la prudencia... Por eso Aristóteles enseñó que los argumentos jurídicos pertenecían a la dialéctica, o sea al modo de razonar con apoyo en lo probable, en lo verosímil. Para Aristóteles la dialéctica es el razonamiento -- que fundándose en premisas no necesarias si no solamente verosímiles, llega a conclusiones también verosímiles; se contenta con resultados simplemente probables.

Sirvan de ejemplo la mayor edad, la libertad contractual y las presunciones, sin tocar las instituciones políticas y las nociones de orden público y de interés público que atañen al derecho público, en las que gobiernan la imprecisión y la aproximación.

En la persona, como sujeto, se ven dos aspectos: el sujeto desde el punto de vista activo y el sujeto desde el punto de vista pasivo. Nos detendremos, a propósito, sólo en la edad como presupuesto de la capacidad de obrar. -- Las legislaciones hoy en día, se inspiran, para determinar la capacidad de obrar, en la edad y no en el criterio de la madurez sexual como lo hacían las antiguas. Sin embargo en materia de matrimonio se sigue todavía esa pauta al establecer la capacidad -- de 16 años en el hombre y 14 en la mujer, para contraer matrimonio: art. 148 del Código Civil vigente.

Pues bien, tratándose de la mayor edad los Códigos mo--

ernos adoptan un término único para todos los individuos y -- prescinden a toda consideración subjetiva siendo así que según lo demuestra la experiencia, la llegada a la plenitud del juicio es variable.- La capacidad de los hombres y de las mujeres para autodeterminarse y autodefenderse en la vida social y jurídica, depende de la educación, del medio social, del sexo, -- de las costumbres. Esa capacidad es variable de individuo o individuo.- El art. 34 de la Constitución que fija 18 años para obtener la ciudadanía, y el art. 646 del Código Civil que seña la 21 años en general para alcanzar la capacidad activa de --- "disponer libremente de su persona y de sus bienes", se des- - preocuparon de las diversidades reales apuntadas que son innegables, y escogieron una igualdad escasamente probable, y, por necesidades de técnica jurídica, se dió prevalencia a una base cuantitativa, exiguamente aproximativa, en contra de una base cualitativa más apegada a la realidad, pero difícil de manejar por casuística y estorbosísima.

En materia de contratos, se mide el grado de libertad-- de los contratantes tomando sólo en cuenta las presiones externas, y apenas si se ha parado mientes en las presiones internas como necesidades familiares, ausencia de habitación, enfermedades. Sólo después de grandes movimientos sociales, se ha -- llegado por medios indirectos a equilibrar las voluntades de -- los necesitados frente a los poderosos en el contrato de trabajo aunque aquí también los equilibrios sean muy inciertos y sólo aproximativos.

En el terreno procesal por ejemplo, se establecen diversos procedimientos para notificar personalmente a las partes.- Estas formas sólo llegan a aumentar la probabilidad, no la certidumbre, de la comunicación efectiva del emplazamiento o de -- la resolución cuando no se entiende personalmente con el interesado.

5.- Los especialistas en técnica jurídica distinguen -- con la pulcritud necesaria, la técnica interpretativa que usan los teorizantes del derecho de la empleada por la jurisprudencia (3).

6.- Hay dos procedimientos técnicos que de ninguna manera podrían ser tratados por la lógica apodíctica: las ficciones usadas en el Derecho tanto privado como público y las presunciones.- De ambas trato esquemáticamente.

En Derecho privado tenemos multitud de ficciones jurídicas, entendidas éstas como "disposiciones legales contrarias a la verdad en cuanto fuere posible realizarlas y por una cau-

sa justa", que es la definición más común ofrecida por el famoso jurista Alciato. Otros siguiendo la misma dirección dicen que la ficción tiene lugar cuando, para fines de equidad se toma como cierto lo que no lo es.- Se puede decir que con tal procedimiento técnico se da como cierto lo que no es, pero se utiliza para obtener resultados que se juzgan equitativos o imposibles de alcanzar de otra manera.

En el Código Civil tenemos ficciones como la del artículo 354 sobre legitimación de los hijos habidos fuera del matrimonio, pero que por el matrimonio posterior de los padres se tiene por legítimos; la del artículo 21 del mismo ordenamiento sobre el conocimiento de la ley por todo el mundo aunque con las flexiones que contiene: la del nasciturus del art. 22; la adopción, como imitación de la naturaleza, arts. 391 y 392 en diferencias de edades: art. 148; impedimentos matrimoniales, art. 157.- Bienes muebles por su naturaleza que se reputan inmuebles: art. 150, fracciones IV, V, VI, VII, VIII, X, XI, XIII El efecto declarativo de la partición en el art. 797. Los efectos de oponibilidad de títulos por su inscripción en el Registro Público de la Propiedad desde el momento mismo de ésta, -- aunque los terceros estén a muchos kilómetros de distancia: -- art. 3003.

En el Derecho procesal hallamos varias ficciones: en el Código procesal Civil de 1884 se entendía por contestada en sentido negativo la demanda debidamente notificada al demandado si éste no la contestaba en el término señalado, art. 942. En el Código procesal vigente, por el contrario, se tiene por contestada afirmativamente en cuanto a los hechos: art. 271 in fine. En el art. 322 de este mismo Código hay tres ejemplos de ficta confessio.

En el Derecho Público hay multitud de ficciones entre otras, la representación política. En ella no es la voluntad del representado la que cumple o realiza el representante. En efecto, la elección supone implícitamente que la soberanía corresponde a los electores. Véase las controversias sobre la titularidad real de la soberanía, si corresponde al individuo o al grupo, y las consecuencias que implican respecto de la naturaleza del mandato político si sea representativo o imperativo. Lo cierto es que la elección es un procedimiento de expresión de una voluntad. Pero entonces surge este dilema; o la elección de los representantes sirve para que éstos hagan real y efectiva la voluntad de los electores, o bien, la voluntad de los electores será igual a la voluntad de los representantes electos. En el primer caso, se tendría un gobierno del pueblo;

sa justa", que es la definición más común ofrecida por el famoso jurisconsulto Alciato. Otros siguiendo la misma dirección dicen que la ficción tiene lugar cuando, para fines de equidad se toma como cierto lo que no lo es.- Se puede decir que con tal procedimiento técnico se da como cierto lo que no es, pero se utiliza para obtener resultados que se juzgan equitativos o imposibles de alcanzar de otra manera.

En el Código Civil tenemos ficciones como la del artículo 354 sobre legitimación de los hijos habidos fuera del matrimonio, pero que por el matrimonio posterior de los padres se tiene por legítimos; la del artículo 21 del mismo ordenamiento sobre el conocimiento de la ley por todo el mundo aunque con las flexiones que contiene: la del nasciturus del art. 22; la adopción, como imitación de la naturaleza, arts. 391 y 392 en diferencias de edades: art. 148; impedimentos matrimoniales, art. 157.- Bienes muebles por su naturaleza que se reputan inmuebles: art 150; fracciones IV, V, VI, VII, VIII, X, XI, XIII El efecto declarativo de la partición en el art. 797. Los efectos de oponibilidad de títulos por su inscripción en el Registro Público de la Propiedad desde el momento mismo de ésta, -- aunque los terceros estén a muchos kilómetros de distancia: -- art. 3003.

En el Derecho procesal hallamos varias ficciones: en -- el Código procesal Civil de 1884 se entendía por contestada -- en sentido negativo la demanda debidamente notificada al demandado si éste no la contestaba en el término señalado, art. 942. En el Código procesal vigente, por el contrario, se tiene por contestada afirmativamente en cuanto a los hechos: art. 271 in fine. En el art. 322 de este mismo Código hay tres ejemplos de ficta confessio.

En el Derecho Público hay multitud de ficciones entre -- otras, la representación política. En ella no es la voluntad -- del representado la que cumple o realiza el representante. En efecto, la elección supone implícitamente que la soberanía corresponde a los electores. Véase las controversias sobre la titularidad real de la soberanía, si corresponde al individuo o al grupo, y las consecuencias que implican respecto de la naturaleza del mandato político si sea representativo o imperativo. Lo cierto es que la elección es un procedimiento de expresión de una voluntad. Pero entonces surge este dilema: o la elección de los representantes sirve para que éstos hagan real y efectiva la voluntad de los electores, o bien, la voluntad de los electores será igual a la voluntad de los representantes -- electos. En el primer caso, se tendría un gobierno del pueblo;

en el segundo, la voluntad del pueblo sería hacer como suya -- la voluntad de los gobernantes electos. Y si ésto fuera así -- no constituiría la elección el procedimiento que permita a -- los gobernantes apropiarse las prerrogativas del soberano y -- erigir en derecho la doctrina gubernamental?.- Entonces, la -- democracia como gobierno del pueblo por el pueblo es una ficción. En el art. 41 de nuestra Constitución se usa de una ficción jurídica de mucha trascendencia: Las Constituciones "particulares de los Estados en ningún caso podrán contravenir -- las estipulaciones del Pacto Federal".

Muchas otras consideraciones cabrían en torno del procedimiento técnico de la ficción. Lo dicho es bastante para -- descubrir ficciones fundamentales en el Derecho público y en el privado y no creo que de ninguna manera pudiera caber en -- ellos la aplicación del razonamiento de las ciencias físico--matemáticas.

7.- Pasemos ahora a las presunciones de derecho. No solamente hay que distinguir las presunciones de hecho llamadas indicios de que se valen los jueces para el descubrimiento de un hecho pasado, ni del uso de las presunciones en términos generales en materia de pruebas, aunque sobre estas haremos -- algunas anotaciones. Lo importante es ver las presunciones -- usadas por el legislador como parte fundamental de la técnica legislativa.

La presunción "no se mueve en línea recta, como erróneamente suele admitirse, yendo de lo conocido a lo desconocido, sino que concientemente o no, lo cual no importa, hace el rodeo por el principio; y va primero de abajo arriba y luego de arriba abajo..(4)" y luego añade: "la ciencia no posee nombre para este procedimiento legislativo particular lo cual es una laguna muy de sentir en la terminología, tanto más extraña cuanto que no se trata de un caso aislado y sin importancia, sino de un fenómeno que se reproduce en todos los derechos, en todas las fases del Derecho, y que encierra UNA DE LAS OPERACIONES FUNDAMENTALES DE LA TECNICA LEGISLATIVA..." (ibid.).- Aplicando esta idea no solo a la técnica legislativa sino a todas las presunciones aún no legales, las cosas pasan de esta manera: El autor de la presunción examina los hechos, formula una hipótesis. Pero ésta tiene que fundarse en el curso natural de las cosas que le es conocido. Este curso natural no es otra cosa que una ley empírica, que se repite, y entonces se desciende a aplicarse tal ley al caso y circunstancias.

Un ejemplo: se ha cometido un homicidio; no se descubre aún al asesino; se sabe que Pedro tenía motivos de odio y venganza contra la víctima y que poco tiempo antes había comprado un arma igual a la que sirvió para consumar el delito. Estos dos hechos hacen suponer que el homicida fue Pedro.

En el fondo de este razonamiento hay el doble movimiento de ascenso y descenso a un principio o ley empírica: el odio impulsa a los hombres a los actos más graves, y la compra de un arma en muchas ocasiones es acto preliminar de un delito.

Para pasar, pues de lo singular a lo singular, la presunción pasó por una ley general o científica o empírica (ésta última fundada en el curso natural de los acontecimientos) Es la combinación del método inductivo y del deductivo, por los cuales el espíritu humano puede descubrir y demostrar lo que le parece verdad (5).

Estas leyes empíricas tienen por lo general el fundamento de eo quod plerumque fit.— Se ve que la conclusión no puede ser cierta con certidumbre absoluta, si no una simple probabilidad que podrá ser destruida o debilitada por otros hechos. En el ejemplo propuesto no siempre el odio lleva al extremo del homicidio. El acto preparatorio no conduce fatalmente al crimen; el arrepentimiento, el temor pueden evitarlo El arma instrumento del delito, puede no ser la que Pedro comprara.

Otros ejemplos tangibles: art. 170 del Código de Procedimientos Civiles: Todo magistrado, juez o secretario, se tendrá por forzosamente impedido para conocer en los casos siguientes: II.— En los negocios que interesen directa o indirectamente a su cónyuge o a sus parientes consanguíneos en línea recta sin limitación de grados, a los colaterales dentro del cuarto grado y a los afines dentro del segundo.— Este precepto supone que existe una ley natural empírica muy efectiva que impide la imparcialidad del juez o del magistrado: El hombre naturalmente tiende a oír con aquiescencia la narración de los hechos que le formulan las personas a quienes ama. La narración de los hechos por su cónyuge o sus hijos encuentran en él simpatía. Para evitar que la ley empírica se realice con detrimento de los derechos de la contraparte, se impide que el juez conozca de ese asunto. La presunción del amor se fundó en la experiencia de todos los días.— El art. 14 de la Constitución consagra el principio de audiencia en virtud del cual nadie puede ser privado de sus posesiones o derechos sin

ser oído ni vencido en juicio en que se cumplan las formalidades del procedimiento. Este gran principio salvador, se encuentra también fundado en la existencia de una ley natural empírica: la experiencia de todos los días nos dice que el interesado en una controversia o litigio narra los acontecimientos que lo provocaron en términos sumamente favorables para él y desfavorables para el adversario. Creer solo lo que dice uno de los interesados sin oír al otro, es la exposición al peligro de cometer una injusticia, peligro muy probable dentro del acontecer humano. Por eso se manda que se oiga a las dos partes y se les reciban sus pruebas. El juez debe conocer la verdad objetiva y a ello se encamina el proceso. Además — como más adelante se demuestra, el proceso es discusión y la discusión tiene por finalidad producir en el juez el conocimiento de los hechos y del derecho aplicable a la especie.

8.- Los jurisconsultos modernos reconocen que cuando está apremiado el hombre para obrar (y esta situación es la más frecuente), no puede profundizar los hechos que se le presentan y tiene que actuar a pesar de su incertidumbre. En multitud de ocasiones la incertidumbre no detiene la actuación necesaria y apremiante.— En estos eventos la idea de probabilidad orienta su acción, de acuerdo con la experiencia adquirida. Esta es un guía que le señala su conducta. Cicerón dejaba la certidumbre a la inspiración de los dioses, pero a los hombres solo corresponde ver similitudes. El mismo Descartes en su Discurso del Método, III, 3, dijo: "Los actos de la vida frecuentemente no pueden aplazarse, pero es ciertísimo que cuando no está en nuestro poder discernir las opiniones más verdaderas, debemos seguir las más probables".

El uso de la probabilidad por el sabio, por el historiador, por el juez y por el legislador, ha sido reconocido por los pensadores de todos los tiempos. En efecto el Derecho exige, por una parte, seguridad y precisión para realizarse a pesar de todos los obstáculos que en contra se le presenten; pero al mismo tiempo el mundo que debe de ordenar encierra — obscuridades y equívocos muchas veces invencibles. Dice Francisco Geny que "el solo medio de resolver semejante antonomia es el de transformar las dudas en verdades, las vacilaciones en certidumbres, y este resultado solo se obtiene racionalmente por un esfuerzo del espíritu que se basa en las sugerencias de la experiencia adquirida para conformar sus decisiones a lo que exige la normalidad que es la que domina toda la vida moral y social de la humanidad. En el fondo la evidencia es cosa extremadamente rara si no inaudita en el orden de los valores al que corresponde la obra práctica de la justicia —



Y como ésta, que tiende al orden, solo puede proceder sobre bases firmes, deberá constituírselas ella misma por medio de la probabilidad y de la plausibilidad, con las cuales debe orientarse toda conducta y con las que tendrá que contentarse lo más frecuentemente. Es un fenómeno que se presenta corrientemente en nuestra mentalidad y que se convierte en un instrumento de la organización jurídica. El juez primitivo que tuvo que dirimir los litigios según las inspiraciones solas de la equidad sintió irresistiblemente el atractivo de aquella solución. Más tarde el legislador lo emplea en la creación de sus preceptos generales y el jurisconsulto no puede prescindir de recurrir a él cuando se trata de encontrar las reglas que sirvan de base a sus decisiones. Considerada así la presunción se nos presenta, a priori, como uno de los instrumentos de la elaboración técnica del Derecho que no es más que un artificio del pensamiento consciente que da forma a las cosas en vista de un fin que es la prosecución del orden jurídico (6).

9.- Estos fenómenos de raciocinio específico del Derecho ya fueron conocidos por los antiguos.- Aristóteles siguiendo de las huellas de Platón, lo repetimos, estableció las bases de la dialéctica como razonamiento de lo probable o verosímil. Los Tópicos del gran filósofo de Estagira, forman el tratado del razonamiento dialéctico o probable, el tratado de los lugares (TOPOI) dialécticos. Cicerón que escribió un tratado análogo precisó su definición como tratado de los argumentos o razones que han de convertir una cosa dudosa increíble, una cosa incierta en verosímil.

10.- Con toda razón dice el profesor Jorge Kalinowski al tratar de la Especificidad de la Lógica Jurídica: la Lógica tiene tres significaciones: a) la de las operaciones intelectuales discursivas; b) la de las reglas lógicas que deben seguirse para realizar correctamente el pensamiento discursivo tanto cognoscitivo como constructivo; c) la de la fundamentación de tales reglas: es la lógica científica o filosófica. (7) Pero para el objeto de la investigación que se propone solo se considera la Lógica en su primer significado o sea "el estudio de las operaciones intelectuales discursivas".

De manera que al preguntarnos si la lógica jurídica posee características específicas, en realidad nos preguntamos si las operaciones intelectuales de formación de conceptos jurídicos, de inferencia de juicios jurídicos y de razonamientos jurídicos con sus conclusiones, poseen una especificidad y en qué consiste ésta. En otras palabras: en qué difieren esas operaciones intelectuales discursivas del jurista comparativamente-

te a esas operaciones practicadas por el no-jurista?.

Más concretamente aún: cuando el jurista forma conceptos jurídicos derivados; cuando los divide, niega o adiciona cuando los define; cuando infiere conclusiones procede de un modo diferente al que emplea el hombre de la calle por una -- parte o, por otra parte el filósofo, el sabio, el matemático, el lógico, el historiador?. Y en caso afirmativo en qué consiste precisamente tal especificidad?.

LA FORMACION DE LOS CONCEPTOS JURIDICOS.- La formación de los conceptos jurídicos y la de los no jurídicos es la misma. Pero siendo la DIVISION LOGICA una forma de determinar -- los conceptos jurídicos y los nos jurídicos, se ve que este -- medio es más frecuente y más libre en los conceptos jurídicos que en los no jurídicos. Así en la división de bienes muebles o inmuebles, los bienes inmateriales quedan fuera como los de rechos de autor, patentes, marcas, nombres comerciales.- Por una determinación de la ley se les hace muebles para que entren al régimen de éstos. Cuando se inventó la clasificación no se conocían los bienes inmateriales. No fué la naturaleza de tales derechos sino una determinación voluntaria del legislador.

Otra forma de determinar los conceptos jurídicos es la DEFINICION. La observación que salta a la vista es la de que mientras en las ciencias físico naturales y aún en las Matemáticas las definiciones abundan (recuérdese en Geometría la -- multiplicidad de definiciones sobre punto, línea vectorial, -- segmento, vértice, etc.); en el Derecho se advierte una ausencia grande de definiciones. Las disciplinas jurídicas de carácter técnico procuran dar sus definiciones; pero éstas están ausentes en su inmensa mayoría en los cuerpos o códigos -- jurídicos. Aún en el Código Penal en que rige la necesidad -- de tipificar los delitos, se usan multitud de conceptos que -- no son definidos en él, como soberanía, estado, propiedad, posesión, tenencia, etc. Si todos los términos jurídicos fueran explícitamente definidos, los textos legales aparecerían ahogados por la enorme cantidad de definiciones que habría que -- emplear y además la rigidez que resultaría como consecuencia sería inconvenientísima en una materia que requiere elasticidad y maleabilidad que deben de tener las reglas que rigen el Derecho.

No puede en manera alguna guiarse éste por la misma Lógica que rige la Geometría, la Física, la Astronomía, el Cálculo Infinitesimal...En estas disciplinas, el juicio y el raciocinio pertenecen al reino del ser y de la existencia, miem

tras que el Derecho y demás disciplinas prácticas corresponden al mundo del deber ser y de las formas potenciales. Desde Arístoteles y sus discípulos, se reconoce como principio ordenador de estas ciencias la norma fundamental que Boecio nos transmitió: "Fines habet in operabilibus rationem principii" (en las disciplinas prácticas el fin tiene la fuerza de principio). La razón que el Estagirita dio fue la siguiente "Quia ex fine sumitur ratio earum quae sunt ad finem" (porque el fin es la razón de ser de los medios).

El orden lógico en tales ciencias, se funda también en la finalidad: "Potissimae demonstrationes sumentur a fine in illis in quibus agitur aliquid propter finem, sicut...in moralibus" (Las demostraciones eficacísimas en las disciplinas teleológicas, como la moral entre otras, se fundan en la finalidad).

Por otra parte, como ya se explicó antes, recibimos como herencia del pensamiento griego el raciocinio dialéctico.

11.- TRANSFORMACION PROFUNDA DE LA METODOLOGIA A PARTIR DEL SIGLO XVII.- La pandectística, a la que ya nos referimos - antes, debió máximamente su nacimiento a la influencia racionalista de origen cartesiano, porque el filósofo que dió su nombre al método racionalista, creyó aplicable al Derecho la lógica de las ciencias físico-matemáticas, cuyos triunfos fascinantes sedujeron a los juristas de gabinete, hasta embobarlos y llegar a sostener que la formación de la "ciencia jurídica" solo se alcanzaría tratando al Derecho more geometrico.

El quebrantamiento que significaron para la cultura occidental el desprecio y vilipendio del razonamiento dialéctico (de lo probable y verosímil), en parangón con el apodíctico -- (de lo cierto e irrefutable), ha sido una desgarradura profunda en el cuerpo del Derecho, con su cortejo de errores, injusticias y consecuencias inhumanas:-

Lo dicho hasta aquí se pone de peralte al estudiar y -- contemplar de cerca las conexiones que existen entre el sistema y el problema que dentro de él se presenta.

Descartes, el padre del racionalismo imperante, hace -- más de tres siglos, consideró como punto menos que falso "todo lo que solamente fuera verosímil": "considerando cuantas opiniones diversas puede haber acerca de una misma materia, mantenidas por gentes doctas, siendo así que nunca puede haber -- más de una que sea verdadera, yo reputé casi como falso todo -

lo que no era más que verosímil" (Discurso del Método II), -- --  
 "Siempre que dos hombres tengan respecto de una misma cosa ---  
 juicio contrarios, es seguro que uno de los dos se engaña. Más  
 aún: ninguno de los dos poseé la verdad; porque si uno de --  
 ellos tuviera una vista clara y precisa del asunto, podría ex-  
 ponerla al adversario de tal manera que acabaría por forzar --  
 su convicción". Añade el filósofo: "De esta consideración deduzco  
 que no podemos adquirir el conocimiento completo de todas -  
 las cosas sobre las que solo se han formado opiniones proba- -  
 bles, porque sin incurrir en presunción, no debemos esperar --  
 que realicemos nosotros lo que los demás no han realizado" (8)  
 Más adelante agrega el filósofo: "Hemos dicho que de todas las  
 ciencias conocidas, la aritmética y la geometría eran las úni-  
 cas exentas de falsedad e incertidumbre. Para hacer ver con -  
 la debida amplitud la exactitud de nuestras palabras, conviene  
 tener en cuenta ante todo que los dos únicos caminos para lle-  
 gar al conocimiento de las cosas, son la experiencia y la de-  
 ducción",...De las consideraciones precedentes, no deduzco que  
 únicamente debamos aprender la aritmética y la geometría; tra-  
 to solamente de hacer ver que los que buscan el camino recto -  
 de la verdad, no deben ocuparse de lo que no ofrezca UNA CERTE  
 ZA IGUAL A LA DE LAS DEMOSTRACIONES DE LA ARITMETICA Y DE LA -  
 GEOMETRIA". (9)

La influencia del filósofo francés se ha dejado sentir-  
 desde el tiempo en que vivió hasta el momento presente.

Respecto de la disciplina del Derecho, se planteó desde  
 los días de la vida de este filósofo un dilema que ha repercu-  
 tido en los siglos: o el Derecho es una disciplina que no admi-  
 tirá nunca el tratamiento de la Físico-matemática o para que -  
 el Derecho se considere ciencia, habrá que sujetarlo al método  
 apodíctico geométrico. La pandectística escucho aquella exclamación  
 del fundador de la filosofía moderna cuando con orgullo-  
 proclamó: "Omnia apud me mathematice fiunt", y se decidió defi-  
 nitivamente por someter el Derecho al tratamiento de la Geome-  
 tría, como antes Spinoza se había decidido a tratar la Etica -  
 more geometrico.

Toda la experiencia acumulada por la filosofía griega -  
 bajo la dirección de sus tres grandes epígonos y de los filóso-  
 fos estoicos y por una costumbre multiseccular, pareció derrum-  
 barse definitivamente; pero hemos visto que ha habido escuelas  
 filosóficas que no perdieron la tradición multiseccular y que -  
 nuevas escuelas se han formado para revivir el tratamiento - -  
 apropiado del razonamiento cuyas bases son la probabilidad, la  
 aproximación, la verosimilitud, o sea el razonamiento que el -  
 Estagirita denominó dialéctico cuyo tratamiento mencionó como-  
 Tópica.

## MEDIOS Y PROCEDIMIENTOS TOPICOS.

Siguiendo el orden empleado por Viehweg en su estudio-- sobre Tópica y Jurisprudencia diremos que las principales fuentes de los tópicos son: 1o.- La invocación de la doctrina; --- 2o.- Las relaciones entre el sistema principal y los problemas 3o.- Los brocados, reglas y principios generales del derecho; 4o.- La invocación de la jurisprudencia.

**INVOCACION DE LA DOCTRINA.**- Como el objeto de la tónica está constituido por las conclusiones dialécticas que provienen de premisas que es necesario descubrir, Aristóteles enseñó que estas premisas pueden ser proposiciones que parecen verdaderas a todos o a la mayor parte de las personas; o bien proposiciones que parecen verdaderas a los sabios; a todos los sabios; a la mayor parte de los sabios; a los más conocidos y famosos. Una de las manifestaciones de la tónica es la aceptación y --- aprovechamiento de proposiciones que parecen verdaderas segun una opinión acreditada.

Esta referencia al saber de los mejores, de los sabios- y de los más famosos, es en verdad una alusión muy pertinente a un conjunto de experiencias y de conocimientos humanos reconocidos, que garantiza un saber en el sentido más exigente. Se funda en el hecho de que los que disputan han adquirido por -- experiencia una serie de conocimientos y que entre gentes razonables solo se acepta aquello que es de peso o convincente.

Este recurso a la opinión de los sabios, y de entre éstos a los más famosos, se ha encontrado consagrado tanto en -- los sistemas legislativos antiguos como en los modernos. Re- -- cuérdese al efecto la Ley de Citas que mandaba que cuando hu-- biera opiniones encontradas entre los jurisconsultos, se diera la preferencia en el orden siguiente: Papiniano, Ulpiano, Paulo, Gayo y Modestino. Todavía Justiniano decía: non ex multitudine auctorum...propter honorem splendidissimi Papiniani" - - (Cod. I, 17, 6). Recuérdese también que al finalizar el siglo- XV los Reyes Católicos establecieron también una Ley de citas- que tuvo poco tiempo de vigencia: en materia civil tenían preferencia las opiniones de Bartolo de Saxoferrato y Ubaldo de - Ubaldis, y en materia canónica, el Parnomitano y Juan Andres.-

En México, después de su Independencia y antes de la -- vigencia de los Códigos que se expidieron en el Distrito Federal y en los Estados a partir de 1870, se invocaban las opinio

nes de Antonio Gómez (Varias Resoluciones, Comentarios a las Leyes de Toro, Carleval (De judiciis), Salgado (Laberinthum - Creditorum, de Regia Protectione), Juan Gutiérrez, Parladorio Hevia Bolaños (Curia Filípica), la Curia Filípica Mexicana, - el Sala Mexicano, el Febrero de Goyena, el Febrero Mexicano, - Menochio, Barbosa, Farinacio, Heinccio, Caepola, Escriche, -- Glosas de Gregorio López, Alvarez (Intituciones de Derecho Civil), Bobadilla (Política), Solórzano (Política Indiana) etc. Desde que aparecieron los Códigos dice Don Jacinto Pallares, - que eran oráculos Laurent, Demolombe, Baudry, La Cantinerie, - Aubry y Rau, etc. Comenta el señor Pallares que las obras que se citan son, en lo Civil, textos de autores belgas o franceses (10). En cuanto a Procedimientos Civiles, en cuanto a casación y prueba judicial se consulta a Bonnier, Chenon, Scheijven, Don Vicente Caravantes, Manresa y Reus, etc. En Derecho Mercantil se citan las obras de Lyon-Caen y Renault, Bedarri-de, Boistel, etc. Agrega el señor Pallares las obras clásicas de cita y consulta en materia penal, en Internacional Público y en cuestiones de Extranjería y después en Derecho Constitucional y Administrativo.

Para que se vea la influencia de este tópico o sea de la invención de premisas en los silogismos dialécticos que -- consiste en citas de autores famosos e ilustrados, no basta -- lo que se acaba de decir; es necesario recordar como las sentencias judiciales de los tribunales más altos como la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal Superior se apoyan muchas veces en doctrinas de autores muy reputados.

Este mismo fenómeno se observa en la mayor parte de los Tribunales mas altos, del continente europeo. Refiriéndose a -- Francia Fabreguettes dice: "La Corte de casación no se aparta -- fácilmente de las opiniones de Aubry y Rau (D. civil); Garsonnet (Procedimiento Civil); Ducrocq (D. admin.); Lyon-Caen (D. comm) (11). No es necesario recordar las continuas referencias -- que los tribunales de los países que tienen el sistema del -- Common Law hacen respecto de los antecedentes constantes en -- sentencias aunque sean muy antiguas.

Ha habido excesos en las citas, algunas veces justificadas para invocar los textos de obras escritas por personas -- con conocimientos y experiencia; pero otras muchas veces por -- imitar a los sofistas los que, de acuerdo con el decir de Platón, Aritóteles y sus contemporáneos, acostumbraban multiplicar las citas para hacer gala de erudicción.

INVOCACION DE LA JURISPRUDENCIA.- Los artículos 284 y -

395 del Código de Procedimientos Civiles acogiendo la práctica antiquísima de nuestros tribunales, han dicho que solo los hechos están sujetos a prueba y que el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras o en usos, costumbres o jurisprudencia; el segundo, tratándose del juicio, oral, determina que cuando se invoque jurisprudencia, doctrinas o leyes de los Estados, pueden exigir que se presenten en el acto mismo.

Es muy frecuente en todos los tribunales del país invocar en primer lugar ya no digo jurisprudencia constante en cinco ejecutorias, sino una o dos sentencias de la Suprema Corte para apoyar la premisa o premisas del razonamiento jurídico (precisamente un procedimiento tópico). No solamente lo usan los litigantes sino también los jueces y los tribunales de alzada en apoyo de sus resoluciones.

