

ANALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE VALENCIA
AÑO I ✻ 1920-1921
CUADERNO 6.º

EXTENSIÓN UNIVERSITARIA

Facultad de Derecho

EXTRACTOS
DE LOS CURSOS BREVES Y CONFERENCIAS
DE 1921
(CONTINUACIÓN) *

III

Formalismo Procesal (Civil) **

POR D. LORENZO GALLARDO Y GONZALEZ
TENIENTE FISCAL DE LA AUDIENCIA
TERRITORIAL DE VALENCIA

DE cuestiones de *forma* suelen calificarse en la vida forense las relativas al Derecho procesal: leyes de trámites, leyes de ritos, se denominan frecuentemente los Códigos de Procedimientos; la mayoría de los tratados de esta rama del Derecho, luego de algunas ligeras indicaciones acerca de la acción y de la jurisdicción, considerándolas *Preliminar*

* Véanse las primeras Conferencias de esta serie en el Cuaderno 5.º, páginas 345 a 418, de este mismo tomo.

** Las tres Conferencias que se resumen en las páginas que siguen fueron dadas los días 13, 14 y 16 de Mayo de 1921 en el Aula n.º 8 de la Universidad.

como conceptos propios de otras ciencias jurídicas, a los que sólo se hace referencia a modo de introducción o preliminar, comienzan la exposición del juicio, de las cosas comunes a los juicios (demanda, contestación, prueba, sentencia) y de las diversas clases de juicios en un orden puramente externo y con un contenido casi exclusivamente formal; y la conciencia pública, condensa en adagios como el de: «pleitos tengas y los ganes» y «más vale una mala transacción que un buen pleito», su opinión de que el proceso es un conjunto de diligencias, trámites, términos y solemnidades constitutivos de un interminable camino en el que la malicia encuentra más sitios donde apostarse que la buena fe refugios.

Objeto y desarrollo de estas conferencias

Parece, pues, como si las formas lo fueran todo en el proceso, como si el Derecho procesal se redujese a cuestiones de pura exterioridad y en ellas se agotara: parece, además, como si las formas procesales fuesen en sí mismas un mal y no se pudiera, a pesar de esto, prescindir de ellas.

Qué haya de verdad y qué de inexacto en estas opiniones dominantes; cuál sea la real importancia y la verdadera misión de las formas en el proceso y cuál la causa de que en éste solo se considere comunmente el lado exterior; hasta qué punto las formas del procedimiento son necesarias y cuándo constituyen un mal que se debe combatir; qué medios se han empleado en este combate y cuáles otros podrían utilizarse con probabilidades de buen éxito: tales son las cuestiones que en estas conferencias nos proponemos tratar, tomando como punto de partida (sin la pretensión de *descubrir mediterráneos*, sino limitándonos a exponer, cómo personalmente las entendemos, las doctrinas de los modernos procesalistas) el examen de los conceptos fundamentales del proceso civil.

I

LA ACCIÓN

Las normas de Derecho privado y los efectos de su obligatoriedad

1. CONCEPTO.—Las normas de Derecho privado, esto es, aquellas que reconocen y garantizan hipotéticamente a los sujetos de derecho un interés personal y directo (que en cuanto está por dichas normas garantido se llama *bien jurídico*), son obligatorias como todas las normas jurídicas (pues de no serlo no cumpliría el Derecho su misión reguladora de la convivencia social); y tal *obligatoriedad* implica, que cuando en un caso determinado se dan concretamente, categóricamente, las condiciones hipotéticamente señaladas por la norma para reconocer y garantizar a un sujeto de derecho un bien o interés, esta voluntad concreta de la norma se debe actuar en aquel caso hasta el punto que lo consientan los límites de hecho (v. gr. la insolencia del deudor, límite de hecho del derecho que tiene el acreedor

FORMALISMO PROCESAL

a cobrar) removiendo, incluso coactivamente, los obstáculos que más o menos directamente procedan de otros sujetos de derecho.

Originariamente (como dice Kohler) no establece el hombre diferencia entre los obstáculos puestos al ejercicio de su actividad jurídica por la Naturaleza y los que proceden de la actividad humana, y considera evidente que quien tiene un derecho tiene también la facultad de doblegar por su propia fuerza la voluntad que, más o menos activamente, se opone a él; pero cuanto más progresa la organización política, más se va restringiendo esta facultad de *auto-defensa*, primero por la aparición del procedimiento penal, mediante el que se castiga más o menos duramente a quien injustamente había pretendido vencer por sí mismo los obstáculos humanos opuestos a su actividad; y más tarde con el nacimiento del proceso civil, mediante el cual el Estado asume la misión de apartar las resistencias de origen humano opuestas a la actuación de las normas de Derecho privado.

La «auto-defensa» primitiva

En el Estado moderno, sólo en el caso de ataques actuales e injustos contra los derechos propios o ajenos (legítima defensa), en el estado de necesidad (que en algunos países regula el Derecho Penal y en otros el Derecho Civil) y en algunos casos excepcionales y aislados (arts. 592, 612 y 1.600 del Código Civil nuestro, 16 de la Ley de Caza y los de la Ley de Huelgas), es lícito a los particulares emplear el propio esfuerzo para realizar sus derechos contra otras actividades jurídicas. Pero fuera de estos casos, el Estado recaba para sí la potestad de actuar concretamente la ley venciendo los obstáculos dimanantes de otros sujetos de derecho, no sólo porque de otra suerte se introduciría en las relaciones humanas la violencia privada, sino porque tanto la afirmación de la existencia concreta de los supuestos necesarios para la actuación de la ley, como la de que existen aquellos obstáculos, puede ser inexacta. A tal fin provee el Estado mediante una actividad suya especial que se llama *jurisdiccional*, ejercida mediante órganos adecuados (Jueces, Tribunales).

La defensa jurídica en el Estado moderno

Pero tratándose de actuar normas de Derecho Privado, estos órganos jurisdiccionales no pueden por propia iniciativa ejercer sus funciones, sino que se requiere que esa actuación de la ley sea expresamente invocada por el particular. Y esta *facultad o poder jurídico de producir frente al adversario el efecto de la actuación concreta de la norma de Derecho Privado por medio de los órganos jurisdiccionales, es el derecho de acción civil.*

Concepto de la acción jurídica civil

2. ELEMENTOS del derecho de acción son el *objeto*, el *contenido* y los *sujetos*.

Elementos de la acción

A) Es el objeto de la acción el efecto que por ella se desea conseguir; este efecto es, *inmediatamente*, la actuación de la ley y *mediatamente* el bien jurídico garantido por ésta (finca, suma de dinero, etc.).

A) *Objeto*

Uno y otro objeto de la acción, el inmediato y el mediato, dan lugar a varias clasificaciones de la acción. Según el objeto mediato se clasifican en *reales y personales, mobiliarias e inmobiliarias, principales y accesorias, petito-*

Clasificación de las acciones por su objeto

rias y posesorias, universales e individuales, términos en el examen de los cuales no podemos entrar. Más importancia tiene para nosotros la clasificación fundada en el objeto inmediato de la acción o sea en el modo de actuación de la ley que mediante la acción se reclama. En la actuación de la ley por los órganos jurisdiccionales se distinguen fundamentalmente dos modos o funciones: la función de *declarar la voluntad completa de la ley* respecto del caso determinado; y la función de, una vez declarada definitiva o provisoriamente, o simplemente supuesta esa voluntad concreta de ley, *emplear o ejercitar determinados medios de coacción o de subrogación en los actos de voluntad del obligado*; y según que la acción se dirija a conseguir que el órgano jurisdiccional cumpla la una o la otra de estas dos funciones, la acción pertenecerá al grupo de las *declarativas* o de las *ejecutivas* (denominación ésta que no se contrae a la que de este modo se nombra en nuestras leyes, sino que comprende también las interdictales, de desahucio, la ejecución de sentencias, los apremios en negocios de comercio y las medidas cautelares como el aseguramiento de bienes litigiosos y los embargos preventivos). Mas no se crea que entre ambas funciones existe límite infranqueable, ya que la función declarativa, por lo menos en muchas de sus manifestaciones, significa por sí sola una coacción más o menos grande sobre el ánimo del obligado, mientras que en la función ejecutiva hay siempre una decisión, una declaración más o menos restringida y provisoria acerca de la voluntad concreta de ley.

En las acciones que se dirigen a conseguir de los órganos jurisdiccionales la *función declarativa*, distingue la moderna doctrina procesal:

*Acciones de
condena*

a) Aquellas que tienden a que se declare que el sujeto pasivo está obligado a una determinada prestación, esto es, a que se le imponga una determinada conducta, a que se afirme que pesa sobre él una obligación de dar, de hacer o de no hacer, correlativa a un derecho real, personal o de familia, correspondiente al sujeto activo. Estas acciones son las llamadas *de condena*, que históricamente son las primeras (entre las declarativas u ordinarias) que nacen, como preparatorias de la ejecución coactiva.

*Acciones puramente
declarativas*

b) Las en que la declaración no tiende directamente y muchas veces ni aún indirectamente a que se imponga una determinada prestación al sujeto pasivo, sino simplemente a que se afirme que en el caso concreto existe una voluntad de ley que garantiza un bien al actor o que no hay voluntad concreta de la norma que le imponga cierta obligación o sujeción; de donde se infiere que estas acciones *puramente declarativas*, pueden tener por objeto, ya una *mera declaración positiva* o una *mera declaración negativa*. Tanto unas como otras nacen cuando, afinada la conciencia jurídica, se llega a comprender que la certeza, la seguridad concreta del derecho es por sí sola un bien jurídico y que la incertidumbre es en algún modo un estado contrario al derecho mismo.

La categoría de acciones de mera declaración positiva es unánimemente aceptada, no ya sólo en los casos en que la ley las otorga o concede

expresamente (ejemplo: acción para el reconocimiento de un documento privado) sino como figura general; la única dificultad estriba en distinguir- las (cuando se refieren a la declaración de existencia de una obligación) de las acciones de condena: el criterio de distinción está en la finalidad; si ésta consiste en obtener las ventajas que inmediatamente se derivan de la certeza jurídica, la acción será de mera declaración; y si tiende a preparar el cumplimiento coactivo de la obligación, será de condena.

Criterio para la distinción

Tampoco se duda de que en casos determinados se conceden por la ley acciones de mera declaración negativas, como por ejemplo la de que se ha extinguido un derecho inscrito, como medio de conseguir que se cancele la inscripción. (Y aquí conviene advertir que el hecho de que la declaración que se pretende mediante la acción implique la necesidad de actos posteriores para que tal declaración surta sus efectos, no transforma la indole meramente declarativa de la acción; así, en el ejemplo puesto, la circunstancia de que haya que expedir al Registrador mandamiento para la cancelación, no significa que la acción ejercitada fuese de condena y no meramente declarativa; pues lo que caracteriza a las acciones de condena es su finalidad dirigida a la *ejecución forzada de la prestación impuesta al demandado*).

Pero ¿se puede admitir en el Derecho moderno como figura general la acción de pura declaración negativa? Es esta una cuestión discutidísima. El Derecho histórico admitía esta clase de acciones, pero dándoles una naturaleza excepcional, la de provocatorias del juicio (*provocatio ad agendum*); eran las llamadas *acciones de jactancia* que se establecieron sobre la base de lo dispuesto en dos leyes romanas, una del Código (la *lex difamarii*) y otra del Digesto (la *lex si contendat*) cuya interpretación, según parece, fué un tanto violentada para llegar a admitir, en general, que aquél en cuyo perjuicio otro se había jactado de un derecho, podía reclamar que se fijase por el Juez un término dentro del cual, quien se había jactado del derecho, debía hacer valer éste en juicio, pues de lo contrario se le ordenaba perpétuo silencio acerca de la pretensión objeto de la jactancia; orden que significaba, en suma, la declaración de no existencia del derecho del jactancioso. En nuestro Derecho patrio estas acciones se regulaban en la ley 46, título II de la Partida 3.^a. Pero suprimidas las acciones de jactancia por los inconvenientes y abusos nacidos de su anormalidad procesal (coacción para demandar, inversión de la carga de la prueba, cuestiones acerca de si la competencia se determinaba por el fuero del que provocaba al juicio o del provocado, etc.), las acciones de pura declaración negativa han sido miradas con un extraordinario recelo, que no está justificado si no constituyen, como constituían los juicios de jactancia, una excepción en cuanto a su naturaleza y estructura, de la teoría general de las acciones; con esta radical diferencia respecto de los antiguos procesos provocatorios las admite expresamente la legislación alemana y en la doctrina procesal moderna se aceptan generalmente porque, como

Análisis de la acción de pura declaración negativa

Casos demostrativos de la necesidad de esta acción

dice Chiovenda: «dada una organización judicial y procesal, implícitamente se autoriza toda acción que tienda a evitar un daño jurídico, salvo los casos en que la ley lo prohíba expresamente». Y es evidente que en muchos casos ese daño jurídico, económico además o no, se produciría si se negase que existe, como figura general, la acción de mera declaración negativa. Un ejemplo entre muchos que podrían ponerse: *A* denuncia a *B* como autor de una estafa por haberse apropiado de una cosa que ha recibido del denunciante en virtud de un contrato de depósito; *B* niega la existencia del contrato y propone la cuestión prejudicial civil acerca de si se perfeccionó o no el contrato de depósito y el Tribunal de lo criminal, admitiendo la cuestión propuesta por el denunciado, suspende el procedimiento fijando un plazo, conforme al párrafo 1.º del artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para que las partes acudan al Tribunal Civil. ¿Podría, en este supuesto, negarse a *B* acción para comparecer ante este Tribunal solicitando que se declare la no existencia del contrato de depósito? Si se le negase, ¿no estaría expuesto a que, no entablado el denunciante dentro del plazo fijado el pleito para que se declarara la existencia del depósito, se alzara por el tribunal penal la suspensión del curso de la causa y entendían el fallar que por las pruebas del juicio criminal el depósito había existido? Otro caso, no imaginario: se vende una finca por su propietario; pero el comprador, ante el peligro de que en lo futuro se intentare hacer efectivos ciertos derechos más o menos discutibles y eventuales que, según opinión muy extendida, correspondía sobre dicha finca a una fundación, establece en la escritura de compraventa el pacto de retener en su poder una parte importante del precio hasta tanto que desapareciese todo peligro de reivindicación fundada en aquellos derechos. El vendedor en este ejemplo no tiene otro medio más natural y sencillo ni, sobre todo, más seguro, para evitar el daño jurídico y económico que para él supone el hecho de no percibir la parte del precio aplazada que el ejercicio de una acción para que se declare, frente a los representantes de la fundación, que ésta carece de todo derecho a la finca. Este medio no podría suplirse ni por una renuncia de los patronos a tales derechos, ni por un reconocimiento de que la fundación carece de ellos, porque ni los patronos están obligados, ni seguramente facultados para tales renuncia y reconocimiento ni, caso de poderse hacer, se alejaba el peligro de que fuera impugnada.

En suma: «siempre que la indiscutibilidad acerca de la existencia o inexistencia de una voluntad concreta de ley respecto de un caso determinado se presenta como una exigencia vital para el interés del particular» (Chiovenda), debe admitirse una acción de pura declaración positiva o negativa.

Acciones constitutivas

c) Otra categoría de acciones dentro del grupo de las ordinarias o de declaración, es la de las llamadas *constitutivas*. Muchos procesalistas no aceptan esta categoría, comprendiéndola unos entre las acciones de condena

FORMALISMO PROCESAL

(con las que tienen la analogía de preparar un cambio en el estado de hecho actual) y otros en el grupo de las meramente declarativas (a las que se parecen en que no tienden a exigir coactivamente una obligación del sujeto pasivo de la acción).