Mucho se ha discutido sobre si la jurisprudencia puede considerarse como fuente del Derecho. Dice Planiol que es la sola forma viva del Derecho (12). Pero Carbonnier dice por su parte "La jurisprudencia es una superposición de cosas juzgadas, la autoridad de las cosas juzgadas al acumularse no puede adquirir una eficacia de que carecía aislada. Dicho de otra manera, ¿Cómo pasar de la repetición de dicisiones judiciales semejantes, que solo es un hecho, a una regla jurídica? ¿Cómo de un hecho se salta a una obligación, o también ¿Cómo explicar el poder normativo de la jurisprudencia?. (13). En México el señor Magistrado Don Ramón Palacios ha considerado en varias ocasiones como violatoria, la doctrina y la jurisprudencia como fuente jurídica, del principio de la separación de poderes.

Pero es necesario reconocer que esta impugnación a la jurisprudencia como fuente jurídica, se basa en una observación muy superficial sobre la vida del Derecho. En efecto es inevitable la creación normativa de la jurisprudencia como se demuestra en estas consideraciones bien sencillas: en primer lugar, no todo el Derecho que se aplica a diario se encuentra legislado. Los principios generales del Derecho de los que ya se habló en otro lugar no constan en ninguna disposición expresamente dedicada a ellos. En segundo orden puede haber textos legales con el mismo supuesto de hecho y la ley no dice cuál de aquellos se aplicará, y entonces los tribunales escogen. - Ejemplo: los artículos 369, por una parte, en relación con el artículo 383 del Código Civil; por otro lado, los artículos 388 y el 383 ya citado del mismo ordenamiento.- Es tercer lugar las reglas de interpretación no se encuentran legisladas.

y sin embargo existen, y al ser violadas se reclama a través de la violación del texto mal interpretado. En cuarto término entre los principios generales del Derecho hay varios que pueden ser aplicables al caso y por lo tanto hay que escoger uno como lo hacen los tribunales.- En quinto, hay textos legales oscuros o contradictorios; los tribunales ya han resuelto las antinomias o aclarado los textos. Si el tribunal es de alta jerarquía, su resolución se considera respetable: es el caso de la interpretación del artículo 410 del Código de Procedimientos Civiles que habla de la "indivisibilidad" de la confesión.

En todos estos casos, quiérase o no, hay una laguna -- del ordenamiento que se cubre por las resoluciones judiciales. En materia federal tenemos un caso extraordinario: La Constitución y las leyes federales hablan de la obligatoriedad de la jurisprudencia de los tribunales de la Federación; sobre interpretación y aplicación de leyes federales; pero la práctica de todos los tribunales del orden común del país consideran obligatorio la jurisprudencia de la Suprema Corte cuando se estableció sobre interpretación y aplicación de leyes locales.

MAXIMAS O BROCARDOS JURIDICOS.- Se atribuye el origen de la palabra brocardo al nombre de un famoso canonista del siglo XI que escribió una colección de cánones con algunos comentarios y se dió en llamar a las máximas jurídicas brocardos por el nombre del jurisconsulto Burcardo de Worms. Otros creen derivar la voz brocárdica de protarchica que quiere decir primeros principios. Como quiera que sea el origen del conjunto de reglas generales, de apotegmas, de máximas, de axiomas jurídicos, se han referido siempre a las Reglas del Derecho que constan en el título 17 del libro 50 del Digesto y que fueron trasladadas al título 34 de la Séptima Partida de Don Alfonso el Sabio, que estableció en el preámbulo de dicho título la supletoriedad de tales reglas porque si hubiese alguna Ley de las Partidas que fuese contraria a alguna de las reglas, prevalecerá la ley.

LA ARGUMENTACION POR EL EJEMPLO.- El fundamento de la argumentación por el ejemplo puede observarse en un caso particular.- Este caso particular puede ser: a) el ejemplo que permite la generalización; b) el hecho que confirma la opinión la teoría o el sistema; c) el caso o hecho que sirve de modelo por imitar.-

El ejemplo permite la generalización; el caso confirmatorio, la ilustración; el modelo incita a la imitación.



La argumentación por el ejemplo parece a primera vista, que nos hace pasar de un hecho particular o otro particular también sin que enuncie ninguna regla ni principio. Parece pues que esta argumentación es de lo particular a lo particular. El ejemplo que expone Aristóteles en su Retórica es -- ilustrativo: "Es necesario hacer los preparativos militares -- contra el gran rey para no dejar que sojuzgue a Egipto: en -- efecto, Dario no pasó a Europa sin antes haber tomado a Egipto, y cuando lo tomó pudo pasar allá. Jerges no emprendió nada antes de haberlo conquistado, y, cuando se apoderó de él, -- pasó a Europa. De manera que si el príncipe de que se trata -- se apodera de él, pasará a Europa. Así pues es necesario impe- dir que lo haga. (14)

En el fondo se descubre una regla o principio: la puer- ta de Europa viniendo del oriente, es Egipto.- Adviértase como desentendiéndose del principio o regla que está en el fondo del ejemplo y no respetando el principio que de aquel se -- deriva, fácilmente se comete error.

**SISTEMATIZACION PARCIAL.**-- El sistema se nos presenta -- como un conjunto ordenado de conceptos que aspira a representar la realidad como es en si misma, según lo dice el historia- dor de la filosofía Guillermo Fraile. El mismo autor define -- el sistema como un conjunto ordenado de respuestas que da la -- inteligencia humana a los problemas que plantea la realidad.

Cuando, ya constituido el sistema o régimen, surge un -- problema dentro de él que parece no tener solución dentro del todo sistematizado; entonces hace una aparición espectacular, el nudo gordiano del Derecho; la discordancia de un instituto fragmentario con el conjunto del sistema. ¿Vendrá por tierra -- todo el régimen para levantar otro en su lugar, que sea omni- comprensivo?. O bien podrán vivir juntos el sistema general -- con el sistema parcial sin que se destruyan recíprocamente?.

Dentro del sistema de las ciencias físico-matemáticas -- habrá que distinguir si el problema es verdadero o falso. Si -- es verdadero y el sistema en el que se presenta no es capaz -- de resolverlo, entonces la destrucción del sistema es irreme- diable. Si apareciera un planeta, un cometa, un cuerpo celes- te cualquiera que se viera que no obedecía a las leyes de gra- vitación universal descubiertas por Newton, éstas tendrían -- que desaparecer para dejar su lugar a otras que serían las que obedeciera el astro descubierto.

Pero tratándose de sistemas que no se rigen por la 16-

gica deductiva y axiomática, entonces, las cosas se conducen de manera diferente. Nicolás Hartman ha descrito de una manera gráfica la contraposición que existe entre el pensamiento sistemático y el problemático: hay contraposición entre ellos y al mismo tiempo hay conexiones; si el problema se presenta insoluble dentro del sistema "A", si el problema no es más -- que aparente, la solución continuará dentro de ese sistema, -- sólo que habrá que explicar en qué consista la apariencia de la oposición al sistema. Si el problema es insoluble dentro -- del sistema entonces el planteamiento de un problema puede -- producir el nacimiento de otro sistema o sistemas según sean los problemas y engendrar hasta una selección de sistemas -- (15).

Dentro del sistema y método matematicista al surgimiento de un problema insoluble no tendrá mas solución que la que presenta un dilema: o desaparece el sistema, como ya se dijo, o bien se hace desaparecer la causa del problema, cuando esto pueda hacerse, como por ejemplo, en el campo del Derecho, de la política o de otras ciencias prácticas. Los resultados de esta solución dentro del sistema deductivista, puede llegar -- a ser catastrófico, como más adelante se patentiza.

Por eso en la técnica de la Tópica, se proliferan los sistemas de modo que puedan vivir al mismo tiempo y sin desbaratarse unos a los otros.

EL PROBLEMA Y EL SISTEMA  
EL PROCEDIMIENTO DE LA TÓPICA.

Siendo la tónica la técnica de los problemas que se presentan dentro de un sistema, habrá que precisar desde luego en qué consisten los problemas que surgen ya en oposición, ya tendientes a salir fuera del sistema en que se presentan.

El primer problema que se ofrece en los sistemas jurídicos es el de la obscuridad del texto;

El segundo, es el de la previsión del caso jurídico por textos contradictorios;

El tercero es aquel en que falta la previsión del caso-jurídico dentro del sistema legal, o sea el fenómeno de la laguna de la ley;

El cuarto, que es el más delicado tal vez de todos, es aquél en que dentro del sistema aparece un texto o un instituto que se presenta como contradiciendo al sistema o dando una solución al caso práctico previsto que se sale del sistema y no puede armonizar con él;

El quinto problema es aquél en que el Legislador dijo - menos de lo que quiso decir (dixit minus quam voluit) o bien dijo más de lo que quiso (dixit plus quam voluit).

El más grave e importante de los problemas que surgen dentro de un sistema es precisamente el que hemos señalado en cuarto lugar; pero antes de tratar de él que merece por su importancia un capítulo aparte, será bueno decir algo sobre cada uno de los demás.

Las reglas generales de interpretación que prevalecen en la doctrina contemporánea se han inspirado en los estudios de Savigny sobre tan importante materia, expuestos en su Sistema del Derecho Romano, que se refieren a la interpretación gramatical, a la lógica, a la histórica y a la sistemática.

El primer paso en la interpretación es precisamente el literal o filológico. Cuando una palabra tenga significaciones diversas se tiene que adoptar aquélla que esté en conexión con las demás que se emplean por la regla jurídica de que se trata y con la materia a que se refiera. Si tiene dos significados la palabra del legislador, uno vulgar y otro técnico, es

de preferirse el usual o común al significado especialmente -- técnico puesto que el legislador se dirige al común de los individuos, al pueblo, a no ser que la materia de que trate sea especialmente técnica o que por la conexión de las palabras empleadas en las disposiciones, resulte un significado especial que no pueda confundirse con el ordinario.- A veces el legislador usa términos jurídicos y en tal caso debe preferirse el -- sentido técnico jurídico al vulgar.

El segundo elemento de que se debe valer el intérprete, pues el literal nunca puede agotar la actividad interpretativa, porque como dice el señor don Juan de Castro y Bravo, toda regla jurídica aunque tenga una gran calidad gramatical, requiere forzosamente una interpretación teleológica: es precisamente el sentido finalista de la ley que nos da el espíritu de -- ella y el pensamiento del legislador.

Respecto del sentido literalista se dice por los jurisconsultos contemporáneos, que éste tiene una doble función: -- primeramente es el punto de partida para la investigación del contenido de la disposición legal; en segundo lugar marca límites a la actividad interpretativa que no puede salirse ni rebasar la autoridad del texto mismo. Si se señalan fines o motivos de la ley que no pueden caber dentro del texto literal de la misma, es necesario decir que se sobrepasó la voluntad del legislador. Pero para completar y controlar los resultados de la interpretación gramatical, es necesario penetrar en el pensamiento y en el espíritu de la ley; es la función del criterio lógico o teleológico, es decir, como lo afirmó don Alfonso el Sabio: "saber las leyes no está en decorar las letras de ellas, más en alcanzar y penetrar su verdadero entendimiento".- Savigny entendía por interpretación lógica la dirigida a buscar el fin o el motivo de la ley. Los jurisconsultos actuales indican que la interpretación lógica se realiza de dos maneras: -- con los elementos mismos de la fórmula legislativa, que es la lógica interna y con los elementos que radican fuera de ella, -- pero que la circundan y constituyen su presupuesto. Es indudable que siendo la ley una obra de voluntad, de imposición y de exigencia, tiene que fundarse en un principio justificativo el cual sólo lo da el motivo o el fin.- Savigny consideró que la ratio legis tiene dos sentidos diversos: uno que ve al pasado y otro que ve al porvenir, esto es, el principio o regla superior de donde procede la ley, como consecuencia, es el primer significado de la razón legal; el segundo, es el efecto que se trata de producir, es decir, el fin, la intención de la ley. - Entre ambos sentidos no se puede admitir oposición, sino reunión de ellos en el pensamiento del legislador (16). Las doc--

trinas modernas consideran que lo que se ha acostumbrado llamar "espíritu de la ley", es precisamente la consideración de la finalidad que ella tiene y que obedece a dicho espíritu. Se obedecerá a la ley cuando se aplique en forma de que se realice el fin propuesto acomodándose a las circunstancias del caso.

El criterio o elemento sistemático es aquél por virtud del cual la interpretación se basa no solo en la conexión de las partes individuales de la proposición jurídica, sino la conexión con el total de las proposiciones que por su sentido se refieren a otras; de tal manera que siendo varios los significados posibles, según el sentido literal, se ha de preferir el sentido contínuo dado a las palabras y comprensible en la conexión total. "Junto a la interpretación gramatical, es decir, lingüística, aparecen así completándola y continuándola la interpretación lógica y la sistemática" (17). Aquí el ilustre profesor alemán de la Universidad de Munich cita las bellísimas palabras del jurisconsulto italiano Betti que comentó el pasaje célebre de Paulo (Digesto, 1,3,29): "contra legem facit qui, id facit quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit" (obra contra la ley el que hace lo que ella prohíbe, y defrauda a la ley el que sigue sus palabras, pero obra contra el propósito de ella).— Las palabras del juriscunsulto italiano que se refieren a este pasaje de Paulo, fueron las siguientes: "el canon hermenéutico afirmado en este célebre texto se podrá calificar como el canon de la totalidad o coherencia de la consideración hermenéutica. Con él se hace patente la correlación que media entre las partes del discurso y éste en su integridad: correlación y referencia, hacen posible la iluminación recíproca de significados entre el todo y sus elementos constitutivos" (18). Este hermoso texto parece más bien referirse a las célebres palabras de Celso en su conocido pasaje; "Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula ejus judicari vel respondere".

Todas estas reglas sirven para desentrañar el sentido que no aparezca manifiesto en la ley misma.

En el segundo problema o sea el de la existencia de textos contradictorios, entonces el conflicto se resolverá atendiendo a diversos tópicos: el primero se refiere a que el texto más antiguo será derogado por el más reciente; pero si los dos textos han sido puestos en vigor al mismo tiempo, se combinan las reglas siguientes: Primera: uno de los textos puede considerarse como una decisión de principio, la otra como una disposición de excepción. La primera puede sufrir una exten-

sión; la segunda es de estrictísima interpretación; Segunda: -- bien puede suceder que los textos contemplen hipótesis diversas y entonces el conflicto deja de existir por tener campos de aplicación distintos.

En orden al tercer problema o sea aquél en que exista la laguna de la ley por no haber sido previsto el caso, el Código-Civil en su artículo 19 y la Constitución en el artículo 14, párrafo cuarto, establecen una regla relativa a la interpretación en materia civil que es necesario considerar con todo detenimiento.- El párrafo del precepto constitucional establece que la sentencia definitiva en los juicios civiles deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del Derecho.- Al hablar de la interpretación jurídica de la ley se está refiriendo a la interpretación que no sea puramente gramatical, puesto que el texto las distingue y separa. Entonces, además de la interpretación gramatical o literal hay la interpretación jurídica que según la tradición es la interpretación de que antes hice mérito o sea la lógica, la histórica y la sistemática; pero además, conforme a la historia de nuestro Derecho y de nuestras doctrinas, hay otras dos interpretaciones llamadas también jurídicas que son la extensiva y la analógica y también la de contrario sensu, poco importa que después demostremos que las llamadas interpretaciones por analogía, por mayoría de razón o a contrario sensu, no sean verdaderas interpretaciones; pues la tradición jurídica siempre las consideró como interpretaciones aunque la ciencia jurídica moderna ha llegado a demostrar que las tres últimas llamadas interpretaciones no son sino medios de integración de la ley precisamente cuando falta el texto. De esta manera se supone que hay dos situaciones totalmente diversas: en una el hecho no está previsto expresamente por la ley, pero es semejante al que está previsto y basta con extender la solución al caso semejante, pero no previsto, ya sea por que es la misma razón de la disposición, o bien porque por mayoría de razón la aplicación de la ley correspondería al caso no previsto expresamente. En el otro caso por el contrario el hecho jurídico no se encuentra previsto por la ley ni hay disposiciones semejantes que se pudieran aplicar a él por analogía o por mayoría de razón, y entonces nos encontramos en presencia de una laguna.

Los tópicos que se usan principalmente en el caso de que la ley no previó expresamente el hecho pero éste establece relaciones de semejanza con el previsto, son los siguientes: Primero, el argumento a fortiori y el argumento a pari.

El argumento a fortiori se refiere al argumento por mayoría de razón. El argumento a pari se expresa en el prologo "Ubi eadem est ratio, eadem esse debet dispositio". También se emplea el argumento a contrario: Qui dicit de uno, negat de altero; Inclusionem unius fit exclusio alterius.- De estos argumentos sólo trataremos brevemente de la analogía y del argumento a contrario sensu que se presentan siempre como ejemplo de argumento tópicos y que sirven para integrar las normas jurídicas.- Antiguamente se consideraba que la analogía se fundaba en una presunción de la voluntad del legislador. Actualmente se funda en la igualdad jurídica en virtud de la cual las mismas situaciones de hecho deben merecer igualdad de tratamiento.- La analogía supone la existencia de casos análogos o sea el que tenemos enfrente y el previsto por la ley. La coincidencia o afinidad entre ambos casos se conciben bien como una relación de semejanza, bien como una relación de identidad. En el primer caso se trata de un procedimiento de inducción o generalización, en el segundo es un procedimiento más simple. Se habla también de paridad o semejanza de razón y de identidad de razón. Don Demófilo De Buen nos dice, que la esencia del método analógico consiste en elevarse al principio inspirador de una norma concreta y deducir de él nuevas consecuencias distintas. (19)

En el argumento a contrario sensu se tiene en presencia una enumeración hecha por la ley. A los hechos enunciados se les fija un efecto; se concluye que a los no enunciados no se les puede señalar el mismo efecto: inclusionem unius fit exclusio alterius. Qui dicit de uno, negat de altero.- Marcel Planiol opina sobre este argumento diciendo que es frecuentemente engañoso porque los enunciados de la ley pueden haber sido hechos a título de ejemplos y sólo tener un valor demostrativo, de donde resulta que nos engañamos al aplicar una regla contraria a casos semejantes. Los presupuestos de la aplicación de este tópico son, primero, el silencio de la ley respecto de la hipótesis que se nos presenta para resolverlo. Si el caso se encuentra previsto, el brocardo no tiene aplicación ninguna. - El segundo presupuesto exige que el argumento a contrario no llegue a consecuencia absurdas. Laurent presenta el ejemplo del artículo 3o. del Código de Napoleón: "Los inmuebles, aunque sean poseídos por extranjeros, se rigen por la ley francesa". "Argumentando, dice el autor, - con base en el silencio de la ley se podría decir: el legislador habla de inmuebles para someterlos a la ley francesa. No habla de muebles, luego no los somete a la ley francesa, porque "lo que dice de unos, lo niega de los otros". Semejante interpretación conduciría a esta consecuencia soberanamente absurda que la ley francesa no rige los muebles poseídos en Francia por franceses. El argumen

to es malo cuando termina en un absurdo". Don Joaquín Escriche en "Interpretación Doctrinal", al tratar de las reglas de ésta señala la octava: "el argumento a contrario sensu tiene bastante fuerza cuando se trata de interpretar una ley. (20) (Recuérdese que esta tradición a que perteneció Escriche, llamaba interpretación aún a la integración de una ley que guardaba silencio). "Más para que proceda y sea válido este argumento, es necesario que no se siga de él ningún absurdo o inconveniente o contradicción de derecho, como dice muy bien Gregorio López en la glosa la. de la Ley 3, título 26 partida 4a..." El tercer presupuesto es que la eficacia del argumento a contrario se subordine a la condición de que no se oponga a otras normas de la ley o que no vulnere otros derechos ya reconocidos por la misma. Este presupuesto se funda en la razón de que por la norma deducida por razonamiento no se podrá evidentemente derogar una norma expresa.

El caso de la laguna de la ley requiere positivamente de una fuente supletoria y el artículo 14 de la Constitución lo estableció al fijar como tal a los principios generales de derecho. La Suprema Corte de Justicia, en múltiples ejecutorias, ha producido la definición dada por don Isidro Montiel y Duarte -- que dice lo siguiente: "...por principios generales de Derecho debemos entender aquellos que estén consignados en algunas de nuestras leyes, teniendo por tales no solo las mexicanas que se hayan expedido después del Código, sino también las anteriores de modo que para buscar principios de Derecho de una justa y legal aplicación, según los términos del artículo 20 de nuestro Código Civil y 14 de la Constitución, existe el anchísimo campo de la legislación mexicana que nació con nuestra Independencia, y el más amplio todavía de la legislación española que comenzó en el Fuero Juzgo"(21). -- También es cierto que la Corte ha invocado repetidas veces principios del Derecho romano sin limitarse exclusivamente a la legislación española. Así lo ha resuelto cuando se trata de apreciar servidumbres voluntarias no mencionadas en el Código Civil; cuando se trata de determinar si las obligaciones pecuniarias correlativas a obligaciones indivisibles en contratos bilaterales perfectos de prestación de servicios profesionales, se reputan también como indivisibles las pecuniarias aunque por su naturaleza sean divisibles y para esto invocó textos expresos del Código de Justiniano.

Continuamente en los tribunales mexicanos se aplican las Reglas de Derecho contenidas en el último libro del Digesto y en el último libro de las Partidas, como aforismos o brocardos.



## UN INSTITUTO DENTRO DE UN SISTEMA QUE NO ARMONIZA CON EL

El cuarto problema que se presenta dentro de un sistema jurídico es la aparición de una situación y aún de un instituto que no concuerda con las bases del sistema y hasta pueden manifestarse en completa oposición con éste.

Las reglas establecidas desde Aristóteles para resolver esta clase de problemas, empiezan por distinguir los sistemas en que ocurren estas aporías: sistemas apodícticos y sistemas dialécticos; o sea, sistemas basados en el razonamiento deductivo y sistemas en que se razona con base en premisas que sólo son probablemente ciertas o posibles o verosímiles.

En los sistemas apodícticos, si se presentan hechos o fenómenos que contrarían el régimen de ellos, el sistema caerá por tierra y tendrá que ser sustituido por un estatuto diferente en que el nuevo hecho encuentra lógico y armónico acomodo. Sí, por ejemplo, apareciera en el espacio un planeta, un cometa, un satélite o un asteroide que no obedeciera a las leyes de Newton de la gravitación, éstas desaparecerían para dejar el lugar a las nuevas que se presentarían como generales. En la Geometría euclidiana no se concibe ni puede existir un triángulo en el que la suma de sus ángulos sea mayor o menor que dos ángulos rectos.

En los sistemas dialécticos también se presentan situaciones o institutos discordantes; pero entonces su aparición no provoca el aniquilamiento de aquéllos. Si el problema es sólo aparente, se resolverá de acuerdo con el sistema; si el problema es real, se someterá a las reglas de la Tópica, entendida ésta como la técnica precisamente de la aporética o problemática. Fuera catastrófico si, en el terreno del Derecho, viniéramos a aplicar el método de las ciencias físico-matemáticas, como lo practicaron los pandectistas germanos en la segunda mitad del siglo pasado y lo intentan seguir aplicando en la actualidad sus nietos intelectuales.

En mérito de la brevedad presentaremos dos ejemplos demostrativos: uno del campo del Derecho público y otro, del privado.

Sirve de espécimen del primero la organización de una nación bajo el régimen federal. La forma del Estado Federal se realiza o por pacto de Estados independientes que se unen en una federación, o bien, por descentralización: las provincias-

antes unidas por un ordenamiento centralizado, vienen a convertirse en autónomas y quedan unidas a las demás con independencia de sus regímenes interiores tanto recíprocamente como respecto del Estado central que constituyen.

Si se aplicara el criterio apodíctico, more geométrico, a esta organización, las restricciones impuestas a los Estados autónomos en su régimen interior, como por ejemplo, en materia de comercio, de intercomunicaciones, de reglas de Derecho privado emanadas de un Tratado internacional celebrado por el gobierno central, ipso facto acabarían con el régimen federal -- que sólo podría llevar una vida triste y exangüe fundada en -- contradicciones flagrantes.- Un antiguo orador español decía:-- "no se puede pernoctar en la contradicción sin amanecer en la locura".- Y si la última palabra en la administración de justicia se confiara a los tribunales federales que revisaran las sentencias de los tribunales estatales, sólo habría de quedar de Federación un flatus vocis.

Si las instituciones públicas se gobernaran por la lógica apodíctica, hace más de un siglo que los Estados Unidos y México, sobre todo éste, hubieran desaparecido como Estados Federales después de guerras civiles crudelísimas.

Supongamos por un momento que triunfara por algún tiempo el sistema pandectístico matemático y se reconociera como operante el argumento lógico de que en un régimen federal -- "todas las causas civiles o criminales pertenecerán al conocimiento de los tribunales de cada Estado, y serán fenecidas en ellos hasta su última instancia y ejecución de la última sentencia", como decía el art. 160 de la Constitución Federal Mexicana de 4 de octubre de 1824. Tendría que sobrevenir forzosa<sup>mente</sup> la supresión del juicio de amparo en asuntos judiciales, como lo quisieron hace un siglo los autores de la segunda Ley de Amparo de 20 de enero de 1869 en su artículo 80., y como lo propuso el jurisconsulto don Emilio Rabasa en 1906 y en 1922.- La Suprema Corte declaró inconstitucional el art. 80. precitado y el Congreso constituyente de 1917 mantuvo y corroboró el amparo judicial incorporándolo a la misma Carta Magna con fundamento en varias consideraciones, siendo una de las principales "reducir a la autoridad judicial de los Estados a sus justos límites, pues bien pronto se palpó que convertidos los jueces en instrumentos ciegos de los gobernadores, que descaradamente se inmiscuían en asuntos que estaban completamente fuera del alcance de sus atribuciones, se hacía preciso tener un recurso, acudiendo a la autoridad judicial federal para reprimir tantos excesos". (Discurso del Primer Jefe, C. Venustiano Carranza, al hacer entrega del proyecto de Constitución a los Di

putados Constituyentes en la Sesión inaugural de la tarde del viernes 10. de diciembre de 1916 en la Ciudad de Querétaro.- - Diario de los Debates, 1, pág. 263, Edición de la Secretaría - de Gobernación, México, 1917).

De esta manera al ser declarado inconstitucional el art. 80. de la ley de 20 de enero de 1869 según el cual "No es admisible el recurso de amparo en negocios judiciales" y ratificada por la Constitución de 1917, la admisibilidad de los amparos judiciales, tanto en materia civil como en materia penal, - la Suprema Corte y los Jueces de Distrito quedaron en aptitud de intervenir en la administración de justicia de los Estados.

La historia de la administración de justicia en los Estados de la República mexicana se divide en tres períodos: el primero de 1824 a 1857; el segundo de 1857 a 1917; el tercero de 1917 hasta aquí. El primer período se compone de dos fases: de 1824 a 1835; en éste último año se pasó al centralismo; la segunda fase corre de 1835 a 1857, pues no hubo cambio profundo en el ramo judicial al adicionarse la Constitución en 1846- a 1853, año éste último en que empezó el postrer gobierno de -- Santanna hasta 1855 en que triunfó el Plan de Ayutla y vino el período organizativo que le siguió hasta la expedición de la - Constitución de 1857. Poco importa que los gobiernos centralistas desde 1836 a 1846, hayan intentado mejorar la administrac-- ción de justicia, por que no lo consiguieron.

Por esto puede decirse que en este período se observan dificultades insuperables para organizar una pasable administrac-- ción de justicia, primeramente por la falta de funcionarios letrados, no tan solo para ocupar los Juzgados de Primera Instancia, pero ni aún para desempeñar las magistraturas más elevadas, menos numerosas. Si a esto se agrega la obstinación anti-interpretacionista copiada de los prejuicios de la Convención Francesa de 1793, que se advierte en las Constituciones - de nuestros Estados que prohibían a los tribunales la interpretación de la ley y en caso de duda era obligatorio el référé a las Cámaras de Diputados para que éstas hicieran la interpretación, se comprenderá el desastre que significaron la forma de organización de los tribunales y su manera de funcionar.- No hay que culpar a los Estados por su empecinamiento antiinterpretacionista porque la Constitución Federal de 1824, hizo forzoso también el référé legislativo creado por la revolución -- francesa. El art. 165 de nuestra primera Constitución ordenó:- "sólo el Congreso General podrá resolver las dudas que ocurran sobre inteligencia de los artículos de esta Constitución y del Acta Constitutiva". Por eso el art. 64 de aquella determinó -- que: "En la interpretación, modificación, o revocación de las-

leyes o decretos, se guardarán los mismos requisitos que se --prescriben para su formación". Es decir, ¡se prohibía a la Suprema Corte interpretar la Constitución!

Agréguese a todas estas circunstancias adversas la complicación de la legislación española de la época, que no llegó a simplificarse en la Novísima Recopilación llevada a efecto y terminada a principios del siglo XIX, y que estuvo vigente en nuestra patria hasta el año de 1870 y 1872 y en materia federal hasta la última década del siglo pasado.

La carencia de una buena administración de justicia ha provocado y provoca desunión en los pueblos, del mismo modo -- que una eficaz y buena administración produce la unidad de las naciones. La unidad de Francia fue un hecho cuando la justicia real fue sustituyendo por plebiscito tácito nacional a la justicia de los señores feudales. El Imperio sacrogermánico vivió casi mil años porque había un tribunal central de justicia presidido por el príncipe del Palatinado. Y el señor Bernardo Herzog ha demostrado que la unidad de Castilla se debió, no a su legislación, que no fué muy ordenada, sino a la responsabilidad de la jurisprudencia de sus tribunales que estableció orden en el sincretismo legislativo (22).--Un camino semejante siguió la unidad de Inglaterra cuando prevaleció la justicia real sobre la feudal, pluralista y sujeta a influencia localistas.

En México, en el período apuntado (1824-1857), la unidad de la Nación no se logró. Recordemos la separación de Texas bajo el pretexto de que "reasumía su soberanía"; la separación anterior de Guatemala, Nicaragua, Honduras, El Salvador y Costa Rica y diversos movimientos separatistas en algunos Estados que no he de mencionar. Durante la más injusta de las guerras, la de los Estados Unidos contra México en 1847-1848, se vió la falta de unidad de la Nación. Varios Estados se declararon independientes, uno asumió el carácter de representante de la Federación y desconoció los poderes del centro, y otro se declaró neutral; hubo uno que le disputó al Gobierno federal unos fondos que éste recolectó en una feria famosa e invocó como razón que había contribuido ya con un batallón.

El lazo de unión que en otras naciones se estableció -- por una buena administración de justicia, faltaba en nuestra patria. La magnífica administración centralizada hasta 1821 en la Real Audiencia integrada por juristas magníficamente escogidos desapareció definitivamente en 1824 y aunque de 1836 a -- 1846 los regímenes centralistas se esforzaron por colocar en los puestos judiciales a funcionarios letrados, estos escasea-

ban y los que ejercían la abogacía con título, rehusaban dejar sus bufetes por la inestabilidad de los gobiernos expuestos en tonces a las asonadas y cuartelazos que menudeaban.

Este descaecimiento lastimero del servicio público de la justicia, tras de la cual los pueblos desolados corren con un ímpetu irrefrenable, formaban una situación que laceraba el alma de la nación y que aparecía como un mar sin riberas.- Pero surgió de la Constitución de 1857, un remedio en cuya función centrípeta ni siquiera pensaron los constituyentes y ese medicamento maravilloso llegó envuelto en el nombre plástico y significativo de amparo, y por obra de los artículos 14 y 16 de la misma Carta Magna y a través de ese juicio de amparo, la última palabra en la administración de justicia vino a pertenecer al tribunal más alto del país alejado de los centros influenciales localistas: a la Suprema Corte de Justicia. Y si entonces, por las comunicaciones difíciles, por las penurias del erario, el centro no podía ofrecer ayuda a los Estados, -- les brindó en cambio un servicio público excelente de justicia, en los grados más elevados de la jurisdicción, y de esta manera el Tribunal más alto del país vino a ser el centro aglutinante de la nacionalidad. Así, pues, en México, como en Francia, como en Castilla, como en Inglaterra, como en el Imperio Romano germánico, se produjo la unidad nacional indestructible bajo el signo de la centralización de la administración de justicia, puesta lejos de los influjos y presiones de camarillas-ignaras y codiciosas.

El enjuiciamiento de la Justicia en los Estados, en el período de 1857 a 1917, lo hizo con autoridad y solemnidad el ciudadano Venustiano Carranza en fecha y ocasión memorables ya referidas; la justicia estaba en manos de los Gobernadores y sus amigos.

Pues bien, en el período que viene corriendo desde -- 1928 al tiempo presente, la situación de la Justicia en los Estados no sólo ha empeorado sino que se ha degradado en forma tal que la designación de Magistrados se hace a propuesta de los Gobernadores, y por una declaración de las Cámaras locales de Diputados (compuestas de no menos de siete y no más de once representantes) de haber lugar a proceder contra los Magistrados, éstos quedan suspendidos en sus funciones sin ser oídos -- previamente, aunque fungirá el tribunal Superior como tribunal de sentencia, que las más de las veces no se pronuncia. Hay dos Estados, Guanajuato y Colima, en que el Gobernador puede suspender sin juicio previo a jueces y magistrados. (Véase resumen de las Constituciones Estatuales en el Apéndice D).

Solamente aquellos abogados o personas que no litigan o no han litigado en los Estados, pueden ignorar la situación de desolación en que se halla la justicia en la mayoría de ellos. Si no fuera por el juicio de amparo no se podría vivir en México.

Esto explica la gravísima responsabilidad ante la Nación y ante la historia contraída por aquellas reformas constitucionales que fraccionan a la Suprema Corte, al descentralizarla, para hacerla desandar el camino histórico anhelado por la Nación, de su alejamiento de los centros influyentes, y colocarla de manera de recibir directamente el impacto de éstos. Nunca fue prudente colocar a los funcionarios públicos en condiciones de que las virtudes necesarias e indispensables en ellos, se ejerciten en grado heroico. El tiempo lo dirá.

Ahora bien, después del preámbulo tan largo, volvamos - al punto de partida y coloquémonos por un momento en el punto de vista del pandectismo germánico y consintamos por unos instantes en que la vida del Derecho se rija por la lógica deductiva y por el razonamiento apodíctico. Entonces tendríamos que razonar en esta forma: Si México es una República Federal, la solución del art. 160 de la Constitución de 1824 es la correcta, y en tal caso, debe desaparecer el juicio de amparo en -- asuntos judiciales o bien debe desaparecer el régimen federal de la República. Como se ve el dilema es catastrófico: si se vuelve al sistema de administración de justicia encomendada exclusivamente a los Estados, ya no toparíamos con la falta de jueces letrados ni con el antiinterpretacionismo, pero no podríamos evitar la influencia avasalladora de gobernadores y camarillas, y se recaería en la desunión nacional y en el separatismo de la segunda, tercera y cuarta década del siglo pasado. Creemos que la Nación no lo admitiría y que seguramente vendría la guerra civil por tal regresión. Si atendemos al otro cuerno del dilema y pensamos que se optara por la cesación del federalismo y se escogiera el centralismo, estamos seguros que tal paso traería una conmoción de tal magnitud que ni siquiera podemos detenernos en el pensamiento de tal solución.

Quedan patentizados los resultados apocalípticos de organizar a nuestro país siguiendo los planes proyectados y aconsejados por la lógica matematizante de la pandectística.

Queda demostrado también que cuando dentro de un sistema jurídico se presenta un problema sistemático, se resuelve como antes se dijo creando un sistema que pueda vivir con el otro sin destruirse. Es la aplicación de la tónica jurídica de

que antes se hizo mérito.

Ha quedado palpable también cómo el Derecho no admite ser dirigido por el razonamiento apodíctico.

Mostraremos ahora un ejemplo dentro del Derecho Privado - de dos soluciones que se presentan en materia de intereses o réditos en las obligaciones pecuniarias, en relación con la constitución en mora.

Sabidas son las normas de nuestra Legislación que rigen - esta materia: en las obligaciones contractuales sin plazo determinado, para constituir en mora al deudor necesita hacérsele interpelación ya sea ante Notario, ya sea judicialmente o ante dos testigos, más el transcurso de treinta días posteriores a la intimación. Si se tratara de obligaciones de hacer, el cumplimiento debe de hacerse siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para la ejecución del hecho después de la exigencia del acreedor (art. 2080 del Código Civil).

En las obligaciones de plazo fijo, la mora se constituye ipso facto al vencimiento de él, conforme albrocardo Dies Interpellat pro homine (art. 2104 y 2105 del mismo).

Pues bien, existen cinco textos en el mismo Código Civil - en que hay obligaciones sin plazo fijo y respecto de las cuales - el deudor se encuentra en mora sin necesidad de interpelación.-- Estos textos son: A) El art. 2296, fracción II, que constriñe al comprador de cosa fructífera a pagar al vendedor intereses por - el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del -- precio; B) El mandante debe reembolsar al mandatario las sumas - que éste hubiera anticipado para la ejecución del mandato. El -- reembolso comprenderá los intereses de las cantidades anticipa-- das desde el día en que se hizo el anticipo (art. 2577).- C).- - El mandatario debe pagar los intereses de las sumas que pertene-- cen al mandante y que distrajo de su objeto en provecho propio, - desde fecha de la distracción (art. 2572).- D).- El que acepte - un pago indebido, si hubiere procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos per-- cibidos y los dejados de percibir, de las cosas que los produje-- ron; responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por - cualquier causa y de los perjuicios que se irrogaren al que la - entregó, hasta que la recobre (artículo 1884). E) En las deudas - de cosas ciertas y determinadas el deudor de ellas por delito, - responderá del caso fortuito a no ser que acontezca éste después de constituido en mora accipiendi el acreedor (art. 2019).

Una parte de la doctrina mexicana considera estos cinco casos como pertenecientes a un derecho excepcional de acuerdo con un principio de la Exégesis de que las normas que no son generales y que de éstas se separan pertenecen al derecho singular o excepcional, sin que quepa término medio (*medium non datur*).

Pues bien, la Tópica desde hace siglos encuentra una solución diversa: las disonancias pueden eximir del alcance de una ley prohibitiva en favor de determinadas personas; puede -- conceder privilegios de exención o modificación de una ley en favor de señaladas personas. Se trata siempre de excepciones. Pero si las disonancias resultan de circunstancias generales, no personales y no hay razón especial para la derogación de la ley general, entonces es la manifestación de que dichas disonancias pertenecen a sistemas diversos coexistentes o constituyen las bases de nuevos sistemas, como ya se expuso en su lugar.

No se diga que las actitudes tan contrapuestas entre la exégesis, deductivista y apodíctica, por una parte, y la Tópica ocupada de resolver problemas dentro de un sistema, por otra parte, no engendran consecuencias jurídicas de transcendencia, porque las excepciones tienen un tratamiento especial dentro de la ley como se advierte en la disposición del art. 11 de -- nuestro Código Civil que las hace de interpretación estrictísima, mientras los casos que se separan de un sistema sin derogar éste y que no tratan de fundar privilegios ni exenciones -- de prohibiciones, o bien pertenecen a un sistema diferente o -- bien son la base de un nuevo sistema que está por amplificarse y organizarse como lo demostró Ihering. (23)

Así, pues, los cinco casos apuntados pertenecen a sistemas que se los distribuyen en esta forma: los casos A) y B) -- pertenecen a un mismo sistema; los casos C) D) y E) corresponden a otro sistema diverso.

Para precisar, empezaremos por decir<sup>se</sup> que, como es sabido, en nuestra legislación los intereses de capitales se distribuyen en las siguientes categorías:

Primera, los intereses o réditos de los capitales, como frutos civiles: art. 873 del Código Civil.

Segunda, réditos o intereses resarcitorios: art. 2117, -- segundo párrafo. En las obligaciones pecuniarias el incumplimiento se resuelve en el pago de los intereses legales que representan los daños y perjuicios.



Tercera, intereses niveladores para equilibrar desplazamientos patrimoniales en contratos sinalagmáticos que reclaman igualdad entre las partes: art. 2296 fracción II.- El vendedor se desprende de un bien fructífero, el comprador lo recibe y deja por algún tiempo de pagar el precio, y así viene a disfrutar de la cosa y sus frutos y al mismo tiempo goza del capital precio y sus frutos. Se nivelan las situaciones imponiendo al comprador que pague réditos al vendedor sobre el precio mientras no se pague.

Cuarta, intereses compensatorios: art. 2577, ya referido, al que hay que agregar el 1904, cuya *facti specie* es la del gestor de negocios que hizo gastos necesarios en el ejercicio de su oficiosidad de buena voluntad. La equidad impone que se devuelvan los anticipos por el beneficiado, y para reintegrar el patrimonio del benevolente, que se desprendió de una parte de aquél, que abone los frutos de ese capital.- Por eso es propio el nombre de intereses compensatorios, porque contra balancean los desplazamientos patrimoniales.

Quinta, intereses reparatorios (*fortius desagraviantes*) a que se refieren los artículos 2572, 1884, 2019: las obligaciones nacidas de actos ilícitos y delitos, se encuentran sometidas a la fuerza tópica del brocardo que es además principio del Derecho: *Semper fur moram facere videtur* (siempre se juzga que el ladrón está en mora).

Respecto de los arts. 1884 y 2019 dan por supuesto además el principio que establece uno de los efectos de la mora o sea el de que el moroso responde aún del caso fortuito, que nuestra legislación olvidó consignar expresamente y lo que es más grave aún, se omitió preverlo en la legislación penal en el capítulo de responsabilidad civil proveniente de delito, cuando esa responsabilidad se exija a terceros como a padres, tutores, encargados de menores, patronos...; porque si se tratare de la responsabilidad exigida al mismo delincuente no habrá manera de suplir tal laguna de la ley en virtud de que la responsabilidad por el daño tiene carácter de pena, la cual no puede imponerse sin texto de ley, art. 14 Constitucional, párrafo IV.

Para que se vea como dentro del sistema parcial, tópico, se alcanza mayor elasticidad y amplitud en la resolución de los problemas jurídicos, presentemos la aporía de la permuta de un bien fructífero por un bien fructífero también, pero el permutante que recibe de inmediato la cosa fructuosa tarda algún tiempo en entregar el también objeto fructuoso según se --

obligó en el trueque. Tendrá el permutante cumplidor derecho - de reclamar los frutos de la cosa que le toca en el cambio, -- producidos durante el tiempo transcurrido, desde la entrega -- que él efectuó y la que después hizo el otro permutante? O só lo tendrá derecho a cobrar los réditos del valor de la cosa en tregada causados durante el tiempo de la demora?.

Si viéremos el caso propuesto desde el punto de vista - de la exégesis y consideráramos que el art. 2296 fracción II- fuera una excepción del 2080 multicitado, el art. 11 del Código Civil impediría extenderlo a la permuta; pero si el primero de los preceptos recién apuntados pertenece al sistema de la - nivelación de los contratos sinalagmáticos, tendremos que apli- carlo conforme al art. 2331.

En el Código Civil, al reglamentar la gestión de nego- - cios se omitió establecer un precepto equivalente al 2572 ya - apuntado. Si para suplir esa omisión quisiéramos aplicarlo al gestor usando del argumento analógico, el art. 11 relativo a - las excepciones nos lo impediría. Empero atendiendo al verdade- ro carácter que el precepto tiene, como cabeza del sistema de- los réditos reparatorios (desagraviantes), no hay ningún obstá- culo para llenar la laguna con el principio del sistema tópico.

El Derecho no admite de ninguna manera ser tratado por- la lógica matematizante.

La doctrina moderna ha redescubierto esta verdad des- - pués de que, a partir del Renacimiento, primeramente, por el - descrédito de la Física de Aristóteles todas las doctrinas de- este gran filósofo vinieron a despeñarse en la impopularidad - de los "cultos", y, después por el influjo que desde la prime- ra mitad del siglo XVII adquirió el sistema matematicista car- tesiano, ascendiente que aún perdura.- Frente a los razonamien- tos more geometrico, preconizados por la filosofía imperante - en esa centuria más en los siglos XVIII y XIX, aparecían ridí- culos los argumentos tópicos ofrecidos por Aristóteles, prime- ro, y después por Cicerón, para razonar en materias no apodíc- ticas o perentorias, sino en campos de verosimilitud, probabi- lidad o de simple posibilidad, en que se desenvuelven las acti- vidades jurídicas, políticas, éticas, pedagógicas, artísticas.

El arte de la Tópica, como técnica de los problemas que surgen en los sistemas y como disciplina que guía la argumen- tación no apodíctica o perentoria, vió su prestigio decaído y - se achacó a los tópicos el ser un caos de ideas, una indagación superflua, una fuente de incoherencias y de pedanterías. Des--

cartes, primero, y Kant, después, pusieron sobre aquellos lápi-  
da y epitafio; dejáronse de cultivar en las escuelas y universi-  
dades, y hasta llegaron a olvidarse.- Por un mismo rasero mate-  
matizante, pretendió el racionalismo filosófico hacer pasar to-  
das las ciencias, lo mismo las teóricas que las prácticas.- Ya-  
vimos como la pandectística ha querido frustaneamente someter -  
el Derecho al sistema matematicista.

No faltaron entre los seguidores de la filosofía moderna,  
pensadores que redescubrieron que había zonas del saber humano-  
que no admitían someterse al razonamiento more geometrico.

Los pensadores que voy a mencionar no son los únicos que  
reaccionaron contra la aplicación del razonamiento more geome-  
trico en el Derecho. Es de justicia rendir tributo de admira-  
ción a los famosos tribunales del mundo, como la Corte de Casa-  
ción de Francia, cuya obra jurisprudencial ha sido comparada --  
con la de los pretores romanos; la Suprema Corte de los Estados  
Unidos que ha producido la unidad de éstos; las Cortes inglesas  
saturadas de equidad y de buen juicio, los altos Tribunales de-  
España, de Italia y Alemania, que no se han dejado arrastrar --  
por las corrientes de la exégesis logicista. Los filósofos mo-  
dernos dignos de mencionarse que repudiaron el matematicismo --  
dentro del derecho son: Don José Ortega y Gasset, con sus pala-  
bras lapidarias "Lo humano se escapa a la razón físico-matemáti-  
ca como el agua por una canastilla" (citado por el profesor Re-  
casens Siches, (24); Nicolás Hartmann, según el cual hay dos --  
clases de pensadores: los sistemáticos y los aporéticos (de apo-  
ría, alfa privativa y poros, salida; igual a problema). El sis-  
temático parte de principios y saca todas sus consecuencias; lo  
fundamental en él es la unidad del sistema que hay que obtener-  
a todo precio, aunque para mantenerla sea necesario forzar los-  
hechos. No es de extrañar que, - a juicio de Hartmann, - tales --  
sistemas, artificialmente contruidos, sean lo más efímero de -  
la Filosofía.- El pensador aporético, en cambio, no pretende --  
conseguir una concepción del mundo redonda y acabada; no se ade-  
lanta a la realidad, sino que se deja guiar por los mismos pro-  
blemas; no excluye nada, aunque nuevos datos le obliguen a de-  
sarmar una estructuración comenzada; su meta no es construir un  
sistema sino avanzar en el conocimiento de la verdad. Por ello-  
su obra, al revés de la del sistemático, es perene y duradera"-  
(25).

Este mismo resumen revela el pensamiento de Hartmann, --  
cuando se separa del idealismo en 1924, al aparecer su artículo  
Diessets fon Idealismus und Realismus (Más allá del idealismo-  
y del realismo). Tuvo este filósofo en su mente la idea de que-

Aristóteles fué a la vez el primer pensador que investigó las aporías y descubrió el método para tratarlas (26).

El profesor Recasens Siches, se ocupa de la inaplicabilidad del razonamiento apodíctico en el campo jurídico. (27).- Las citas que hace este maestro de textos de Schreier y de Benjamín Cardozo (28), son de grande importancia y coinciden con la opinión antes mencionada de Michel Villey sobre las premisas escogidas ad hoc para producir una resolución justa, y con todo eso se desvanece la superstición del silogismo apodíctico de la sentencia judicial.

"Terminamos este trabajo,- dice Julio Stone, reafirmando la convicción central de *The Province and Aunction of Law* - (Incumbencia y Función del Derecho), que los límites del razonamiento conforme a la lógica formal no han sido ni han podido ni debido ser los límites para dictar las resoluciones judiciales y tampoco han sido ni podido ser los límites de todo razonamiento (29). Por eso dijo en la obra citada:

"El éxito espectacular de la lógica formal en las matemáticas y en las ciencias naturales, ha eclipsado los otros métodos de razonamiento y los han amenazado aún con el olvido. - Pero esta pretensión de dirigir la solución de todo problema humano por medio del razonamiento formal, ha tenido poco éxito, porque se ha vuelto a levantar por renovadas consideraciones, - la cultivación de aquel razonamiento que incumbe a los problemas morales, sociales y políticos más fácil, por lo menos de manejar".- "Ciertamente, continúa diciendo Stone, somos impulsados en esa dirección por un hecho ineludible: Si los hombres no pudieran razonar en forma ordenada fuera de los límites de la lógica formal, muchas de las soluciones de sus problemas vitales quedarían abandonados o bien a la anarquía de las preferencias individuales, o a la fuerza, al fraude, al engaño o al predominio del más astuto sobre los demás".

Este es el mismo punto de vista del profesor Ch. Perelman y de su coadjutor L. Olbrechts-Tyteca. "Si se debiera considerar como razonamiento engañador todo argumento de esta especie, (se refiere al razonamiento tópico empleado para resolver problemas morales, sociales o políticos o religiosos, que escapan por su naturaleza a los métodos de las ciencias físico matemáticas) se dejaría en todos los dominios esenciales de la vida humana el campo enteramente libre a la sugestión y a la violencia. Al pretender que es subjetivo y arbitrario todo lo que no es objetiva e indiscutiblemente válido, se cava un -

foso infranqueable entre el conocimiento teórico puramente racional y la acción cuyos motivos fueran por completo irracionales.- En esta perspectiva, la práctica ya no puede ser razonable, porque la argumentación crítica viene a ser enteramente incomprendible y no se puede ya tomar en serio la misma reflexión filosófica.- En efecto, solamente los dominios en los que toda controversia fuere eliminada, podrían pretender cierta racionalidad.- Desde el momento en que haya una controversia y que los métodos "lógico-experimentales" no puedan restablecer un acuerdo en los espíritus, nos encontraríamos en el terreno de lo irracional que sería el de la deliberación, de la discusión, de la argumentación" (30).

El mismo Perelman, había dicho: "Es necesario sacar de la evolución de la lógica y de los progresos innegables que ha realizado la conclusión de que si la razón es del todo incompetente en aquellos dominios que escapan al cálculo y donde ni la experiencia ni la deducción lógica puedan darnos la solución de un problema, solo nos quedaría abandonarnos a las fuerzas irracionales a nuestros instintos, a la sugestión o a la violencia" (31).

Pasemos ahora a decir en breves frases el contenido de los conceptos de sistema y problema.

**SISTEMA.**- El grupo filosófico de Gallarate dice: "SISTEMA".- Indica la composición de varios elementos en un todo unitario. Los elementos de un sistema no constituyen el todo como la suma de ellos, sino que entran cada uno con su función coordinada con la función de los demás.- Los objetos unidos en sistema pueden ser objetos sensibles, ligados por una relación -- real, y en este sentido se suele hablar de "sistema real"; o bien objetos mentales ligados por relaciones conceptuales, y en este caso se suele hablar de sistema conceptuado. Sin embargo, en concreto, lo conceptual y lo real son dos aspectos que tienden a asociarse en la definición de un sistema.- En efecto, la realidad de un sistema revela la existencia de un plan que no es forzoso presentarlo siempre como preestablecido, a la manera de los proyectos formulados por la mente de los hombres, sino que es inmanente, por regla general, en la cosa misma que se organiza, como se puede observar en la obra que la realiza. Ahora bien, un plan de organización es por su naturaleza conceptual aún cuando se estructure un objeto perceptible por los sentidos; la estructura interna se hará según una finalidad inmanente. Por otra parte, no hay sistema conceptual aún cuando se configure libremente fuera de toda referencia a la realidad del hecho, que no tenga por lo menos la posibilidad de consti-

tuir la estructura de una realidad concreta.- Los sistemas matemáticos ofrecen un ejemplo de semejantes construcciones, ligadas solamente por un vínculo de coherencia interna que hace de ellas un sistema conceptual. Pero aún sin ser elaboradas -- con vista de este fin, pueden siempre en determinado momento -- revelarse como instrumentos aptos para pensar en forma determinada una realidad que antes no se lograba configurar con precisión. El sistema conceptual viene a ser entonces y al mismo -- tiempo, sistema de la realidad, gracias a que los experimentos nos demuestran que el fenómeno natural se desarrolla efectivamente en la forma matemáticamente prevista"(32).

En breves términos, el sistema está constituido por un conjunto de elementos ordenados entre sí en virtud de un principio que los coordina. Los principios ordinativos de los sistemas explican no solo la subordinación de las partes del sistema al principio fundamental como las relaciones recíprocas -- que existen entre sus elementos.

EL PROBLEMA.- Cuando dentro de un sistema se presenta -- un problema quiere decir que hay una relación entre los elementos de aquel que no armoniza ni con el principio ordinativo ni con la coordinación de los elementos entre sí. Por eso dice -- Hartman que "el problema ha de ser comprendido dentro de una -- sistémica: ha de ser sistemáticamente vivo (33). Es casi unánime la opinión de que la historia de los problemas se inordina siempre a sistemas.

El análisis del problema nos hace ver que tiene la siguiente estructura:

PRIMERO.- Una persona que pregunta, el interrogante;

SEGUNDO.- Otra persona que es interrogada;

TERCERO.- La expresión verbal de la pregunta;

CUARTO.- El tema de la cuestión o pregunta: el punctum-  
questionis o sea el objeto de la pregunta;

QUINTO.- El o los datos de la cuestión: datum questionis  
(El o los datos del problema).

EL INTERROGADO.- Dice Werner Goldschmidt en el estudio últimamente apuntado que no parece necesario este elemento en el engranaje del problema, porque el interrogante puede plantearse así mismo. Sin embargo será necesario este elemento --

personal destinatario, cuando el dato o datos del problema pertenecan a la vida interior de una persona como por ejemplo en el caso de un testigo o de un confitente. En el perito, no: no se trata de un estado de ánimo sino de sus conocimientos.

QUE RELACION EXISTE ENTRE EL INTERROGANTE Y EL PUNCTUM-  
QUESTIONIS?.

Desde el punto de vista del realismo el problema existe fuera del intelecto del interrogante que solo lo descubre. El que inquiere descubre que entre los datos falta un elemento -- que impide la resolución del problema dentro del sistema.- Se trata en verdad de una relación entre el punctum y el datum; - este resulta deficiente.- El datum no es forzoso que falte, -- basta que sea deficiente.- El ejemplo que pone Paul Sartre en El Ser y la Nada: Si quiero saber si Pedro está en el café en cuya entrada me hallo, el problema tiene como datum estar en la entrada. Pero la visión al interior está oscurecida por el humo del tabaco: el datum, estar a la entrada, es defectuoso - por la falta de visibilidad en relación con el punctum: encontrar a Pedro.- En este caso me es posible ampliar el datum penetrando al café y buscando a Pedro.

La insuficiencia del dato, dice Sartre, implica el concepto de la negatividad y de la nada. Ambas cosas dice el mismo autor, son particularidades de la conciencia que no se encuentran en el ser en sí.- Nosotros decimos que no: el obstáculo que creó el problema de la visión de Pedro está fuera de la conciencia. No depende pues el problema de la persona del interrogante sino de la insuficiencia objetiva y material de datum. Pero cuando el datum requiera cultura y conocimientos del interrogante, puede suceder también que el problema dependa de la persona de éste. Especialmente si el interrogante parte de presupuestos que califiquen de antemano los data, entonces el problema, - su existencia y formulación serán completamente dependientes del interrogante.

Suponiendo que éste crea firmemente que al Derecho le es aplicable el método cartesiano del razonamiento físico-matemático, los problemas que éste formule dependerán, primeramente, del sistema del que forman parte los data y en segundo lugar, la solución procurada según tal metodología, será la destrucción de todo lo asistemático y opuesto al método more geométrico y aún del sistema mismo.

Debiera de continuar con el análisis de los otros elementos estructurales del problema; pero con lo dicho hasta - -

aquí es bastante para los propósitos de esta tesis.

Dice Teodoro Viehweg que "Es necesario reconocer que el problema es algo beneficioso, que actúa siempre como guía. Cuando uno piensa dentro de un sistema expreso no puede profundizar. Nicolás Hartman ha descrito de una manera muy gráfica la contraposición que existe entre el pensamiento problemático y el pensamiento sistemático. Sin embargo, no es posible desconocer que entre problema y sistema existe una serie de conexiones a la -- que es necesario aludir con algún detalle"(34). Cuando exista una contraposición entre el sistema y el problema que surge, si el problema se presenta insoluble dentro del sistema "A", puede suceder que el problema sea solo aparente y entonces la solución continuará dentro de tal sistema pero si no es aparente, -- su solución corresponderá a otro sistema, como el "B".

Así pues, el planteamiento de problemas dentro de un sistema puede producir una pluralidad de sistemas y al propio tiempo una selección de ellos. Estos pueden ser de pequeño o de ínfimo alcance.

Hagamos aplicación de estas reglas a los problemas que tenemos enfrente con relación a la teoría pandectística de la acción, cuyo paralelismo con la excepción, objeto de nuestro estudio, ya fue mostrado.



## CAPITULO I

### BIBLIOGRAFIA.

- 1.- Stone Julius, Legal System and Lawyers Reasonings, 1964, p. 224.
- 2.- Hernández Gil Antonio, Metodología del Derecho. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945, p. 135.
- 3.- Geny Francois, Science et Technique en droit privé positif, T. III, No. 185, p. 29.
- 4.- Ihering Rodolfo Von, La Voluntad de la Posesión. Traducción de Adolfo Posada. Hijos de Reus, Madrid 1912, p. 136.
- 5.- Decottignies Roger, Les Présomptions en droit privé, Paris-1950, p. 11.
- 6.- Geny Francois, Obra citada, T. III, pp. 266 y 267.
- 7.- Kalinowsky Jorge, Archives de Philosophie du droit, 1966, - No. 11, pp. 722.
- 8.- Descartes Rene, Discurso del Método, Garnier, París, version castellana de Manuel Machado, Regla 11, p. 274.
- 9.- Descartes Rene, Obra citada, pp. 275 y 276.
- 10.- Pallares Jacinto, Curso de Derecho Mexicano (Prolegómenos - de Filosofía, Historia y Ciencia del Derecho T. 11, pp. 392 y ss.
- 11.- Fabreguettes M.P. Logique Indiciaire et Art. Juger, p. 255.
- 12.- Planiol y Ripert, Tratado Elemental de Derecho Civil Frances
- 13.- Carbonnier Jean, Loi Etrangere et Jurisprudence étrangere, - Journal de Droit International, 1935, pp. 433 y ss.
- 14.- Aristóteles, Retórica, Libro 2, Capítulo XX, 1393 b.
- 15.- Vieghweg Teodoro, Tópica y Jurisprudencia, pp. 49 y ss.
- 16.- Savigny Federico C, Sistema del Derecho Romano, párrafo - - XLIV.

- 17.- Larenz Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho, Ariel, Barcelona 1966, p. 257.
- 18.- Betti Emilio, Le Categorie Civilistiche dell'interpretazione, en Revista Italiana per le scienze Jurídiche, 1948. p. 46.
- 19.- De Buen Demófilo. Introducción al Estudio del Derecho.
- 20.- Escriche Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y - Jurisprudencia. (Interpretación Doctrinal). Regla 8.
- 21.- Montiel y Duarte Isidro. Tratado de las leyes y su aplicación. 1877 p. 177.
- 22.- Herzog Bernardo. Le Droit Jurisprudentiel et Le Tribunal-Supreme en Spagne. Boisseau, Toulouse, 1942.
- 23.- Ihering Rodolfo. Espiritu del Derecho Romano T. III. pp.- 30 y ss.
- 24.- Recasens Siches Luis. Nueva Filosofía de la Interpretación. p. 135.
- 25.- Klimke y Colomer. Historia de la Filosofía. Editorial Labor 1961 Barcelona-México. pp. 786 y 787.
- 26.- Viehweg Teodoro. Obra citada. p. 49.
- 27.- Recasens Siches Luis. Obra citada. pp. 141 a 169.
- 28.- Recasens Siches Luis. Obra citada p. 171.
- 29.- Stone Julius. Obra citada. p. 333.
- 30.- Ch. Perelman y L. Olbrechts-Tyteca. Traité de L'Argumentation. T. II. p. 679.
- 31.- Perelman Ch. Obra citada. T.I. p.3.
- 32.- Gallarate Dizionario de Filosofia (voz Sistema)
- 33.- Goldschmidt Werner. Filosofia, Historia y Derecho. Librería Jurídica de Valerio Abeledo, Buenos Aires. pp. 27 Infine.
- 34.- Viehweg Teodoro. Obra citada. P. 50.