El concepto de acción constitutiva está en íntima relación con el tan discutido de los *derechos* que los alemanes llaman del *poder jurídico* y que los italianos denominan *derechos potestativos*. En efecto, además de aquellos derechos ya absolutos (derechos de la personalidad en sus varias manifestaciones y derechos reales) ya relativos (derechos de obligación en estricto sentido) en virtud de los cuales los demás sujetos de derecho están obligados con respecto al titular a obrar de cierto modo, esto es, a ciertas prestaciones positivas o negativas, a deberes jurídicos de acción o de abstención, hay otros derechos que consisten en que la ley, en ciertas condiciones, concede a una persona *el poder de influir con su manifestación de voluntad sobre la situación jurídica de otra*, bien haciendo cesar un estado jurídico existente o produciendo otro nuevo, *sin que el sujeto pasivo de esta relación de derecho venga obligado a prestación alguna*, negativa o positiva, para que el nuevo estado de derecho o la cesación del anterior se produzcan *y sin que pueda tampoco, en modo alguno, evitarlo*: porque lo uno y lo otro se realiza sin intervención de su voluntad, la cual queda *sujeta* al efecto de aquel derecho; y la *sujeción*, como dice Laband, es un estado jurídico que no requiere el concurso de la voluntad del sujeto pasivo ni ningún contenido de ella.—Derechos de esta clase son, por ejemplo, el de revocar un mandato, anular un matrimonio, rescindir un contrato, revocar una donación, aceptar o repudiar una herencia, el de dividir una cosa común y otros muchos análogos—. Pero así como en algunos de estos derechos potestativos el nuevo estado jurídico se produce mediante una simple declaración de voluntad (revocación de un mandato, aceptación o repudiación de una herencia) y por tanto, si el sujeto activo encuentra alguna resistencia para obtener las ventajas que del nuevo estado jurídico dimanen, la acción que para eliminar esa resistencia ejercite será, según los casos, una acción de condena o una acción de mera declaración; en cambio otros de esos derechos potestativos sólo pueden producir la nueva situación jurídica o hacer cesar la anterior *en vía de acción*, es decir, mediante la actuación de los órganos jurisdiccionales (así, la nulidad de un matrimonio, la legitimidad o ilegitimidad de un hijo) y esta clase de derechos potestativos son los que dan lugar a las llamadas acciones constitutivas, cuya naturaleza (de importantísima determinación porque de ella se derivan consecuencias procesales relativas a la *legitimatio ad causam*, al interés en *accionar* y a los efectos de estas acciones que, salvo disposición expresa de la ley no son referidos a tiempo anterior al de la firmeza de la sentencia) suele confundirse con la de la acción de condena, porque frecuentemente se acumulan la acción constitutiva dirigida a la cesación de un estado jurídico o a la cesación de otro nuevo y la acción de condena

eventualmente ejercitada para el caso de que aquélla prospere y encaminada a exigir que las obligaciones nacidas de la disolución de la situación jurídica que se quiere hacer cesar o de la nueva que se pretende constituir, se cumplan; así, la acumulación de la acción de divorcio civil y la de devolución de todo lo que el cónyuge inocente hubiese dado al culpable.

B) *Contenido*
(Causa petendi)

B) Otro elemento de la acción es su contenido, la razón por la cual se da una acción, es decir, su causa eficiente (*causa petendi*) que generalmente (con las excepciones que diremos) se compone de un *derecho* sustancial y un *interés* en accionar.

¿Presupone toda acción un derecho privado sustancial?

a) *Derecho*.—Las acciones de condena presuponen en el sujeto activo una facultad (fundada en un derecho personal, real o de crédito) a exigir del sujeto pasivo de la acción una determinada prestación positiva o negativa (dar, hacer o abstenerse).

Las acciones de mera declaración positiva presuponen en el sujeto activo: o bien un derecho potestativo de aquellos que pueden dar lugar, mediante una simple declaración de la voluntad de su titular, a la cesación de un estado jurídico o a la producción de uno nuevo; o bien un derecho correlativo a obligación. Pero siempre que sólo se trate dar concreta certeza a uno o a otro de tales derechos.

Las acciones constitutivas presuponen un derecho potestativo de los que sólo mediante la resolución de los órganos jurisdiccionales pueden producir el efecto de sujeción jurídica a que, frente al adversario, tienden.

Mas las acciones de pura declaración negativa no presuponen ningún derecho subjetivo de indole sustancial; se trata en ellas de un interés privado, directamente protegido por el derecho de acción. Hay quien sostiene que estas acciones suponen el derecho subjetivo a la *integridad de la esfera jurídica* (Simoncelli, Ferrara, Castellari); pero, como observa Chiovenda, la esfera jurídica individual es, no un derecho determinado, sino el conjunto de todos los derechos, esto es, una construcción mental. Otros, como Leonhard hablan de un derecho a la omisión de futuras contestaciones litigiosas, y algunos, como Winscheid, de una obligación general de reconocer lo que es y viceversa.

Tampoco ciertas acciones de naturaleza ejecutiva (como las interdictales) suponen la existencia de un derecho sustancial en favor del sujeto activo; antes bien, pueden ser ejercitadas contra el mismo titular del derecho sustancial.

Donde no hay interés no hay acción

b) *Interés*.—El interés en accionar, no consiste meramente en el interés de conseguir el bien garantido por la ley, sino en conseguirlo *por obra de los órganos jurisdiccionales*. Por esto se ha dicho que *el interés es la medida de la acción* y los autores franceses han establecido la máxima: *point d'intérêt, point d'action*. Es, como dice Mortara, tan intuitiva la necesidad del interés para ejercitar una acción, que por eso se explica que muchos Códigos (como el nuestro), hayan omitido toda exigencia expresa de tal requisito, porque a nadie se le ocurre que los Tribunales existan para

FORMALISMO PROCESAL

decidir «sobre pretensiones platónicas, acerca de la violación de derechos que, aún acogidas, no reportasen utilidad jurídica al sujeto que provocase la decisión judicial». El interés constituye, como dice Chiovenda, la condición *específica* de la acción, aquella en que se manifiesta la autonomía de la acción, como claramente se demuestra en las *meras acciones*, cuales son las de mera declaración negativa y las interdictales.

Muchos procesalistas intentan fijar algunos caracteres generales del interés en accionar. Así, suele afirmarse que el interés ha de ser actual (Sechi, Mortara, Mancini, Lessona, Saredo, Manfredini); pero reconocen algunos que, por excepción, puede ser futuro (Scaccia, Sabbatini, Granata, Poncet, Simoncelli). Se discute también si el interés ha de ser simplemente material o puede serlo también moral, ideal o de honor, sosteniendo la afirmativa (pero con exclusión de la vanidad personal y de la susceptibilidad individual) Gargiulo, Mortara, Sabbatini, Carré y otros muchos con Mattiolo, que admite también un interés artístico (por ejemplo, en la acción contra el heredero de un hombre de genio que quisiera destruir el manuscrito de una obra maestra, interés que podría ser acogido por las leyes de conservación de monumentos y objetos artísticos). Una cuestión que divide a los procesalistas, en este extremo del interés es, si puede considerarse como tal, el de impedir la divulgación de la propia imagen: Ferrara, Campogrande y Fadda y Bensa sostienen en absoluto la afirmativa: otros (Rosmini) opinan que sólo cuando la divulgación produce un daño material: Piola lo niega, salvo que la reproducción sea hecha en especiales circunstancias. Se afirma también por los juristas citados y por otros muchos que el interés debe ser personal y legítimo.

Caracteres del interés en accionar, según algunos procesalistas

Pero, como observa Chiovenda, en todo esto se confunden cuestiones relativas a otras materias; así el discutir si el interés ha de ser sólo patrimonial o espiritual, corresponde al problema de la naturaleza de los intereses que están protegidos por el Derecho; afirmar que debe ser actual y sólo excepcionalmente puede ser futuro, es inexacto, porque el interés debe ser siempre actual, aunque la acción tienda a la conservación de bienes futuros (así hace notar Mattiolo que se autoriza la demanda judicial para efectos conservativos, como para interrumpir la prescripción de un tercer poseedor o para obtener el reconocimiento del dominio directo en la enfiteusis); y exigir que el interés sea personal es tratar de la legitimación para *accionar*.

¿En qué consiste el *interés en accionar*? Es necesario distinguir, según se trate de acciones de condena, de mera declaración o constitutivas.

En las de condena, el interés consiste en que no se haya cumplido la prestación debida. Pero no es necesario que la falta de la prestación sea intencionada ni aún culposa: esto tendrá importancia para la condena en costas; pero, para que exista interés en accionar, bastará con que no se haya cumplido la prestación, sea por el motivo que fuere, esto es, aunque el obligado haya obrado de buena fe y, en ocasiones, aunque no le sea

El interés en las acciones de condena

imputable el incumplimiento. Ahora bien; cuando la obligación consiste en una prestación negativa, en una abstención, como sucede en los derechos reales y en las obligaciones de no hacer, para que haya interés en *accionar*, esto es, para que nazca la acción, es necesario que se haya ejecutado un acto positivo, contrario al derecho, una violación (en estricto sentido) de este (acto posesorio sobre cosa ajena, acto contrario a una servidumbre, comisionista que compra para sí, sin licencia del comitente, lo que éste le haya encargado vender). En cambio, en las obligaciones positivas de dar o de hacer, el interés en *accionar*, el nacimiento de la acción se da sin necesidad de un *acto positivo de lesión del derecho*: nace del estado de incumplimiento, de la obligación, de la omisión de la inercia de la voluntad del obligado, aunque éste no desconozca ni se oponga a la obligación; en estos casos, el interés existe y, por tanto, la acción nace con la obligación misma, a menos que ésta esté suspendida por condición o por término; y, en este caso, el interés nace al realizarse la condición o cumplirse el término. Y así, distinguiendo las diversas especies de acciones de condena, según la naturaleza positiva o negativa de la obligación sustancial, puede únicamente resolverse de modo satisfactorio la vieja cuestión (de tanta transcendencia, sobre todo, para la prescripción), acerca de si la acción nace con el derecho mismo o únicamente con su violación.

El interés en las acciones de mera declaración

En las acciones de mera declaración, tanto positivas como negativas, el interés consiste en la incerteza del derecho. Claro es que no basta una simple duda subjetiva del titular o una mera cavilosidad; pero siempre que exista un hecho exterior, objetivo, que demuestre la incerteza del derecho, esta incerteza constituye por sí sola un daño jurídico, un menoscabo del derecho, un estado en algún modo contrario a él. Puede decirse, con Mortara, que todo derecho requiere condiciones que aseguren su normal goce y ejercicio, y que la falta de cualquiera de ellas constituye, en sentido amplio, una violación del derecho. Mattiolo y Pescatore reconocen que, aquellos actos que implican desconocimiento de un derecho, aunque no lo violen directamente, lo ponen en duda y constituyen una perturbación civil. ¿Cómo negar interés en la mera declaración de su derecho al titular de un crédito sujeto a término o a condición que quisiera venderlo y no encontrarse cesionario porque se hubiera formado un estado de opinión que reputase nulo el crédito? Tampoco aquí se requiere que el estado de incerteza sea producido por un acto del obligado, ni es necesario que le sea imputable de algún modo: ello podrá influir en la condena en costas, pero no en el interés en accionar que existe en cuanto se produce, por cualquier causa, el estado de incerteza objetiva del derecho.

El interés en las acciones constitutivas

En las acciones constitutivas, el interés nace directamente de la ley misma, en cuanto el efecto de sujeción de la voluntad del demandado al nuevo estado de derecho, que mediante aquéllas se pretende producir, no puede realizarse por otro medio distinto de los órganos jurisdiccionales. De modo, que el interés en accionar y, por tanto, la acción, nacen con

FORMALISMO PROCESAL

el mismo derecho potestativo, que sólo mediante la resolución judicial puede imponerse al sujeto pasivo... Sino que hay que distinguir entre las acciones constitutivas, en que este interés no puede, en modo alguno, desaparecer por actos del sujeto pasivo, de la acción cuya voluntad es impotente para satisfacer el objeto de la acción misma (tal, por ejemplo, la nulidad del matrimonio, el divorcio, la legitimidad o ilegitimidad de un hijo, el estado de prodigalidad que no pueden tener realidad jurídica, sino mediante decisión judicial, aunque los sujetos pasivos quisieran): y aquellas otras acciones, también constitutivas, en que el interés puede ser eliminado por un acto del sujeto pasivo; así, el interés en la acción de división de bienes comunes puede eliminarse por acceder los demás condóminos a que la división se haga del modo propuesto por alguno de ellos o por llegar todos a un acuerdo: la acción para establecer una servidumbre forzosa de paso, queda privada de interés, cuando el dueño del predio sirviente accede a conceder el paso por donde y como quiera el dueño del predio dominante; pero bien entendido que en este y otros casos análogos, el titular del derecho potestativo no puede *sujetar* al sujeto pasivo de la acción por su sola declaración de voluntad (a diferencia de lo que sucede en otros derechos potestativos, como la revocación de un mandato), puesto que no puede imponer que la división se haga como él quiera o que el paso se conceda por donde le plazca, pudiendo únicamente sujetar al demandado a la sentencia que, acerca de esto, pronuncien los Tribunales; se trata, pues, en estos casos, de derechos potestativos que sólo pueden ser ejercitados en vía de acción, pero en los que el objeto de ésta puede ser satisfecho por la voluntad del sujeto pasivo.

C) *Elemento subjetivo*.—Supone el derecho de acción, como todo derecho, un sujeto activo y un sujeto pasivo: el primero es la persona a quien corresponde el ejercicio de la acción; el segundo la persona contra quien, o mejor dicho (puesto que no siempre existe contraposición de intereses), frente a quien se ejercita. Varias teorías de que después, con otro motivo, nos ocuparemos, consideran la acción como un derecho subjetivo público, cuyo sujeto pasivo es el Estado, en cuanto le corresponde la actuación concreta de la ley, que mediante el ejercicio de aquélla se reclama; y ciertamente es innegable que al ejercitarse la acción nace, como veremos, una relación jurídica, en la que uno de los sujetos es el órgano jurisdiccional; pero no es este, a nuestro parecer, motivo bastante para afirmar que la acción sea un derecho contra o frente al Estado; el que acciona se vale de la jurisdicción para sujetar al adversario al efecto de la actuación de la ley; es la jurisdicción un medio que utiliza respecto de su contrario; pero la obligación de actuar la ley, nace para el juez, no directamente del ejercicio de la acción, sino de las leyes que regulan el poder jurisdiccional, aunque el cumplimiento de esa obligación sea provocado y al mismo tiempo limitado, por el ejercicio de la acción misma; al decir que de ésta, es sujeto pasivo el Estado, parece

¿Es el Estado el sujeto pasivo del derecho de acción?

como que se empequeñece la misión de éste y como que se quiere significar que en la función de administrar justicia puede existir en algún caso contraposición de intereses entre el actor y el Estado, cuando es un interés de éste siempre dar la razón al que la tiene, interés al cual provee de modo permanente, por medio de las instituciones judiciales.

Quedan, pues, como sujetos de la acción, los particulares; y es de la mayor importancia teórica y práctica la determinación de las personas a quien y frente á quien corresponde el ejercicio de una acción, porque es requisito indispensable para que ésta prospere la *calidad para accionar* o *legitimatío ad causam*, tanto activa como pasiva: cuando no se da esta calidad suele decirse en el uso forense que hay *falta de acción*, frase que adolece de cierta impropiedad porque también falta la acción cuando no existen derecho (salvo en los casos excepcionales ya indicados) o interés. En la práctica suele confundirse frecuentemente la falta de acción con la *falta de personalidad* o de *legitimatío ad procesum*, que es la capacidad de estar en juicio por sí o por otros.