## C A P I T U L O   I I

### LA ACCION

#### DIVERSIDAD DE SIGNIFICADOS.-

DE SI ES VERDAD QUE POR LA DIVERSIDAD DE SIGNIFICADOS NO SE -  
PUEDA DETERMINAR LA ESENCIA DE LA ACCION JUDICIAL.-

#### DOCTRINA DE PEKELIS.-

Empieza el profesor Alejandro Pékelis (1) al tratar de -  
la acción diciendo: "La instintiva y espontánea incertidumbre y  
variedad del uso del término acción, parece contener in nuce -  
la variedad e incertidumbre de los conceptos, que, después de -  
un trabajo más que secular para elaborarla y precisarla, toda -  
vía hoy día se disputa el predominio en el campo jurídico.- En  
efecto, en el uso común y en el legislativo y forense, el tér -  
mino acción se usa:

a) Como el petitum, de la res in iudicium deducta, artí -  
culo 1341 del Código Civil Italiano de 1865: "No se admite la  
prueba testifical de un contrato cuyo objeto exceda en valor a  
quinientas liras.....- Artículo 1342. La regla precedente se -  
aplica al caso en que la acción, además de la demanda del capi -  
tal contenga la de los intereses, si éstos sumados a aquel -  
exceden de quinientas liras";

b) O bien como sinónimo de la efectiva presentación de -  
la demanda judicial, en el artículo 1510 del Código Civil Ita -  
liano: "Si el comprador se viese amenazado o tubiese motivos -  
de serlo con una acción hipotecaria o reivindicatoria, podrá -  
suspender el pago hasta que el vendedor haya hecho cesar la -  
acción...".

c) Se contrapone la acción al procedimiento: artículo -  
341 del Código de Procedimientos Civiles: "La caducidad no ex -  
tingue la acción, pero hace nulo el procedimiento".

d) Como contenido de una defensa judicial: artículo 341 -  
del Código de Procedimientos Civiles Italiano de 1865: "...la  
acción de incompetencia propuesta por una de las partes".

e) El poder de proponer una demanda judicial aunque sea -  
infundada, como también si fuera inadmisibile por razones preli

minares: artículo 1999 del Código Civil Italiano: "Las acciones a que las inscripciones puedan dar lugar contra los acreedores, se promoverán ante la autoridad judicial competente por medio de citaciones que deben ser hechas a ellos personalmente o en el último domicilio elegido....

f) Poder de proponer acciones civiles contra las autoridades judiciales y los agentes del ministerio público, por dolo, fraude o concusión; por rehusar acordar las peticiones de las partes; por omitir proveer las peticiones o resoluciones cuando el negocio esté en estado. Dice el profesor que en estos casos la ley procesal trata "De la acción contra la autoridad judicial y los oficiales del ministerio público" (libro III título II del C.P.C.)

g) Posibilidad de proponer una demanda judicial con probabilidad de éxito cuando habiéndose perdido la acción cambiaria contra todos los obligados en una letra de cambio, y no tenga contra los mismos acción causal, puede demandar al girador por la suma con la cual se hubiese enriquecido injustamente en su perjuicio (artículo 67 de la ley sobre la letra de cambio)

h) Ahora se habla de acción en un sentido que se presta a distinguir entre acción y derechos subjetivo sustancial: "artículo 1234 del Código Civil Italiano. Los acreedores para la obtención de cuanto les es debido pueden ejercitar todos los derechos y todas las acciones del deudor, exceptuándose solamente aquellos que sean exclusivamente inherentes a la persona del mismo.

i) Viene el sentido que ha hecho pensar en la posibilidad de una contraposición al derecho subjetivo sustancial, al menos natural; "artículo 1802. La ley no reconoce acción alguna para exigir el pago de deudas procedentes del juego o apuesta".

j) Ahora viene como sinónimo de derechos subjetivos sustancial: "artículo 193. El hijo natural tendrá siempre acción para obtener alimentos"

k) Ahora en el sentido de un derecho subjetivo procesal: "artículo 439. El propietario de una cosa tiene el derecho de reivindicarla de cualquier poseedor o detentador...".

l) Ahora como derecho contra el obligado: "artículo 1007- la hija dotada está obligada a ceder la acción contra el patrimonio del marido."

m) A veces se dice que el juez o la autoridad judicial - en general se encuentran "investidos de una acción".

n) Se usa en el sentido de una simple legitimación activa: "artículo 296 del Código Civil. El tutor no puede igualmente sin dicha autorización promover acción en juicio".

ñ) "En el significado de una legitimación procesal pasiva cuando se habla de la existencia o nó de acciones posesorias contra la administración pública".

o) En las reglas sobre la prescripción se habla de extinción de acciones y entonces este vocablo se interpreta y entendiéndose de modos diversos según las tendencias, las escuelas y las opiniones".

p) "Frecuentísimamente se habla de la acción no en general sino en especial, de una acción determinada, mejor de acciones determinadas. Así se clasifican las acciones según su sujeto activo, cuando se habla de acción pública, privada, oficiosa, popular; o bien según su objeto y contenido y así se habla de acción personal o real, petitoria o posesoria, mueble; o inmueble; bien según la actividad estatual que ellas ponen en movimiento y así se habla de acciones de conocimiento, de conservación, de acción constitutiva, de mera declaración y de condena; a veces según las formas que asumen en su ejercicio, como acción sumaria, formal, monitoria, etc. etc."

#### DOCTRINA DEL PROFESOR EDUARDO J. COUTURE.

El distinguido profesor uruguayo dice que ha tenido mucha influencia en la determinación del concepto de este instituto la ambigüedad del sentido de él y que muchas de las discusiones se deben a la diversidad de significados. Se refiere a Pékelis que encontró quince acepciones que antes enumeré y que García Valdés en un estudio que apareció en la Revista De Derecho Privado Española en el número de 1945, enumeró 23 definiciones. Examiné la Revista mencionada en el número y página indicada por el señor Couture, pero desgraciadamente encontré - que la cita es equivocada porque no pude tenerla bajo mis ojos.

Por la influencia de Pékelis, primero, y por la de Couture después, se ha venido extendiendo la opinión de que es necesario o bien hacer un esfuerzo para determinar con la mayor precisión posible lo que queremos decir cuando hablamos de acción, o bien sustituirla poco a poco por otras expresiones de

significación más precisa y más acorde con la ciencia del Derecho Procesal.

El Profesor, distinguido procesalista colombiano Don Hernando Devis Echandía, en su magnífico tratado de Derecho Procesal Civil (2), se ocupa del concepto general de acción, admite también que tiene numerosos significados, que los enumera en la siguiente forma:

1.- Se habla de acción por oposición a omisión tanto en la culpa civil como en el delito penal;

2.- Se habla de acción en lugar de actividad del Estado o viceversa. Así se dice la acción del Estado en las relaciones entre el capital y el trabajo;

3.- El campo de acción del Derecho civil, del Derecho penal, del Derecho administrativo para fijar los límites de cada una de esas ramas del Derecho.

4.- Se habla de acción reivindicatoria, acción posesoria, "acción contractual o extracontractual", acción de estado civil, de filiación natural, acción de deslinde, de nulidad de matrimonio, de divorcio, de indemnización de daños y perjuicios, de ser vidumbre, de simulación, etc. designaciones que se derivan del nombre de los derechos substanciales subjetivos.

5.- En las sociedades de capitales como la sociedad anónima, la encomandita por acciones, se habla de acciones como partes en que se divide el capital social y pueden ser acciones al portador o nominativas. El profesor colombiano habla de acciones en las sociedades de responsabilidad limitada. En México, en estas sociedades, a las participaciones de cada socio, les llamamos intereses, partes de interés.

6.- Según la rama del Derecho substancial a que pertenece la relación jurídica de que se trate, se habla de acciones civiles, administrativas, comerciales, laborales, etc.

7.- Para referirse a la clase de proceso que se ocasiona con el ejercicio de la acción se habla de acciones de condena, declarativas, constitutivas, ejecutivas, cautelares, ordinarias y especiales.

8.- Para identificar la clase del bien que se persigue o protege se habla de acciones muebles e inmuebles.

9.- Refiriéndose al sujeto del derecho substancial constituido por personas determinadas o indeterminadas, dice el Profesor, que "se distinguen las acciones personales y reales"; que para referirse a la calidad del derecho substancial, si es cesible o nó, prescriptible o nó, se habla de acciones cesibles y prescriptibles o lo contrario.- Agrega que la gran variedad de significados y usos del término, hace muy difícil su comprensión adecuada desde el punto de vista rigurosamente procesal.

Este mismo autor repite que la variedad de significados y usos del término hace muy difícil la comprensión adecuada de la acción, desde el punto de vista rigurosamente procesal y que por eso se le usa tanto en la legislación, en jurisprudencia, como en la doctrina, para designar conceptos de contenido material, como para identificar el derecho subjetivo substancial que el demandante quiere proteger.

Es necesario advertir, primeramente, que algunas de las observaciones hechas por los profesores indicados, son infundadas. No es verdad que haya confusión entre la acción y el petitum en los artículos 1341 y 1342 del Código Civil Italiano. Tampoco es cierto que la acción sea usada como sinónimo de la "efectiva presentación de la demanda".- No es verdad que haya cambio de significación de acción cuando la caducidad del procedimiento no alcanza a la acción, porque no se trata de dos usos diversos del vocablo.

Cuando se habla de acción en un incidente de incompetencia, se está refiriendo el Código Procesal Italiano a una acción incidental, sin cambio de significación.

No es verdad tampoco que el artículo 1999 del Código Civil Italiano derogado se refiera al poder de proponer demandas judiciales aunque sean infundadas; ni tampoco que el vocablo acción tenga una significación diferente de la usual o sea la consagrada por la tradición como el medio de hacer valer un derecho subjetivo ante los tribunales.

El que en el citado Código se hable de acciones contra la autoridad judiciales y los oficiales del ministerio público, no significa de ninguna manera cambio de significado.

El empleo de la palabra acción cambiaria o acción causal, para referirse a la acción nacida contra los firmantes de la letra de cambio o para relacionarse con el acto jurídico que dió origen a la expedición de la letra o al acto cambiario; no sig

nifica de ninguna manera cambios de sentido.

El artículo 1234 del Código italiano derogado se refería a la acción subrogatoria. Se discutía en el Derecho italiano - si esa acción era exclusivamente conservatoria con el fin de - mantener íntegro el patrimonio del deudor o si tenía también na - turalza ejecutiva con el objeto de satisfacer directamente los derechos de los acreedores sobre los bienes del deudor. Se admite que en dicho precepto las acciones del deudor contra sus deudores representen bienes patrimoniales de aquél y que puede haber entonces dos significaciones expresadas en el mismo vocablo: el derecho de un deudor enfrente de sus deudores y al mismo tiempo significar el derecho de acudir a los tribunales para hacer efectivo el derecho substancial. De todas maneras no es - una significación diferente de la tradicional.

En el artículo 1802 del Código italiano derogado, no se reconoce acción alguna para exigir el pago de deudas procedentes del juego o apuesta. Significa que no se tiene derecho para exigir el pago y que tampoco se considera que haya el medio de acudir a los tribunales para exigirlo. Es la misma significación tradicional. Tampoco hay diversidad de significado en el artículo 193 cuando se reconoce al hijo natural acción para reclamar alimentos.

En el artículo 439 en lugar de emplear la palabra acción de reivindicación se emplea "el derecho de reivindicar". No hay cambio de significación de acuerdo con la tradición: el propietario tiene derecho de acudir ante los tribunales para lograr - que se le entregue la posesión del bien. Reivindicar quiere decir ejercitar la acción de reivindicación.

El artículo 1007 del viejo Código italiano se refiere al beneficio cedendarum actionum. Aquí la acción equivale al bien, de acuerdo con la regla de derecho *is qui actionem habet ad rem ipsam rem habere videtur*.

Cuando en el artículo 296 del Código italiano se dice que el tutor no puede sin autorización promover acción en juicio no es verdad que se confunda la legitimación con la acción puesto que para el ejercicio de ésta se exige la autorización que es lo que dará la legitimación al tutor.- Este argumento de Pékellis y otros anteriores son de aquellos argumentos que los anglosajones califican de unfair.

Por qué ha de contener "legitimación procesal pasiva" la mención de "acciones posesorias contra la administración públi-



ca?".- Otro argumento que merece la misma calificación del anterior.

Cuando en los Códigos se habla de la prescripción de acciones dice Pékelis que esas palabras se interpretan y entienden de modos diversos según las tendencias, las escuelas y las opiniones. Esto no es verdad; se habla de las acciones por los derechos subjetivos que por ellas son protegidos. Estos derechos son los que prescriben y por ende las acciones.

No es verdad tampoco que cambie de sentido la palabra acción cuando se califica de pública, privada, popular; ni cuando se habla de acción personal o real, petitoria o posesoria, mueble o inmueble. Tampoco cambia de significación cuando se habla de acción ejecutiva, precautoria, constitutiva, declarativa, de condena. En todas se significa el ejercicio de un derecho o de un interés legítimo. Poco importa que se diga que las acciones pueden ser sumarias, formales, monitorias, etc. etc., porque el fondo substancial no cambia.

En cuanto a las opiniones del señor profesor Hernando Devís Echandía, no es verdad que porque la palabra acción sea un vocablo que tenga multitud de aplicaciones, por esta circunstancia, cuando se emplea como acción judicial, se incurra en confusiones lamentables y de allí se derive la dificultad de alcanzar un concepto exacto de acción.

Que en las sociedades de capitales se hable de acciones - como partes en que se divide el capital social y puedan ser acciones al portador o nominativas, este sentido en lugar de dar lugar al concepto tradicional de acción y dificultar su entendimiento lo facilita, porque precisamente las acciones de las sociedades de capitales son documentos que permiten a los socios ejercitar sus derechos de tales, en el reparto de dividendos, en la participación en las asambleas, en la participación de los bienes sociales al extinguirse la sociedad y repartirse los bienes.

Que haya acciones civiles, administrativas, comerciales, laborales, etc., si se refiere el vocablo a juicios, reclamaciones, promociones ante las juntas de conciliación, ante los tribunales ante los árbitros, ya se sabrá a que clase de acciones se refieren los vocablos. No cambia el significado tradicional. Lo mismo hay que decir respecto de las acciones de condena, declarativas y constitutivas o cautelares.

## INTERES LEGITIMO .CONDITIO JURIS RESOLUTORIA.

Por otra parte, que se hubieren dado veintitres definiciones de la acción, y todas insatisfactorias, no arguye nada en contra de ella, como tampoco arguye en contra del Derecho las treinta o más definiciones que de él se hayan propuesto.- Recuerdese que Leibnitz en el siglo XVII se quejaba de que no se hubiera encontrado una definición de éste, y los mismos lamentos se escucharon al fin del siglo XVIII, en los labios de Kant, Mas todavía: se ha sostenido que dadas las variaciones de significación que tiene la voz Derecho, es imposible definirlo por el género próximo y la diferencia específica, definición propia y esencial de los conceptos unívocos, y que lo más que se puede hacer con idea tan plurívoca y asendereada, es describirla por ser un concepto analógico y tratarla, ya sea desde el punto de vista de la analogía de atribución o del de la analogía por participación, como lo enseñaron Aristóteles y sus discípulos.- El descubrimiento de los conceptos analógicos que son el término medio entre términos unívocos y equívocos, fué del Estagirita y a él correspondió la invención de su tratamiento.

El defecto de la pandectística ha consistido no solamente en tratar de la acción judicial según el método de la geometría, como lo propuso Cartesio, sino además aplicarle el método de las ideas y de los términos unívocos. Ha quedado demostrado que las instituciones jurídicas no pueden ser trabajadas con el método de la lógica deductivista de las matemáticas y que la mejor prueba de ello ha quedado evidenciada por los resultados absurdos y catastróficos a que conduciría.- Veremos ahora la impropiedad de tal método aplicado al estudio de la acción.

Tradicionalmente, desde los tiempos del jurisconsulto Celso (siglo III después de Cristo), se ha definido la acción como el derecho o medio de reclamar judicialmente lo que es nuestro o se nos debe, aunque se corrija en ella las expresiones de la definición del célebre jurisconsulto.

Esta definición presupone la vinculación directa entre el derecho y la acción.

Los pandectistas del siglo pasado se dedicaron a echar por tierra tal concepto y se empeñaron en demostrar que la definición romana estaba muy lejos de ser omnicompreensiva. Primeramente, hay acciones reconocidas por la ley y la jurisprudencia en las que patentemente no hay el derecho subjetivo preestablecido en favor del actor, ni obligación a cargo del demandado. -

Señálanse al propósito la acción declarativa en general, y en particular, la acción declarativa negativa, en la que, según se dice, no hay derecho subjetivo en el actor ni obligación predeterminada en el reo.- En segundo término, se invoca que si la acción estuviera vinculada al derecho subjetivo del actor, no se explicaría que la actividad de éste en el juicio, se llame acción no solo desde que toma la iniciativa en la demanda, sino en todos los pasos subsecuentes; pero la verdad es que, solo hasta la sentencia, y solo en ella, se viene a declarar si el demandante tiene o no derecho. De esta manera se patentiza que la acción ha dado origen al proceso aún cuando no existiera el derecho que la definición celsiana presupone, como condición de procedibilidad. La acción produjo multitud de efectos durante su trayectoria, que ya no se pueden borrar de la existencia, y sin que estos efectos ya producidos desaparezcan absolutamente al comprobarse y declararse en la sentencia que el demandante carecía del derecho que invocó como fundamento de aquella.- Luego la acción produjo sus efectos sin que la sustentara el derecho subjetivo. Luego la acción es autónoma del derecho substancial.

Así como en las ciencias físico-matemáticas basta un solo hecho que desvirtúe una ley para que ésta caiga por tierra, así también estos y otros casos procesales, al rebasar el contenido de la definición de Celso, dejan a ésta sin valor científico alguno.- Se exprese el mismo pensamiento en términos de la lógica apodíctica, de esta manera: dentro del sistema jurídico basado en la conexión inescindible de derecho y acción, se presentan casos manifiestamente contrarios a tal sistema, como son las acciones declarativas, positivas y negativas, los casos en que hay absolución de la demanda y la observación de que la actividad inicial y subsecuente del actor, antes de que se compruebe la existencia del derecho. El sistema, pues, basado en aquella definición antigua, es falso y erróneo.

Repetimos por enésima vez que es inaplicable el método de la lógica apodíctica a la disciplina del Derecho.- Pero además habremos de examinar muy de cerca cada uno de los casos que el pandectismo juzgó invalidantes del concepto tradicional, y veremos cómo encajan en este lugar perfectamente las soluciones tópicas que ya examinamos con anterioridad, en especial al tratar del cuarto problema, en el capítulo primero...

A).- EL CASO DE LAS ACCIONES DECLARATIVAS.- Es el primer argumento que se usó en contra de la dependencia de la acción respecto del derecho subjetivo.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles, en su artículo 10. entre las condiciones de la procebilidad de la acción se colocó la necesidad de declarar, preservar o constituir un derecho. Aquí la ley no emplea el término derecho a que se declare, preserve o constituya, sino solo se refiere a la necesidad. Pero esto no es obstáculo para que se vea que se trata de un interés legítimo en obtener la declaración, la constitución o la preservación de un derecho. En efecto, hay que partir de un principio fundamental del Derecho que establece que "El otorgamiento o reconocimiento de un derecho llevan implícitos los derechos para disfrutarlo, para hacerlo valer y para preservarlo de pérdidas, menoscabos y extinción"

Este es el momento de advertir la existencia del Interés Legítimo también en el Derecho privado y en el Derecho procesal. Sabemos que el interés legítimo es una noción descubierta por los administrativistas franceses y que se refiere a "una situación derivada de una relación entre un particular que tiene el interés y una autoridad pública a cuyo discrecionalidad se encomienda la satisfacción de aquel."- Pero en el Derecho Civil se presenta como una situación de caracteres distintos que tiene una influencia innegable en el Derecho procesal. Se nos revela precisamente como un derecho instrumental que no atiende a la satisfacción propia si no que se subordina a un derecho. El principio general antes referido y de cuya aplicación nos encontramos multitud de ejemplos tanto en el Derecho civil como en el Derecho procesal, se revela en varios preceptos, el primero, artículo 1156, se da una acción declarativa contra el que aparezca inscrito como propietario a fin de obtener la declaración de usucapión consumada, sin que el demandado tenga una obligación de hacer declaración alguna. En el artículo 2990 del Código Civil se encuentra el beneficio pretoriano de separación de patrimonios sin que haya obligación prestablecida a cargo del deudor. En el Código de Procedimientos Civiles tenemos multitud de institutos en que se protege el interés legítimo como en el artículo 29, en el artículo 21, segundo párrafo, en el artículo 32 fracción III; algunos medios preparatorios de juicio, artículo 193; las providencias precautorias, artículos 235 y siguientes; la oposición de los acreedores hereditarios reconocidos legalmente y no pagados, evita que se efectúe la partición de los bienes hereditarios, artículo 867, fracción primera. Todas estas acciones concedidas por la ley sirven para proteger intereses legítimos, es decir intereses instrumentales porque tienen por objeto dar facilidad y aún procedencia a otras acciones u otros derechos que son los principales.

Así pues, al lado del sistema de las acciones declarativas protectoras de derechos, existe el sistema protector de los intereses legítimos o sea de los intereses instrumentales- que servirán para proteger los derechos principales. Así, el procedimiento Tópico nos permite ver cómo el Derecho protege a los derechos ya directamente o ya indirectamente por medio de la declaración perseguida por las acciones declarativas.

Aquí se patentiza cómo la aplicación de la lógica geométrica o matematizante aplicada a las instituciones jurídicas, para poder efectuar sus construcciones jurídicas tiene que destruir y levanta sistemas deductivistas cuyo poder destructivo- se patentizó antes y más adelante expondremos las consecuencias fatales que en materia procesal producen.

**ACCIONES DECLARATIVAS NEGATIVAS.-** El argumento formulado a base de esta famosa acción se ha considerado como el argumento Aquiles en contra del sistema celseano. Se dice que no aparece ningún derecho subjetivo en el actor y ninguna obligación preestablecida en el demandado, y sin embargo la acción procede.

Probablemente, el Argumento fue empleado en los tiempos- en que en Alemania se usaban las demandas abstractas. Aquí recordamos aquella distinción que rigió por tanto tiempo en Alemania, en la doctrina, que se vió dividida entre dos escuelas- de procesalistas: unos sostenían el sistema en que la demanda- debía de ser fundamentada en hechos y en consideraciones jurídicas. Los primeros servirían de justificación de las pretensiones del actor. En el otro sistema se sostenía que no era necesario referir los hechos sino que bastaba y sobraba que la exposición del derecho individualizando así la relación procesal como la verdadera causa de pedir.

Entre nosotros en nuestra tradición jurídica, pese a - transitorias influencias del Derecho de los visigodos, revela- una constante exigencia de la demanda "substanciada", o sea, - expresiva de los hechos fundatorios del derecho reclamado. Dada a no dudarlo desde la influencia que en la alta Edad Media- empezó a ejercer el Derecho romano. En efecto, en el libro segundo, título trece, ley primera, del Digesto se vé un comentario de Ulpiano al Edicto del Pretor, texto que se convirtió en ley: "El que quiera poner demanda, debe exhibir su acción; por que es muy justo que la manifieste el que pide para que por - ella conozca el demandado si debe acceder a lo pedido o liti- gar; y si juzga que ha de litigar venga a quedar instruido para defenderse, vista la acción con que es demandado".- Párrafo 1.- Exhibir quiere decir también que se saque copia del escrito, o dictar su contenido para que saque aquello.... párrafo 3-

se han de exhibir todos los instrumentos que se v $\acute{a}$ n a exhibir-- ante el juez, pero no le ha de obligar a que exhiba aquellos -- de los que no ha de hacer uso".- Se ve en la glosa de Godofre-- do, que resumi $\acute{o}$  las m $\acute{a}$ s famosas desde las de Irnerio, Az $\acute{o}$ n, --- Acursio, que explica que el lenguaje del texto denuncia que la acci $\acute{o}$ n no tiene una sola significaci $\acute{o}$ n, sino tres: exhibici $\acute{o}$ n-- de documentos, argumento o raz $\acute{o}$ n de pedir y la acci $\acute{o}$ n en s $\acute{i}$  mis-- ma. As $\acute{i}$  pues la acci $\acute{o}$ n, en el sentido de demanda, se muestra o -- exhibe en el comienzo y durante el juicio cuando de ella se --- trata en los otros dos sentidos".

En todas las leyes, desde el Fuero Juzgo hasta la Nov $\acute{i}$ sima Recopilaci $\acute{o}$ n, se mandaba que se expresaran los hechos que -- constituyeran la causa de pedir en las acciones personales y en las reales se expresara el derecho y su t $\acute{i}$ tulo. En ambos casos-- se dec $\acute{i}$ a siempre que deb $\acute{i}$ a de presentarse al demandado el nego-- cio con sus detalles principales para que  $\acute{e}$ ste determinara si -- aceptaba la reclamaci $\acute{o}$ n o hacia frente al litigio.

En el C $\acute{o}$ digo Procesal vigente, el art $\acute{i}$ culo 255 establece-- los requisitos que debe de contener ese escrito y entre ellos -- el V: "los hechos en que el actor funda su petici $\acute{o}$ n numerando-- los y narr $\acute{a}$ ndolos suscintamente con claridad y precisi $\acute{o}$ n, de -- tal manera que el demandado pueda preparar su contestaci $\acute{o}$ n y de-- fensa.- En la enumeraci $\acute{o}$ n y narraci $\acute{o}$ n de los hechos, es tambi $\acute{e}$ n b $\acute{a}$ sico el hecho fundatorio de la legitimaci $\acute{o}$ n del actor. Sobre-- este  $\acute{u}$ ltimo punto y c $\acute{o}$ mo se narren los hechos da $\acute{n}$ osos, v $\acute{e}$ ase -- ejecutoria de la Corte D.762/57, Oscar Zielan.

El requisito de la narraci $\acute{o}$ n circunstanciada de los he-- chos es elemento constitutivo de la demanda. La jurisprudencia-- de la Suprema Corte lo ha declarado terminantemente: "en el ar-- t $\acute{i}$ culo 268, fracci $\acute{o}$ n V del C $\acute{o}$ digo de Procedimientos Civiles -- (del Estado de Chiapas igual al del Distrito Federal), se dispo-- ne, que en la demanda inicial de toda contienda judicial, se ex-- presar $\acute{a}$ n los hechos en que el actor funde su petici $\acute{o}$ n, numer $\acute{a}$ ndo-- los y narr $\acute{a}$ ndolos suscintamente, con claridad y precisi $\acute{o}$ n, de -- tal manera que el demandado pueda preparar su contestaci $\acute{o}$ n y de-- fensa. Tales hechos evidentemente que deben de ser los constitu-- tivos de la acci $\acute{o}$ n ejercitada, o sea la causa de pedir. En la -- especie, Eduardo Pulido Castañeda, asent $\acute{o}$  que ejercitaba la acci $\acute{o}$ n de prescripci $\acute{o}$ n sin precisar si se trataba de prescripci $\acute{o}$ n adquisitiva, aunque debe entenderse que a ella se refiri $\acute{o}$ , pues en cap $\acute{i$ tulo de derecho invoc $\acute{o}$  los art $\acute{i}$ culos 1144 y 1145 del C $\acute{o}$ digo Civil (de Chiapas), no obstante que no haya citado el art $\acute{i}$ culo 1139, que era el m $\acute{a}$ s importante, por ser el que se $\acute{n}$ ala los requisitos necesarios para que se consuma la usucapi $\acute{o}$ n, o sea -- que la posesi $\acute{o}$ n debe de ser: en concepto de propietario, pac $\acute{i$ fica, continua y p $\acute{u}$ blica. La cita de la demanda, de dicho art $\acute{i}$ culo--

se han de exhibir todos los instrumentos que se v $\acute{a}$ n a exhibir-- ante el juez, pero no le ha de obligar a que exhiba aquellos -- de los que no ha de hacer uso".- Se ve en la glosa de Godofredo, que resumi $\acute{o}$  las m $\acute{a}$ s famosas desde las de Irnerio, Az $\acute{o}$ n, --- Acursio, que explica que el lenguaje del texto denuncia que la acci $\acute{o}$ n no tiene una sola significaci $\acute{o}$ n, sino tres: exhibici $\acute{o}$ n-- de documentos, argumento o raz $\acute{o}$ n de pedir y la acci $\acute{o}$ n en s $\acute{i}$  misma. As $\acute{i}$  pues la acci $\acute{o}$ n, en el sentido de demanda, se muestra o -- exhibe en el comienzo y durante el juicio cuando de ella se --- trat $\acute{a}$  en los otros dos sentidos".

En todas las leyes, desde el Fuero Juzgo hasta la Nov $\acute{i}$ sima Recopilaci $\acute{o}$ n, se mandaba que se expresaran los hechos que - constituyeran la causa de pedir en las acciones personales y en las reales se expresara el derecho y su t $\acute{i}$ tulo. En ambos casos se decia siempre que debia de presentarse al demandado el negocio con sus detalles principales para que  $\acute{e}$ ste determinara si - aceptaba la reclamaci $\acute{o}$ n o hacia frente al litigio.

En el C $\acute{o}$ digo Procesal vigente, el art $\acute{i}$ culo 255 establece los requisitos que debe de contener ese escrito y entre ellos - el V: "los hechos en que el actor funda su petici $\acute{o}$ n numer $\acute{a}$ ndolos y narr $\acute{a}$ ndolos suscintamente con claridad y precisi $\acute{o}$ n, de - tal manera que el demandado pueda preparar su contestaci $\acute{o}$ n y de fensa.- En la enumeraci $\acute{o}$ n y narraci $\acute{o}$ n de los hechos, es tambi $\acute{e}$ n b $\acute{a}$ sico el hecho fundatorio de la legitimaci $\acute{o}$ n del actor. Sobre - este  $\acute{u}$ ltimo punto y c $\acute{o}$ mo se narren los hechos da $\acute{n}$ osos, v $\acute{e}$ ase - ejecutoria de la Corte D.762/57, Oscar Zielan.

El requisito de la narraci $\acute{o}$ n circunstanciada de los he--- chos es elemento constitutivo de la demanda. La jurisprudencia de la Suprema Corte lo ha declarado terminantemente: "en el art $\acute{i}$ culo 268, fracci $\acute{o}$ n V del C $\acute{o}$ digo de Procedimientos Civiles - (del Estado de Chiapas igual al del Distrito Federal), se disp $\acute{o}$  ne, que en la demanda inicial de toda contienda judicial, se ex - presar $\acute{a}$ n los hechos en que el actor funde su petici $\acute{o}$ n, numer $\acute{a}$ ndolos y narr $\acute{a}$ ndolos suscintamente, con claridad y precisi $\acute{o}$ n, de - tal manera que el demandado pueda preparar su contestaci $\acute{o}$ n y de fensa. Tales hechos evidentemente que deben de ser los constitu - tivos de la acci $\acute{o}$ n ejercitada, o sea la causa de pedir. En la - especie, Eduardo Pulido Castañeda, asent $\acute{o}$  que ejercitaba la acci $\acute{o}$ n de prescripci $\acute{o}$ n sin precisar si se trataba de prescripci $\acute{o}$ n adquisitiva, aunque debe entenderse que a ella se refiri $\acute{o}$ , pues en cap $\acute{i$ tulo de derecho invoc $\acute{o}$  los art $\acute{i}$ culos 1144 y 1145 del C $\acute{o}$ - digo Civil (de Chiapas), no obstante que no haya citado el art $\acute{i}$ - culo 1139, que era el m $\acute{a}$ s importante, por ser el que se $\acute{n}$ ala los requisitos necesarios para que se consuma la usucapi $\acute{o}$ n, o sea - que la posesi $\acute{o}$ n debe de ser: en concepto de propietario, pac $\acute{i$ fica, continua y p $\acute{u}$ blica. La cita de la demanda, de dicho art $\acute{i}$ culo-

lo 1139, no era indispensable, pero sí el señalamiento de los hechos respectivos, especialmente, el acto o hecho que hubiese dado origen a la posesión de Eduardo Pulido Castañeda, para los efectos siguientes: a) Que la parte demandada hubiera podido preparar su contestación y defensa; b).- Que las pruebas que habrían de rendirse en el juicio versaran precisamente y de manera directa sobre tales hechos, y c) Que el juzgador estuviera en aptitud de apreciar si efectivamente se satisfacían los requisitos señalados en el artículo 1139 y si la posesión del demandante había sido de buena o mala fé, pues en uno y otro caso la ley establece, para que se consuma la prescripción, términos diversos. Pero el demandante se limitó a mencionar que desde el año de 1935 y hasta la fecha había estado en posesión real del predio rústico denominado "El Rosario Castañeda", ubicado en el municipio de Trinitaria, Distrito de Comitán, Chiapas, inmueble del cual aparecía como propietario en el Registro Público de la Propiedad, primero, Manuel Pulido Utrilla y después Angela Gordillo Mora, Rubén Mora Ramos y Cirro Carreri Albores: lo cual constituyó motivo suficiente para que de conformidad con las consideraciones anteriores, su demanda no pudiera prosperar, independientemente de las pruebas que rindiera, ya que éstas solo pueden versar sobre los hechos expresados en la demanda".- Existen más de cinco ejecutorias que contienen la misma tesis de ser los hechos fundatorios, elementos constitutivos del escrito de demanda.

En la demanda en que se ejercite la acción declarativa negativa, por ejemplo, se tiene que fundar en una necesidad, como lo previene la fracción II del artículo 10. del C.P.C. Los hechos de que nazca esa necesidad tienen que ser expuestos narrándolos suscintamente con claridad y precisión. Por ejemplo, hizo alarde y manifestó ufania Pedro de ser acreedor de Juan por cinco mil pesos que le había prestado y hacia tiempo no le pagaba. Juan que es comerciante se siente vilipendiado y piensa que tiene dos acciones en contra de Pedro: la acción de jactancia a que se refiere el artículo 32 fracción I del Código de Procedimientos Civiles y la acción declarativa negativa fundada en el artículo 10. fracción II del mismo Código. Supongamos que se decida por la segunda. En este caso en la demanda tendrá que narrar los hechos de vilipendio y desprestigio que le ocasionan los dichos de Pedro y de la necesidad en que se encuentra de que cesen esas manifestaciones de jactancia, porque siendo comerciante, pierde crédito y sabido es que "el comercio vive y prospera a la sombra del crédito y de la buena fé del comerciante".

Tanto en esta acción declarativa negativa como en la de-



jactancia el valor social que trata de salvaguardarse es el buen nombre de la persona vilipendiada. El hacer cesar el vilipendio es el medio inmediato y directo que tiene por objeto preservar el buen nombre de la víctima. Vuelve aparecer aquí la idea genial del gran jurisconsulto italiano Máximo Severo Giannini de que el interés legítimo protegido por la ley es aquel interés instrumental para preservar y conservar un derecho protector de un bien superior.

Así como en el Derecho Penal el bien jurídico tutelado en la persecución de los delitos contra el honor, es el honor - así también en las acciones de jactancia y declarativa negativa, del ejemplo propuesto, el bien tutelado es el derecho al buen nombre y al honor de la persona vilipendiada.- Esto explica la existencia de una acción, con todas sus características.

Cuando se trata de las acciones declarativas positivas, siempre se trata de la preservación, conservación y tutela de un derecho. Aún en el caso de que se trate de interpretar autoritativamente un contrato y para tal efecto se entable la acción declarativa de los derechos que se dice contenidos en el acto o negocio jurídico, tal declaración tenderá a facilitar el cumplimiento y ejecución de los contratos, esto es, de las obligaciones en ellos contenidas; facilitarán la conducta de las partes y se evitarán litigios, dilaciones y gastos.

En nuestro derecho nunca se han admitido demandas abstractas o sin la "substanciación" debida.- El interés legítimo debe de probarse, narrando los hechos que engendran la necesidad de la declaración y de la preservación.

Los argumentos en pro de la autonomía de la acción respecto de las situaciones subjetivas del actor, puestos a la contemplación de los hechos de la vida jurídica real y no puramente libresca, presentan la oportunidad de poner de relieve como en el fondo de esas acciones existe un interés legítimo para proteger un derecho o situación jurídica subjetiva. Sin ese interés o necesidad, esas acciones no se dan ni se comprenden de su existencia.

LA DECLARACION DE LA EXISTENCIA DEL DERECHO HASTA LA SENTENCIA, COMO CONFIRMACION DE QUE LA ACCION PRODUCE SUS EFECTOS DESDE LA PRESENTACION DE LA DEMANDA HASTA QUE SE DICTA SENTENCIA SIN QUE HAYA UN DERECHO SUBSTANTIVO CIERTO QUE LA SOSTENGA.-

Para poder hacer frente a esta objeción formulada contra la dependencia de la acción respecto del derecho subjetivo al cual protege, es necesario advertir que de acuerdo con las disposiciones de nuestra Legislación se ha procurado establecer toda la posible verosimilitud de la procedencia de la acción ejercitada en la demanda. Desde luego con ella deberá presentarse no solo el poder que acredite la personalidad del que comparece a nombre de otro sino también el documento o documentos que acrediten la legitimación del litigante o sea la investidura del derecho que reclame. Los artículos 95 y 96 del Código de Procedimientos Civiles, así como el 98, vienen de nuestra antigua legislación. Precisamente de las Ordenanzas de Madrid, de los reyes católicos, de cuatro de diciembre de 1502, capítulo I, que vino a ser la ley la., título 3, libro 11 de la Novísima Recopilación. La exposición de motivos de tal disposición fue la de que se intentó poner coto a la mala fé de los litigantes que solian reservarse el documento decisivo para sorprender a su contrario y presentarlo en el último momento, cuando éste ya no podía proporcionarse los medios de combatirlo. Además, se dijo, sirve para comprobar el legítimo interés de quien vá a mover la jurisdicción en su favor; su interés debe ser concreto y no abstracto.....

Recuérdese lo dicho antes sobre el artículo 255 del mismo ordenamiento en el que se ordena como formalidad esencial de la demanda que se exprese el objeto u objetos que se reclaman con sus accesorios, los hechos en que el actor funda su petición numerándolos y narrándolos con claridad y precisión, de manera que el demandado pueda preparar su contestación y defensa; entre estos hechos debe narrarse el hecho fundatorio de la legitimación del actor (sobre este último punto véase la ejecutoria del amparo de Oscar Zielon); además se expresarán los fundamentos de derecho procurando citar los preceptos legales o principios jurídicos aplicables.- Repito, se trata de darle la mayor verosimilitud a las pretensiones del actor, así como también, después, a las del demandado, puesto que el artículo 260 establece que la contestación debe formularse en los términos prevenidos para la demanda.

Reunidas estas formalidades, al admitirse la demanda, no reconoce el juez que ya el actor demostró su derecho objeto de la reclamación sino que con esos requisitos cumplidos ha llenado las condiciones para que se admita la demanda y en consecuencia se mande emplazar al demandado.- Los efectos de la presentación de la demanda son, en primer lugar, señalar el principio de la instancia o sea el planteamiento de una cuestión que va a controvertirse.

Llenados los requisitos de la demanda, se advierte la procedibilidad de la acción; es decir, que con los elementos fijados por la ley si se prueban los hechos enumerados es probable la procedencia de la acción.

En segundo término debe considerarse que el proceso es una discusión o sea "el procedimiento lógico-jurídico por el cual se intenta llegar al conocimiento de la verdad a través de la contraposición de argumentos antitéticos".- Es el examen de un argumento enfrentando opinión u opiniones diferentes o contrapuestas. Pero para que se admita semejante discusión es necesario que los oponentes demuestren interés legítimo en sus exposiciones y la ley provee determinando como desde un principio las partes deben de acreditar el interés y la necesidad de hacer intervenir al juez. Por eso no se admiten demandas abstractas ni reclamaciones de derecho que deben de constar en documentos conforme a la ley, sin presentarlos (artículo 96 C.P.C.).- La discusión se abre con los escritos del actor y del demandado pero continúa durante todo el proceso con el ofrecimiento y práctica de las pruebas, con los alegatos, hasta la citación para sentencia.

La apertura de la discusión se hace exigiendo a los litigantes que acrediten la verosimilitud de sus derechos, para hacer probable la existencia de ellos.- Admitida la situación de los litigantes, ésta dura durante todo el proceso hasta que en la sentencia se conoce el resultado. La admisión de la demanda y la contestación fue con el propósito de fijar los puntos de la discusión o sea del debate, entendiéndose por éste la discusión reglamentada. En fuerza de la verosimilitud de las posiciones de los combatientes, se abrió el debate, se recibieron las pruebas. La convicción del juez se hará saber en la sentencia.

Desde los tiempos más remotos se ha considerado que la discusión no es un fin en si misma sino que es un medio para llegar al conocimiento de la verdad, o para tomar resoluciones prudentes, justas, basadas en la certidumbre posible y cuando ésta no fuere segura, en la mayor probabilidad de acierto.

Las situaciones de las partes durante el proceso, durante la discusión, esta solo basada en la verosimilitud. La sentencia viene a establecer de que parte esta la justicia. La sentencia viene a constituir una condición legal resolutoria de las situaciones guardadas por las partes durante el proceso.

Si el actor probó los hechos constitutivos de su acción, quedó probado su derecho y toda su actuación durante el juicio fue legítima. Si en cambio no probó los hechos constitutivos de

su reclamación, la situación que guardó durante el proceso se -- desvanece porque la condición resolutoria contenida en el pronun- ciamiento de la sentencia vino hacer ver que la situación procesal careció de base; opera retroactivamente la condición resolu- toria.

Se oye decir que la aplicación de la doctrina de la condi- cio juris, es jús provatística y por ende inaplicable al proceso- que es juz publicístico.- A reserva de ocuparme más adelante del carácter público atribuido al proceso, me permito decir desde - ahora que la condicio juris tanto suspensiva como resolutive tie- nen aplicación también en el Derecho Público.- Así se explican - multitud de efectos que tienen el fenómeno jurídico de las revo- luciones. El movimiento revolucionario que se va extendiendo pau- latinamente a través del territorio nacional, va cambiando las - instituciones y sustituyendolas por las revolucionarias. Se crea pues un ordenamiento jurídico con su pléyade de situaciones jurí- dicas nuevas. Estas empiezan a tener vida desde luego. Si el mo- vimiento revolucionario triunfa y se establece un nuevo orden de - cosas, aquellas situaciones perdurarán; pero si la rebelión es - derrotada, aquellas situaciones desaparecerán, retroactivamente. Con razón se aplica para explicar estos efectos, el sistema de - las condiciones juris resolutorias.

En el Derecho administrativo se vé continuamente que se - aplican las condiciones juris tanto suspensivas como resolutio- rias; depende de la urgencia o nó urgencia de establecer situa- ciones provisionales inmediatas o mediatas. Hay servicios públi- cos que se concesionan de inmediato, por la urgencia, a reserva- de ser ratificadas después las concesiones por poderes superio- res. Cuando no es de ingente necesidad, la concesión es bajo la- condición suspensiva de que se apruebe por el superior.

Lo mismo pasa en el Derecho privado: en los contratos sina lagmáticos en los que hay necesidad por parte del que va adquirir un bien, se le entrega desde luego la tenencia; pero si dejara - más tarde de cumplir con sus obligaciones se resolverá el contra- to.

La condicio juris resolutoria explica perfectamente bien - al ingreso al juicio del actor y demandado y los efectos jurídi- cos de sus actos procesales. Las situaciones jurídicas creadas - por su admisibilidad en el debate, producen efectos bajo condi- ción resolutoria.

Esta objeción en el fondo obedece a consideraciones super- ficiales sobre el proceso.

## PERTENECE LA ACCION JUDICIAL AL DERECHO PUBLICO?

Continuamente se lee en las obras de los pandectistas y se oye en labios de sus seguidores una contestación afirmativa. Mas aún, se coloca usualmente y al parecer, sin discrepancia, - al Derecho Procesal, como una rama del Derecho Público, en su totalidad.

Esto se explica muy facilmente dentro del pandectismo germánico, porque éste, por la influencia que sufrió de las doctrinas hegelianas imperantes en Alemania, en la primera mitad del siglo pasado, consideraba que todo lo que tocara el Estado y toda relación con él, se convertía ipso facto en público, por ser pública la esencia de éste. El Espíritu Absoluto - encarnado en el Estado tenía el poder mágico de sacralizar todo lo que tuviera contacto con él. - Si en el Derecho procesal interviene un órgano del soberano, por ese solo hecho se sacrifica y se convierte en Derecho público: es una emanación del Espíritu Absoluto.

Es ocioso decir que en tiempos de Hitler todo derecho se creyó público como emanado de y para la Comunidad (Gemeinschaft); y que en Italia, en días del fascismo, un jurisconsulto muy conspicuo declaró que "il diritto privato é una porcharia", y en esta misma época autores célebres italianos acudieron a argumentos sociológicos, - a lo Durkheim, a lo Cornejo...., para convertir el proceso en un elemento pacificador, insustituible, de la sociedad, y con esta vestidura entró solemnemente a la catedral del Derecho Público.

Mucho se ha escrito y mucho se ha discutido sobre los criterios diferenciales de las dos ramas jurídicas, Derecho público y Derecho privado.

Es de llamar la atención cómo dos grandes jurisconsultos latinos, profesores muy distinguidos, el señor Salvatore Pugliatti, italiano, y Don Manuel García Pelayo, constitucionalista español, al intentar determinar la esencia del Derecho público, emplean métodos diversos. El profesor italiano no llega a conclusión criteriológica, sino meramente programática.

EL PRIMERO, o sea el profesor Pugliatti publica un cuidadoso y eruditísimo trabajo sobre la materia y, al resumir y presentar conclusiones y en el último párrafo titulado "Balance y Programa", dice que ha expuesto e interpretado una tradición que desde hace años se ha paralizado y congelado, aunque en -

los últimos tiempos los historiadores del Derecho han demostrado que el problema de la distinción de Derecho público y privado, no tiene un valor lógico jurídico abstracto, sino que se sitúa en la historia jurídica, en particular, y en la historia general, y que ya desde el Derecho romano provocó una literatura abundante, que continúa en la actualidad. (3) Esas conclusiones del profesor de Messina, son indicaciones metodológicas para llegar a la precisión buscada, por eso tales conclusiones se vienen a reducir no a la determinación de un criterio fijo y preciso, sino al camino que debe de seguirse para alcanzarlo. Hay diversos presupuestos, en el estudio que analizo, que el profesor italiano estableció, que no le permiten lograr resultados positivos como después lo demuestro.

Don Manuel García Pelayo, en un estudio muy importante, expone las vicisitudes históricas de la distinción y presenta como conclusión un ensayo de diferenciación que se basa en la conexión que existe entre la estructura de la ordenación social, por una parte, y la de ordenación jurídica por la otra (4). Expone que la historia permite sacar como consecuencia que la distinción entre Derecho público y privado aparece como correlativa al desdoblamiento de la vida humana en dos vertientes: la pública y la privada, y que la mayor o menor amplitud de la esfera de uno y otro Derecho, así como la relación jerárquica entre ambos reproduce las relaciones entre las dos esferas vitales. El Derecho privado corresponde a la vida privada del hombre en tanto esté regulada por preceptos jurídicos, es decir, que constituya aquel complejo de reglas que junto con las religiosas, morales, los usos, etc., normativizan la vida humana en su aspecto privado. En cambio el Derecho público es aquel que corresponde a la vida pública en aquellos de sus aspectos que están jurídicamente regulados. La vida privada se desarrolla al margen de la intervención estatal, en una esfera muy amplia, pero solo interesa al Derecho y tiene significación para él en la medida que trascienda del ámbito puramente individual para transformarse en social, pues solo allí es donde se da la alteridad, es decir, la relación con otro y la determinación de la propia conducta por la ajena; solo allí puede darse una situación jurídica. No es pues aquí el hombre aislado lo que interesa, sino el hombre inserto en todo ese complejo de relaciones humanas que se dan al margen del Estado. - A este complejo se le ha designado con el nombre de "sociedad", que tiene diversos significados, pero de ellos los fundamentales son los siguientes:

a).- En sentido amplio, por sociedad se entiende el conjunto de las relaciones sociales de los hombres entre sí y las entidades objetivadas a que dan lugar y entre las cuales se en-

cuenta el mismo Estado. Vista subjetivamente comprende los aspectos colectivizados de la vida humana;

b).- En un sentido particularizado, restringido, significa un modo específico de vinculación.

El profesor Pugliatti refiriéndose a los caracteres asignados al Derecho público o sea que las normas de este Derecho son imperativas e inderogables o irrenunciables, sostiene que tal caracterización del Derecho público es impropia, primero - porque no todas las normas imperativas caen bajo el concepto de Derecho público y en segundo lugar porque el carácter de irrenunciabilidad (inderogabilidad) no es esencial de las normas del Derecho público. Existen renunciaciones del Derecho público como son los siguientes ejemplos: a) Hay normas que pertenecen al Derecho público como las relativas a la organización de los tribunales y muy particularmente, las que atañen a la jurisdicción; sin embargo, las que se refieren al territorio, son renunciables y derogables pues se puede pactar la sumisión a juez incompetente por razón del territorio y esa sumisión puede ser expresa o tácita. Efectivamente en el Código de Procedimientos Civiles se dice textualmente en el artículo 149 que la jurisdicción por razón del territorio, es la única que se puede prorrogar por medio de sumisión expresa o tácita: artículos 152 y 153 del mismo Código.

El segundo caso citado por el profesor Pugliatti como renuncia o derogación de normas de Derecho público es aquel en que las partes evitan que la contienda se tramite ante un juez por medio del compromiso en árbitros que puede celebrarse antes de que haya juicio, durante éste y después de dictada la sentencia siempre que en este último caso si la sentencia es irrevocable, el compromiso solo tendrá lugar si los interesados la conocieren: artículo 609, 610 y 611 del Código de Procedimientos Civiles. Más todavía: bastará para apartar del conocimiento de un negocio al juez ordinario con solo que conste en el documento base de la acción una cláusula compromisoria en la cual se estipule que las diferencias que surjan en el negocio se sujetarán a la decisión de un árbitro, artículos 220 y 221 del Código de Procedimientos Civiles.

Pudo el profesor Pugliatti haber mencionado además el maravilloso fenómeno procesal de la avocación: esta se menciona en el artículo 149 de la ley procesal mexicana; pero también aparece en varias legislaciones extranjeras. Nuestro Código procesal en este punto dice: "La jurisdicción del territorio es la única que se puede prorrogar. Se exceptúa el caso en que,

conociendo el Tribunal Superior de apelación contra interlocutoria, resulta que sea, las partes esten de acuerdo en que conozca de la cuestión principal. El juicio se tramitará conforme a las reglas de su clase, prosiguiéndose éste ante el superior".

Significan estas tres figuras jurídicas derogaciones a normas del Derecho público del ordenamiento judicial?

No lo creemos así, como lo demostramos por las siguientes consideraciones:

La Prórroga expresa o tácita de la jurisdicción territorial no es una derogación de la irrenunciabilidad de normas del Derecho público.

Se puede citar numerosa doctrina en apoyo de que la jurisdicción territorial no entra dentro de los principios del Derecho público, sino que pertenece al Derecho privado. Citaré un autor antiguo español y un autor moderno, muy autorizado, italiano.

En efecto el señor de Vicente y Caravantes, al referirse a la competencia por razón del territorio, se expresa "ha tenido por objeto facilitar a los pueblos el acceso a los tribunales, para obtener justicia con más brevedad y menos dispendios, coadyuvar a la expedición de los negocios y poner a los jueces en disposición de reprimir a los delincuentes con la mayor prontitud del castigo. Y en efecto, luego que los Estados fueron extendiendo sus dominios y se aumentó el número de negocios, advirtiéndose que no bastaba un solo juez o tribunal para entender de todos ellos, y que los interesados no podían demandar justicia fácilmente por los gastos y pérdidas de tiempo que les ocasionaba el tener que acudir desde largas distancias al tribunal único establecido o que comprendía un territorio sobrado extenso. De aquí el haberse reconocido generalmente por todas las naciones la necesidad de diseminar por demarcaciones poco extensas de Estado, funcionarios que administren justicia...." (5).

Hugo Rocco en el artículo "Competenza Civile" dice "mientras las competencias por valor, por materia, funcional, se inspiran en razones de orden superior y de utilidad general para la buena marcha de la justicia, la competencia territorial, por el contrario, tiene por objeto sobre todo servir al interés privado de las partes, en cuanto hace más fácil y conveniente que determinada causa se ventile donde resulte más cómodo



do a las partes interesadas. De esta manera la ley, al establecer los criterios que regulan la competencia territorial, tuvo en consideración sobre todo el interés de las partes y en particular el interés del demandado, quien, debiendo soportar los efectos de la iniciativa del actor, se encuentra en condiciones menos favorables que las del propio demandante.- La regla general que prevalece en la competencia territorial, es que el demandado sea normalmente emplazado por el juez ante el que resulte menos incómodo presentarse, esto es, en el lugar de su residencia, domicilio, morada....

Otras veces la ley toma en cuenta intereses superiores - como mejor distribución de las competencias y mejor tramitación de los litigios y establece otros criterios (como el lugar de la ejecución de un contrato) como la ubicación de un inmueble" (6).

Respecto de la competencia por razón del territorio (llamada también ratione personae, rige el principio Actor sequitur forumrei, viene del derecho romano: D. 5, 1, 2 párrafo 4.- Es conforme a la equidad porque de lo contrario el demandado - correría el riesgo de los gastos del desplazamiento: hay que contar que al actor toca la iniciativa y el reo solo tiene que sufrirla. No debe, pues, depender del demandante arrastrar al reo a un lugar lejano cuando puede suceder que su exigencia sea infundada.

Todo lo dicho significa que toda la materia relativa a la jurisdicción territorial, ha sido considerada desde el punto de vista no del interés público sino del interés particular de los litigantes.

En cuanto a la AVOCACION, el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y Territorios se inspiró en el artículo 473 del Código Procesal Civil Francés que dice: "Cuando haya apelación de una sentencia interlocutoria, si ésta es revocada y el asunto estuviere en estado de resolverse definitivamente, los tribunales de apelación podrán decidir sobre la interlocutoria y al propio tiempo sobre el fondo del negocio - de un modo definitivo".

Esta "evocación" francesa fue tomada del Derecho Canónico, en donde se introdujo desde 1213 por el Cuarto Concilio Letanense, emanada de una Decretal de Gregorio IX que se ve en el Corpus Juris Canonicus, Lib. II, Título XXVIII, capítulos - IV y LIX.

Es una disposición del tribunal para atraer para su conocimiento una causa substanciada ante el inferior. Se suprime así uno de los grados de la jurisdicción.- En Francia se aplicó con frecuencia por los tribunales reales en su lucha contra los tribunales de los señores feudales, y después, por los recursos ante la Curia real contra los Parlamentos. La Revolución francesa acabó con los tribunales especiales que prohibió, así como el uso de las avocaciones.- La ley de 16 de agosto de 1790, lo declaró: "El orden constitucional de las jurisdicciones no podrá ser alterado ni los litigantes podrán ser alejados de sus jueces naturales por ninguna comisión, ni por otras atribuciones o avocaciones que no estén determinadas por la ley (título 2o. artículo 17).

En materia penal se observó religiosamente el precepto anterior; pero en materia civil no fue así: ya vimos el contenido del artículo 473 del Código Procesal Civil Francés promulgado por Napoleón a principios del siglo XIX que está aún en vigor.

Pese a la apariencia de Derecho público, la avocación se introdujo en beneficio y en interés de los litigantes sobre todo en aquellas ocasiones en que los tribunales de primera instancia se encuentran muy alejados de los tribunales de alzada. Considérese por un momento en la organización judicial canónica, las dilaciones, gastos, trabajos para hacer llegar desde remotas regiones las apelaciones a los tribunales como el de la Sagrada Rota en Roma. Una apelación en ambos efectos podía paralizar por años la marcha del proceso.

En el apéndice presento unas notas sobre el origen histórico del artículo 149 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios; cómo la noción desarrollada en ese precepto nació de las representaciones que litigantes tanto de la Baja California como de Quintana Roo hicieron ante la Secretaría de Gobernación a efecto de que se instalara un tribunal de alzada dentro de cada Territorio, porque la distancia de los juzgados de aquellos Territorios al Tribunal Superior ubicado en la Ciudad de México era enorme, las comunicaciones en aquel entonces dificultosas, la pérdida del tiempo era lamentable y la atención de los negocios que venían hasta la capital era muy dispendiosa.

La historia del artículo 149 precitado es una confirmación más de la protección legal al interés de los particulares. Es un sistema de derecho privado dentro de un sistema orgánico de Derecho público.

El verbo AVOCAR significa "Atraer o llamar así la causa - que se está litigando o debe litigarse ante un juez inferior" - (Escrache y Diccionario de la Academia). - En el artículo 243 de la constitución de Cadiz se lee: "ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar - causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos".

En la Novísima Recopilación, Libro 4o. Título 6, Ley 4: - "El Consejo (Supremo de Castilla) se abstenga de avocar y retener pleitos de los juzgados ordinarios, Cancillerías y Audiencias. Mando que en el avocar y retener con facilidad los pleitos de los juzgados ordinarios, Cancillerías y Audiencias, se abstenga el Consejo, porque solo debe hacerlo cuando parezca - convenir a mi real servicio y bien de las partes; a lo que es - consiguiente, que no se saquen de las referidas Cancillerías y Audiencias autos o procesos originales, no siendo en virtud de Real Cédula, la que se despacha indistintamente para Salas civiles y criminales, y no en otra forma".

En la legislación de Indias, comentada por el célebre - Don Juan de Solórzano se habla de las facultades y obligaciones del Consejo de Indias (7). Al comentarla, habla de las obligaciones del Consejo diciendo que "la primera es que se encargue de todas las cuestiones relativas a la conversión y buen tratamiento de los indios; en segundo se le manda que no se ocupe - de resolver pleitos entre las partes dejando este cuidado a las Audiencias y Cancillerías, y no avocando ni trayendo así las - causas que ante éstas pendieren y debieren pender, sino en muy - raras veces y con gran ocasión. Porque aunque semejantes avocaciones y evocaciones se suelen conceder a los Senados Supremos, limitándose en cuanto a ellos la regla de que donde se comienza el pleito allí se debe acabar, ha de ser interviniendo gran causa como lo dicen nuestras Ordenanzas y latísimamente (aún hablando no solo de Consejos y Consejeros, sino de Príncipes absolutos y soberanos) lo resuelven, después de muchos autores antiguos, Pedro Rebufo, Covarrobias, Bobadilla, Mastrillo y otros - copiosos modernos que añaden bien que se hace grave injuria al juez o tribunal, a quien de derecho toca el conocimiento de alguna causa, no solo cuando se le quita del todo, sino aún cuando se les juntan y asocian otros jueces foráneos que intervengan con ellos en sentenciarlas" (8).

Se confirma pues que en la Legislación Española y de Indias, hasta que entró en vigor la Constitución de Cadiz, el Consejo de Indias podía avocarse el conocimiento de causas en que - hubiere evidente beneficio de las partes o cuando lo mandara el Rey.

Pasemos ahora al estudio del arbitraje resultado del contrato del compromiso en árbitros, que el distinguido señor Pu-gliatti considera como un argumento definitivo para probar que también el Derecho público de jurisdicción, de organización de tribunales y de administración de justicia, resulta renunciado por los litigantes actuales o en potencia y se apartan de los tribunales establecidos por la ley.- Nosotros decimos, nuevamente, que no es una derogación del Derecho público, sino que es un sistema de proteger los intereses individuales, dentro del sistema del Derecho público sin que quede desvirtuado éste.

En efecto, hay casos en que las partes consideran que el negocio en que disienten, necesita ser apreciado en conciencia, porque la apreciación jurídica no alcanza a las delicadezas morales que solo un hombre bueno, de conciencia ilustrada, y de experiencia en los negocios puede apreciar. La ley en beneficio de estos litigantes, permite los arbitradores o amigables compo-nedores, no para derogar las leyes que establecen los tribuna-les sino formando un sistema que beneficie a las partes, porque ellas lo quieren y porque de ninguna manera se altera el orden público ni se hiere el interés público con semejante proceder.

Hay también negocios sumamente complicados en que además de los conocimientos técnicos especiales, se requiere de mucho tiempo y paciencia para desenmarañarlos y conocerlos a fondo: - las controversias en materia de sociedades anónimas cuyo objeto es constituido por negocios complicados; asuntos técnicos de - transportes, por ferrocarriles, por vía aérea o marítima, en - que además del conocimiento de la legislación se requiere el co-nocimiento práctico tanto del derecho marítimo como del derecho relativo a los transportes de tierra y de aire. A medida que - los negocios se complican, como los negocios financieros en que intervienen agentes extranjeros, bancos y hasta órganos del po-der público, se requiere de mayor conocimiento especializado - que el de los tribunales y mayor tiempo para estudiarlos; ambas cosas no son fáciles de conseguir. Por eso las legislaciones - han concedido a los particulares desde los tiempos más remotos, la facultad de elegir sus propios jueces para que fijen sus con-ductas y aún los ha revestido de jurisdicción para que puedan de- desempeñar mejor sus funciones, como sucede en la legislación me-xicana. Véanse al efecto los artículos 619, 620, 628, 629, 630- en que se habla de la reconvención. Es cierto que carecen de im-perio, el artículo 631 que los faculta hasta imponer multas; pe-ro para emplear los medios de apremio, deben acudir al juez or-dinario.

Quiere decir todo: que en beneficio de los particulares -

se permite el arbitraje y se rodea al árbitro de todos los elementos necesarios para cumplir su encargo. La jurisprudencia establece que de acuerdo con la ley Orgánica de los Tribunales, si bien el árbitro es un auxiliar de la justicia, no es sin embargo una autoridad contra la cual se puede interponer amparo sino contra la resolución o auto del juez ordinario que manda cumplir el laudo.

Es todo un sistema especial dentro de un sistema general. El primero es de interés privado; el segundo o sea el sistema general, es un sistema de interés público.

No puede hablarse de derogación ni de renunciamiento al derecho público.

Lo notable de la legislación mexicana en este punto es que siguió los lineamientos de las leyes de Partida, porque los reyes castellanos, para proteger los intereses legítimos de los particulares, dieron una amplitud de facultades mucho mayor que la que se ha estilado en otras legislaciones aún del sistema del common law.

Establecido lo anterior, ya podemos con más firmeza decir que el carácter distintivo del Derecho público es su inderogabilidad, en primer lugar, y, en segundo lugar, sus formas imperativas o prohibitivas.

No porque dentro de un sistema de derecho privado se den las inderogabilidades, las prohibiciones y los imperativos, dejen de ser estas normas de Derecho público, como dentro del Derecho público puede haber normas y sistemas especiales de Derecho privado.

En el sistema de las legis acciones lo mismo que en el formulario, había la fase in jure en la que el magistrado precisaba la controversia y las exigencias del actor y demandado.

Se dice que la intervención de la autoridad tuvo por objeto que ella ejerciera presión para que las partes abandonaran la justicia privada y aceptaran la mediación de un juez y así se convirtiera la justicia en pública, siendo esta desde luego ordenada y pacífica, mientras que la primera era desordenada, antisocial y violenta. Me atrevo a disentir de esta opinión muy extendida por las siguientes razones: en primer lugar es muy general la opinión de que en la humanidad primitiva la justicia se administraba entre los hombres privadamente. Es decir que la fuerza prevalecía y la violencia ejercía su papel -

siempre que hubiera un estado de litigio entre dos hombres. Que la violación de un derecho se reclamaba violentamente; que la - venganza era la ley que se imponía en los casos de delitos. Esta opinión se ha generalizado merced a la influencia de los sociólogos de la segunda mitad del siglo pasado que observaron en algunas islas oceánicas y en las tradiciones de algunos pueblos. Esta hipótesis se presenta como muy racionalísticamente favorable para obtener muchas derivaciones de carácter lógico. Recuérdese, según lo dijimos antes, cómo Hobbes para explicar el nacimiento del Derecho y la formación del Estado, supuso que en el estado natural de la humanidad, los hombres eran unos frente a otros como lobos carnívoros y que para evitar y concluir un estado tan desastroso hubieron de celebrar un convenio para atribuir todo el poder a un gobernante y se reservaron algunos derechos a los que no renunciaron.