Legitimatío ad causam y legitimatío ad procesum

Legitimatío ad causam en las acciones de condena

En las acciones de condena suele ser fácil la determinación de los sujetos porque de ordinario se identifican con los de la obligación; pero cuando ha habido una transmisión del derecho o de la obligación (herencia, cesión, etc.) habrá de demostrarse, tanto la existencia del derecho o de la obligación en el sujeto a que originariamente correspondía cuanto la adquisición por su titular actual, pudiendo oponer la parte contraria los defectos de que adolezca la transmisión; por ejemplo, la falta de notificación al deudor de la cesión de un crédito. También la concurrencia en una obligación de varios sujetos activos o pasivos puede dar lugar á dificultades que la ley suele resolver en la mayoría de los países, estableciendo que en las obligaciones solidarias y en las indivisibles la acción ejercitada por uno de los sujetos activos o contra uno de los pasivos produce cosa juzgada respecto de todos los demás; mientras que en las mancomunadas, aunque puede demandarse por o a uno solo, la resolución que recaiga no perjudica a los sujetos activos o pasivos que no hayan o contra quienes no se haya ejercitado la acción. También debe tenerse en cuenta que cuando la acción de condena tiene su origen en un derecho real, el sujeto pasivo no es siempre el autor de la lesión o violación del derecho, sino el que indebidamente actúa sobre la cosa las facultades correspondientes al titular del derecho real: así, el derecho de reivindicar mi propiedad no me corresponde contra el que me privó de ella, sino contra quien la posee en el momento en que la reclamo; lo que teóricamente puede dudarse es si he de dirigirme contra quien entonces la posea a título de dueño o contra el tenedor *alieno nomine*; pero nuestra ley resuelve la duda en el sentido de que la acción puede entablarse contra el poseedor o contra el simple tenedor. Igualmente, si en el fundo vecino al mío se plantan árboles a menor distancia de la debida, la acción para que se arranquen me corresponde contra el poseedor del fundo vecino aunque

la plantación se haya hecho por otra persona y aún contra la voluntad de dicho poseedor. Contra el que me haya privado de mi propiedad o contra el que haya hecho la plantación tendré, si he sufrido daño, acción personal para que se me indemnice; pero la acción real en ningún modo me corresponderá contra ellos, si son personas distintas del que posea al *accionar* mi finca o el fundo en que la plantación indebida se hizo.

Respecto de las acciones de mera declaración positivas o negativas, puede establecerse la regla general de que está legitimado activamente aquel sobre quien recaería el daño jurídico dimanante de la inseguridad del derecho y pasivamente aquel respecto de quien la declaración concreta del derecho deba constituir cosa juzgada, para que los efectos perseguidos mediante la certeza del derecho se produzcan. Por consiguiente, aunque la incerteza dimane de actos de una persona distinta del sujeto pasivo del derecho cuya mera declaración se pretende (en la acción declarativa positiva) o de persona distinta del sujeto activo del derecho cuya declaración de inexistencia se persiga mediante la acción de mera declaración negativa, ha de proponerse la acción frente a estos sujetos del derecho y no frente a los causantes de la incertidumbre (si son personas distintas); sin perjuicio, claro está, de la acción de condena, si se hubiesen producido daños a consecuencia de la incerteza, contra quien la causó.

Legitimatio ad causam en las acciones de mera declaración

En cuanto a las acciones constitutivas, hay que advertir que si bien en general están activa y pasivamente legitimados para *accionar* los sujetos activo y pasivo de la relación o estado jurídico que se pretende mudar, a veces corresponde a un tercero; como el derecho de anular un matrimonio que, según el art. 102 de nuestro Código Civil puede ejercitar cualquier persona que tenga interés y el Ministerio Fiscal. También hay que tener en cuenta que cuando se acumula a una de estas acciones, como con frecuencia se hace según hemos dicho, una acción de condena para exigir las obligaciones que nazcan de la nueva situación jurídica en el caso de que la acción constitutiva prospere, si tales obligaciones han de recaer sobre un tercero, éste se halla legitimado pasivamente respecto de ambas acciones, la constitutiva y la de condena; por ejemplo, cuando se entable la acción para anular o rescindir una compraventa consumada y la cosa vendida se haya transmitido por el comprador a un tercero, deben ser demandados los dos. Cuando hay varios interesados en la mutación del estado o situación jurídica, la acción constitutiva sólo puede prosperar cuando se ejercita contra todos los interesados (así, la acción de división de cosa común o de herencia, ha de dirigirse contra todos los demás condóminos o herederos), porque «lo que existe como unidad compuesta por varios, no puede dejar de existir como unidad, sino con respecto a todos» (Chiovenda). En estos casos se dice que hay *litisconsorcio necesario*.

Legitimatio ad causam en las acciones constitutivas

D) *Los elementos de la acción y su diversa importancia.*—Para que exista, pues, una acción, es necesario que concurren: *derecho* (salvo los casos de excepción, ya hechos notar), *interés* y *legitimación* en los sujetos. De lo

La cosa juzgada y los elementos de la acción

contrario, no existe acción, no puede, la que con tal nombre se ejercite, prosperar ante los Tribunales; pero los efectos de la resolución judicial son diversos, según que se desestime la acción por defecto de interés, de cualidad o de derecho. Si se rechaza la acción por falta de interés, no se niega que la acción pueda nacer más tarde respecto del mismo derecho, en base de un nuevo interés (nueva lesión del derecho, por ejemplo): si se rechaza por falta de cualidad, no se impide que el actor pueda reproducir la acción sobre el fundamento de un hecho nuevo que le legitime activamente o que legitime pasivamente al demandado (otra cesión, sucesión, etcétera): si se desestima la acción por defecto de una voluntad de ley que garantice el bien jurídico que se trataba de conseguir, no puede ya ejercitarse de nuevo la misma acción; en tal caso, si se trataba de una acción de declaración negativa, se niega la inexistencia del derecho del adversario, es decir, se afirma una voluntad concreta de ley que reconoce un bien al demandado, y la absolución implica una declaración positiva en favor de éste; pero en las demás acciones, también cuando se rechazan se actúa la ley en favor del demandado, reconociéndole un bien, cual es la certeza de no estar ya sujeto a la acción del adversario.

3. EL DERECHO SUSTANCIAL Y EL DERECHO DE ACCIÓN.

El derecho subjetivo sustancial y el derecho de acción, ¿son una misma cosa?; si no existe entre ellos identidad, ¿son independientes?; si no son independientes, ¿en qué relación se hallan? Diversas teorías han tratado de resolver las cuestiones indicadas.

¿Es la acción el mismo derecho sustancial o una posición de éste?

A) *Teoría de la identidad.*—Durante mucho tiempo se ha admitido, tomando como base la célebre definición romana de la acción como *ius perseguendi iudicio quod sibi debetur*, que la acción era, ya el derecho mismo en su tendencia a la actuación, es decir, «la virtualidad inmanente en el derecho de reaccionar contra su violación» (Brinz), ya «un derecho nuevo, nacido de la violación del derecho y que tiene como contenido la obligación del adversario de hacer cesar la violación» (Savigny); conceptos éstos de los que son matices los que definen la acción como una pertenencia, cualidad, potencia, derivación, función, ejercicio, activación o aplicación del derecho subjetivo sustancial; pero todos ellos tienen de común el estimar la acción como una consecuencia o manifestación del mismo derecho subjetivo o, más bien, como este mismo derecho *transportado*, por así decirlo, ante los Tribunales; y como el derecho subjetivo no se concebía cuando esta teoría de la acción dominaba, mas que como facultad correlativa a una obligación, es decir, como la potestad de exigir de otra u otras personas una determinada prestación de contenido negativo o positivo, venía a considerarse la acción como *una modalidad del sustancial derecho subjetivo a una prestación*.

Este concepto del derecho de acción que lo identifica con el mismo derecho subjetivo sustancial o con un elemento o posición de éste, domi-

FORMALISMO PROCESAL

na por completo hasta que, con motivo de una polémica, acerca del concepto de la *actio* romana, sostenida el año 1857, entre Winscheid y Muther, éste puso de relieve que en la *actio*, además del elemento constituido por el derecho originario privado, existía otro elemento esencial que, según él, consistía en el derecho a la tutela jurídica, correspondiente al individuo contra el Estado; y sobre la base de este elemento y exagerando toda su real importancia, se ha formado la:

B) *Teoría de la independencia*.—Esta teoría, que con diversidad de matices defienden varios procesalistas, considera la acción como un derecho subjetivo público que se ejercita contra el Estado y que es de naturaleza abstracta, esto es, cuya existencia no está subordinada al hecho concreto de que asista o no al actor una razón de derecho privado en su reclamación; basta, según unos (como Degenkolb), con que el actor crea de buena fe que esa razón de derecho privado le asiste; según otros, es suficiente que, créalo o no, afirme simplemente que existe al ejercitar la acción (Plösz, Bülow).

Todas las variedades de esta teoría se fundan en el mismo razonamiento que, en esencia, es éste: puesto que aún en el caso de que el órgano jurisdiccional declara en definitiva, absolviendo al demandado, que contra éste no corresponde al actor derecho alguno sustancial, este actor ha podido promover el litigio, actuar en él, obligar al juez a resolverlo y sujetar o esta resolución al demandado, no puede decirse que la acción tenga relación alguna de origen, de dependencia o de fundamento con un derecho privado sustancial, que en realidad no existía, ni con una violación de ese derecho, que tampoco puede haberse realizado, si el derecho no existía; de modo, que en realidad, el derecho de acción no es más que el poder de llevar a otro ante los Tribunales, sujetándole a la resolución de éstos, tenga o no el actor para ello razón fundada en un derecho subjetivo privado. Se afirma así, que la acción constituye un derecho subjetivo público al juicio o al proceso, con absoluta independencia de si efectivamente existe o no en favor del actor un derecho privado.

Tan unilateral y exagerada esta teoría como la de la identidad, ha sido, como ésta, rectificada y completada por la

C) *Teoría de la autonomía*.—También presentan como las anteriores, variadísimos matices, las doctrinas que defienden esta teoría y que son, principalmente: la denominada *del concreto derecho subjetivo público de acción* (Wach, Schmidt): las *mixtas* basadas sobre la distinción entre un derecho procesal o público de acción, respecto del juez para la tramitación del juicio y un derecho privado de acción para constreñir judicialmente al demandado a una determinada prestación, fundada en razones de derecho privado (Dernburg, Plauk, Gierke, Mortara): y las que consideran la acción como un *derecho potestativo* (Weismann, Goldschmidt, Chiovenda, Brugi).

Los fundamentos de estas doctrinas, en cuanto a la teoría de las relaciones entre el derecho de acción y el derecho sustancial son, principalmente:

¿Es la acción un derecho absolutamente independiente del derecho sustancial?

El derecho de acción es distinto del derecho sustancial privado, pero se funda en una razón de derecho o interés sustancial privado

Derechos sin acción y acciones sin derecho

a) *Que el derecho de acción y el derecho sustancial son conceptos distintos; como se demuestra:* 1.º *en que hay derechos sin acción:* tales son los correlativos a las obligaciones naturales, de las que nos ofrecen casos típicos los artículos 1.798 y siguientes del Código Civil, según los cuales, no se concede acción para reclamar lo ganado en un juego de suerte, envite o azar o en apuestas análogas a estos juegos; pero el que pierde no puede repetir lo que haya pagado voluntariamente a no ser que hubiera mediado dolo o que fuera menor o estuviera inhabilitado para administrar sus bienes; 2.º *en que hay acciones sin derecho,* esto es, que no suponen un derecho subjetivo sustancial y concreto en el actor, como sucede, según vimos, en las acciones de mera declaración negativa; 3.º *en que hay acciones en que no se sabe, al tiempo de ejercitarlas, si corresponden o no a un derecho;* tal sucede con las interdictales que pueden ser dirigidas, incluso contra el verdadero dueño; y con algunas ejecutivas de índole sumaria que pueden prosperar aun contra el que, en realidad, sea acreedor y no deudor.

Distinción de la acción y del derecho sustancial en las diversas clases de acciones

Mas no sólo en estos casos de derecho sin acción y de acción sin derecho se distinguen ambos conceptos, sino que, aunque de índole más sutil, existe también la distinción en los casos en que la acción supone un derecho. Así: 1.º *En las acciones de mera declaración positiva* se presupone la existencia del derecho a que se trata de dar certeza; pero es evidente que este derecho a cuya certeza se tiende no contiene en sí implícita la facultad de exigir el reconocimiento, como acto distinto y aparte del cumplimiento de la prestación; en otros términos: el derecho de exigir, por ejemplo, el pago de una deuda a plazo, sólo contiene la facultad de exigir del deudor la cantidad cuando el plazo se cumpla, pero no la de exigir el reconocimiento de ese crédito antes de que el plazo venza porque al acreedor le convenga para disipar las dudas que existan sobre la certeza del crédito; prueba de que tal facultad no está comprendida en el derecho, es que se determina por la ley en algún caso como derecho especial (como el de reconocimiento de su dominio, exigible cada 29 años por el dueño directo al dueño útil de la finca enfiteútica); luego si en el derecho sustancial no está comprendida esa facultad de exigir que se dé certeza al derecho, es el derecho de acción el que directamente protegé ese interés legítimo de dar certidumbre a lo incierto; y esa especial protección que *añade* el derecho de acción a la garantía del derecho sustancial respecto de un determinado bien jurídico, distingue perfectamente ambos derechos, y tanto más si se tiene en cuenta que aunque el sujeto pasivo se prestase voluntariamente a reconocer la certeza del derecho, no podría ésta resaltar con la eficacia que le daría el pasar en autoridad de cosa juzgada. 2.º *En las acciones constitutivas* no se produce la mutación del estado jurídico, ni los efectos de esta mutación respecto del sujeto pasivo sino mediante el ejercicio de la acción; por lo tanto, en cuanto a ellas, la duda no consiste en si la acción es una posición o cualidad del derecho, sino en que éste parece que es absorbido por la acción; mas aunque en algunos casos es cierto que no

FORMALISMO PROCESAL

puede el sujeto pasivo satisfacer, aunque quiera, el objeto del derecho, en otros puede por su libre y no por su obligada voluntad, realizarlo, eliminando el interés en accionar; y esta posibilidad basta para que quede establecida la distinción. 3.º En las acciones de condena, la distinción del derecho sustancial y el de acción está en que el primero tiende a conseguir el bien jurídico por el único medio de la prestación del obligado, mientras en el de acción se satisface por todos los medios que, para la ejecución coactiva, admite en el momento histórico la conciencia jurídica social (así, por ejemplo, se excluye actualmente la prisión por deudas y otros medios análogos de coacción).

b) *Que la acción está coordinada a un derecho sustancial privado o por lo menos a un interés de orden jurídico privado*; porque no existe, como quiere la teoría de la independencia antes examinada, «un derecho de acción desligado de una razón de derecho privado, que pueda dar lugar a una sentencia favorable: la mera posibilidad, capacidad, libertad de *accionar* de todo ciudadano, no es por sí un derecho, a no ser entendida como la manifestación de un derecho generalísimo derivado del estado de ciudadano, no un derecho concreto, determinado y, sobre todo, no un derecho de acción» (Wach); es más bien «una condición para que pueda existir el derecho de acción, un medio cuyo uso *deviene* derecho sólo en ciertas circunstancias», es decir, únicamente cuando se demuestra que el que invoca la asistencia del órgano jurisdiccional para que se actúe en su favor la ley, tiene una razón de derecho privado, un interés en *accionar* y está *legitimado* para entablar la acción contra el demandado; si el órgano jurisdiccional entiende que falta alguno de estos requisitos, la manifestación de voluntad del actor para que se actúe en su favor la ley, *cae en el vado*, como dice Chiovenda, no produce el efecto jurídico a que se dirigía, aunque haya producido el de dar vida a un juicio o proceso, precisamente por la imposibilidad de decidir sin él si aquella mera capacidad o libertad de interponer la acción constituía en verdad un derecho de acción. Podríamos, salvando todas las diferencias, decir que la mera facultad de *accionar* tiene una naturaleza análoga a un derecho sujeto a condición suspensiva, en cuanto de la realización de un acontecimiento futuro e incierto (la demostración del fundamento de la acción) depende que el derecho surta sus efectos, sea en verdad derecho con plena retroactividad o que desaparezca considerándose para la vida jurídica como si nunca hubiese existido: *actus conditionalis, defectu conditione, nihil est*.

Coordinación entre la acción y el derecho o interés de orden privado

Naturaleza de la mera facultad de accionar

II

EL PROCESO Y SUS FORMAS

*El proceso es una
relación jurídica
autónoma*

1. EL PROCESO COMO RELACIÓN JURÍDICA AUTÓNOMA.—El ejercicio de la acción da lugar a una relación jurídica que es el *proceso* y que tiene elementos (objetivos, subjetivos, de contenido y formales) y caracteres propios (que, en cuanto son fecundos en consecuencias, constituyen principios fundamentales); es, pues, una relación jurídica autónoma, concepto que ya aparece indicado por Hegel, afirmado por Bethmann-Holweg y desarrollado especialmente por Oskar Bülow, Kohler, Mortara y Chioyenda y que se corresponde con el de acción como derecho independiente o autónomo, constituyendo ambos los fundamentos capitales de la moderna ciencia jurídico-procesal.

*El proceso tiende
a la actuación de
la ley en el caso
concreto*

2. ELEMENTOS: *A) Objeto*.—El objeto o finalidad del proceso es la actuación de la norma jurídico-privada por los órganos jurisdiccionales en el caso concreto a que se refiere la acción, ya concediendo y realizando la garantía que ésta pretende respecto de un bien o interés, ya negándola; en ambos casos, la finalidad del proceso es la misma, la actuación de la ley, aunque en el primer caso se actúa en favor del sujeto activo y en el segundo en favor del sujeto pasivo de la acción. En este objeto o finalidad del proceso (aceptado y defendido principalmente por Wach y Chioyenda) está comprendida tanto la función declarativa como la ejecutiva.

*Teorías incomple-
tas acerca del ob-
jeto del proceso*

Otras teorías aceptan en el fondo esta finalidad del proceso, pero son menos comprensivas: así, la que entiende que es un modo de definir controversias (Jellinek, Plósz) cuando puede haber definición de controversias fuera del proceso (arbitraje, amigable composición) y puede haber proceso sin controversia (juicios en rebeldía, allanamiento del demandado); la que enseña que es un modo de dirimir conflictos reales o aparentes entre voluntades subjetivas y normas subjetivas (Mortara), siendo así que conflictos semejantes se dirimen aún fuera del proceso (Ayuntamiento que reivindica por sí bienes municipales de cuya posesión ha sido despojado, antes de que transcurra el año y día); y la que cree que el proceso es un medio de coacción dirigido al cumplimiento de deberes jurídicos; pero en los casos de absolución del demandado, no existe tal coacción.

Asignan muchos al proceso el objeto de defender los derechos subjetivos (Helwig, Manfredini, Simoncelli); pero si este término de derecho subjetivo se emplea en sentido amplio, comprendiendo no sólo los derechos que tienen como correlativa una obligación sino los derechos potestativos y aun los intereses privados protegidos únicamente por el derecho

FORMALISMO PROCESAL

de acción, entonces la discusión acerca de si el proceso tiende a la defensa de los derechos subjetivos o a la actuación concreta de la ley, puede calificarse con Grispigni de *académica* y *bizantina*; ahora, si por derecho subjetivo se entiende restringidamente el correlativo a una obligación, resultaría que el proceso es la garantía del cumplimiento de las obligaciones, cuando ya hemos visto que hay acciones que no tienden a exigir del demandado prestación alguna, aparte de que, como observa Chiovenda, la consideración del proceso como organismo *general* de la actuación de la ley, *no de las obligaciones* y correlativamente de la acción como medio de obtener en el proceso la actuación de la ley, es el gran progreso de la moderna doctrina procesal, porque ha hecho que se ponga de relieve la autonomía de los problemas procesales y ha logrado evitar que se resuelvan mediante elementos del derecho sustancial.

Opinan otros que el proceso es algo más que de actuación de la ley, que es un modo de *producción* del Derecho (principalmente Bülow). Esta teoría se relaciona con las modernas doctrinas de interpretación de la ley denominadas de la *adaptación histórica* y del *derecho libre*, de las cuales la primera considera en la ley una voluntad impersonal (distinta de la del legislador) que vive en la historia y debe adaptarse a las objetivas realidades económicas y sociales del momento en que ha de ser aplicado; y la segunda (en su matiz más radical) estima que la ley es una mera indicación, un punto de partida para la libre indagación acerca del modo como debe ser regulada una cierta relación jurídica conforme a las necesidades actuales, es decir, equipara a la ley, según frase de Regelsberger «a un saco vacío capaz de admitir cualquier contenido». También la teoría, que examinamos, acerca del objeto del proceso, se relaciona con la cuestión de si pueden existir o no *lagunas* en el Derecho, lo cual niegan Brinz (que asegura que *«el Derecho tiene horror al vacío»*), Bergbohm y otros y afirman Zitelmann, Ehrlich, Stampe, etc.; y ciertamente puede decirse que la ley contiene *potencialmente* la norma para cada caso, al menos bajo la figura de *norma negativa* para todos aquellos que no pueden referirse a una norma positiva, por lo cual habla Donati de voluntad de contenido negativo. La teoría de Bülow está comprendida en la que asigna como objeto al proceso la actuación de la ley, en lo que aquélla tiene de aceptable, esto es, en que es cierto que, como dice Micelli: «toda interpretación contiene en sí el germen de una creación» y que «no existe una interpretación que sea y permanezca tal en el sentido estricto de la palabra, porque toda interpretación es una construcción mental de una conciencia distinta de aquella de donde la norma procede, y toda construcción mental lleva en mayor o menor grado la huella de la mente que la elabora, es un producto subjetivo, una creación». Por lo demás, si en alguna legislación, como el Código civil suizo, se asigna al Juez la misión de *vicelegislador* (artículo 1.º... «a falta de ley, de derecho consuetudinario, de doctrina y de jurisprudencia, aplicará las reglas que dictaría si hubiese de hacer oficio de

legislador»), la mayoría señalan las fuentes de Derecho que ha de aplicar y no puede, por tanto, decirse propiamente que mediante el proceso se cree o produzca Derecho.

Los caracteres de oficialidad y de contradictoriedad en el proceso B) *Sujetos*.— El elemento subjetivo de la relación jurídico-procesal está constituido, de un lado por el órgano jurisdiccional y de otro por las partes demandante y demandada.

Un proceso civil sin Juez o sin una de las partes, no es concebible; de donde se infieren dos caracteres esenciales del proceso: la *oficialidad*, dimanante de la intervención del órgano jurisdiccional y la *contradictorie-dad*. Son consecuencia de la *oficialidad*. 1.^a la exclusión de todo interés personal del Juez en el litigio; 2.^a la imposibilidad legal de que el Juez excuse el cumplimiento de sus funciones aun en caso de insuficiencia, silencio u oscuridad de la ley; 3.^a la intervención del Juez da a la relación procesal el carácter de relación de Derecho público; 4.^a las decisiones del Juez, en cuanto no impugnables o no impugnables, tienen autoridad sobre las partes; 5.^a todo documento, en cuanto se incorpora al proceso y mientras permanece a él incorporado, tiene el carácter de público u oficial; 6.^a el Juez tiene la facultad de eliminar por propia determinación las perturbaciones ilegítimas de la relación procesal (poder disciplinario). La *contradictoriedad* no ha de entenderse en el sentido de que, para que exista la relación procesal, es necesario que en ella haya controversia, pues ésta puede faltar de hecho (rebeldía, allanamiento), sino en el de que el sujeto pasivo de la acción (es decir, aquel que puede estar legítimamente interesado en oponerse a ella, aunque en realidad su interés sea convergente con el del actor, lo que sucede a menudo en acciones relativas a los derechos de familia y al estado civil) debe ser parte en el proceso y oponer en él, si quiere, su actividad a la del actor en condiciones de igualdad (*audiatur et altera pars*).

Las condiciones de capacidad del sujeto jurisdiccional Para que pueda constituirse la relación procesal, es necesario que en los sujetos de la misma concurren determinadas condiciones de capacidad. Así, en el Juez, han de concurrir: a) La *capacidad general objetiva* que, según las normas de la organización judicial, le confieren la potestad de juzgar (*jurisdicción*). b) La *capacidad especial objetiva* que determine corresponderle en el caso concreto el conocimiento de la cuestión litigiosa, conforme a los criterios *objetivo* (deducido de la *naturaleza* de la acción —competencia por razón de la materia— y de su *importancia económica* —competencia por razón de la cuantía), *funcional* (inferido de la índole de las funciones que, respecto de un mismo proceso corresponden a los jueces de distinta jerarquía, según el estado o grado de conocimiento en que se halle el pleito) y *territorial*, según el que y conforme a cuyas distintas reglas se reparte entre jueces del mismo grado y funciones, el conocimiento de los asuntos de la misma naturaleza. Los límites de la competencia basada en los criterios objetivo y funcional son absolutos; y relativos los fundados en el criterio territorial: por eso en aquéllos no puede prorro-

FORMALISMO PROCESAL

garse la competencia y en éstos sí. c) La *capacidad especial subjetiva* o personal, garantía de imparcialidad; esto es, no hallarse comprendido en los casos de recusación.

La capacidad de ser parte en el proceso coincide con la capacidad general jurídica; pero, para estar en juicio se necesita la *capacidad especial procesal*, o sea la de *realizar actos procesales con efecto jurídico en nombre propio o ajeno (legitimatio ad procesum)*. Suele esta capacidad coincidir con la de realizar actos jurídico-civiles; pero hay excepciones, como la de la mujer casada para demandar o defenderse en los pleitos con su marido y la de los que han cumplido 18 años para ejercitar acciones ante el Tribunal industrial. Además se necesita en ciertos litigios completar la capacidad de las partes mediante técnicas representación (Procuradores) y dirección (Abogados).

La capacidad en las partes

C) *Contenido*.—Está integrado el proceso por las diversas manifestaciones de la actividad del Juez y de las partes mediante las que se constituye, desarrolla, modifica y termina la relación jurídico-procesal.

a) *Constitución: la unidad y la inmanencia en el proceso*. El acto constitutivo de la relación procesal es la demanda, mediante la cual se ejercita o propone la acción. En cuanto en ella se contiene una declaración de voluntad encaminada a producir efectos jurídicos, es, ciertamente, un *negocio jurídico* como opinan Kohler y Trutter contra Chiovenda; pero lo esencial es que mediante la demanda, es decir, por una manifestación unilateral de voluntad, se constituye la relación procesal; no quiere decir esto, naturalmente, que produzca efectos jurídicos con relación al demandado sin que la demanda le sea comunicada de modo legal, pues esta comunicación, como la de los demás actos del proceso, es necesaria por el carácter esencialmente contradictorio de éste, sino que solo la voluntad del actor es decisiva para la constitución del proceso, sin que la del demandado pueda (siempre que la demanda reúna los requisitos necesarios) evitar su propia sujeción al proceso y sus efectos, ni tenga intervención alguna expresa ni tácita en la constitución de la relación procesal. Sólo recientemente, se ha llegado a determinar este concepto de la constitución unilateral del proceso; durante mucho tiempo, el concurso *activo*, expreso o tácito del demandado, se ha creído imprescindible para que aquella constitución tuviera lugar y ese concurso se entendía prestado mediante la contestación a la demanda (contrato o cuasi-contrato de *litis contestatio*); y cuando en realidad faltaba esa contestación, se suplía con la ficción legal de dar por contestada la demanda una vez transcurrido el término concedido para ello, entendiéndose que había habido una *contestación negativa tácita* (Vicente y Caravantes). Por esto, antiguamente se asignaban a la contestación los efectos jurídicos que hoy se asignan a la presentación de la demanda (interrupción de la prescripción, constitución en moro; inmutabilidad de la acción, etc.) aunque queda en nuestras leyes alguna disposición anacrónica, como la del párrafo 2.º del art. 1.535 del

La demanda judicial y su naturaleza

Código Civil, que establece que un crédito se tendrá por litigioso desde que se *conteste* a la demanda relativa al mismo.

Unidad e inmanencia en el proceso Todas las actividades que se desarrollan en el proceso se refieren a la demanda y dependen estrechamente de ella: por esto, *la decisión del litigio ha de considerarse como pronunciada en el momento de la interposición de la demanda, y toda la relación procesal debe estimarse embrionariamente contenida en el acto de la demanda.* De aquí, otros dos caracteres esenciales del proceso: la *unidad* y la *inmanencia*: en virtud del primero, la nulidad de la demanda es nulidad del proceso entero, y los diversos grados de conocimiento del mismo (apelación, casación, cuestiones incidentales) no son más que estadios o fases diversas de la misma relación procesal; en virtud del segundo, los términos de la cuestión litigiosa, según se plantean en la demanda, no pueden alterarse sustancialmente y las pretensiones en ella deducidas constituyen límite infranqueable a las facultades decisorias del Juez, que no puede fallar *extra* ni *ultra petita*.

Complejidad y progresividad del proceso b) *Desarrollo, complejidad y progresividad: el sistema de la oficiosidad y el de la rogatoriedad.*—Una vez constituida la relación procesal, se desarrolla mediante un número indefinido de actos del Juez y de las partes, entre sí coordinados bajo la unidad del proceso: es, pues, uno de los caracteres esenciales de éste, la *complejidad*; tales actos del Juez y de las partes tienen por objeto: aportar los materiales de hecho y de derecho que el primero ha de tener presentes para dictar el fallo; y dar impulso al proceso hacia su terminación, puesto que la relación procesal no es estática, sino dinámica (carácter de la *progresividad*).

Justicia oficiosa y justicia rogada La recíproca relación entre la actividad del Juez y la de las partes, puede estar regida por el sistema de la *oficiosidad* o por el de la *rogatoriedad*, según que se confieran al Juez todas las facultades necesarias para contribuir a la formación del material que ha de servir de base a su fallo y para dar impulso al proceso o que se le someta, en cuanto a lo uno y a lo otro, a la iniciativa de las partes. En la práctica, ambos sistemas se combinan en diversos grados y proporciones, según las distintas circunstancias de lugar y tiempo; pero, en general, en los Códigos procesales de los países latinos, todos, más o menos directamente influidos por el Código francés de 1807, domina el principio de la rogatoriedad, y en las leyes procesales de los Estados germánicos, se da bastante cabida al sistema de la oficiosidad, que domina completamente en la ley austriaca de 1.º de Junio de 1898, debida principalmente al eminente procesalista Klein; según ella, el impulso procesal corresponde al Juez, y el único límite que se le pone para la comprobación de los hechos que afectan a la litis, es que no pueda valerse del conocimiento particular que de ellos pueda tener.