Con estas premisas se pudieron obtener las conclusiones - que se quisieron. De la misma manera los procesalistas modernos, también escogen como punto de partida el estado de la humanidad que suponen gobernado por la venganza privada y por la violencia y que para fundar la paz social hubo necesidad de que los - hombres sometieran sus querrelas, contiendas, litigios a los jueces a fin de que éstos ejercieran la justicia en una forma pública e imparcial y así se lograra la paz social. De aquí salió una idea muy cara a los enamorados del Derecho Público. En efecto, si la acción y el proceso hicieron que se separaran los hombres del ejercicio de la justicia privada, de la violencia y de la venganza que acarrearán guerras intestinas interminables, la acción y el proceso vinieron a tener la función preponderante de "pacificación social".- Así en tiempo del fascismo en Italia, los autores inclinados en favor del Derecho Público, repitieron sin cesar que tanto la acción como el proceso han tenido y tienen la función pacificadora de la sociedad y que por lo - tanto, tienen una función inmediata y directa de interés público, y por ende, pertenecen al Derecho Público.

Ilustres autores que se dedicaron a investigar los orígenes remotos de la ley de las Doce Tablas y que han venido a demostrar que no es verdad que en la humanidad primitiva, en la - que no había rudimentos de ordenamiento jurídico, ya las preocupaciones y tradiciones religiosas habían señalado procedimientos en que las contiendas entre los hombres se sometían a la decisión de los dioses o de los que se atribuían la determinación de la voluntad de ellos, y así las contiendas se pacificaban en espera de la resolución. Es la fase de la humanidad, observada en todos los pueblos tanto de los continentes asiático, africano, indo-europeo y americano.

Pedro Noailles profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de París ha dicho: "Si hay una regla general que se pueda sacar de la historia comparada, es la de que todos los pueblos, en el estadio primitivo de su civilización, han creído que el derecho que regía sus relaciones era de origen divino. - Todas sus reglas de conducta, comprendidas en ellas las leyes, - son un don de sus dioses, (9). No concibieron que hubieran dos dominios separados, el dominio de la religión en que dependen de la voluntad divina, y el dominio del derecho en que fueran amos y que fuera regido por su propia voluntad o, de una manera general por una voluntad humana, la de los miembros de la Ciudad o la del rey. - Los romanos no escaparon a esta ley general y no perdieron jamás la memoria de este origen divino del Derecho. Cicerón dice: "que los ciudadanos tuvieron antes y ante todo la convicción de que los dioses son los amos y los reguladores de todas las cosas, que todo lo que se hace se hace por su poder, por su voluntad y por su providencia" (10). En el mismo libro, dijo de una manera más precisa: "así la ley verdadera y primitiva que tuvo carácter para ordenar y prohibir, es la recta razón de Júpiter supremo" (11). - Las leyes antiguas fundadoras de la Ciudad no fueron los hombres que las crearon. Solón, Licurgo, Minos, Numa escribieron las leyes de sus ciudades, no las hicieron, las recibieron de los dioses. Los cretenses atribuían las suyas, no a Minos, sino a Júpiter; los lacedemonios creían que su legislador no había sido Licurgo sino Apolo. Los etruscos habían recibido sus leyes del dios Tagés. Los romanos, en fin, decían que Numa había escrito las leyes bajo el dictado de una de las divinidades más poderosas de la antigua Italia, - la diosa Egeria. Hay mucho de fondo en todas estas tradiciones. El verdadero legislador entre los antiguos no fue el hombre; - fue la creencia religiosa que el hombre llevaba en sí mismo. Lo que equivale a decir que, en este estado primitivo, no concebían el Derecho como separado de la religión. - Hubo pueblos, como el hebreo, que jamás distinguieron la ley divina de la ley humana. Durante el curso entero de su historia el sacerdote fue legislador y juez, en su carácter de intérprete de la voluntad divina. Entre los griegos la separación de estas funciones se realizó en los tiempos históricos, pues tenemos documentos ciertos que nos permiten constatar como cesó esta confusión. Entre los romanos, al contrario, la separación se produjo oportunamente, antes de lo que se llama la época histórica de Roma, es decir antes de esta época de la que hay documentos escritos, fuentes auténticas, que nos permitan conocer de manera segura los acontecimientos de la historia. Antes de esa época estamos reducidos solamente a leyendas y a tradiciones poco seguras. Para apreciar la importancia de esta observación conviene recordar que los historiadores hacen comenzar estos tiempos históricos en la toma de Roma por los galos, 364 años de la fundación de -

Roma, 390 años antes de Jesucristo; 59 años después de la fecha tradicional de la ley de las Doce Tablas, 305 años; 119 años después de la fecha tradicional de la caída de los reyes y del establecimiento de la República" (12) "La laicización del derecho romano se produjo pues en un tiempo que no se conoce directamente. Por eso un autor como Mitteis, ha dicho que la separación siempre existió y que la ley civil como tal es tan antigua como la ley religiosa" (13). Para los demás autores, esta separación tuvo lugar en una época indeterminada precedente a toda historia, porque piensan generalmente que ya se había efectuado en la época de los reyes. En cuanto a nosotros pensamos precisar mucho más la época de la laicización. Pensamos que fue la obra de la ley de las Doce Tablas y que se cumplió por la creación del Derecho civil. Religión y Derecho nacen de un mismo pensamiento, de una misma necesidad. Este pensamiento común es el de que "haya un orden que se estima necesario y que es el ideal de toda sociedad.

"Religión y Derecho nacen de un mismo pensamiento, de una misma necesidad. Este pensamiento común es el de que hay un orden que se siente que es necesario y que es el ideal esencial de toda sociedad. Pero en tanto que la religión se concibe como una emanación directa de los dioses porque ellos solo pueden dar reglas, órdenes y prohibiciones, el derecho se considera -- por los pueblos que llegaron a un determinado estadio de la razón como nacido de la voluntad racional de los hombres. Las reglas del derecho son dictadas por la voluntad humana que se expresa en la ley y su aplicación podrá ser sometida al examen igualmente tradicional de las autoridades de la Ciudad. Y es así como se establecieron el jus civile y la jurisdicción civil. El orden civil queda ligado al suelo real y bajo la protección del Estado. Entonces comienza, crece y se fortifica la diferenciación de los órganos de la religión y de los órganos del derecho, la oposición entre el orden divino y el orden humano" (entre el "Fas" y el "Jus").

Por su parte el profesor Eugenio Ehrlich, investigador austriaco del Derecho en las manifestaciones sociológicas y filosóficas, dice que "consultando la historia de los antiguos pueblos se llega a la conclusión de que el origen de los Estados es una asociación militar y solo una excepción en Estados modernos que crean otros Estados como Inglaterra en Norteamérica (y España en una amplia medida en la América también) (14).-- El Estado jamás ha negado su origen militar; en cada etapa de su desarrollo los intereses militares constituyen su base con las excepciones de los estados formados artificialmente. A las funciones puramente militares de los Estados recién formados se añadieron desde sus comienzos la formación de un jefe militar --



permanente con sus subordinados dotados de los elementos materiales necesarios. Parece ser que Roma fue el primer Estado - que estableció un sistema ordenado de tributación. En segundo lugar el Estado desde sus primeros tiempos tuvo que manifestar una actividad policiaca en los casos de insurrección y rebelión. La etapa siguiente se desarrolló en pequeños territorios y en las ciudades, después en amplios territorios como en el imperio romano, en el imperio carolingio, en Inglaterra, consistente en un sistema ordenado de administración de justicia.

Si ésta en un principio dependía directamente del jefe militar y de sus auxiliares, más tarde se estableció un sistema ordenado cuando hubo que distribuirse en un amplio territorio. No tardaron mucho en desarrollarse los sistemas de legislación. Estas etapas en algunos Estados fueron recorridas desde el principio y en otros muy lentamente. Todavía en Francia - en el siglo XVII no se había llegado a un control definitivo y completo de justicia por los tribunales del rey. La historia - del Derecho muestra que originalmente tanto la legislación como la administración de justicia estuvieron fuera de la esfera del Estado. La administración de justicia no procede del Estado; sus raíces provienen de tiempos anteriores a la existencia del Estado. Su forma más antigua parece muy claramente en la - escena del juicio sobre el escudo de Aquiles según la interpretación única posible que se debe a Hoffmeister. Dos hombres están disputando sobre el rescate de la sangre de un hombre que fue asesinado. Uno se jacta de que pagará todo; el otro sostiene que no aceptará nada. En otras palabras, el pariente del - muerto insiste en la venganza a sangre y los jueces prudentes fueron llamados para decidir cual de las dos proposiciones prevalecería y si éste está obligado a aceptar la indemnización - pecuniaria. Los jueces no habían sido - comisionados por el Estado y la sentencia no iba a ser efectiva ejercida por el Estado. Si la otra parte rehusa someterse, irá a la venganza a desgano de la sentencia. La única consecuencia de esto es la pérdida de las ventajas sociales que se deben a una justa composición. - Huellas de esta etapa del desarrollo de la administración de justicia pueden fácilmente encontrarse en el Derecho - criminal de los sagas en Islandia. También es fácil reconocerlo en el procedimiento legal en el período pre-carolingio y también mucho antes en el procedimiento de las Doce Tablas en Roma. En esta etapa se fijaban multas, pero la parte perjudicada no estaba obligada a aceptarlas; entonces la sentencia entregaba al culpable a la víctima si no se obtenía ningún arreglo. Este procedimiento rígido se observaba entre enemigos mortales. La competencia del juez es limitada en esos casos de - homicidio, secuestro, heridas graves, latrocinios.

Desarrollos emejantes de la historia de la administración de justicia se encuentran en los antiguos germanos y en otros - pueblos eslavos y mongoles (15).

Queda pues evidenciado que el punto de vista de la "pacificación social" fundamento de la doctrina carneluttiana de la acción y del proceso, carece de base científica.

A mayor abundamiento la justicia privada solo es posible cuando el poderoso la hace en contra del débil. No hay lugar en este caso, que es el más general, a que se establezca una guerra civil y que se altere la paz social. La razón fundamental por la cual se prohíbe la justicia privada es porque en sí misma es una injusticia. Es un argumento jurídico y no sociológico el que condena el hacerse justicia por su propia mano. Es en último análisis el fundamento de la prohibición contenida en el artículo 17 de nuestra Constitución, muy oportunamente consagrada en esta nación en la que vemos que al lado del hombre que todo lo puede y todo lo tiene se encuentra el hombre que nada tiene ni nada puede. La prepotencia invita siempre a que se haga una justicia privada, la del fuerte contra el débil.

## ES LA ACCION JUDICIAL EL DERECHO CONSTITUCIO

### NAL DE PETICION ?.

Entre los fenómenos jurídicos principales que caen dentro de la determinación de la discrecionalidad administrativa se encuentran, en primer lugar, el poder reglamentario. En segundo lugar figura el fenómeno de la diversidad de significados que asumen diversas denominaciones generales como poder, acto y actividad discrecional, diversidad debida a la ausencia de disposiciones legislativas ya que las discusiones suscitadas y las teorías propuestas no escogen el mismo punto de vista.

Sin embargo, respecto de la discrecionalidad, hay un rasgo que permite reducirla a la unidad, aunque sea un rasgo que se encuentre fuera de ella, o sea, el ansia nunca satisfecha de reducir o transformar el margen de libertad reconocido en favor de la administración en el ejercicio de sus funciones.

El problema del reglamento fue gravísimo porque el reglamento amplía y enancha en gran medida los poderes de la administración, más todavía cuando era escasa la legislación primaria.

De esta situación aún quedan perfiles que se manifiestan tanto en la teoría como en la práctica.

"La discrecionalidad, dice el doctor Manuel Balbé supone precisamente la atribución de una competencia y, además, la fijación de unos límites inmanentes a la función administrativa. Los actos discrecionales, por otra parte, producen efectos jurídicos.- Es más, en los discrecionales, en cuanto al contenido, es cabalmente donde la voluntad tiene más amplios dominios en la configuración de los efectos del acto. Si cupiera establecer una gradación en la juridicidad, a los actos discrecionales habría que reconocer puesto muy alto en la escala, -- por cristalizar en ellos la fuente más abundante de creación jurídica individual por parte de la administración" (16).

De acuerdo con la jurisprudencia de la Suprema Corte -- queda evidenciado que el artículo 80. Constitucional no garantiza el acuerdo favorable de la autoridad a quien se dirija la petición sino que asegura sólo el proveído sea o no favorable al peticionario (Jurisprudencia de la Suprema Corte, Apéndice-

al tomo 118, Tesis 766: "Las garantías del artículo 8o. Constitucional tienden a asegurar un proveído sobre lo que se pide y no a que se resuelvan las peticiones en determinado sentido").

Esto supone forzosamente que existe discrecionalidad en el funcionario público para otorgar lo pedido por el peticionario o denegarlo, porque si el funcionario o empleado estuvieren obligados a otorgar lo pedido y lo negaran, entonces no -- violarían el derecho de petición sino el derecho sustancial o procesal o procedimental del peticionario.

Ahora bien, según la doctrina más generalizada como lo establece Rafael Entrena Cuesta (17) un poder es discrecional; a) Cuando el ordenamiento no establece el tiempo en que deba -- de ejercitarse; b) Cuando el ordenamiento no establece la mane -- ra y la forma en que deba de ejercitarse; c) El fin o fines que se persigan se fija pero no se determinan los medios que se -- han de emplear para obtenerlos. La discrecionalidad exista ---- cuando haya discrecionalidad en los elementos a) y b) ya aisla -- damente, ya conjuntamente; pero no pueden faltar nunca los fi -- nes de la actividad. El elemento teleológico forzosamente tie -- ne que ser determinado por el ordenamiento, de tal manera que -- si la administración ejercita sus poderes para alcanzar fines -- distintos a los fijados legalmente habrá cometido una arbitra -- riedad o una desviación del poder.

Aplicando este criterio al derecho de petición precisa -- do por la Jurisprudencia de la Suprema Corte se advierte que -- contiene la discrecionalidad en el poder para otorgar o no --- otorgar lo contenido en la petición.

Pues bien, tratándose de la materia judicial, en el pro -- ceso tanto penal como civil, como administrativo, la discreci -- onalidad del poder frente a las peticiones del particular, si -- son arregladas a las formas de la ley, no existe. La contesta -- ción a la petición si está arreglada ésta a la ley forzosamen -- te tiene que ser afirmativa. Aún la sentencia misma no signifi -- ca el ejercicio discrecional de poder del juez al resolver la -- controversia. Tiene forzosamente que someterse a las constan -- cias de autor y a las determinaciones de la ley. -- He aquí la -- primera diferencia entre acción y derecho de petición.

Una segunda y profunda distinción entre el derecho cons -- titucional de petición y la acción judicial, se encuentra en -- las determinaciones mismas de la Constitución sobre el derecho -- de petición.

Además del artículo 80. que se refiere a este derecho, - existe la importantísima invocación que de él se hace en el artículo 35 fracción y de la Carta Magna: "Artículo 35.- Son prerrogativas del ciudadano.... V.- Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición".

Confrontando este precepto con el artículo 80. se ve -- que contiene la diferencia que existe entre el ciudadano y el extranjero; este último en materia política no podrá hacer uso del derecho de petición sino sólo los ciudadanos de la República. Por lo tanto, la fracción del artículo 35 deja ver que el ciudadano a diferencia del extranjero tiene el derecho de petición también en asuntos políticos. Pero los partidarios de la identificación entre la acción judicial y el derecho de petición invocan la fórmula absoluta y general por la cual el derecho de petición corresponde al ciudadano mexicano "en toda clase de negocios" y toman pié de esta frase absoluta para decir que la acción judicial queda comprendida también dentro del derecho de petición. Aquí encuentran un argumento para sostenerla aplicabilidad en México de la doctrina Couturiana de que la acción judicial se encuentra subsumida en el derecho de petición.

No solo los procesalistas partidarios de la doctrina -- del profesor Couture sino también el profesor mexicano don Ignacio Burgoa (18) parece comprender de un modo especial la acción judicial dentro del artículo 80. constitucional.

Que don Eduardo Couture haya procreado tal doctrina se explica, porque en su patria, la República oriental de Uruguay, desde 1830, en sus Constituciones se ha venido repitiendo que "Todo habitante tiene el derecho de petición ante todas y cualesquiera autoridades de la República" (art. 29 de la Constitución de 1942 que se había repetido antes en las Constituciones de 1830, 1918, 1934 y 1942 y 1952, aunque desde 1918 se racionalizó el texto primitivo de 1830 que sólo reconocía el derecho de petición a los ciudadanos y se extendió a "todo habitante").

Nosotros, dentro del Derecho Constitucional Mexicano, - sostenemos que la acción judicial no queda ni puede quedar comprendida dentro del derecho constitucional de petición.

En primer lugar, si la acción procesal quedara comprendida dentro del derecho de petición, al suspenderse éste se suspendería el ejercicio de las acciones con las más graves consecuencias. Y como "lo que se dice de la acción se dice también-

de la excepción," al suspenderse el derecho de petición se suspendería el derecho de contestar la demanda y oponer defensas y excepciones y de solicitar la absolución del demandado.

En efecto, conforme al artículo 38 Constitucional los derechos o prerrogativas del ciudadano se suspenden:

a).- Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión;

b).- Por vagancia o ebriedad declarada en los términos prevenidos por la ley;

c).- Durante la extinción de una pena corporal;

d).- Por estar prófugo de la justicia desde que se dicte la aprehensión hasta que prescriba la acción penal;

e).- Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión.

Así pues, un condenado por el delito de homicidio calificado puede ser condenado a cuarenta años de prisión según el artículo 320 reformado del Código Penal vigente y si se atiende a las fracciones I y II del art. 38 Constitucional, la suspensión empezará desde el auto de formal prisión. Durante 40 años no podrá entablar demandas ni contestarlas, porque según la teoría coutoriana aplicada en México, al suspenderse el derecho de petición se suspende por ende la acción y la oposición a ella. Si se tratara de un comerciante que fuera declarado en quiebra fraudulenta o no, por virtud de la suspensión del derecho de petición el quebrado no podría ejercitar los derechos que le reconocen los artículos 52 (impugnación del nombramiento de Síndico), 122, (intervención de él en los juicios de la quiebra contra terceros o de éstos contra el quebrado o la masa de acreedores), 49 (reclamación contra el Síndico), 50 (exigir rendición de cuentas al Síndico) 125 (ser tercero coadyuvante de la quiebra en los juicios en que ésta sea parte). - En una palabra, por la suspensión del derecho de petición del quebrado, se llega a una consecuencia netamente inconstitucional, la supresión absoluta del derecho de audiencia que el artículo 14 de la Carta Magna consagra en favor de todo hombre. - Y no se diga que el Síndico lo representa, porque la Ley de quiebras no lo establece así en los casos que hemos apuntado antes, y en segundo término, no lo podría establecer dada la opo

sición de intereses que en los actos señalados existe entre -- uno y otro personaje del concurso.

Presentemos ahora el caso del ciudadano sujeto a proceso por homicidio calificado y condenado a cuarenta años de prisión, cuya suspensión de la prerrogativa del derecho de petición comprendiera según la doctrina Couturiana la suspensión -- del ejercicio de las acciones y excepciones o defensas.- El -- preso no podría comparecer por sí mismo, ni podría serlo por -- apoderado, porque no podría otorgar otras facultades de las -- que él mismo carecería. Tampoco podría hacerlo por un representante legal ni por un tutor por que en nuestras leyes han silenciado semejante hipótesis, precisamente por no haber considerado jamás que el derecho de petición comprendiera el ejercicio de los derechos procesales.

Las consecuencias de aplicar la doctrina del profesor -- uruguayo a los casos comunes, serían en nuestro Derecho tan de -- sastrosas como inconstitucionales.- Está para consumarse, por -- ejemplo, la usucapión de un bien del preso. No había manera pa -- ra éste de evitarlo judicialmente y se consumaría el despojo.- Fue demandado: no pudo constestar la demanda; perdió los dere -- chos más entrañables sin poder ser oído.

En el Uruguay las cosas pasan de manera diferente: con -- forme a los artículos 70 y siguientes de la Constitución vigen -- te en aquel país, no es prerrogativa del ciudadano el derecho -- de petición, porque desde la Constitución de 1918 en que tal -- derecho que en la de 1930 era sólo prerrogativa de los ciudada -- nos, pasó a serlo de los individuos, y la suspensión de dere -- chos por prisión y sentencia de prisión o destierro sólo afec -- ta a los derechos de ciudadanía y no a los individuales dentro -- de los que se halla el derecho de petición.

La construcción jurídica couturiana puede sostenerse en -- la República Oriental sin romper el sistema constitucional de -- aquel país; en México, de ninguna manera.

Otro aspecto sumamente interesante de esta cuestión es -- la consideración que nuestra legislación hace como bienes pa -- trimoniales muebles las acciones judiciales que tienen por ob -- jeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción -- personal: art. 754 del Código Civil.

Siendo patrimoniales tales acciones, son embargables y -- así lo establecen los artículos 547 y 548 del Código de Proce --

## dimientos Civiles.

En efecto, el artículo 754 ya mencionado, del Código Civil, reputa como bienes muebles las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal.

En nuestra tradición histórica, en los créditos, de derechos y acciones del deudor se ha trabado ejecución como se ve en la Curia Filípica de Hebia Bolaños (19), y también consta en dicha tradición que el último lugar de la lista de bienes embargables corresponde a tales créditos y acciones como se ve en la última obra citada y en los artículos 536, 547 y 548 del Código de Procedimientos Civiles vigente.

Tal tradición se remonta a un rescripto del emperador Antonio Pio, citado y comentado por Ulpiano en sus glosas de Officio Cónsulis que se ven en el Digesto, Libro 42, título I, ley 15, párrafos 2 y 7 in fine.

Todas estas disposiciones fueron hijas de la experiencia jurídica consagradas por los siglos, según la cual el derecho de acción como un bien patrimonial embargable existía muchos siglos antes de que en Inglaterra el Right or Petición se reconociera a los barones, individual e independientemente de los Estamentos a que pertenecían para obtener justicia del rey, para obtener del Parlamento justicia contra el rey y sus servidores y para obtener justicia contra disposiciones del propio Parlamento.- De Inglaterra pasó a fines del siglo antepasado y durante el siglo pasado a otros Estados cuya organización era muy diversa de la inglesa y ya con un contenido completamente diverso a intrascendente. Jamás pudieron imaginar los ingleses, que lograron el reconocimiento de ese derecho, que un día remoto un autor sudamericano viniera a confundir ese derecho individual, extra-estamental, con la actio romana dirigida al Juez o al árbitro, que ellos ya tenían sin esfuerzo político alguno cuando empezaron a luchar por el reconocimiento de un derecho de contenido nuevo y diferente.

Por último, si la acción fuera un derecho público constitucional, no podría ser renunciado como lo es en el desistimiento ni podría ser objeto de transacciones, conforme a los artículos 60. y 80. del Código Civil.



## FIN DEL DERECHO PROCESAL.

- 1.- "La idea de Jurisdicción, como la de proceso es esencialmente teleológica" (20).
- 2.- El Derecho Procesal es un Derecho que se puede llamar instrumental y, por tanto, que es esencialmente teleológico. Habrá pues que determinar con toda precisión el fin o fines que tal Derecho tiene que realizar y los medios de -- que se vale para ello.

Dice el mismo Couture que "el fin de la jurisdicción es-- asegurar la efectividad del Derecho.- En el despliegue jerárquico de preceptos propios de la normatividad, la jurisdicción asegura la continuidad del orden jurídico. Es en ese sentido, un medio de protección 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 solo la continuidad del Derecho sino también su eficacia jurídica". (21)

- 3.- "La configuración técnica del acto jurisdiccional no es solamente un problema de doctrina, es un problema de seguridad individual y de tutela de los derechos humanos". (22)
- 4.- Ha dicho muy bien Capograsi que en todo saber existe una VOCACION AL SISTEMA, el anhelo que empuja hacia una integración recíproca de los conceptos individuales, el anhelo hacia un orden superior que tenga en cuenta las afinidades que existen entre los conceptos mismos, de donde se deriva que el saber se presenta como un conjunto organizado, no como una masa caótica de nómadas individuales que siguieran cada uno su propio destino.- Todo esto corresponde a una exigencia substancial, por cuanto que los valores que el Derecho tutela no existen en la realidad social desorganizados entre sí, sino que se presentan en un orden que proviene de la significación y de la importancia que les atribuyen las concepciones dominantes, éticas, económicas, políticas y por sus afinidades substanciales-indudables. Catellani refiriéndose al Derecho Internacional dijo: "Carácter esencial del Derecho no es el de ser un mandamiento de superior a inferior... No es tanto el mandamiento y la certidumbre de la coacción, cuanto la -- persuasión que determinada conducta sea necesaria para --

conseguir un fin determinado que pertenece a la esencia - del Derecho que puede considerarse como una forma estable de la conducta humana". Por lo tanto el Derecho Internacional es verdadero Derecho y sus "normas consuetudinarias pueden considerarse como más importantes que las escritas, porque derivan de la conciencia común que se tiene de la necesidad de una norma determinada, conciencia formada espontáneamente dentro de un grupo más o menos amplio de Estados" (discurso académico pronunciado por Cattelani en la Universidad de Padua el 4 de noviembre de --- 1915).

- 5.- Si el Derecho en general tiene una finalidad que es el -- bien común, el Derecho procesal no puede ser una excep--- ción y no puede por lo tanto ser una rama del Derecho sin que tenga un fin determinado y este fin debe de recaer en el bien común en cualquiera de sus manifestaciones.

Si el bien común viene a consistir en el bien vivir de la sociedad y no puede existir y la feliz en la sociedad sin observar los elementos que le correspondan del bien común, el Derecho Procesal tiene que tener un fin específico, -- que le corresponda.

Es sabido que el bien común se compone de tres elementos fundamentales: uno ético, otro político y otro económico. La columna ética del bien común consiste en el ejercicio-social de los valores supremos expresados por las cuatro grandes virtudes sociales: la justicia, la temperancia, - el valor y la prudencia.

Si el órgano reconocido a través de los siglos, de la administración de justicia es el juez y el Derecho Procesal se ocupa precisamente de las formas y términos en que el juez va a desempeñar sus funciones, es evidente que la finalidad del Derecho Procesal consiste en la realización - de la justicia, o sea en que los jueces den a cada uno en las controversias y conflictos que surjan entre los hom-- bres, lo que a cada uno corresponda. Luego el fin del Derecho Procesal consiste en la administración de justicia, en la realización de ésta.

El Derecho Procesal no es un fin en si mismo: las contro- versias planteadas ante los jueces, que como veremos un - poco adelante, son discusiones jurídicas para determinar- los elementos que deba tener el juez presentes en la reso

lución en la que atribuye a cada quien lo que le corresponde.

Si pues el Derecho Procesal es fundamental instrumental, es evidente que la finalidad de él será la realización del Derecho substancial.

Sabido es desde Aristóteles que tres son los grandes principios derivados en materia jurídica del principio de finalidad: primero el fin, en las ciencias prácticas, tiene la función de principio y por eso en el fin tiene la explicación y su razón de ser aquellas cosas o hechos que sirven de medios. Segundo, las cosas que son contingentes por su naturaleza, con relación a un fin que debe de realizarse, se convierten en necesarios. Tercero, las demostraciones en las ciencias prácticas se hacen en función del fin. Si el fin del Derecho Procesal es realizar la justicia como elemento del bien común, el planteamiento de las controversias ante los jueces, el debate seguido ante ellos hasta el momento en que debe dictar su resolución el juzgador, cada uno de esos pasos que hay que dar hasta el acto final, se convierten en necesarios y obligatorios porque son los medios indispensables para ilustrar al juez y ponerlo en condiciones de dictar la sentencia según las reglas de justicia establecidas por el Derecho objetivo.

Resultaría inexplicable que si la finalidad del proceso consiste en la realización de la justicia, el debate seguido por las partes frente al juez versara sobre cuestiones con las que el Derecho Procesal no tendría que ver o le fueran totalmente indiferentes. Pero no es así.

- 7.- Ya había dicho Ihering que "nunca se ha visto ni en la antigüedad ni en la actualidad, que los hombres se asocien para hacerse desgraciados. Jamás se ha sabido que haya habido una sociedad que tenga como finalidad producir el infortunio y la desdicha de sus socios". Y afirma con énfasis: "El Derecho no es lo más sublime en el mundo; no es fin en si mismo, sino simplemente medio para el fin, el objetivo final del mismo que es la existencia de la sociedad". (23)

Contodo esto el gran profesor alemán, no hace más que continuar una tradición constante de la civilización occidental.- Véase el preámbulo de la constitución de los Estados Uni

dos de 1787, cuyas finalidades fijan: "establecer la justicia...promover el bien general". Su artículo primero dice: "El fin de la sociedad es la felicidad común".

La Constitución española de 1812, dice en el preámbulo que las leyes antiguas de Castilla, con algunas correcciones "podrán llenar debidamente el gran objeto de promover la gloria, la prosperidad, el bien de toda la nación".- El artículo 18 de la Constitución de Apatzingán, de 1814, se manifiesta -- así: "La Ley es la expresión de la voluntad general en orden a la felicidad común".

La primera Constitución federal mexicana de 4 de octubre de 1824, en sus preliminares rezaba así: "el Congreso General Constituyente de la Nación... para promover su prosperidad y gloria, decreta la siguientes Constitución".

La Constitución Centralista de 29 de diciembre de 1836, refiriéndose a la obra de los congresistas se expresaba así: - "para constituir del modo que entienden ser más conducente a su felicidad (de la nación)... declaran las siguientes leyes constitucionales".

En el Congreso Constituyente de 1856-57, el Presidente Don Ignacio Comonfort, en el discurso de apertura pronunciado el 18 de febrero de 1856, terminó diciendo: "Representantes -- del pueblo: la patria espera de vosotros su felicidad".

8.- Desde los tiempos más remotos, como se puede ver en el pa saje del Digesto, libro II, Título XIII, ley 1, Ulpiano - en sus comentarios al Edicto del Pretor establecía que en la proposición de la acción o sea en la demanda debían de exponerse por el actor circunstanciadamente la acción, de manera que el demandado sepa si debe conformarse o litigar y si opta por el litigio, quede instruido para defenderse.- Se obligaba al actor a presentar documentos en -- los casos que se señalan. Desde hace siglos las leyes pro cesales de nuestro país han insistido en que las demandas contengan una relación circunstanciada de los hechos, pre cisamente porque existe la regla tópica Ex facto oritur - jus.

Y es que en realidad el proceso es una discusión.

La voz discusión viene del verbo latino Discutio, is, - discutere (dis, prefijo que significa separación o diferencia,

y el verbo *quatio*, *is*, *quater*, *quassum*, que significa mover - violentamente, sacudir, agitar).- De ahí proviene que en castellano discutir significa examinar entre dos o más personas algún asunto, investigar minuciosamente una materia y alegar razones contra el parecer de otro. Así pues la discusión que se desarrolla en los juicios ante los tribunales, viene siendo el procedimiento lógico-jurídico por el cual se intenta llegar a la verdad a través de la contraposición de argumentos antitéticos. Es el exámen de un argumento enfrentando opiniones diferentes o contrapuestas.

El debate es la discusión reglamentada. La disputa es una discusión en que se advierte obstinación por las partes o en una de ellas. Al-tercar es porfiar con violencia, argumentar porfiadamente y con pasión y gritos.