Igualdad entre las partes Las actividades de demandante y demandado se desarrollan en recíproca influencia, bajo los principios de contradictoriedad y de unidad esenciales al proceso. En razón del primero, cada parte puede hacer valer sus

FORMALISMO PROCESAL

propias razones y combatir las del contrario, lo cual supone: a) una proporcionalidad igualitaria entre los medios de ataque y de defensa de ambas partes; por lo que, contra la acción, puede utilizar el demandado la excepción (concepto que en el Derecho moderno comprende todos los medios jurídicos de defensa contra la acción, ya se refieran al contenido de ésta, ya a los defectos de constitución de la relación procesal; excepciones sustanciales y procesales); como, a su vez, el actor puede excepcionar contra la reconvencción, para proponer la cual se necesita, según el sistema de algunas legislaciones (ejemplo, la italiana siguiendo el del Derecho romano), que el asunto de la reconvencción esté *objetivamente* relacionado con el de la demanda, y según el sistema de otras (como la nuestra, siguiendo al Derecho canónico), basta con que exista relación *subjetiva*, es decir, que se refiera a los mismos demandante y demandado; b) la regulación de la carga de la prueba en modo adecuado a la posición de cada parte en el litigio; esta regulación, muy deficientemente hecha en las legislaciones y, por lo general, en lugar inadecuado (los Códigos civiles), es uno de los problemas procesales de mayor importancia; suele, en efecto, establecerse que la prueba de las obligaciones incumbe al que reclama su cumplimiento y el de su extinción a quien la opone; pero, ¿y en los casos en que no se trata en el litigio de exigir obligación alguna, como sucede cuando se ejercita una acción constitutiva?; aun tratándose de obligaciones, ¿ha de probar el que reclama la existencia de todos los requisitos necesarios para su validez, como, por ejemplo, la seriedad del consentimiento en un contrato?; sin pretender tratar aquí esta materia, ni examinar la insuficiencia de reglas, como la de que «el que afirma debe probar», «la prueba incumbe al actor», etc., nos limitaremos a decir que las doctrinas modernas parecen coincidir en que el actor debe probar los elementos *constitutivos* de la acción, esto es, los que esencial e inmediatamente la dan vida; así, en una acción para reclamar el precio de una compraventa, el actor tendrá que probar el acuerdo sobre la cosa y el precio; los otros elementos generales, comunes con otros negocios jurídicos (capacidad, libertad del consentimiento, comercialidad del objeto) no tiene el actor que probarlos, porque la presunción fundada en lo que ordinariamente ocurre en la vida, está en su favor y su falta puede constituir un hecho *impeditivo* que enervaría la acción y cuya prueba incumbe al demandado, así como la de los hechos *extintivos* (pago, remisión, prescripción, etcétera); el fundamento de este reparto de la carga de la prueba está en que lo normal no necesita probarse y sí lo excepcional; c) la necesidad de que las manifestaciones de la actividad de cada una de las partes sea conocida por la contraria para que pueda actuar en consecuencia (de aquí la necesidad de las citaciones, copias de escritos y documentos, notificaciones, etc.).—En virtud del principio de unidad del proceso, los resultados de la actividad de cada una de las partes, se hace común, o en otros términos: luego que el acto de una parte se ha producido, ya pertenece

Peso de la prueba

La adquisición procesal

al proceso; así, un documento aportado no puede ser retirado por la parte que lo presentó si se opone la contraria; esto es lo que se denomina principio de la *adquisición procesal*, cuya aplicación a los efectos de la renuncia al examen de testigos por la parte que los propuso, luego de haberse incorporado la lista al proceso, es una de las cuestiones más discutidas en la doctrina—.

Modificaciones procesales. La sucesión y la sustitución en el proceso

c) *Modificación*.—La relación procesal puede transformarse, aunque no de modo sustancial, ya *objetivamente* (por ejemplo, continuando el pleito sólo por las costas por haberse allanado el demandado a la pretensión principal), ya *subjetivamente* por cambio del Juez (lo que puede motivar recusaciones) o de alguna de las partes, por sucesión a título universal o singular; esto puede ocurrir cuando se vende la cosa o cede el crédito objeto del litigio y se admite como parte al comprador o cesionario como continuador procesal de la persona del vendedor o cedente, sucesión que admiten algunas legislaciones, como la alemana. En la nuestra no hay norma expresa que lo autorice, y es dudoso que sin consentimiento de la otra parte pueda tener lugar esa sucesión en el proceso; pero claro es que, con respecto al comprador o cesionario, sería eficaz la sentencia dictada en el pleito, por extender el párrafo tercero del artículo 1.252 del Código civil la eficacia de la cosa juzgada a los causahabientes de los litigantes; en estos casos, pues, el cedente o el vendedor continuará siendo parte *en nombre propio, pero por un derecho ajeno*; y se daría, no una sucesión ni una representación procesal, sino una *sustitución procesal*, explicable por los principios de unidad e inmanencia del proceso, según los cuales la sentencia ha de referirse al momento de la demanda y ésta contiene en germen la entera relación procesal.

Terminación excepcional y normal del proceso

d) *Terminación*.—La relación procesal puede terminar por modos excepcionales como la transacción judicial o extrajudicial, la caducidad de la instancia por falta de impulso procesal y por desistimiento del actor; sin embargo, este desistimiento no puede causar efecto sin la aquiescencia expresa o tácita del demandado; según nuestra jurisprudencia, esta aceptación del demandado sólo es necesaria si se ha contestado a la demanda; pero esta doctrina se debe al concepto equivocado de que la relación procesal no se constituye por el acto unilateral de la demanda, sino por el contrato o cuasi contrato de *litis contestatio*.

La terminación normal del proceso tiene lugar mediante la sentencia no impugnada o no impugnable por medio de recursos, en la cual acoge el Juez o rechaza la acción deducida en la demanda, a no ser que, apreciando la falta de algún requisito esencial para la constitución regular de la relación procesal, se abstenga de pronunciar en cuanto al fondo. Pero en todo caso, si la sentencia es absolutoria, aunque la absolución se funde en una excepción procesal, el proceso termina; y si la misma acción se reproduce por no haberse decidido en cuanto al fondo, se constituirá una nueva relación procesal, otro juicio. También se termina el proceso por

FORMALISMO PROCESAL

la sentencia aunque dé lugar a la demanda, si la acción se dirigía a obtener una mera declaración; en cambio, si era una acción de condena y ésta se pronuncia en la sentencia, continúa la relación procesal (si el demandado no se apresura a realizar la prestación a que es condenado) en una nueva fase, la ejecutiva, cuya terminación se logra por la satisfacción coactiva de los derechos del demandante hasta el límite que lo consienten las posibilidades económicas del demandado.

Opinan algunos procesalistas que la sentencia no forma parte integrante de la relación procesal, sino que ésta termina cuando se ha llegado al caso de pronunciar el fallo, porque el proceso se desarrolla mediante la actividad de las partes con la intervención del Juez, y la sentencia es un acto exclusivo y soberano de la voluntad de éste. Pero el deber de pronunciar sentencia, nace desde que se ejercita la acción y es la principal obligación que respecto del Juez surge de la relación jurídico-procesal, por lo cual no puede considerarse la sentencia como algo aparte y excluido de dicha relación.

D) *Naturaleza de la relación procesal: legalidad.*—La actividad de las partes y del Juez en el proceso no puede actuarse libremente, sino que ha de atenerse a las normas jurídicas que regulan la relación procesal; de aquí otro carácter de ésta, la *legalidad* como término opuesto a la *convencionalidad*. Pero, si no hay proceso convencional, ¿es que la voluntad de las partes incorporada en un acto jurídico o declarada en un negocio jurídico, unilateral o bilateral, no puede introducir modificación alguna en la regulación legal del proceso ni separarse de ella en algún modo? Hay que tener en cuenta que, aunque la relación procesal pertenece al Derecho público, puesto que es uno de los sujetos de la misma el órgano jurisdiccional cuya función o actividad es pública, en el proceso civil se mezclan, entrelazan y combinan continuamente el interés general y el particular. Como dice Chiovenda, «si la actuación de la ley en sí es función del Estado, que está sumamente interesado en el modo y en los efectos de su ejercicio, en que su actividad responda al objeto a que se dirige, es cierto que en la marcha del proceso y en su resultado en el *caso concreto*, están principalmente interesadas las partes que aspiran, a través de la actuación de la ley, a un bien de la vida; se deriva de aquí, que la ley procesal tiene a menudo en cuenta la voluntad de las partes, y no son siempre absolutas sus normas, sino alguna vez dispositivas.» Por esto en determinados casos «las partes son libres de atenerse o no a una norma procesal, sea concertándose expresa o tácitamente, sea omitiendo cumplirla.» «Si las partes tienen o no esta libertad, debe resultar, o de las palabras expresas de la ley, o del objeto de la norma; en la duda, dado su carácter público, las normas procesales deben reputarse absolutas.» En este campo de las normas dispositivas, es en el que la voluntad de las partes puede manifestarse y declararse mediante negocios jurídicos unilaterales o bilaterales. «Si no existe, dice Mortara, en el proceso, una figura fundamental de contrato

La sentencia ¿es parte integrante de la relación jurídico-procesal?

¿Hasta qué punto puede influir la voluntad libre de las partes en el desarrollo del proceso?

judicial, existen o pueden existir relaciones consensuales válidas, formadas en el proceso y dotadas de efectos jurídicos más o menos amplios e importantes.» Negocios unilaterales son, por ejemplo, la renuncia a un medio de ataque o de defensa, a evacuar un traslado, etc. Bilaterales los acuerdos sobre suspensión de un proceso, abreviación o prórroga de términos consentida por la ley, desistimiento, etc. Mortara enumera hasta ocho clases (cada una de ellas compuesta de varios) de estos contratos procesales.

La voluntad de las partes en relación a un proceso futuro

Distintos de estos negocios bilaterales son los que se concluyen en consideración a un proceso futuro. El campo de estos contratos es limitadísimo, y no puede tampoco afectar más que a las normas procesales dispositivas; pueden tener por objeto la competencia territorial, que es la única prorrogable, el pacto de no pedir en vía ejecutiva un determinado crédito, pero no el de proceder contra el deudor sólo en vía ordinaria renunciando a pedir la declaración de concurso o quiebra, pues, como dice Kohler, la facultad de instar el procedimiento concursal es dado al acreedor en interés general. Los pactos relativos a dar valor a ciertos medios de prueba y a excluir otros que Bülow estima lícitos, son ineficaces en opinión (más acertada a nuestro juicio) de Wach, de Chiovenda y de Ferrara (Francesco), porque tienden a limitar la defensa y a regular una actividad pública en forma diversa de la legal.

Las formas del proceso

2. LOS ELEMENTOS FORMALES DEL PROCESO.—Todas estas actividades de las partes y de los órganos jurisdiccionales, mediante las que el proceso progresa desde su constitución hasta su término, se manifiestan en determinadas condiciones de lugar, de tiempo, de medios de expresión, que son los elementos formales de la relación procesal; de suerte que aquí, la palabra *forma* se emplea, no en la acepción de ciertas escuelas filosóficas que la emplean para designar la base de permanente universalidad que se da en todo acto singular de experiencia, en contraposición al contenido que designa lo accidental y mudable, sino en la acepción según la que el lenguaje vulgar indica la apariencia o exterioridad de una cosa, a diferencia de lo que es sustancial, intrínseco en la cosa misma.

A) *Figuras procesales*.—Según la diversa combinación y orden en que estén dispuestos los elementos formales de una relación procesal, puede revestir ésta la figura oral o la escrita, la pública o la secreta, la preclusiva o la liberal.

a) *Oralidad y escritura*.—El concepto técnico de la oralidad comprende algo más y algo menos, como dice Chiovenda, de lo que la palabra significa. No es que la escritura esté excluida, pues esto sólo es posible en un proceso primitivo o rudimentario; al contrario, tiene una gran importancia y no se puede prescindir de ella para *preparar* o *plantear* la cuestión, para *documentar* todo aquello que tenga gran importancia en el proceso, las modificaciones que en sus pretensiones introduzcan las partes, las decisiones judiciales, etc. La oralidad, lo que significa, es que el Juez conozca

FORMALISMO PROCESAL

de las actividades procesales de las partes, sobre todo de las pruebas y de la discusión, no sobre la base inerte de la escritura, sino por la viva impresión directamente recibida; y para que esto pueda suceder, la oralidad supone: 1.º, la identidad física del órgano jurisdiccional desde la constitución hasta el fin del proceso; 2.º, la concentración de las actividades procesales en una o pocas sesiones próximas entre sí; 3.º, la inapelabilidad de las decisiones interlocutorias. Los contrarios caracteres dominan en la figura del proceso escrito.

Han aceptado la oralidad las leyes procesales de Alemania, Austria y Hungría.

b) *Publicidad y secreto*.—La publicidad, con respecto a las partes en el proceso civil no es cuestión de mera forma, sino elemento intrínseco y esencial indispensablemente requerido por el principio de la contradicторiedad. La publicidad formal se refiere a la admisión del público a presenciarse la manifestación de las actividades procesales, y tiene más importancia política que jurídica.

c) *Preclusión y libertad*.—La preclusión significa la división del procedimiento en periodos distintos y separados para que en cada uno de ellos, y no antes ni después, se cumpla una determinada serie de actividades procesales (discusión, pruebas, etc.), de tal suerte, que sólo dentro de aquéllos y por el tiempo que duran, pueden estas actividades cumplirse; según la forma liberal, no existe ese orden impreterible y riguroso, esa absoluta separación predeterminada de periodos ni esa sucesión inalterable de las actividades procesales.

B) *Necesidad de las formas procesales; su adecuación al fondo*.—Suelen encontrar los procesalistas la justificación de las formas procesales en la necesidad de garantizar a las partes contra el arbitrio judicial y suele repetirse la frase de Montesquieu, que en el Espíritu de las Leyes decía: «Si examináis las formas de la justicia con relación al trabajo que cuesta a un ciudadano hacer que se le devuelva lo suyo u obtener satisfacción de cualquier ultraje, os parecerán demasiado; si las miráis con relación a la libertad y a la seguridad de los ciudadanos, os parecerán demasiado poco, y veréis que los trabajos, los gastos, las dilaciones, hasta los peligros, son el precio que cada ciudadano paga por su libertad.» Y la de Napoleón: «Las formas son la garantía necesaria del interés particular; entre las formas y la arbitrariedad no hay término medio.» Y la de Ihering: «La forma es la hermana gemela de la libertad.»

La finalidad de las formas procesales, ¿es la de limitar el arbitrio judicial?

Tal justificación corresponde a un mundo ideal muy lejano de nuestros tiempos; era coherente con las doctrinas que veían en todo arbitrio judicial un peligro, y que por eso tasaban legalmente las pruebas y pretendían poco menos que convertir en automática la misión del Juez; pero hoy, que se le ha concedido la suprema facultad de formar libremente su convicción declarando qué hechos estima probados, porque aun las pocas reglas que para apreciar cada clase de prueba se consignan en las leyes

civiles, pueden quedar sin eficacia alguna gracias a la facultad de apreciar soberanamente *en conjunto* las que en cada pleito se practiquen, y cuando contra esta suprema facultad la opinión no muestra recelo ni se alza en protestas, ¿cómo puede sostenerse que las formas procesales son necesarias para limitar, en beneficio de las partes, el arbitrio del Juez? La regulación de las formas procesales es, sí, necesaria, pero no para garantizar a las partes contra el Juez, sino para que, ordenadas en cuanto al lugar, al tiempo y al modo de expresión todas las actividades de cuantos intervienen en el proceso, exista determinada la seguridad de que en la práctica no han de desnaturalizarse los caracteres esenciales, los principios fundamentales de la relación procesal, de que su unidad no ha de degenerar en simplicidad, ni su complejidad en confusión, ni su inmanencia en quietismo, ni su progresividad en movimiento desordenado, ni su legalidad en convencionalidad, ni su contradictoriedad en desigualdad. Mas para que las formas cumplan su misión, es necesario que se adapten adecuadamente al fondo, que estén determinadas por éste en vez de superponerse a él, que sean como emanación suya y no como férrea envoltura que lo ahogue, que dentro de los dos límites, mínimo y máximo, igualmente perniciosos que, según Montesquieu, consisten en conceder sin examen a una de las partes lo que es de la otra, o en arruinar a ambas en fuerza de examinar cuál tiene razón, representen aquel punto de correspondencia entre lo intrínseco y lo extrínseco que, como dice Carlyle, separa la seria solemnidad de la pompa vana en todas las cosas humanas. Cuando esta adecuación no se da, cuando la forma adquiere frondoso desarrollo a expensas del contenido, cuando se rinde culto a los elementos extrínsecos, se incide en un dañoso *formalismo* que, desgraciadamente para el crédito de la justicia, domina todavía, aunque en menor grado que en otras épocas, en el proceso moderno.