La deliberación es todo un sistema. "El régimen deliberativo solo se practica entre gentes que aceptan considerar -- que la verdad es un término final al cual se puede llegar por la confrontación de puntos de vista diversos y no por la luz - infalible que cada uno llevara consigo" (24)

El proceso judicial es una discusión, como se ha dicho, que empieza con el planteamiento del debate y continúa con el ofrecimiento y la recepción de pruebas. Las pruebas son elementos de la discusión. Cuando las partes quedan citadas para oír sentencia, o conforme a la ley ya se cerró el debate, ahí terminó la discusión y entonces la palabra la tiene el juez solamente. ¡ Qué pobre y triste resulta la consideración del proceso como "una relación procesal"! .

Con la acción se abre el debate, pues se presentan los puntos fundamentales que van a ser las bases de la discusión.- Con la contestación de la demanda viene la contraposición de argumentos de la parte demandada. Se enfrentan dos posiciones antitéticas. Continúa la discusión, como ya se ha dicho antes y durante todo el proceso, durante las pruebas y los alegatos. Los jurisconsultos antiguos decían que por la citación de la sentencia quedaban las partes obligadas a guardar perpetuo silencio.

Es absolutamente indispensable advertir que el debate - seguido por las partes ante el juez es absolutamente necesario para éste. Con mucha razón dice Jean Carbonnier, profesor de Derecho Civil en la Sorbona: "Hay que añadir una observación - acerca de la que no se ha insistido debidamente y es que lo que

llamamos jurisprudencia no es tanto producto de la labor de -- los magistrados cuanto de los procuradores y los abogados, muy singularmente los del Tribunal de Casación, pues son éstos --- quienes a través de sus conclusiones y defensas inventan, en realidad, los nuevos sistemas de interpretación y construcción jurídica. El papel de los jueces consiste en seleccionar una -- de las tesis propuestas sin llevar a cabo ninguna labor de --- creación jurídica..." (25). El Traductor de la obra francesa ha ce la observación de que en España el letrado (el abogado) de psja, cierto es, muchas de las incertidumbres que provocaría -- la falta de alegaciones jurídicas...".

## DE LA PRETENSION

Este vocablo se ha venido usando en el presente siglo - con distintas significaciones. Unas veces como elemento de la acción, otras como sustitutiva de ésta y, por lo tanto, a la excepción se le ha llamado contrapretensión.

También se habla de la pretensión como contenido de la acción.

No voy a citar el cúmulo enorme de opiniones a que ha dado lugar el término y el concepto que contiene o que se ha creído que contiene.

Creo que empezando el estudio del vocablo desde sus orígenes a la definición oficial del término y concepto germánicos, cuya es su ascendencia, podremos llegar a obtener mayor precisión.

El artículo 194 del B.G.B. corresponde exactamente al 154 del Proyecto del Código Civil, de 1887 sobre el cual se -- elaboró el proyecto definitivo de 1896 que pasó a ser el vigente desde enero de 1900.- Me detengo especialmente en esta fórmula consagrada en los artículos referidos porque en ellos se contiene la definición de Anspruch.

El artículo del Proyecto de 1887 fué traducido por Raúl de la Grasserie en 1893.- El artículo germánico dice así: "Das Recht von einem Anderen ein Thun oder ein Unterlassen zu verlangen (Anspruch unterliegt der Verjährung)".

Dije que Raul de la Grasserie, en 1893 al traducir el primer proyecto se expresó de esta manera: "El derecho de una persona de demandar a otra una prestación (acción en justicia-Anspruch) se halla sometido a la prescripción (prescripción de la acción), a menos que la ley disponga otra cosa. No importa que la demanda se funde en una obligación o en otra causa jurídica".

En los primeros años del presente siglo, en Francia, -- una comisión de juristas tradujo el B.G.B. y la versión del artículo 154 vigente cambió la fórmula de la primera traducción- y por vez primera en lenguaje latino apareció traducida la voz Anspruch por la de "prétention".

En la traducción española del Código Civil alemán que figura como apéndice del Tratado de Derecho Civil de Enneccerus, Teodoro Kipp y Martín Wolff, traducido por los catedráticos españoles Pérez González y Alguer aparece traducido el artículo 194 en esta forma: "El derecho de exigir de otro una acción o una omisión (pretensión) se extingue por prescripción.

Los italianos tradujeron por su parte Anspruch como pretensa.

La palabra francesa prétention según el diccionario de Larousse es: Volonté d'écir ambitieux, exigence.

Es absolutamente necesario reconocer que la traducción del vocablo alemán por el vocablo de los países latinos pretensión ha sido desafortunada.- El verbo alemán verlangen no puede significar nunca pretender en el sentido de las lenguas romance.- En éstas la voz pretensión significa ciertamente exigencia pero lleva dentro de ella el signo de la inseguridad, de la duda de obtener lo que se pretende.- La prueba de ello es que son sinónimos de PRETENDIDO los siguientes vocablos: supuesto, ilusorio, imaginario, quimérico, fabuloso, mentiroso, engañoso.- Para poner de relieve la inseguridad que lleva consigo la voz pretensión nos basta recordar los letreros que se fijan en los pasillos y corredores de los hospitales y sanatorios: "El estado de los enfermos reclama el mayor silencio".- Sería ridículo expresar el mismo pensamiento en esta forma: "El estado de los enfermos pretende el mayor silencio".

Se descubre inmediatamente la razón del vuelo que ha tomado la palabra pretensión y su concepto correspondiente -- dentro de la pandectística: Si se sostiene la independencia de la acción respecto del derecho subjetivo porque se dice que solo hasta la sentencia se viene a determinar si existe o no, la petición o posición del actor será no la de reclamar su derecho ni la de exigirlo sino tan solo la de pretenderlo. El actor es solo un aspirante, pretendiente, anhelante.- En una palabra que significó una mala traducción, se encerró toda una doctrina sobre la acción como autónoma del derecho subjetivo. He aquí el secreto de su éxito y de la generalización de su empleo.

El verbo verla pertenece a familias lexicográficas en las que la característica es la exigencia, la reclamación,



la conminación, la compulsión como puede comprobarse en el estudio de Franz Dornseiff *Der Deutsche Wortschatz* por grupos o familias.

Adviértase como nuestra Constitución, artículo 17, habla de reclamación.- El mismo Don Jaime Guasp que ha hecho de la pretensión el punto central a cuyo alrededor gira todo el Derecho procesal, entiende por pretensión una exigencia.

Ahora bien no hay exigencia ni es posible que se presente, sin una justificación.- No hay volición sin motivo de ella; pero cuando se refiere a nuestros semejantes exigiéndoles algo, tenemos que tener un motivo justificante que sea de la comprensión del destinatario. (véase *Anales de Jurisprudencia*, Tomo XXXII, número 1, de 15 de Enero de 1941, conferencia de 4 de octubre de 1940, pág. 107 y siguientes, especialmente pág. 127 a 129. La conferencia fué pronunciada por el profesor G. García Rojas en homenaje a los profesores españoles recién llegados a México).

Al exigir del destinatario un acto o varios actos lo que hacemos es mover su voluntad para que corresponda a nuestra exigencia; pero esta actividad del destinatario no puede desarrollarse dentro de él sin un motivo impulsivo para engendrar después la acción. Por eso nuestra exigencia debe de contener en si misma el principio que va a servir también de motivo justificante de los actos del sujeto pasivo.- Habla de pretensión o de exigencia sin que tenga como base un principio justificante, es una insensatez, por que actos sin motivos no existen y para atender la exigencia de nuestros semejantes deberemos comprender la justificación de ella.

Carece pues de sentido intentar - independizar la pretensión o la exigencia del derecho subjetivo del que exige -- precisamente porque ese derecho le sirve de justificación para exigir.

Efectivamente en la acción hay una noble exigencia; pero es necesario ver que tienen destinatarios diferentes: una va dirigida a la contraparte y la otra al juez. La primera reclama a la contraparte el reconocimiento del derecho del demandante; la otra va dirigida al juez para que, dada la resistencia del demandado, preste la eficacia de su jurisdicción para compeler al reo.

Las dos pretensiones (aceptando las palabras en el sen

tido de exigencias) se dirigen, una al demandado y otra al juez y las dos tienden a proporcionar al actor el bien de la vida garantizado por el derecho subjetivo.

La pretensión o exigencia, en consecuencia, no pueden existir sin el derecho subjetivo que las justifique, y la acción tendrá siempre como motivo justificante la invocación de un derecho subjetivo sin el cual no podrían existir las dos exigencias imbitas en la acción.

En el fondo de la acción y en su elemento pretensión, o sea exigencia, nos encontramos un querer... pero un querer significa mucho.

Es el Derecho exigencia humana racionalmente justificado.- Es el Derecho un sistema de justificaciones para pretensiones de hombres que conviven. Esta definición de Semprún y Gurrea, es muy profunda (26). El derecho no está en la pretensión o exigencia sino en la justificación. La esencia de la relación jurídica estriba en la expresión de un estado de justificación exclusivamente racional.- Para el uso vulgar de los hombres el Derecho ha sido y sigue siendo la justificación racional de poder recabar algo frente a alguien.

Se ha querido usar de la palabra pretensión para suprimir la conexión directa y forsoza de su justificación, que es el derecho; pero esto humanamente es imposible.

## C A P Í T U L O II.

### BIBLIOGRAFIA

- 1.- Pekelis Alessandro. Nuevo Digesto Italiano (voz Aziome) - Utet 1957. T. II. pp. 24 a 46.
- 2.- Devis Echandía Hernando. Derecho Procesal Civil T. I. Capítulo 8.
- 3.- Pugliatti Salvatore. Enciclopedia del Diritto Giuffré Milán 1964. T. XII. P. 696 a 746.
- 4.- García Pelayo Manuel. Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. - Barcelona 1950. T. I. pp. 979 a 1007.
- 5.- Vicente y Caravantes. Tratado de Procedimientos Judiciales en Materia Civil. T. I p. 220.
- 6.- Rocco Hugo. Novissimo Digesto (Competenza Civile). Tomo - III. p. 758.
- 7.- Solórzano Juan de. Política Indiana, Madrid 1739. Comentarios al Libro 2, Título 2, Leyes 8 y 9 de la Recopilación de Indias. 1739.
- 8.- Solórzano Juan de. Obra citada. Tomo II, p. 396 número 12.
- 9.- Noailles Pedro. Du Droit Sacré au Droit Civil, Recueil-Sirey, 1949.
- 10.- Ciceron. De Legibus ll. 8
- 11.- Ciceron. Obra citada. ll. 4
- 12.- Noailles Pedro. Obra citada. pp. 16 y ss.
- 13.- Mitteis. Derecho Privado Romano T. I. p. 22.
- 14.- Ehrlich Eugenio. Fundamental principles of the Sociology of Law. Russell & Russell Nueva York 1962. Capítulo VII.
- 15.- Ehrlich Eugenio. Obra citada. Capítulo VII.

- 16.- Balbé Manuel. Enciclopedia Jurídica Seix. Barcelona 1950. Tomo II, pp. 294 y ss.
- 17.- Entrena Cuesta Rafael. Curso de Derecho Administrativo - 1965.
- 18.- Burgoa Ignacio. Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa. México 1965 p. 348.
- 19.- Bolaños Hebia. Curia Filípica Madrid 1797 Parte II, párrafo 15, número 18 p. 136.
- 20.- Couture Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera Edición 1962. p. 43.
- 21.- Couture Eduardo J. Obra citada. pp. 43 y 44.
- 22.- Couture Eduardo J. Obra citada. p. 31.
- 23.- Ihering Rodolfo. El fin en el Derecho. Capítulo VIII.
- 24.- Burdeau Georges. Traité de la Science Politique. Librairie Generale 1966. Tomo V. p. 567.
- 25.- Carbonnier Jean. Derecho Civil. Traducción de Zorrilla - Ruiz al español. Tomo I. V. I. p. 150.
- 26.- Semprún y Gurrea. El Sentido Funcional de la Propiedad.- Revista de Derecho Privado. Madrid 1933. Capítulo I.

- 16.- Balbé Manuel. Enciclopedia Jurídica Seix. Barcelona 1950. Tomo II, pp. 294 y ss.
- 17.- Entrena Cuesta Rafael. Curso de Derecho Administrativo - 1965.
- 18.- Burgoa Ignacio. Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa. México 1965 p. 348.
- 19.- Bolaños Hebia. Curia Filípica Madrid 1797 Parte II, párrafo 15, número 18 p. 136.
- 20.- Couture Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera Edición 1962. p. 43.
- 21.- Couture Eduardo J. Obra citada. pp. 43 y 44.
- 22.- Couture Eduardo J. Obra citada. p. 31.
- 23.- Ihering Rodolfo. El fin en el Derecho. Capítulo VIII.
- 24.- Burdeau Georges. Traité de la Science Politique. Librairie Generale 1966. Tomo V. p. 567.
- 25.- Carbonnier Jean. Derecho Civil. Traducción de Zorrilla - Ruiz al español. Tomo I. V. I. p. 150.
- 26.- Semprún y Gurrea. El Sentido Funcional de la Propiedad.- Revista de Derecho Privado. Madrid 1933. Capítulo I.

## C A P I T U L O   I I I

### EXCEPCIONES Y DEFENSAS

#### DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA Y DE LAS

#### EXCEPCIONES Y DEFENSAS.

Así como el actor emplea la demanda para hacer valer sus derechos, formular sus pretensiones y perseguir una sentencia favorable, así también el demandado en su contestación tiene el medio para oponer sus excepciones y defensas, pedir que se desestime la acción del demandante y pretender una sentencia favorable.

El derecho reconocido al demandado se ha venido considerando como el derecho de audiencia.- Hugo Rocco y sus discípulos llaman a este derecho intencionalmente el derecho de contradicción. Y así como estiman que la acción es un derecho público, cívico, subjetivo y autónomo, para lograr que el Estado aplique su jurisdicción a la especie que se trata y se pronuncie sentencia, así también el demandado, por virtud del derecho de contradicción que también es público, cívico, subjetivo y autónomo, reclama del Estado el pronunciamiento de una sentencia, cualquiera que sea el contenido de ésta.

Nosotros, que ya nos ocupamos de la acción y demostramos que no es un derecho de petición, ni un derecho público que fuera irrenunciable, innembargable e inalienable, no podremos admitir que el derecho de audiencia tenga los mismos caracteres que el pandectismo hereditario le asigna, y que si se trata de excepciones y defensas, éstas sean abstractas, autónomas, de derecho público y comprendidas dentro del derecho de petición.

Como tampoco admitimos que el proceso, con su dinamismo y fecundidad, puede reducirse a una simple, inerte y estática relación jurídica, sino que es una discusión institucional que tiene por finalidad producir en el juez el convencimiento o la persuasión sobre cual de los contendientes tiene la justicia de su parte, no podemos detenernos en el simil geométrico de una línea en uno de cuyos extremos se encuentra la acción y en el opuesto, la contradicción.

El derecho de audiencia es el derecho de defensa del -  
demandado; y es deber del juez conocer la postura y actitud -  
de éste frente a la imputación que se le hace. "La tristeza -  
del buen juez al fallar los negocios seguidos en rebeldía por  
que el desconocimiento de la postura del demandado, arrastra-  
consigo el riesgo de la injusticia".

El proceso es la discusión obligatoria ante el juez y  
por él dirigida, para hallar la verdad que, en el Derecho, es  
la justicia.

Entraremos pues al estudio de las excepciones en el --  
cual brotará espontáneamente el otro elemento del binomio: la  
defensa.

## ORIGEN ROMANO DE LA EXCEPCION

Sabido es que el sistema procesal romano tuvo tres períodos, cada uno de los cuales dejó huellas indelebles en el último sistema que se practicó de acuerdo con las constituciones de los Emperadores.- Estos tres períodos son: el de las legis acciones, el del proceso formulario y el del proceso extra ordinem.

En las dos primeras formas, encontramos una separación en dos fases. La primera se desenvolvía ante un magistrado, - era la fase *in jure*; la segunda, tenía lugar ante el juez privado o árbitro y se llamaba in iudicio, también se decía *apud iudicem*, o sea ante el juez.

Sabemos que en el sistema de las *legis acciones* los procedimientos eran excesivamente formalistas. Un pequeño error cometido al pronunciar las palabras solemnes, hacía que se perdiera la causa. Recordemos la pérdida del litigio relatado por Gayo de aquel litigante que reclamó la destrucción de una vid y no usó la palabra árbol de la fórmula solemne de la *actio*.

Las características de estas *legis acciones* eran el carácter religioso de las más antiguas entre las que sobresalía sobre este particular la *actio per sacramentum*; la oralidad - consistente en el pronunciamiento de palabras sacramentales; - formalistas y solemnes, lo que se explica porque estos actos tienen como marco una sociedad en que la religión tuvo un puesto predominante.

El procedimiento de estas *legis acciones* solo podría usarse por los ciudadanos romanos, en la misma ciudad de Roma o dentro de una milla de la misma, para reclamar el reconocimiento y en su caso la sanción de un derecho reconocido por - El Derecho Civil Quiritario.

En la etapa *in jure*, las partes empleando frases sacramentales presentaban sus argumentos y quejas ante el magistrado, el que concedía o admitía la acción y se procedía a efectuar las formalidades solemnes de cada una de dichas acciones en presencia de testigos. El *iudex* se designa antes de enviar a él la controversia .

Es unánime la opinión que afirma que la estrecha rigi-



dez de las formalidades de tales acciones dificultaba extraordinariamente el desarrollo del proceso y hacia riesgoso su resultado.- No se podía emplear, como ya se dijo, en los litigios sostenidos entre extranjeros, (peregrinos), ni entre peregrinos y romanos. El Praeto peregrinus creó primeramente el procedimiento per formula para sustanciar estos procesos entre peregrinos, y paulatinamente se extendió a los pleitos entre peregrinos y romanos; en ninguno de estos litigios se aplicaba el jux quiritium, sino el jux gentium, de mayor humanidad y sencillez. Después el Pretor usó de la fórmula en algunos procesos entre romanos y consuetudinariamente se fué extendiendo entre ciudadanos romanos y llegó a consagrarse por las leyes Aebutia (por el año 130 A.C.) y Julia judiciorum Privatorum, que se cree que se dictó en tiempos de Augusto.

El procedimiento per formula que estuvo vigente desde los tiempos de Cicerón hasta Diocleciano, tenía también dos fases, la injure y la apud judicem. A las formalidades solemnes de las legis acciones sucedió la fijación de la litis-contestatio por la redacción de un documento escrito o sea la fórmula en la que se recogen los términos de la controversia, se designa al juez o jueces y se hacen constar las instrucciones que el Pretor dá a éstos para que emitan su fallo.- En la fase injure, además de que el Pretor fija los puntos controvertidos, perdura la utilización de testigos como en el procedimiento anterior, los que acreditarán ante el juez, en la siguiente fase, la realización de la ceremonia que presenciaron.

Enviada la fórmula por el magistrado al juez, se desarrolla el juicio.- El uso de la fórmula, sin los requisitos solemnes de las acciones de la ley, tuvo mucha trascendencia, porque gracias a la aplicación del jus gentium se otorgó protección a multitud de situaciones que ninguna tenían en el jus civile.- De esta manera la fórmula crea acciones nuevas, de origen pretoriano completamente ignoradas por el Derecho quiritario.

Las partes ordinarias de la fórmula eran:

Primera, el nombramiento del juez, árbitro o colegio de jueces.

Segunda, una breve narración de la causa del litigio, llamada demonstratio, para que el juez pudiera conocer los elementos de las alegaciones sujetos a prueba:

El tercer elemento era la intentio, elemento que no po-

día faltar de ninguna manera. En esta parte de la fórmula se contenía la pretensión del actor; Gayo así la definía: "Intentio est ea pars formulae qua actor desiderium suum concludit" (Gai, 4, 41).- El profesor Cannata de la Universidad de Milán, hace esta observación refiriéndose a la definición de Gayo: -- "Tal noción no es precisa del todo: en efecto parecería, según ella que en la intentio se enunciara el llamado petitum, esto es, el proveimiento que la parte pide que sea pronunciado por el juez, siendo así en realidad que contiene la enunciación de la relación jurídica aducida en el juicio (la denomina causa petendi).

El último elemento de la fórmula era la condemnatio: la orden dada al juez de condenar o absolver. Esta última parte se llamaba adjudicatio cuando se trataba de las particiones de herencia (actio familiae erciscundae), de copropiedad (actio commune dividendum) y el deslinde y amojonamiento de predios (actio finium regundorum).

Figuraban también en la fórmula elementos no esenciales para el juicio; pero que, sin embargo, a solicitud de una de las partes o de ambas o por determinación del magistrado, se ponían en ella y se llamaban partes extraordinarias y a las que Gayo llamó Adjicciones (Gayo, IV, 126), como son las excepciones y las praescripciones, que se insertaban en la fórmula después de la intentio.

El Pretor introdujo en el sistema formulario el empleo de las excepciones para menguar el rigor de la aplicación estricta del jus civile, porque muchas veces la acción fundada en éste no era justa y en las más de las veces era contraria a la equidad.

Normalmente la exceptio era una circunstancia que no podía hacerse valer in jure civile.- Tal parece pues, que a la aplicación del Derecho civil el Pretor introducía una excepción a las reglas de éste, fundada precisamente en la equidad y funcionaba como una condición negativa de la condemnatio, por cuanto que si los hechos en que se fundaba la defensa resultaban probados, el demandado era absuelto o bien era disminuida la condenación (Paulo, Digesto 44, 1, 22). Se ha discutido mucho sobre la interpolación de este texto, pero los jurisconsultos medievales hicieron amplísimo uso de él.

Entre las excepciones había una de singular importancia: la exceptio doli.- En el Derecho romano se descubrió la excep-

tio doli como contrapunto del actio de dolo referida a los actos jurídicos celebrados por engaño o fraude de una de las partes; y así en su origen, solo servía esa excepción para proteger al demandado contra la acción que se decía nacida de un -- contrato doloso.- Pero más tarde se extendió para hacer de esa excepción la protección más amplia y eficaz de la bona fides.- Por eso Papiniano estableció como principio: "qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus -- est (a quien puede oponer excepción justa, le compete también la excepción de dolo): Dig., 44, 4, ley 12.

Paulo en sus Comentarios al Edicto del Pretor dice: "la excepción de dolo nace de todas las excepciones in factum porque comete dolo al que pide aquello que por alguna excepción -- (in factum) no se le debe pagar; pues aunque al principio no -- se cometió dolo, lo comete al pedirlo; a no ser que obre con -- ignorancia tal que carezca de dolo (Dig. 44, 4 ley 2, párrafo 5: Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem quia dolo facit qui cumque id petit quod quaqua exceptione elidi potest; nam et si inter initia -- nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis ignorantia in eo ut dolo careat).

Varias veces se repite en el Digesto "bonae fidei iudicio exceptio doli inest" y también "bonae fidei iudicio exceptiones pacti et doli insunt".- Carlos Maynz comenta: "Insunt, -- es decir, que la autorización de tener en cuenta todos los medios de defensa se encuentra virtualmente en toda fórmula de -- buena fé: no se necesita insertarla de una manera especial." (1)

La misma forma de prestarse la buena fé lo dice: "quidquid dare facere oportet ex bonae fidei".- Esta invocación hacia que el juicio fuera bonae fidei iudicium.- La buena fé era pues, no una norma precisa y concreta, sino una directiva, en el sentido técnico de la palabra: una programación obligatoria que contiene fines, límites y facultades (éstas nacen como medios necesarios al fin; éste entraña limitaciones de los me-- dios: lo obligatorio desde luego es alcanzar el fin. Se vé --- pues así que la bona fides es directiva porque mandaba el Pretor al juez que fallare en justicia examinando la buena o mala fé de las partes, o sea si fuera o nó conducta dolosa. Por eso el juez o árbitro invocaba ex officio la mala fé del actor o -- del reo aunque no hubiera sido alegada por las partes.

En breve frase, el ataque directo a la intentio consistía en la negación de la causa petendi o sea el derecho, o por

que nunca nació o porque si nació se extinguió después ipso ju  
re. - El juez de oficio toma en consideración estas circunstan-  
cias para que, en nombre de la buena fé, desestime de oficio -  
la acción.

Este resultado procesal fue el final de la oposición en  
tre el jus strictum y la aequitas que una constitución del Em-  
perador Constantino resolvió en favor de la aequitas.

## LA EXCEPCION EN LA EDAD MEDIA.

En la alta Edad Media la oposición a que nos venimos refiriendo engendró la distinción entre la exceptio juris que se refería al derecho que tuvo el actor pero que se extinguió ipso jure y que, por lo tanto, se refiere a la inexistencia de la actio o de su nulidad ipso jure que se podía hacer valer ex officio por el juez, y a las defensas consistentes en la extinción del derecho del actor por un hecho posterior que si no se alegara no extinguiría el derecho de la acción y a estas se les llamó exceptio facti.

El famoso canonista Guillermo Durante del siglo XIII, estableció la diferencia substancial entre el concepto genérico de defensio y el específico de exceptio.- Esta tradición se trasmite a través de la Edad Media hasta llegar a nuestros jurisprudencistas del siglo XVIII. Así Hevia Bolaños en su Curia Filípica definió la excepción como la exclusión de la acción y la defensa como la repulsa de la intención del actor, siguiendo en esto a Diego Pérez, y manifiesta que cuando la excepción remueve a la acción ipso jure, debe el juez de oficio suplirla aunque la parte no lo ponga, pero si no la remueve ipso jure sino por vía de excepción, entonces el juez no puede suplirla (2).

Don José Febrero siguiendo al antiguo escritor González que trató de las excepciones, dice: "Realmente toda excepción es defensa, más no toda defensa puede llamarse rigurosamente excepción" (3), y las distingue precisamente en que la defensa niega la intención y la excepción tiende a extinguir, por su oposición, el derecho que se hizo valer en la acción.

En las llamadas leyes del Espéculo de Don Alfonso el Sabio expedidas con fines tal vez didácticos, al tratar de la materia judicial no emplea (s.e.u.o.) más que la palabra defensio sin mencionar excepción.

En las Partidas del mismo Don Alfonso el Sabio se habla de excepciones y defensiones.- En el Ordenamiento de Alcalá se hablaba de defensiones como se ve en el título 80., ley única. Esta ley pasó a incorporarse a la Novísima Recopilación, libro XI, título VII, ley I "el reo tenga término de otros veinte días para interponer y alegar todas las otras excepciones y defensiones perentorias y perjudiciales de cualquier calidad que sean" adviértase que en esta ley se ponen excepciones y defen-

siones, mientras que en el Ordenamiento de Alcalá solo se habla de defensiones.

El ilustre jurisconsulto español Don Tomás Carleval que fue Ministro del Supremo Consejo de Justicia en el reino de Nápoles, escribió en famosa obra De Judiciis, en el siglo XVII y se refiere a las excepciones, de pago, de aceptación, prescripción, tua non interest "que significan que al actor no le compete ninguna acción o sea que actúa sin acción o lo que es lo mismo que agita un juicio sin tener acción y añade el principio "sin acción a nadie le es lícito promover un juicio y vejar al demandado" (4). Este principio fue un lugar común que comprueba dicho jurisconsulto con abundantes citas de las glosas y de los comentadores. A la prescripción la trata como verdadera excepción.- Las otras son negaciones de la acción por haberse extinguido el derecho ipso jure.

Para resumir el cuadro histórico presentado aquí sobre las excepciones y defensas en el derecho procesal, debo decir que la tradición romanística vino a quedar precisada en estos términos: PRIMERO, por el empleo que el Pretor dejó establecido de la exceptio doli para todos aquellos casos en que la acción o no había nacido o se había extinguido ipso jure o no competía al actor por falta de legitimación, dicha exceptio se convirtió en defensa como ataque directo que era a la causa pendiente.- Todas estas excepciones quedaban involucradas en la exceptio doli, opinable de oficio por el juez en todos los juicios bonae fidei, y sabido es que después de Constantino todos los juicios se convirtieron en juicios de buena fé.

SEGUNDO, para las excepciones, en sentido propio, se reservó el campo en el que la exclusión de la acción resultaba de un hecho extintivo de ella, que no producía ese efecto de pleno derecho, sino que era indispensable ser invocado por el demandado so pena de tenerse por renunciado. Estos casos fueron los de la prescripción, incumplimiento de contrato, el derecho de retención y algunas de nulidades, de que hablaré en seguida. La de compensación se halla entre estas.

Respecto de las nulidades hubo necesidad de distinguir las que solo podían hacerse valer por los interesados como las excepciones de nulidad relativa por error, dolo o intimidación, y que, no opuestas, teníanse por renunciadas; por otra parte la nulidad ipso jure que el juez podía hacerla valer ex officio y que no era renunciable. Quedaron como excepciones propiamente dichas, las primeras; la segunda o sea la nulidad ipso jure, como defensa.

Las nulidades relativas no provienen de ningún hecho posterior que las produjera, sino que provienen de circunstancias con-comitantes a la celebración del acto; pero en cambio si no se opinan se estimaban renunciadas y por eso se consideraron siempre técnicamente como excepciones.

Es de llamar la atención como Francia se separó de los demás pueblos latinos al aplicar las nulidades ipso jure que solo podían hacerse valer ex officio con autorización del rey (Il n'y a pas de nullité sans lettre du prince).

La constitución del Emperador Teodosio II que se transcribe en el Código de Justiniano, Libro I, título XIV, ley V, establecía terminantemente: "Son nulos los pactos, convenios y contratos celebrados contra ley prohibitiva. Y esto, que es tá conforme con las interpretaciones antiguas y actuales de la ley, mandamos que se observe en general, de manera que aun que el legislador prohíba solamente y no declare nulos y sin valor los efectos, se tendrán como tales. De esta manera lo que se ejecutare contra la prohibición se ha de tener como -- inútil y sin valor alguno. Según esta regla, las estipulaciones y mandatos prohibidos no pueden ser respetados ni aunque se hagan bajo juramento".- A la cita de esta ley, Savigny --- agrega este comentario: "En el lenguaje de Ulpiano, puede tra ducirse esta regla de la siguiente manera: toda ley prohibiti va es una ley perfecta" (5). Francia no se incorporó al Sacro Imperio Germánico Romano y cualquier manifestación de sumi--- sión al Derecho Romano, requería autorización del rey.- Esa - influencia perduró como hostilidad hacia las nulidades ipso - jure, y por eso encontraron una puerta de escape que se juzgó genial, la teoría de las inexistencias. Desgraciadamente Méxi co vino a ser el único país latino que haya consagrado en su legislación una institución tan extraña, aunque afortunadamen te solamente en un artículo la consagra el Código Civil, en el artículo 2224 y ya no vuelve a ocuparse de ella jamás.

## DESTINO DE LA EXCEPCION EN ALEMANIA

La doctrina germánica de mitades del siglo pasado, reve la cierta animadversión hacia las excepciones.

Primeramente se sostuvo que la excepción tuvo su origen en el doble sistema jurídico que imperó desde los tiempos de Cicerón hasta los de Diocleciano, durante la vigencia del sistema procesal formulario, en el que se consideraba como regla general el jus civile y como excepción el derecho pretoriano. Por eso Heymann en su escrito El Enigma de la Prescripción, de fines del siglo pasado, decía que la doctrina de la exceptio debía presentarse como un enigma ante los juristas del proceso común. Poco tiempo antes el famoso restaurador del Edicto Perpetuo, Otto Lenel había dicho que la doctrina de la excepción había sido ya superada en los ordenamientos modernos por la -- única y amplísima defensa del demandado: la negación de la pretensión del actor aunque Augusto Thon en su famosa obra Norma Jurídica y Derecho Subjetivo contestó a Lenel: "la oposición -- más decidida debe presentarse al principio expuesto por Lenel -- de que haya solamente una especie de defensa de derecho substancial: la negación de la existencia de la pretensión manifiesta por el actor (6). En efecto, nuestro Derecho moderno conoce dos especies de defensas que son enteramente diversas una de la otra: la defensa que consiste en la negación de la pretensión del actor y la defensa que consiste en proponer una -- contrapretensión.

Esta tendencia vino a rematar en el B.G.B., y en la doctrina del funcionamiento extraprocésal de las excepciones. -- Es ahora opinión generalizada en Alemania que la excepción puede ejercitarse extrajudicialmente.

Seáme permitido detenerme un poco en esta traducción -- del vocablo latino exceptio como si se tratara de una exceptua ción a una regla general representada por el jus civile. -- La -- voz exceptio, es el término substantivo verbal derivado del -- verbo excipio, is, excipere, excepi, exceptum. Este verbo tiene muy variadas significaciones, como se comprueba consultando diccionarios antiguos y modernos; lo mismo significa recibir -- que eludir el ataque del enemigo, según términos militares en la Guerra Civil de Julio Cesar. Esta significación está muy de acuerdo con la etimología del vocablo: Ex y Capió, is, ere, -- cepti, capere, captum, coger, apresar, cautivar. Si en la milicia excipere significa escapar del ataque, es mucho más propio



que en los litigios la exceptio sirva para que el demandado escape de la acometida del actor. La prueba de esto es que el Pretor en el sistema formulario también colocaba las excepciones del jus civile nacida de las leyes o de los senado-consultos y ahí no cabía el significado de exceptuación.- En Alemania no solamente se concibe la excepción como el derecho de rehusar el cumplimiento de una obligación, de la misma manera -- que se admite el uso de la fuerza privada para detener a una persona que se sospecha ha de huir o vence por la fuerza la -- oposición de un obligado contra un acto que debe de soportar.-- Se admite también hacer valer la voluntad por declaración extrajudicial; la resolución de un contrato por incumplimiento -- con todas las consecuencias de dicha declaración; la deducción extraprocesal de la compensación, y hasta la nulidad.

Todas estas manifestaciones de autoayuda, de autojusticia, de autoejecución, de autocumplimiento, creo que en México no pueden admitirse porque el artículo 17 constitucional lo -- prohíbe: "ninguna persona podrá hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho".

Adviértase la profunda modificación que sufrió en la -- Constitución vigente el párrafo segundo con respecto al mismo artículo de la Constitución de 1857 en que tal acápite estaba concebido solo referente a prohibir el ejercicio de la violencia para reclamar los derechos. En el texto actual vigente se establecen dos prohibiciones: primera prohibición, "hacerse -- justicia por si mismo"; segunda prohibición, "ejercer violencia para reclamar su derecho". Esta segunda prohibición procede -- del segundo acápite del artículo 17 de 1857.

En el Congreso Constituyente de 1917 figuró la primera prohibición de la auto-justicia, del artículo 17 citado y sin discusión fué aprobado por unanimidad.- El proyecto presentado, fué inspirado en el punto que estamos estudiando en el comentario que al artículo 17 constitucional de 1857 hizo don Isidro Montiel y Duarte "no puede ejercer violencia."- "La concordancia que en este punto presenta la Constitución de 1812 (de Cadiz), se encuentra en el artículo 242 que establecía que la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales, pertenece exclusivamente a los tribunales". En virtud de esta declaración nadie ha podido hacerse justicia por su propia mano, cualquiera que sea la naturaleza y evidencia de su derecho. Y esto mismo se encuentra en el espíritu de todas las demás -- constituciones que al establecer jueces y magistrados a quie--

nes encomiendan la administración de justicia en la materia civil y criminal, suponen necesariamente el principio de que ellos y solo ellos pueden emplear los medios de coercisión y apremio para hacer efectivo el derecho de cualquiera, de modo que pueda y debe decirse que no hubo necesidad de consignar este principio en la Constitución, pues ninguna sociedad medianamente constituida ha podido dejar abierta la puerta para que el individuo pueda hacerse justicia por su propia mano".-

(7) En las palabras transcritas el señor Montiel y Duarte, explica que por su evidencia no hubo necesidad de formular el principio en la Constitución de 1857. El mismo profesor en el párrafo último, al comentario del párrafo "Nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho", del artículo 17 de 1857, agregó las siguientes palabras: "Tal vez no sea fuera de propósito agregar que proscribir el soñado derecho de hacerse justicia por si mismo, no es condenar el de propia defensa que es incontestable..."(8).- Esta formula consuetudinaria repetida por Montiel y Duarte, pasó al artículo 17 vigente. Pero no solo es digno de contemplar el origen del párrafo multicitado, sino también lo es el ponderar cómo el Constituyente de Querétaro, a pesar de la evidencia del principio y de lo que se penso sobre la ociosidad de que figurara en la Carta Magna, se hizo resaltar poniendo como una prohibición anterior a la de reclamar violentamente un derecho.- Creemos que el acierto y mérito del Constituyente deben reconocerse, si advertimos las capas sociales tan disímbolas que forman nuestra nación y si reconocemos también que los poderosos e instruidos facilmente abusan de los pobres e ignorantes.- Aunque esta prohibición no se enumere entre las garantías constitucionales, la trascendencia del principio prohibitivo apuntado, forzosamente tendrá que servir para orientar la legislación a fin de que no acepte doctrinas extranjeras sobre declaraciones privadas de rescisión, nulidad, compensación, excepciones y otras figuras afines. Estos remedos y mimetismos son afortunadamente inconstitucionales.

De paso debo de poner de peralte que según nuestra --- Constitución la jurisdicción es un servicio público, como se lee en el último párrafo del artículo que hemos venido comentando: "los tribunales estarán expeditos para administrar justicia... su servicio será gratuito...".

## LA EXCEPCION Y LA DEFENSA EN EL DERECHO CANONICO.-

Ya se expuso antes que Durante, famoso canonista distinguía la defensa como ataque a la intención o sea a la causa de pedir negándola porque no existiera antes o porque se había extinguido ipso jure después. La excepción era la exclusión de la acción y suponía que la acción existía y que para destruirla era necesario oponer una circunstancia que la hiciera nugatoria y si no se oponía se entendía que se renunciaba al derecho de excluir la acción.

Esta misma doctrina fue aceptada en siglos posteriores y al parecer sin solución de continuidad por todos los canonistas en general. Me permito presentar un texto de Gonzalo Suárez de Paz, profesor de la Universidad de Salamanca, "Exceptio est actionis vel intentionis exclusio; defensio autem est intentionis repulsio" (9). Con estas palabras el distinguido canonista hace referencia a la doctrina que los glosadores y postglosadores formularon sobre los textos del Digesto según los cuales en los juicios de buena fé el juez de oficio podía hacer valer la exceptio doli, que consistía o bien en oponer la excepción de dolo cuando lo hubo en la formación del contrato o bien cuando sin derecho por no existir, por no haber nacido o porque si nació se extinguió ipso jure, comete dolo el actor que pretende hacer valer ese derecho inexistente. El mismo Paz cita las glosas de Azzo.

La influencia de los canonistas se dejó sentir definitivamente. Ya vimos antes las opiniones de los jurisconsultos y autores que más influencia ejercieron en la formación de los Códigos del siglo XIX.

Es la misma doctrina que la expuesta por Chiovenda.

## JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA EN

### MATERIA DE EXCEPCIONES.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en México, ha consagrado de una manera definitiva la separación entre defensa y excepciones, distinguiendo las excepciones -- propias de las impropias o defensas.- El estudio de las defensas propiamente dichas es de oficio:

La falta de contestación a la demanda trae como consecuencia, según el artículo 271 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales, que se presumen con fesados los hechos de la demanda; pero esto no impide a la parte demandada presentar pruebas de hechos que excluyan la acción. La Suprema Corte de Justicia ha establecido distinción entre las excepciones propiamente dichas de las excepciones impropias o defensas, diciendo que las primeras descansan en hechos que por si mismos no excluyen la acción pero dan al demandado la facultad de destruirla o de dilatar su curso, según sean parentorias odilatiras; y que las segundas las defensas se apoyan en hechos que por si mismo destruyen la acción, de modo que una vez demostrada su existencia, el juez está en el deber de estimarlas de oficio, aunque no las alegue el demandado. Como ejemplo de excepciones en sentido propio se cita la compensación y la prescripción; y de las excepciones impropias o defensas, el pago, la novación, la condonación del adeudo y la confusión. Por lo tanto, es evidente que la existencia de un contrato congelado anterior al que sirvió de base a la demanda, -- excluye la acción de terminación del arrendamiento, porque el decreto de veinticuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, en sus artículos 1o. inciso a), 2o., fracción I-9o. y 3o., transitorio, prorroga los contratos de arrendamiento de las casas destinadas a habitación, cuya renta no sea mayor de trescientos pesos; declara nulos de pleno derecho los convenios que los modifican; y deroga los artículos del Código Civil y de Procedimientos Civiles que se opongan al mismo; y en consecuencia, los convenios que modifiquen los contratos -- protegidos por el referido decreto, no pueden producir efecto alguno. En tal virtud no se trata en el caso de una excepción en sentido estricto, sino de una defensa que por si misma excluye la acción porque según la fracción I del artículo 1o. -- del Código de Procedimientos Civiles, toda acción presupone la existencia de un derecho; y apareciendo manifiesta la falta de ese derecho de los recibos de renta, los cuales prueban la --

existencia de un contrato anterior al susodicho decreto, el juzgador debe estudiar de oficio la defensa citada que constituye una condición para la procedencia de la acción. Sexta -- Epoca, Cuarta parte; Vol. LVI, pág. 59 A.D. 5155°60.- Guillermina R.Vda. de Trillo. Unanimidad de 4 votos. EXCEPCIONES IMPROPIAS Y DEFENSAS. ESTUDIO DE OFICIO DE LAS. Las defensas o excepciones impropias se apoyan en hechos que por si mismos excluyen la acción, de modo que una vez comprobados por cualquier medio, el juez está en el deber de estimarlos de oficio, invóquelos o no el demandado. Sexta Epoca. Cuarta Parte: Vol. -- IV. Pág. 185. A.D. 212°57.- Valentina Quezada Cha res. 8 de septiembre de 1958.- Unanimidad de 5 votos. Ponente Alfonso - Guzmán Neyra.

D.- 6065°/940, Eugenio Zavala y

D.- 4405/948, Crescencio Chávez y coagraviados, pág. - 377 del Suplemento de mil novecientos cincuenta y seis.

D.- 6726/956. Eufemio Varela Martínez, pág. 193 del volumen VII, cuarta parte, Sexta época, del Semanario Judicial de la Federación.

D.- 2127°957, Valentín Quezada Chaires, pág. 185 del volumen XV, Cuarta parte, Sexta época, del mencionado Semanario y

D.- 4968/956, Ismael Arista, pág. 195 del volumen XV, Cuarta parte, Sexta época, del citado Semanario".

## DE LAS EXCEPCIONES EN MEXICO.

Se han clasificado a través de los siglos en excepciones perentorias y dilatorias, en substanciales y procesales, en mixtas de perentorias y dilatorias, llamadas en nuestra antigua doctrina anómalas, de las que aún hay huellas en nuestra legislación, como habremos de verlo más adelante. Existen también las excepciones reconventionales.

El estudio de las perentorias presupone el estudio previo de los efectos que en el proceso pueden engendrar las relaciones extraprocesales establecidas o surgidas entre las partes, y por lo tanto, debe ser anterior al estudio de la clase de las excepciones procesales.

Empezaremos por precisar lo que se entiende por excepciones procesales, que son las que atañen a la relación jurídico-procesal que es doble, una de las partes entre sí y otra del juez con las partes.

Se dice por los pandectistas que la relación de juez con las partes son públicas, porque el juez es órgano del Estado en el ejercicio de una función pública y que las relaciones de las partes entre sí también son públicas por su enlace y cooperación con la actividad judicial, y, por lo tanto, participan las relaciones entre partes de la publicidad del órgano estatal.

Además de esas relaciones citadas, hay los presupuestos procesales para que se constituya la relación procesal: competencia y ausencia de impedimentos en el juez, capacidad y legitimidad de las partes, presentación y notificación de la demanda y la materia litigiosa.

Las defensas presentadas por el demandado invocando falta de competencia del juez, falta de personalidad y capacidad en el actor, se denominan excepciones dilatorias procesales. Nuestra ley las considera como dilatorias, dos clases de circunstancias que hacen que dichas excepciones dilatorias sean unas de previo y especial pronunciamiento y otras que se substancian como las perentorias, solo que en el último caso, cuando en la sentencia se declare procedente la dilatoria, el juez se abstiene de fallar la cuestión principal y reserva sus derechos al actor.

Nuestra ley distingue excepciones dilatorias procesales y dilatorias substanciales. Las primeras son: incompetencia del juez, falta de personalidad y capacidad en el actor.

También distingue las excepciones dilatorias de previo y especial pronunciamiento que son las enumeradas y las que se tramitan en unión de las perentorias sin detener la marcha del procedimiento como son las del plazo, condición, división de la deuda, y excusión; solo que si cualquiera de estas últimas se declarara procedente en la sentencia, el juez se abstendrá de fallar la cuestión principal y reservará el derecho del actor (artículo 36 y 264 del C.P.C.).

Las excepciones de defectos en la proposición de la demanda y la de impedimentos del juez (de suspecto iudice), que hubo en otros tiempos y existen en otras legislaciones, se tramitan no como excepciones sino en forma diversa.

La jurisprudencia mexicana tiene consagrado el principio de que la incompetencia *ratione materiae*, siendo absoluta, el juez puede en cualquiera instancia reconocerla *ex officio* y declarar nulo *ipso jure* todo lo actuado.

En los juicios ordinarios son excepciones de previo y especial pronunciamiento además de las apuntadas, las de litispendencia y conexidad. En los juicios sumarios solo detienen la marcha del procedimiento la incompetencia del juez y la falta de personalidad y capacidad del actor (Arts. 35 y 36 del C.P.C.).

Como excepciones perentorias procesales habrá que considerar la cosa juzgada, la transacción y el compromiso en árbitros, que nuestros antiguos autores llamaron excepciones anómalas, porque se les reconocia el carácter mixto de perentorias y dilatorias.

Las excepciones anómalas o mixtas, porque tenían caracteres de dilatorias o perentorias, eran la cosa juzgada, la transacción y el compromiso en árbitros.

En nuestra actual ley procesal tenemos la excepción de cosa juzgada, que si es la única opuesta, transforma a petición del reo la sustanciación del juicio que continuará en la forma sumaria: artículo 261 C.P.C.

El compromiso en árbitros produce la incompetencia del juez y el juicio arbitral, la litispendencia, artículo 620 -- C.P.C.

Respecto de la transacción la ley procesal no la menciona como excepción; pero el artículo 2953 del Código Civil, establece que "tiene respecto de las partes la misma eficacia y autoridad de la cosa juzgada".

Por último, es necesario mencionar las excepciones reconventionales tan duramente atacadas por los jurisconsultos tan distinguidos como Chiovenda y Carnelutti porque para estos y otros jurisconsultos la excepción aunque triunfe deja intacta la materia litigiosa. Pero en nuestro Derecho nos encontramos con la disposición del artículo 2239 del Código Civil que establece que la anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado.

Luego si se ataca de nulidad un acto jurídico que había producido efectos, la sentencia de nulidad pronunciada por el juez tendrá que tener como efectos la restitución de las cosas al estado anterior. Creo pues que la ley mexicana establece esta excepción reconventional como indiscutible. Así lo ha reconocido la Suprema Corte en varias ejecutorias.



LAS CONDICIONES DE PROCEDIBILIDAD DE LAS ACCIONES Y SU RELACION CON LAS DEFENSAS O "EXCEPCIONES IMPROPIAS".- ALGUNOS - - PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PROCESAL CIVIL.

Hemos llegado al momento de enlazar el estudio de la procedibilidad de las acciones con las defensas o "excepciones impropias", en el sentido chiovendiano, tal como ha sido aceptado por la jurisprudencia mexicana.

Conocemos ya las distinciones tradicionales entre causa condición y ocasión. La primera es la productora inmediata y directa de los efectos; la segunda, - la condición, - es la circunstancia que hace posible la causación y la ocasión facilita la producción de tales efectos.

Al tratar de las condiciones de procedibilidad de las acciones nos referimos a aquellos elementos o circunstancias que hacen posible su procedencia.

Como las condiciones, según ya lo vimos antes, se dividen en condiciones facti y condiciones juris, es pertinente - decir desde luego que las condiciones a que hacemos alusión, - son las condiciones juris por ser impuestas por la ley y no por la voluntad de los interesados, como acontece en los negocios jurídicos.

Antes de ahora hemos hablado de cómo este fenómeno jurídico de la condición juris se presenta en el proceso y cómo funciona. En este lugar, al que acabamos de llegar, debemos precisar cuanto podamos este tema trascendental, que no es solo el de la existencia del derecho como condicio juris de la procedibilidad de la acción, sino las otras condiciones que son la legitimación y el interés.

Sobre las condiciones de procedibilidad de la acción civil se extendieron suficientemente Chioventa (10) Zanzucchi (11) ( en las ediciones posteriores el autor entro a la corriente publicística-fascista); Calamandrei (12), Betti, (13)- que (las llama requisitos).

Calamandrei propone el nombre de "requisitos constitutivos". Así los enumera este ilustre autor: "a) un cierto hecho específico jurídico o sea una cierta relación entre un hecho y una norma: b) la legitimación; c) el interés procesal". Refiriéndose al primero dice "el primer requisito de la acción es la preexistencia, en el campo sustancial, de un derecho --

subjetivo por hacer valer en juicio (cita en su apoyo el artículo 99 del Código Procesal Civil Italiano de 1942 que concuerda con el artículo 35 del CPC Italiano de 1865). menciona el segundo requisito "legitimación para obrar (actuar) o contradecir". "La legitimación activa para obrar es una consecuencia--necesaria de la naturaleza disponible de los derechos privados" y se ocupa del caso en que el juez descubra que falta alguno de esos requisitos. (14)

Enrico Tullio Liebman, en su Corso señala como un requisito o condición de la acción que sea posible que el juez dicte una sentencia de acuerdo con la pretensión del actor. En la posibilidad jurídica comprende la licitud de la pretensión. (15).

Hugo Alsina distingue "condiciones del ejercicio de la acción". "condiciones de la admisión de la acción" (16). Este autor dentro de las condiciones de admisión establece el derecho y la legitimación; y dentro de la primera coloca la licitud de la pretensión.

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de México ha consagrado como jurisprudencia constante que las condiciones de procedibilidad son cuatro: la existencia del derecho, la legitimación, el interés y la licitud:

"El juez está facultado para examinar (los hechos constitutivos de la acción) aunque no hubieren sido opuestas excepciones. El ejercicio de las acciones civiles requiere, según el artículo 10. del Código Procesal, la existencia de un derecho, la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, la capacidad para ejercitar la acción, y, por último, el interés en el actor... La doctrina mantiene que no basta que exista el derecho para que la acción prospere, sino que es necesario que aquel corresponda precisamente al que lo hace valer, con la obligación para el juez de establecer la responsabilidad verificando la identidad de la persona en cuyo favor está la ley (legitimación activa), y la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley (legitimación pasiva), (Chiovenda).- Amparo directo 2688/1941, Percy Clifford.

"ACCION, condiciones de la.- No hay necesidad de alegar las en forma expresa en la demanda para ser tomadas en cuenta en la sentencia, pues siendo como son elementos constitutivos, necesarios para la procedencia de la acción, la autoridad judicial tiene la obligación de estudiarlas aún de oficio.-" Ampa-

ro directo 7342/1958, Apolonia Cossio Cossio, sentencia de 13 de julio de 1959.- Hay que agregar los amparos directos 6726/1956, Eufemio Varela Martínez.- Directo 6065/1940 Eugenio Zavala.- Directo 4405/1948 Crecencio Chávez.- Falta la ejecutoria dictada el año de 1951 sobre contrato inmoral o ilícito - en que se reconoce que el tribunal de alzada tuvo la facultad sin mediar excepción o defensa, de invocar la nulidad de la sociedad por ser su objeto ilícito.

En esta última ejecutoria se resolvió un caso acontecido en Aguascalientes. Tres personas constituyen una sociedad para colaborar unidos o separados en la fabricación de hielo y se obligaron a fijarle un precio de dos pesos el kilo. Surgieron dificultades con uno de los socios, al punto de que éste demandó a sus socios sobre el cumplimiento del contrato de sociedad. El Tribunal de primera instancia condenó y en -- apelación el Tribunal de alzada de oficio declaró nula la sociedad por tener un objeto ilícito porque prohíbe la ley reglamentaria del artículo 28 constitucional que se celebren convenios, sociedades o asociaciones en participación con el objeto de mantener precios fijos de los artículos de primera necesidad. Precisamente el hielo es uno de los artículos considerados, por la ley, de tal calidad.

El amparo se enderezó contra la oficiosidad de la declaración de nulidad pronunciada por el Tribunal Superior ante el que no se hizo valer por ninguna de las partes la circunstancia señalada. La Suprema Corte negó el amparo estableciendo que la licitud de la pretensión es una condición de -- procedibilidad de la acción y que en consecuencia el juzgador debe considerarla de oficio.

Al tratar de la falta del derecho en qué fundar la acción o la falta de legitimación activa, la Suprema Corte ha repetido constantemente aquellas palabras de Chiovenda: "El proceso sirve para declarar derechos y no para fabricar relaciones jurídicas nuevas", palabras que transcribe muy oportunamente el profesor Costa en la Voz Eccezione (17).

El Alto Tribunal de México cuando se ha tratado de falta de legitimación activa ha repetido siempre la expresión -- Chioviendiana "El proceso no se ha constituido para producir desplazamientos patrimoniales".

Ya en otra parte de este estudio hice ver como el Pretor romano hacía valer la exceptio doli para que el juez de -- terminara o comprobara la falta de existencia del derecho o la falta de legitimación; y hasta llegó a facultar al juez para hacer valer de oficio la excepción de dolo en esos dos casos y en los de inmoralidad de las - pretensiones.

### CAPITULO III

#### BIBLIOGRAFIA.

- 1.- Maynz Carlos. Curso de Derecho Romano. T. II párrafo 195--  
Nota 17.
- 2.- Bolaños Hebia. Curia Filípica. Madrid 1797 parte primera.-  
Juicio Civil. Párrafos 14 y 15.
- 3.- Febrero José. Librería de Jueces, Abogados y Escribanos.--  
Edición de Don Eugenio de Tapia. Libro III, Título 2 Capí-  
tulo IX.
- 4.- Carleval Tomás. de Judicis. Siglo XVII, Título II, Disputa  
tio V número 27.
- 5.- Savigny Federico C. de. Sistema del Derecho Romano. Traduc  
ción española. p. 350 y s.
- 6.- Thon Augusto. Norma Jurídica y Derecho Subjetivo. Traduc--  
ción de Alejandro Levi. E. Cedam Padova 1951. p. 254.
- 7.- Montiel y Duarte Isidro.- Estudio sobre Garantías Indivi--  
duales. Palacio de Gobierno. México 1873. Título 4, capítu  
lo VI pp. 400 y ss.
- 8.- Montiel y Duarte Isidro.- Obra citada. Título 4 C. VII p.-  
400 párrafo último.
- 9.- Suárez de Paz Gonzalo. Praxis Ecclesiasticae. Valladolid.-  
1622. Quintum Tempus, Tomo I números 1, 2 y 3.
- 10.- Chiovenda Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal. Edi  
ción castellana Tomo I número 19.
- 11.- Zanzucchi. Diritto. Processuale Civile. Cuarta Edición T.-  
I. Sezione 11, párrafo 2, p 58 número 59.
- 12.- Calamandrei Piero. Instituciones. Edición Castellana p. --  
181.
- 13.- Betti Emilio. Diritto Processuale Civile. pp. 153 y ss.
- 14.- Calamandrei Piero. Obra citada. pp. 184, 187 y 197.

- 15.- Liebman Enrico Tullio, Corso Giuffre, Milán. número 14 p. 51.
- 16.- Alsina Hugo. Tratado. Ediar 1956. Tomo I números 33 y 34
- 17.- Costa, Profesor. Novissimo Digesto Italiano. (Voz ecce-- zione) T. VI. p. 350.

## C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- El Derecho por la materia de que trata y por el finalismo que lo caracteriza, no puede someterse al método de la lógica que dirige las ciencias físico-matemáticas.

SEGUNDA.- El método pertinente de las disciplinas prácticas, como el Derecho, la política, es el método correspondiente al estudio de lo probable, de lo verosímil, de lo posible, o sea el método de la dialéctica en el sentido aristotélico de la palabra.

TERCERA.- Los problemas que se presentan en el Derecho son los relativos a la investigación de la esencia de la norma jurídica y del ordenamiento; los de la elaboración del Derecho; los de su aplicación dentro de los cuales se hallan los de la interpretación.- El método en su significación primaria, derivada de su etimología, es un camino hacia una meta. Se descubren pues estos elementos: el punto de partida, un punto de llegada y el camino que conduce del primero al segundo. El elemento intermedio es el camino que debemos de seguir desde el punto de arranque hasta la meta por alcanzar. El medio de descubrir ese camino es precisamente el procedimiento que debemos emplear para encontrarlo.- Los procedimientos de que podemos valernos son: la deducción, la inducción y la tópica que es precisamente la técnica de la problemática.

CUARTA.- Cuando dentro de los sistemas apodícticos no se encuentra desde luego la solución adecuada, dicho problema destruye ipso facto al sistema; mientras que en el razonamiento dialéctico o tópico, se forman sistemas auxiliares dentro del sistema general, que sirven para resolver los problemas que surgen dentro de éste.

QUINTA.- Los procedimientos tópicos para resolver los problemas jurídicos han nacido, no de deducciones lógicas sino de la experiencia jurídica. Así se crean sistemas auxiliares dentro de sistemas principales, según lo exijan las necesidades o las conveniencias. Como complemento o subsidiario al lado del sistema que ordena el previo juicio para poder despoarse a una persona o privarla de su libertad, se crean los sistemas auxiliares de los juicios ejecutivos, las providencias cautelares, la privación provisional de la libertad. En los sistemas federales se crean centralizaciones necesarias e ineludibles sin que se rompa aquel sistema.

SEXTA.- Los métodos de la tópica como la doctrina, la invocación de la jurisprudencia, el recurso a los brocardos no

son otra cosa que el recurso a la experiencia de los juriscónsultos, de los jueces, de los hombres de estudio.

SEPTIMA.- La necesidad de la discusión para que el juzgador adquiera conocimiento, convicción o persuasión no solo es un método sino un derecho de las partes en los juicios; la discusión empieza con la determinación de la litis, prosigue en el ofrecimiento y recepción de pruebas y termina con los alegatos.

OCTAVA.- Para que exista la discusión fructífera es inevitable que se de beligerancia transeunte a ambas partes, so pena de impedir que se entable la discusión. Para que ésta rinda frutos es necesario que comprueben la verosimilitud de sus posturas. La experiencia de los siglos ha confirmado la necesidad de las discusiones en los asuntos, transcendentales para los pueblos y para los individuos.

NOVENA.- Conforme a la ley mexicana en las acciones no solamente hay que ver los derechos sino también los intereses legítimos protegidos por la misma ley.

DECIMA.- En el Derecho procesal civil no se puede sostener que las acciones declarativas, positivas o negativas, en las que se asegura que no hay derecho subjetivo en el actor ni obligación en el demandado, constituya un argumento definitivo en pro de la autonomía de la acción; porque la existencia de intereses legítimos e instrumentales para la conservación, aplicación y preservación de los derechos subjetivos, no han dejado de ser nunca, desde los albores del Derecho, objeto de protección judicial. Las acciones cautelares, las acciones ad exhibendum y las mismas declarativas han sido siempre instrumentales, para preservar y poder hacer efectivos los derechos subjetivos.

DECIMO PRIMERA.- Nuestro Derecho exige para dar beligerancia a las partes litigantes la comprobación de la verosimilitud de sus posturas y posiciones frente a frente. Esas verosimilitudes se convertirán en certidumbres cuando haya terminado la discusión y se exprese en la sentencia la convicción o persuasión del juez en favor de la postura de una de las partes.

DECIMO SEGUNDA.- La admisión de la demanda y de las excepciones no significa el reconocimiento de la existencia de los derechos protegidos por la acción o la excepción. La verosimilitud de los derechos alegados por las partes provoca la -

admisibilidad de las pretensiones de los litigantes bajo la -- conditio juris resolutoria. Esta conditio está constituida por la sentencia. Si en ella se reconoce el derecho de una de las partes, tal reconocimiento tendrá efecto retroactivo; lo mismo sucederá con el desconocimiento.

DECIMO TERCERA.- No es admisible el carácter publicístico de las acciones y excepciones que se fundan en el concepto prusiano de Derecho público, según el cual toda relación con el Estado o sus órganos se considera indefectiblemente como de Derecho público.

DECIMO CUARTA.- En nuestro país no se puede considerar la acción o la excepción como derecho de petición con fundamento en los artículos 8, 35 y 38 de nuestra Constitución; ya que tal asimilación produciría consecuencias funestas y además inconstitucionales.

DECIMO QUINTA.- Son exageradas las conclusiones de Pekelis, Couture, Devis Echandia y otros de que por la multiplicidad de las significaciones de acción, nos encontramos en la im posibilidad de asir el concepto que corresponda a tal vocablo.

DECIMO SEXTA.- El Derecho procesal no es un fin en sí mismo; es simplemente instrumental. Es inconcebible que una -- institución instrumental se pueda considerar autónoma o independiente del fin por alcanzar.

DECIMO SEPTIMA.- La base sociologista de la pacificación social que sirve para hacer públicos la acción y el proceso, es insostenible.

DECIMO OCTAVA.- La diversidad de significados que tenga la acción no nos coloca en la imposibilidad de llegar a una -- significación central. Al contrario estudiando todas y cada -- una de esas significaciones se llega a la conclusión de que so lo a una de ellas compete la esencia y las demás son analogados por atribución o participación del principal.

DECIMO NOVENA.- En el Derecho romano al crearse el sistema procesal formulario el Pretor introdujo como elemento de la fórmula la exceptio no como una exceptuación del derecho -- pretorio en relación con el jus civile, sino como un medio de defensa y contra ataque del demandado frente al demandante. En entre las exceptiones creadas por el magistrado se encontró una principalísima, la exceptio doli que comprendía aquellos casos en los que aún no habiendo dolo en el nacimiento del derecho --



reclamado, sino que se cometía por el actor del dolus reclamando del reo lo que sabía que no se le debía porque ya había sido pagado con anterioridad o que se había extinguido por remisión, novación o por cualquier otra forma de extinción ipso jure.— En estos casos de exceptio doli atacaba la causa de deber o sea la causa de pedir, o sea la intentio de la fórmula. El mismo Pretor autorizaba al juez para que de oficio en los juicios de bona fé la hiciera valer.

VIGESIMA.— A través del Derecho canónico, el Derecho común transmitió en la doctrina y práctica españolas la separación entre excepción y defensa, que se conservó hasta la actualidad.

VIGESIMO PRIMERA.— En México y con fundamento en el artículo 17 constitucional, no se puede admitir la autoayuda, la autoejecución y la autojusticia. Así no se pueden aceptar las doctrinas germánicas sobre la excepción como materia extraprocesal.