Misión ordenada de las formas procesales

Las formas y el fondo en el proceso

III

EL FORMALISMO

I. EL FORMALISMO EN LA PRÁCTICA Y LA CONCEPCIÓN FORMALISTA DEL PROCESO.—Decíamos que al rendir culto a los elementos extrínsecos en menoscabo de los intrínsecos, se cae en el formalismo y que éste domina aún en nuestros días en el campo procesal; a él se debe en su mayor parte el espanto de cuantos se ven precisados a litigar, y todavía es de aplicación el concepto que al ministro de Gracia y Justicia, Marqués de Gerona, merecían en el preámbulo de la «Instrucción del procedimiento civil con respecto a la Real jurisdicción ordinaria (1853)», las prácticas de enjuiciar de entonces, a las que calificaba de «máquina de

La persistencia del formalismo en la práctica

FORMALISMO PROCESAL

guerra asestada contra la fortuna del infeliz litigante»; más consoladoramente para nosotros (por la buena compañía), expresaba Montesquieu los males del formalismo diciendo: «Sería difícil decidir si la forma ha sido más perniciosa cuando ha entrado en la Jurisprudencia o cuando se ha apoderado de la Medicina, y si desde la una ha arruinado a más gentes que ha matado desde la otra.»

Y, sin embargo, toda la historia del Derecho procesal está, como veremos, llena de esfuerzos dirigidos a conseguir la simplificación de las formas del proceso y a disponerlas de tal suerte que, cumpliendo su fin, dejaran de ser la «carta magna» del litigante de mala fe. ¿Por qué estos esfuerzos no han obtenido más que un mezquino, un insignificante resultado? Descontando la parte importantísima, variable según tiempos y lugares, que en el fracaso corresponde a las humanas imperfecciones, la razón principal de que el formalismo no haya sido superado en la vida forense, es la de que se ha querido combatirlo sin tener del proceso más que un concepto formalista; así parece comprobarlo el hecho de que, allí donde (como Alemania y Austria) se desarrolló primero el nuevo concepto del proceso e influyó en la jurisprudencia y en la legislación, el formalismo y sus males casi han desaparecido. Y es esto lógico: mientras la acción civil se identificaba con el derecho subjetivo material creyendo que era este mismo derecho o un elemento suyo transportado ante los Tribunales, no se vió tampoco en la relación que entre las partes establecía el ejercicio de la acción, más que un contrato o cuasi contrato civil, del cual se excluía al Juez por la consideración de que ejercía funciones públicas en razón de las cuales no podía, claro es, participar en una relación jurídica encajada en un molde de Derecho privado; y así, en lo interno del proceso no se veían más que elementos ajenos al proceso mismo, nociones tomadas en préstamo, según frase de Wetzels, al Derecho civil (las de acción, contrato y cuasi contrato) y al Derecho público (jurisdicción), y no quedaba otro elemento propio, específico y característico del Derecho Procesal que el meramente formal y externo, reduciéndose así la ciencia del proceso a una árida serie de fórmulas, de esquemas, de términos, de cláusulas y de solemnidades, a un conjunto de ritos que parecían, como dice Ferrara, «el arcano mecanismo de una especie de culto al ignoto númen de la justicia». Y deformada así, por la noción meramente formal del proceso, la visión de sus elementos internos, desconocida la sustantividad y el valor de los mismos, ni podían ser adaptados a ellos las formas ni ser éstas contenidas dentro de los límites marcados por la sustancial finalidad de aquéllos, ni podía el Derecho procesal constituirse en ciencia, porque no se había llegado a determinar la significación, alcance y autonomía de los capitales conceptos de *acción* y de *proceso* que habían de proporcionar la unión y la coordinación, el sistema que caracterizan el conocimiento científico. Por eso no son de lejana fecha, en tratados de Derecho procesal, las disquisiciones acerca de si éste es una

La teoría formalista del proceso

El formalismo y la ciencia del Derecho procesal

ciencia o un arte; «la ciencia, se decía, puramente considerada, es simple especulación, y la práctica en sí no es más que repetición de actos, hábito de hacer; y el procedimiento no es una contemplación de principios ni una repetición de actos: es un arte, merced al cual el derecho deviene acto por un método racional en cuanto proporcionado al fin (Viti)»; ciertamente que aún concebido así el Derecho procesal, los elementos intrínsecos del proceso *saltaban*, por decirlo así, a cada paso, y no podía eludirse el tratarlos, pero de manera fragmentaria e inconexa, estimando como secundarios problemas esenciales, y al contrario, y como cuestiones distintas, aquellas que son consecuencia de una sola teoría fundamental; «sucedió lo mismo, dice Chiovenda, que si se pretendiera desarrollar la teoría de la sucesión testamentaria sobre la trama de la forma de los testamentos»; «es, dice Kohler, como tratar del mundo planetario sin tener idea de la ley de la gravitación universal». Por la misma consideración formal del proceso, se ha llamado *prácticos* a los escritores de Derecho procesal y se denominaban sus obras «Práctica judicial o forense», o «Instituciones prácticas», y los jurisconsultos desdeñaban ocuparse de Derecho procesal hasta el punto de que el gran jurista lombardo, Alciato (siglo XVI), protestaba vivamente contra el hecho de que se le atribuyera la publicación de un «Compendium processus judiciarii». Pero hay que reconocer que nuestros *prácticos* (Hevia-Bolaños, Elizondo, Conde de la Cañada, Febrero, etc.), como observa el Sr. Becuña en un artículo, pocos días ha publicado en la sección jurídica del periódico *El Sol* con el título «Sobre los estudios de Derecho procesal en España», estudiaban las cuestiones con una agudeza y sentido jurídico que no tienen tratadistas mucho más próximos a nuestros días, y planteaban problemas que seguramente serían hoy calificados de modernismo.

La rigidez formal
del proceso primitivo
y su misión histórica

¿A qué se debe que el concepto formalista del proceso haya dominado tan en absoluto y durante tanto tiempo? Muchos lo atribuyen (Ferrara, Lanciotto Rossi, el mismo Chiovenda), a sugestión ejercida por la génesis histórica del proceso. En efecto, el proceso de los pueblos primitivos nada tuvo de sencillo ni de patriarcal; ninguno, por el contrario, más férreo, más riguroso, más solemne; la omisión de una sílaba, el cambio de una palabra por otra, un movimiento involuntario, el hecho de levantar la mano a mayor altura de la prescrita, implicaban la pérdida irremediable del pleito. Estas solemnidades no eran arbitrarias, sino que consistían en símbolos que tenían un estrecho nexo de derivación con las cosas y los hechos que querían significar y a la antigua lucha en que se utilizaba la fuerza para procurar cada parte el triunfo de sus pretensiones, sucedía así una lucha ficticia que se desarrollaba ante el Juez, y en la cual a la fuerza material se había sustituido una *vis civilis*, una *vis simbólica*; por esto habla Summer Maine de la *dramatización de los orígenes del Derecho*. Esta rigidez formal, propia de todos los pueblos primitivos (se halla, no sólo entre los antiguos romanos, germanos, escandinavos e irlandeses, sino que en 1888

FORMALISMO PROCESAL

afirmaba D'Abbadie haber encontrado entre los etíopes un procedimiento que recordaba el de las acciones de ley romanas), no era, sin embargo excesivo, no había degenerado, por tanto, en *formalismo*, porque cumplió una finalidad, una misión histórica; fué seguramente, como indica Chiovenda, el freno necesario para contener dentro de los límites de una lucha jurídica a pueblos en que tan recientes estaban los recuerdos de la lucha privada, porque dentro de aquel círculo peligroso de solemnidades, nacía el hábito de contener la impulsividad, las pasiones se calmaban, se ejercitaba la prudencia, y así la voluntad colectiva se manifestaba en las formas y mediante las formas dominaba, haciendo obra de paz y civilización, el ánimo indisciplinado y violento de los litigantes.

Mas este imperio de la forma no era sólo propio del proceso sino que se extendía a todo el Derecho y aún a todas las relaciones sociales, porque en la infancia de los pueblos la fantasía predomina sobre la inteligencia y el signo se identifica con lo significado, la exterioridad visible, la vestidura del acto con el acto mismo, y no podía llegarse entonces a establecer la distinción entre la razón de un acto, su esencialidad y el modo de cumplirlo; además, a las formas se atribuye en esos pueblos primitivos una naturaleza religiosa y sobrenatural, suponiéndose que contienen fuerzas misteriosas (así «entre los antiguos germanos, dice Kohler, regía el principio de que en las *runas* o caracteres gráficos de los primitivos escandinavos y germanos, latían fuerzas especiales y que el contacto de la varita rúnica sagrada producía bendición o maldición»), y, sin embargo, muy pronto, en cuanto la civilización avanzó, se aprendió a distinguir en el Derecho sustantivo los elementos internos de los formales, mientras que en el procesal sólo se ha visto casi hasta nuestros días el aspecto exterior, formal; de modo que esta subsistencia de la concepción formalista del proceso no puede ser explicada satisfactoriamente por la influencia del predominio primitivo de la forma. A nuestro juicio, aquella concepción ha perdurado por el equívoco nacido de la consideración de que la finalidad del proceso es que se actúe concretamente una norma de Derecho privado, y en este sentido, claro es que el Derecho privado tiene (y en este concepto lo hemos calificado así varias veces en el curso de estas conferencias) un carácter *sustancial*, de fin, con relación al Derecho procesal que en este respecto tiene un carácter formal, de medio; pero esto, que es cierto, nada importa para que en el proceso se den elementos internos y esenciales, como no ha importado que el Derecho privado tenga como tiene carácter de medio, índole formal con relación al interés, o bien económico o de otro orden garantizado por sus normas, para que en las relaciones jurídico-privadas se haya distinguido entre los elementos internos, esenciales y los extrínsecos o formales.

La causa de que perdure la superstición formalista en el Derecho procesal

2. LA LUCHA CONTRA EL FORMALISMO.—Hemos dicho que toda la historia del Derecho procesal está llena de esfuerzos para superar el forma-

lismo, y que sólo en mínima parte han tenido resultado satisfactorio esos esfuerzos porque se hacían partiendo de la concepción formalista del proceso. En efecto, cuando el progreso de la civilización va desarrollando el comercio humano, se multiplican las relaciones jurídicas y se hacen los litigios más numerosos y complicados; entonces, aquella solemnidad primitiva resulta inadecuada, las formas tienen que ser frecuentemente renovadas, y esta renovación se cumple en el pueblo romano con la maestría propia de aquel pueblo que tenía el genio del Derecho, mediante el tránsito evolutivo del *legis agere* al procedimiento *formulario* y de éste al *extraordinario*; pero de allí en adelante, las tentativas se multiplican sin éxito satisfactorio.

El proceso ordinario y sus orígenes

A) *Los diversos tipos de procedimiento.*—Durante la Edad Media se fué constituyendo con elementos romano-germánicos fundidos principalmente por el Derecho canónico, un tipo de proceso que fué la base de nuestro actual juicio ordinario. Aquel proceso en que dominaba la escritura y que se llamó solemne y ordinario (*solemnis ordo judiciarius*) tomó del Derecho romano: a) los principios acerca de la prueba, no limitándola como el Derecho germano al juramento coadyuvado por testigos y a los juicios de Dios, sino admitiendo también las posiciones y los documentos, considerándola como un peso, una carga (*onus*) del demandante, y no al modo germano como una ventaja que el demandado podía o no utilizar, circunscribiéndola a los hechos y no extendiéndola, como los germanos, a la total afirmación jurídica; b) los principios acerca de la sentencia (que perjudica sólo a las partes, mientras según el Derecho germánico, la sentencia, como acto realizado en asamblea popular, obliga a todo el que de ella tiene noticia. Del Derecho germano tomó: a) el sistema de la prueba legal (aunque ya había aparecido en la última época del Derecho Romano en algunas reglas sobre la prueba, pero que parece tenían más bien carácter de consejo, como la de *testis unus testis nullus*, contenida en una de las constituciones de Constantino); b) la división del procedimiento en términos rigurosamente distintos y separados, destinado cada uno a cumplir ciertos actos procesales en orden riguroso e impreterible; c) la exagerada importancia concedida a la iniciativa de las partes, mientras el Juez romano tenía una gran libertad en la dirección del proceso. Romana es la *litis-contestatio*, pero la comparecencia expresando solemnemente la intención de contestar, de oponerse (solemnidad que, si falta, da lugar a la declaración de rebeldía), es germánica (Chiovenda).

Génesis del procedimiento sumario de contenido indeterminado

Pues bien, este procedimiento solemne resultaba inadecuado por excesivo para litigios cuya importancia no era grande; y junto a él, por obra principalmente del Derecho Canónico, nace el procedimiento *sumario*. Ya de antiguo, los Pontífices, cuando delegaban para el conocimiento de algunos asuntos, solían dispensar de algunas de las formalidades del procedimiento ordinario; pero fué Clemente V quien en 1306, en la Constitución *Clementina Saepe*, reguló este modo de proceder, *simpliciter et de*

FORMALISMO PROCESAL

plano ac sine strepitu et figura iudicii, para determinados casos en los que dispensaba de las solemnidades ordinarias, y sobre todo de la escritura para la demanda y la contestación, se hacían innecesarias las conclusiones, se acortaban plazos, etc. Una de las formalidades de que dicha Constitución dispensa, es la de que el Juez pronuncie la sentencia estando sentado; la omisión de esta formalidad, desconocida del Derecho Romano, y que del germano pasó al Canónico, y acogió nuestro Rey Sabio en la ley XII, tít.º 22, Partida 3.ª, hacía nula la sentencia. «E otrosí—decía esa ley—sería dado el juyzio como non devia quando el judgador lo diesse estando en pie non seyendo assossegadamente.» Clemente V, en la constitución mencionada, faculta al Juez para sentenciar *prout sibi magis placuerit, vel stans, vel sedens*. Este procedimiento sumario no estaba regulado en nuestras antiguas leyes, pero la práctica abreviaba los trámites en asuntos de escasa cuantía fundándose en la ley 1.ª, tít.º XII del Ordenamiento de Alcalá (que es 2.ª, tít.º XVI, lib. 11 de la Novísima Recopilación) que establecía que «las sentencias e los procesos sean valederos magüer mengüen en ellos el pedimento o alguna de las otras cosas que en la demanda deben ser puestas según las sotileças de los derechos». Esta ley, que se dictó ochenta años después que la Clementina Saepe, debió ser influida por ésta; influencia que, por lo demás, tuvo la disposición pontificia en el procedimiento de todos los pueblos de Europa. Posteriormente, el «Reglamento provisional para la Administración de justicia», de 1835; la ley de 10 de Enero de 1838, y las de Enjuiciamiento Civil de 1855 y vigente, han regulado este procedimiento bajo el nombre de juicio de menor cuantía.

El procedimiento para causas viles

Distinto de este procedimiento sumario es el que, ya en el Derecho romano y en el canónico se conocía para que, sin escrito ni gasto alguno se decidieran las causas *viles* que, según Juan de Platea, eran aquellas en que en el litigio «se gastaría más de lo que se pide». La ley 6.ª, tít.º 22, Partida 3.ª, y la del 41, tít.º 2.º de la misma Partida, dispensan de toda escritura y formalidad para los asuntos en que se ventilan menos de diez maravedís. La ley 8.ª, tít.º 3.º, lib. 11, de la Novísima Recopilación, que fué dada por D. Carlos I en Madrid en 1534, dispensa de toda formalidad, sin que se admitan escritos ni alegaciones de abogados, y sin apelación ni restitución, y sin poner por escrito más que la condenación o absolución, en los pleitos de cuantía de mil maravedís o inferior. También a través del Reglamento provisional de 1835 y de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, ha llegado a la vigente ese procedimiento con el nombre de juicio verbal; pero hoy está completamente desnaturalizado; con las referencias al procedimiento ordinario en lo que no está expresamente establecido para ellos, y con el carácter de apelables que tienen, los juicios verbales se han convertido en procesos escritos, a veces tan largos y voluminosos como un juicio ordinario y siempre más farragosos y desordenados, hasta el punto de que, el enterarse de ellos para fallarlos, constituye á veces un verdadero suplicio.

Los procedimientos sumarios de contenido determinado

Pero al lado de estos procedimientos sumarios de contenido *indeterminado*, es decir, en que pueden discutirse toda clase de cuestiones y en todos los aspectos, siempre que su importancia económica no exceda de cierta cuantía, nacieron, también en formas sumarias, es decir, con relevación de las solemnidades del proceso ordinario, a veces en tal grado que algunos se califican de *sumarísimos*, los procedimientos sumarios de contenido *determinado*, en los que la sumariedad se entiende, no como mera *simplificación* de formalidades, sino, además, como *reducción o limitación* del conocimiento de la cuestión, esto es, que la acción en ellos ejercitada no se encamina a resolver de un modo completo y definitivo, sino sólo en ciertos aspectos o provisoriamente acerca de una relación de Derecho privado. Acciones de abolengo romano, como los interdictos y otras de origen germano, como algunas análogas a nuestra acción ejecutiva, se ventilaban en estos procedimientos sumarios de contenido determinado que muy posteriormente se extendieron a otras materias, como los alimentos provisionales, etc. (a través de desarrollos que no es ocasión de seguir) en las legislaciones modernas.

Los procedimientos sumarios y la cosa juzgada

La diferencia capital entre estos juicios sumarios de contenido determinado y los de contenido indeterminado, es que, no estando en éstos limitado el conocimiento de la cuestión litigiosa, las sentencias en ellos dictadas tienen autoridad de cosa juzgada, y en cambio no la tienen las pronunciadas en aquéllos. Pero aún deben distinguirse en los de contenido determinado dos modos de limitación del conocimiento de la cuestión litigiosa: o en cuanto a la *extensión* o en cuanto a la *intensidad*; en el primer caso hay un conocimiento de la cuestión *incompleto por parcial*, y en el segundo es *incompleto por superficial*; distinción importantísima, porque en el primer caso la autoridad de cosa juzgada se extiende a los aspectos de la cuestión litigiosa que han sido o podido ser discutidos en el juicio sumario, y en el segundo caso la sentencia no causa efecto de cosa juzgada en ningún aspecto; así, en el juicio ejecutivo (que pertenece a la primera clase) existe cosa juzgada en cuanto a las excepciones que pudieron alegarse y resolverse dentro de él (como lo tiene declarado nuestro Tribunal Supremo), mientras en los de la segunda clase, como son los interdictos y el juicio de alimentos provisionales, no hay presunción de cosa juzgada para nada de lo que en ellos se discuta y resuelva.

Los diversos tipos procesales y el formalismo

Esta multiplicidad de tipos procesales establecidos con la finalidad de que la forma no estuviese en desacuerdo con la importancia del asunto, no logró su objeto de superar el formalismo; antes bien, la dificultad de orientarse en el dédalo de estos diversos procedimientos, en cada uno de los cuales los términos eran distintos y las solemnidades diferentes, dió lugar a disputas y cuestiones de forma con sus correspondientes recursos e incidentes de nulidad que ocasionaron más dispendio de tiempo, de actividad y de dinero que el que se quiso ahorrar mediante esas desviaciones del tipo ordinario del proceso.

FORMALISMO PROCESAL

B) *Las cautelas*.—Se ofreció así ocasión a los que se dedicaban a la práctica forense para dar más importancia, más relieve y más carácter de necesidad a sus funciones, y tomó el cultivo de las formas un aspecto mezquinamente interesado que tendía a relajarlas en cuanto podían significar moderación, limitación o perjuicio para la defensa del derecho propio, y en cambio a exigir las con todo rigor en cuanto pudieran servir para perjudicar o cohibir la actividad litigiosa del contrario; y de este modo nace el sistema de las cautelas y de las reservas que acompañan a todo acto procesal con el objeto de excluir cuanto, expresa o tácitamente, podría perjudicar, y a comprender todo lo que, explícita o implícitamente pudiera favorecer. En estas cautelas y reservas tuvieron su origen multitud de fórmulas y frases que aún embarazan inútilmente los escritos forenses y notariales. Así, entre nosotros, este fenómeno (que, por lo demás, fué general en toda Europa), dió lugar a cláusulas como las siguientes:

Las fórmulas y reservas curiales

«*Como más haya lugar en derecho*», o «*en la mayor forma*» o «*como mejor proceda en derecho*». «Esta cláusula, dice Febrero, es sumamente útil, porque si se pretenden dos remedios, uno cierto y otro incierto, o se duda del competente o la demanda ofrece algún defecto o duda no sustanciales, vale en la forma que puede valer en derecho, interpretándose y declarándose del modo más favorable al actor.»

«*Sobre lo cual pongo formalmente la demanda más arreglada y conforme a derecho con la protesta de ampliarla, corregirla, suplirla y moderarla*.» «En virtud de esta cláusula y *no sin ella*, dice Febrero, podía el demandante variar sus peticiones después de contestado el pleito, aunque no en lo sustancial, sin consentimiento del demandado. La frase *pido justicia* al final de la súplica tenía por objeto, según el mismo Febrero, suplir todos los defectos subsanables de la demanda; y según Hevia Bolaños, mediante esta cláusula, aunque en la súplica se omitiese pedir algo comprendido en la narrativa del escrito, el Juez tiene que pronunciar acerca de lo comprendido en la narrativa.

Igual origen tienen las reservas de derechos y acciones que continuamente se hacen a pesar de que el Tribunal Supremo ha declarado repetidas veces su completa inutilidad, porque ni dan ni quitan derecho alguno; y las cláusulas *sin perjuicio* que aún exige para determinadas resoluciones la vigente ley de Enjuiciamiento Civil.

C) *El extremismo antiformalista*.—No ha faltado tampoco lo que pudiéramos llamar extremismo antiformalista; pero como todos los extremismos, que para deshacer el nudo de una dificultad lo cortan, con lo cual cortan también el hilo, no dió este extremismo ningún resultado positivo. Esta tentativa de nihilismo procesal se debió a la Revolución francesa; la Convención, en efecto, dió un decreto en 3 Brumario año II (24 Octubre 1793), por el cual se suprimían casi en absoluto las formalidades procesales y no se admitía a los abogados en los litigios; pensaba, sin duda, la Convención que, como después se ha dicho con notoria iu-

Los experimentos de supresión de formas procesales han evidenciado la necesidad de éstas

justicia, «nación sin abogados es como mar sin piratas.» Los desdichados efectos de aquel experimento y la precipitada vuelta a lo antiguo «pueden considerarse, dice Chiovenda, como uno de esos hechos elocuentes que la historia sabiamente siembra en su camino, como para imponer al vulgo la fe en la necesidad de ciertos fenómenos sociales»; y en efecto, la ley de 27 Ventoso año VIII (18 Marzo 1800), restableció los defensores judiciales y la Ordenanza consular de 18 Fructidor del mismo año, restableció la Ordenanza civil de Luis XIV (1667). Sin embargo, los pueblos, como los individuos, no suelen escarmentar en cabeza ajena.... y a veces, ni en la propia; y parece que la República rusa de los soviets ha abolido también las formalidades procesales y ha suprimido los defensores....

El Derecho natural, el Iluminismo y la Codificación

D) *La codificación procesal.*—Los comienzos del siglo XIX se caracterizan por un afán desmedido de codificación, engendrado por la fe que en la eficacia de la ley, como medio de transformar de raíz las condiciones de la vida social y de desviar los obstáculos que se oponían al progreso, al bienestar y a la felicidad generales, habían despertado durante el siglo anterior las doctrinas del Derecho natural y aquel movimiento espiritual, más sentimental y literario que intelectual y científico, complejo y contradictorio, materialista y sensualista en unos aspectos, racionalista, sentimental y filantrópico en otros, que se designa con el nombre de *Iluminismo*. Ese afán de codificación, es decir, de dictar leyes comprensivas de un conjunto homogéneo de disposiciones ordenadas o clasificadas, llegó también al Derecho procesal y se empleó como medio de realizar la anhelada simplificación de formas.

La codificación procesal francesa y su influencia en Europa

Empezó Francia con el «Code de procédure civile» de 1.º de Junio de 1807, preparado por una Comisión nombrada por Napoleón, y que, parcialmente modificado, rige aún. Este Código, y con él algunos principios de Derecho público que estableció la Revolución (separación de poderes, independencia de la función judicial, retribución de los jueces por el Estado, emanación de la justicia exclusivamente del poder soberano, abolición de jurisdicciones privilegiadas y de tribunales extraordinarios), ejercieron una gran influencia en la codificación de las normas procesales que después, en diversas fechas, fueron haciendo los demás Estados europeos, especialmente en la de los latinos. Carácter general de todos estos diversos Códigos es el de que, a pesar del resultado contraproducente que dió, como hemos visto, la adopción de diversos tipos de procedimiento, esta diversidad se ha conservado en ellos; pero en los vigentes en Austria, en Hungría, en Alemania y en Ginebra se reducen notablemente los tipos del proceso sumario, llegándose en alguno hasta limitarlo al procedimiento ejecutivo.

Nuestra codificación procesal y las formas residuales

Entre nosotros, la Constitución de 1812 introdujo aquellos principios fundamentales acerca de la jurisdicción y de su organización que eran característicos del nuevo régimen: reformas parciales del procedimiento se hicieron por otras varias disposiciones; pero verdadera codificación

FORMALISMO PROCESAL

procesal no hubo hasta 1855; en 13 de Mayo de ese año se publicó la ley de bases a que había de ajustarse la codificación, y en 31 de Octubre se publicó la ley que se denominó de Enjuiciamiento Civil, y que, con algunas modificaciones (de ellas son las más importantes las que introdujo la ley provisional sobre Organización del Poder judicial de 1870), rigió hasta 3 de Febrero de 1881, en que se promulgó la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, con arreglo a las bases establecidas en la de 21 de Junio de 1880. Que una y otra codificación tuvieron el fundamental propósito de superar el formalismo dejando las solemnidades, trámites y dilaciones reducidos a lo necesario para el interés de la defensa de las partes y al acierto en los fallos, aparece evidente de la simple lectura de las respectivas bases: que no lo consiguieron, lo demuestra el hecho, ya notado, de encontrarnos aún bajo la férula del formalismo. Pero además, esas codificaciones se propusieron, con certero sentido, someterse a la ley de continuidad histórica «restableciendo, según decía la primera de las bases de 1855, en toda su fuerza, las reglas cardinales de los juicios consignadas en nuestras antiguas leyes, introduciendo las reformas que la ciencia y la experiencia aconsejan, y desterrando todos los abusos introducidos en la práctica». Y en esta obra de adaptación de las viejas formas a las necesidades se produjo un fenómeno muy frecuente en la historia de la legislación: el de conservar, dejándolas sobrevivir, formas que nacieron en el ambiente jurídico de otros tiempos a impulso de necesidades ya desaparecidas o transformadas. Cuerpos sin alma, estas *formas residuales* sobreviven a su tiempo, y constituyen un estorbo cuando no una perturbación. Casos de esta supervivencia pueden encontrarse con abundancia en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. La conservación del emplazamiento como forma distinta de la citación (diversidad procedente del Derecho romano, en el que la citación ante el pretor o magistrado que daba la acción para el juicio era el emplazamiento, y el llamamiento ante el juez era la citación); la doble exigencia de la lectura y de la entrega de copia en las notificaciones (que trae su origen de la *Clemetina Causam* que reguló en el Derecho canónico la materia de las notificaciones, si bien, conforme a la disposición pontificia, la copia sólo debía darse *si petita fuerit* y según nuestra ley vigente, como según la anterior, *aunque no se pida.....*), la citación de las partes para sentencia, la protesta de abonar pagos legítimos en las demandas ejecutivas, y tantas otras disposiciones, no son más que formas residuales.

La citación para sentencia y la protesta de abonar pagos legítimos merecen especial mención.

La primera es exigida de modo tan terminante por nuestra Ley procesal, que su falta da lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma, según el número 4.º del artículo 1.693. ¿Hay razón que justifique la importancia que la ley da a tal citación? En el procedimiento romano de la época imperial eran muchas las resoluciones del Juez que debían

La citación para sentencia es una forma residual

notificarse, es decir, ponerse en el individual conocimiento de las partes; pero las sentencias no, porque seguramente como una derivación del carácter oral de aquel procedimiento, se exigía la presencia de las partes en el momento de pronunciarse la sentencia, sin lo cual era ésta nula, a menos que se hubiese citado a las partes, pues en este caso la ausencia no dependía de irregularidad procesal, sino que era imputable a la parte que no comparecía; de suerte que en aquel Derecho, la publicación de la sentencia ante las partes era el único medio legal de comunicar a éstas la sentencia, y desde aquel momento corría el término de la apelación respecto de la parte presente, pues la ausente de la publicación, no podía apelar; pero cuando el ausente probaba que no había podido comparecer a la publicación por justa causa (ausencia en interés público, enfermedad, irregularidad de la citación o que la sentencia se pronunció en día feriado o fuera del término señalado) podía apelar, contándose el término para la apelación *ex quo quis scit*; ahora, que una vez probada la excusa de su ausencia del acto de la publicación, la prueba de que había conocido la sentencia antes del día que afirmaba haberla sabido el que pretendía apelar, correspondía al contrario; y como esta prueba era muy difícil, y verosimilmente sólo podía hacerse por una gran notoriedad de la sentencia o encomendándose al juramento del apelante, lo general debió de ser que se aceptase la afirmación de este respecto del día en que tuvo conocimiento de la sentencia. Resultado: que quedaba en suspenso por un tiempo indeterminado la firmeza del fallo.

La citación para sentencia y la notificación de ésta

En lo sustancial, estas disposiciones romanas fueron aceptadas por el Derecho canónico y por las leyes procesales que con elementos de ambos y algunos germánicos, rigieron durante largo tiempo en los países de Europa; y como era un gran inconveniente para la parte que había vencido en la litis que transcurriera indefinidamente el tiempo sin saberse si la sentencia era o no firme, nació como cautela, aconsejada ya por los prácticos desde el siglo XV, que el litigante victorioso pidiera que se notificase a la otra parte la sentencia con objeto de fijar de modo indiscutible el momento en que comenzaba a transcurrir el término para la apelación; y generalizándose esta práctica, llegó más tarde a ser impuesta obligatoriamente por las leyes (en nuestra patria, la ley IV, tít. XVI, libro XI de la Nov. Rec., es la primera disposición que hace obligatoria la notificación de las sentencias). Ya entonces, la *citatio ad audiendam sententiam* queda sin finalidad, y, en Francia, la suprime la Ordenanza de 1554.

La citación para sentencia en las leyes modernas

Algunos Códigos extranjeros siguen aún el sistema de que la notificación de la sentencia sólo se hace en casos excepcionales, y que el modo normal de que la conozcan las partes es la publicación, y estas leyes es lógico que exijan, como exigen, la citación para sentencia; otros exigen que ésta se notifique, pero no exigen la citación aunque conservan la publicación para el efecto de hacer irrevocable el fallo; pero en nuestra ley la citación es completamente inútil, puesto que la sentencia, como toda

FORMALISMO PROCESAL

resolución judicial, ha de notificarse a las partes y a la publicación (puesto que la irrevocabilidad del fallo se produce en el momento de firmarse, según el art. 363) únicamente podría asignarse la finalidad práctica (aparte la meramente teórica de representar la publicidad *política* del procedimiento en el acto decisivo y más importante de la litis) de fijar el comienzo del término dentro del cual puede el Juez, de oficio aclarar algún concepto oscuro de la sentencia o suplir cualquier omisión (párrafo 2.º del artículo antes citado), y señalar el momento en que la función fedataria del Secretario judicial interviene en la sentencia que hasta tal momento es obra personal y exclusiva del Juez.

La protesta de abonar pagos legítimos que el artículo 1.439 exige imperativamente que se consigne en la demanda ejecutiva, tiene también su origen en una cautela introducida por los prácticos para evitar la sanción de la pérdida del duplo de la cantidad pedida de más, que imponía la ley 6.ª, tit.º 28, lib. XI de la Nov. Rec. (D. Fernando y D.ª Isabel en Toledo, 1480, ley 51); sin embargo, según Febrero, esta cautela sólo libraba de la sanción al demandante cuando no sabía a punto fijo cuánto era lo cobrado, pero no si sabía ciertamente la cantidad que se le había pagado. La ley de Enjuiciamiento de 1855 exigió esta protesta en las demandas ejecutivas porque aquellas sanciones estaban vigentes y no admitía dicha ley la excepción de *plus petitio* entre las utilizables en juicio ejecutivo; pero, pasadas a la historia aquellas sanciones, admitida por la ley vigente la referida excepción entre las que pueden alegarse en el juicio ejecutivo, y disponiendo que en caso de que dicha excepción sea fundada, no produce otro efecto que el de reducir la cantidad demandada a la que realmente se deba, pues ni aún se exime de la condena en costas al deudor, más que en el caso de que al alegar la plus petición hubiera consignado la cantidad efectivamente debida; aquella protesta carece de toda razón de ser, es una mera forma residual.

La protesta de abonar pagos legítimos, forma residual

E) *Los sistemas de nulidad por infracciones formales.*—Se ha procurado también, para evitar el formalismo, establecer criterios que determinen, lo más exactamente posible, las consecuencias de la infracción de las formalidades procesales, para que tales consecuencias se limiten a lo estrictamente necesario.

a) El principio justinianeo *quidquid fit contra legem nullum est*, fué aplicado durante mucho tiempo por los procesalistas y por las leyes, entendiéndose que todas las formas prescritas para el procedimiento lo eran imperativamente, esto es, pertenecían al *jus cogens* (absoluto) y ninguna al *jus dispositivum* (relativo, supletorio, permisivo, derogable por voluntad de las partes). Sino que llegó a establecerse (fundada sobre un pasaje de Modestino) una distinción de las leyes absolutas en *prohibitivas* e *imperativas*, fijándose entonces el principio: *irritum est quod lege prohibente factum est*; de modo que la sanción de nulidad se aplicó sólo a la violación de las formas señaladas por las leyes prohibitivas. Mas si es cierto que la distin-

El sistema romano

ción es exacta, porque como dice Thon hay una antítesis entre mandato y prohibición, ya que mientras el mandato tiende a proteger un bien relativo, la prohibición tiende a proteger un bien contra una acción nociva, no es menos evidente la dificultad de llegar en la práctica a distinguir qué leyes son prohibitivas y cuáles imperativas; y si empezó por basarse la distinción en la manera de hallarse gramaticalmente redactado el precepto (por lo que Thomasius calificaba la distinción de *logomaquia*), las opiniones se diversificaron y las aplicaciones fueron tan diversas, que mientras algunos, ante la dificultad de distinguir la prohibición del mandato, negaban que existiera entre ellos diferencia y aplicaban la sanción de nulidad a toda infracción formal, otros sostenían, con razón, que no toda prohibición es causa de nulidad, sobre todo cuando expresamente se halla sancionada de otro modo (con multa, por ejemplo). Y ante la inseguridad de este sistema y el excesivo rigor a que, aplicado según la interpretación más severa, se dió lugar, se pensó en establecer otros.

El sistema
subjetivo

b) Según uno de éstos, la nulidad se debía declarar, sólo cuando la omisión de una formalidad prescrita se hubiera realizado de mala fe, la cual debería presumirse, dice Bordeaux, siempre que existiera la infracción, salvo prueba en contrario de la parte interesada en sostener la validez de los actos realizados contra ley. Tal sistema no tuvo aceptación, y realmente es contrario a la finalidad de las formalidades procesales que se refieren, no a las disposiciones subjetivas de los litigantes, sino a necesidades objetivas en las que no influye la consideración de la buena o mala fe motivo de la infracción.

El sistema de la
nulidad expresa-
mente conminado
por la ley

c) Según otro sistema, defendido principalmente por Bentham y Maillarmé, la nulidad no se puede nunca presumir y, por tanto, sólo deben considerarse nulos los actos realizados contra ley, cuando la formalidad omitida fuera exigida bajo expresa sanción de nulidad. El inconveniente de este sistema está en la imposibilidad de que *a priori* pueda fijar la ley, caso por caso, la importancia de cada formalidad para determinar cuáles merecen ser exigidas mediante sanción de nulidad y cuáles no. Y, efectivamente, el Código procesal francés, que en su artículo 1.030 adoptó este sistema, ha tenido que ser rectificado por la doctrina y la jurisprudencia, distinguiendo entre formas *sustanciales* y no *sustanciales*, y estableciendo que la infracción de las primeras implica nulidad aunque no conmine con ella expresamente la ley, y que esta conminación expresa se requiere solamente para declarar la nulidad por infracción de formalidades no sustanciales.

El sistema de la
distinción entre
formas esenciales
y accidentales

d) Este nuevo sistema de los intérpretes del Código francés fué defendido en Italia por Romagnosi, Pisanelli y otros notables juristas, y aceptado por el Código procesal italiano, cuyo art. 56 establece que «no puede el juez pronunciar ninguna nulidad de actos de procedimiento, si la nulidad no ha sido declarada expresamente por la ley; sin embargo, pueden anularse los actos en que falten aquellos elementos que constituyen su esencia».

FORMALISMO PROCESAL

Este es también el sistema del Código alemán; y sus dificultades estriban en la dificultad de definir en el caso concreto la esencialidad o accidentalidad de una forma.

e) Otro sistema es el del Código ginebrino de 1819, según el cual, aparte de las nulidades expresamente declaradas por la ley, sólo podrá anularse un acto cuando la violación de la ley ha producido a la parte que la solicita un perjuicio que no puede ser reparado por otro medio que la nulidad. Este sistema tiene, aparentemente, sobre el anterior, la ventaja de que el concepto de perjuicio parece más fácilmente determinable que el de formalidad esencial; pero, a nuestro juicio, el precisar no sólo la existencia de un perjuicio concreto y la naturaleza del mismo, es decir, si se trata de un perjuicio económico o del inmaterial de la indefensión, sino además el examinar todas las posibilidades de su reparación para determinar si existe o no medio de que pueda ser reparado de otro modo que no sea la nulidad, presenta tantas o más dificultades que el decidir si ha de estimarse o no como esencial una forma.

El sistema objetivo

f) Nuestra Ley procesal no contiene precepto alguno que establezca un determinado sistema de nulidad, sino que se limita a establecerla expresamente en algunos casos, ni puede buscarse su criterio sobre nulidades en el artículo en que enumera los casos en que se concede el recurso de casación por quebrantamiento de las *formas esenciales* al juicio, pues aunque emplee esta frase por la preocupación de que en el proceso todo es formal, los casos en que admite dicho recurso, aparte del de la falta de citación para sentencia (que es, como hemos visto, una mera forma residual), no constituyen infracción de formalidades, sino defecto de alguno de los elementos intrínsecos y fundamentales de la relación procesal; así: el n.º 1.º del art. 1.693, se refiere a omisiones que contrarían un principio fundamental del proceso, cual es la *contradictoriedad* (posibilidad de controversia en los diversos grados del proceso); claro es, que esa omisión puede resultar de un defecto puramente formal, en virtud del cual resulte nulo el emplazamiento; pero esto no quiere decir que el recurso se dé contra esta infracción de forma, sino por el efecto que produce respecto del sustancial carácter contradictorio del proceso; el n.º 2.º del mismo artículo, se refiere también a la falta de un elemento esencial de la relación procesal, como es la capacidad de las partes o de sus representantes, falta que, como la del número anterior, puede resultar de un requisito de forma y hasta ser este requisito extraprocesal, por ejemplo, el defecto formal del documento en que el marido autorice a la mujer para comparecer en juicio; los números 3.º, 4.º y 5.º del mencionado artículo, se refieren a los obstáculos indebidamente puestos a las partes en el legítimo desarrollo de su actividad en la preparación de los elementos de hecho que ha de tener en cuenta el fallo; actividad contradictoria que es también elemento intrínseco, del proceso; el n.º 6.º atañe a otro elemento sustancial del proceso, la capacidad general objetiva del sujeto público del mismo, es decir, del

La nulidad en nuestro Derecho procesal. Ausencia de todo precepto expreso



órgano jurisdiccional; y el 7.º y el 8.º, hacen relación a defectos de capacidad especial del órgano jurisdiccional. De suerte que no es en esta disposición que, repetimos, se refiere a defectos intrínsecos en la constitución y desarrollo de la relación procesal y no a infracciones formales, donde hemos de buscar el criterio de nuestra ley de procedimientos respecto a la nulidad por defectos de forma.

No es aplicable el sistema de las nulidades taxativamente conminadas

¿Sostendremos entonces que el sistema de nuestra ley es el de no estimar como generadoras de nulidad más que las faltas de aquellas formas que ha exigido conminando expresamente con dicha sanción, como por ejemplo, la práctica de las actuaciones judiciales en días y horas hábiles, la autorización de las mismas por el Secretario y los requisitos que han de contener las notificaciones, citaciones y emplazamientos? Ya hemos visto que, a pesar de contener el Código francés una disposición que terminantemente establecía tal sistema, la jurisprudencia tuvo que rectificarla o, mejor dicho, completarla. Y ¿cómo hemos de creer que nuestra ley, que no acepta expresamente como aceptó aquel Código, tal sistema, de imposible aplicación estricta, esté informada por él? Tendríamos en este caso absurdos como el de que, por requerir bajo sanción de nulidad que se cumplan todas las formalidades que establece para hacer las notificaciones, se declarase nula aquella en que, por negarse a firmar la diligencia el notificado, el Secretario sólo hubiese requerido para que la firmase a un testigo en vez de dos como ordena la ley, y que, en cambio, se tuviera por válida la declaración simultánea de varios testigos, sólo porque el precepto que dispone que declaren sucesiva y separadamente no conmina su infracción con nulidad.

Tampoco es aplicable la norma del art. 4.º del Código Civil

¿Será aplicable a las nulidades de forma el precepto del art. 4.º del Código civil, por estar contenido en el título preliminar que trata de las leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación? No nos resolvería la cuestión, pues ese precepto es reproducción de la regla *quidquid fit contra legem nullum est*, y ya hemos visto cómo dentro de esta regla caben las soluciones más rígidas y las más amplias, hasta el punto de que su inseguridad ha motivado la génesis de los demás sistemas. Pero, además, aunque apenas hay incidente de nulidad de actuaciones en que aquel artículo no se cite, el Tribunal Supremo ha declarado (s. de 22 Enero 1908) que «es inaplicable e improcedente su cita cuando se trata de nulidades procesales».

La jurisprudencia del T. S. y la nulidad procesal

A falta de expresa determinación legal, no ha llegado tampoco la jurisprudencia a fijar un criterio sistemático acerca de las nulidades formales en el orden procesal; pues si al negar algunas por *no afectar* o *no perjudicar* al recurrente la infracción, frases que frecuentemente emplea el Tribunal Supremo, pudiera creerse que acepta el sistema del Código ginebrino, no es así, pues con esas frases se refiere a la existencia o no de *interés para accionar* en el recurso. En cambio, ha establecido en materia de nulidad procesal dos doctrinas que han evitado grandes abusos: una,

FORMALISMO PROCESAL

la de que no puede pretender la declaración de nulidad aquella parte a quien es imputable la infracción (ss. 11 Enero de 1909 y 10 Diciembre 1910, entre otras muchas); y otra, la de que no cabe declarar la nulidad de actuaciones cuando, para remediar la infracción que la causó, no se utilizaron los recursos ordinarios (ss. de 11 Noviembre 1911 y 6 Julio 1915); ¡lástima que no haya dado un paso más estableciendo que en este caso las demandas incidentales de nulidad deben ser rechazadas de plano!

Por lo demás, creemos que, dada la contextura de nuestra Ley, el sistema de nulidad formal que la corresponde es el adoptado por la jurisprudencia francesa y por los Códigos procesales italiano y alemán, es decir, el de la distinción entre formas sustanciales y accidentales en cada acto procesal, entendiéndose que aquéllas son las indispensables para que el acto cumpla su fin según su propia naturaleza jurídica, las que «*semper insunt, nec possunt salva essentia immutari vel abesse*», «aquellas sin las que, como dice Mortara, la individualidad del acto desaparecería».

El sistema más adecuado a nuestro Derecho procesal

Mas para aplicar debidamente, con un criterio objetivo, constante, coherente, este sistema de nulidad por infracciones formales, de tal suerte que en su interpretación no se sacrifique el fondo a la exterioridad, pero tampoco «se obedezca a morbosas tendencias pseudo-equitativas que con pretexto de combatir el formalismo o de adaptar elásticamente la forma a la sustancia abran camino—a través del subjetivo sentimiento de justicia profesado individualmente por el intérprete—a las pasiones y al arbitrio (Chiovenda)», es necesario estudiar, conocer, analizar los elementos internos del proceso, porque sólo así podremos, poniendo en relación con éstos los formales, decidir acerca de la importancia, decisiva o no, indispensable o accidental de cada uno de éstos.

CONCLUSIÓN

Y siempre llegamos a lo mismo: a que, para combatir el formalismo desde una noción formalista del proceso, todos los caminos están cerrados; a que, para superar el formalismo, es necesario absoluta, indispensablemente, estudiar *por dentro*, en su íntima naturaleza, la relación jurídico-procesal; sólo así conseguiremos en lo posible, dentro de la limitación humana, que las formas del procedimiento dejen de ser utilizadas por la sinrazón para no servir más que a la Justicia.

Ojalá emprendieran misión tan ardua (inasequible para modestos *aficionados* como nosotros) algunas de las altas mentalidades que en nuestra patria dedican sus esfuerzos a la cultura jurídica, porque sería obra digna de su valer y en la que podrían dignamente utilizarlo, ya que en el proceso, como dice Chiovenda, «el Derecho despliega la totalidad de sus

aspectos y relaciones, y en él se agitan y viven todas las leyes jurídicas, desde las que gobiernan los intereses del particular hasta las que regulan el poder soberano del Estado.»

Pero también nosotros los humildes debemos cooperar a la altísima finalidad luchando contra el ambiente de laxitud moral que necesitan para sus tortuosos planes los litigantes de mala fe y laborando en la difusión de la idea de que para acercarse a los tribunales en demanda de protección y amparo es la primordial, indispensable condición, la de no ser impulsado por móvil distinto del divino sentimiento de la Justicia.