

PALLARES, Eduardo, *La Vía de Apremio. La Legitimación en la Causa. La Acción Obligua. Cuestiones Procesales Diversas*. México, Ediciones Botas, 1946.

Es la obra una verdadera miscelánea de problemas procesales y sustantivos. No ofrece un método riguroso en la exposición de los diversos temas. Pero esto se compensa con una ventaja indiscutible: el sentido práctico que campea en toda ella pone al alcance del estudiante los problemas jurídicos, tal y como se presentan en el foro.

La primera parte es un examen histórico, doctrinal y exegético de la vía de apremio. Se describe el tema en su desenvolvimiento histórico, desde el Derecho Romano, pasando por la antigua legislación española, hasta llegar a nuestro Derecho Positivo. El autor formula, en términos concretos, una tabla de principios generales aplicables a la ejecución de las sentencias, y termina con un examen exegético de los preceptos atinentes del Código de Procedimientos Civiles.

En el capítulo dedicado a la legitimación en la causa, el Maestro Pallares expone las doctrinas de Hugo Rocco; las critica y las compara con los principios de nuestro Código.

El estudio de la acción oblicua es en realidad muy breve —nueve páginas—, y según afirmación del propio autor explora la materia “sin profundizarla”.

Bajo el título “Cuestiones Procesales Diversas”, plantea una serie de casos prácticos de extraordinario interés.

En la página 139 se plantea la siguiente cuestión: El art. 268 del Código civil dice: “Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia...” Por otra parte, el art. 283 del propio ordenamiento establece un conjunto de reglas para determinar la situación de los hijos, una vez decretado el divorcio; y señala concretamente en qué casos el cónyuge culpable pierde la patria potestad. Este último precepto no menciona el caso previsto por el art. 268. El problema se reduce a saber si en el supuesto del art. 268, el cónyuge culpable debe perder la potestad sobre sus hijos.

El autor censura la ejecutoria de la Suprema Corte (1618 de 41/1*), porque la misma consideró que, en el caso previsto por el art. 268, no debe condenarse al culpable a perder la patria potestad. Argumenta el licenciado Pallares: “Ante el silencio de la ley, no vemos razón alguna para que no se aplique *por vía de analogía* lo dispuesto en el art. 283, que condena al cónyuge que da causa al divorcio a perder la patria potestad, excepto en los casos en que no hay causa alguna de su parte” (pág. 141).

Considero que, en este punto, no es atendible la doctrina de mi maestro.

El autor, en la página 245, precisa la verdadera naturaleza de la pérdida de la patria potestad. Sostiene que es una pena y que, cuando se considera en forma tal que implique una prohibición para el padre de ver a sus hijos, es una pena trascendental, de las prohibidas por el art. 22 de nuestra Constitución.

Yo coincido con el autor: la pérdida de la patria potestad es una pena. Pero, precisamente por ello, no puede imponerse por mera analogía.

El principio consagrado por el art. 14 Constitucional, en virtud del cual en materia penal no se pueden imponer sanciones por analogía, estimo que es un principio general del derecho que debe el intérprete tener presente. Las leyes que establecen sanciones o penas —en todos los casos—, deben interpretarse restrictivamente.

• Considero que no puede por analogía privarse de la patria potestad al cónyuge culpable, en la hipótesis del art. 268 del Código Civil, porque:

a) Es principio de interpretación que los preceptos rigurosos no pueden extenderse a casos distintos de los enumerados en la ley ("*odia sunt restringenda, favores ampliandi*"). Este principio romano fué admitido por las antiguas leyes españolas y creo que debe conceptuarse como principio general. Nuestras leyes lo admiten, no sólo en los juicios penales, sino también en materia tributaria. (Art. 11, *in fine*, del Código Fiscal.)

b) Las leyes que enumeran casos particulares —como lo hace el art. 283 del Código Civil—, no son susceptibles de aplicarse analógicamente. ("*Exclusa consentur omnia quae lex enumerando non inclusit.*")

c) Las leyes que establecen excepciones a los casos generales, según ordena el art. 11 del Código Civil, no son aplicables a ningún otro caso distinto al expresamente previsto en las normas excepcionales. Es evidente que la regla general es que todo padre tenga la potestad sobre sus hijos y también es claro que el art. 283 viene a establecer una derogación a esta regla general. Cabalmente por ello, no debe extenderse a ningún otro caso distinto.

Ha de tenerse también presente que debe existir, para que sea válida la interpretación analógica, semejanza entre el caso no previsto por el legislador y el precepto cuyo contenido se va a aplicar analógicamente. En el caso no hay tal semejanza. Los casos en que el Código sanciona al cónyuge con la pérdida de la potestad (Frac. I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del art. 267), son de mucha mayor gravedad que el caso previsto por el art. 268. Indiscutiblemente que debe haber proporción entre la falta y el castigo. Esta proporción no existe cuando se equipara la situación contemplada por el art. 268, con los casos previstos por el art. 283. No debe ser igual el castigo que se impone al adúltero, por ejemplo, al que se debe imponer al cónyuge que perdió un juicio de divorcio porque no justificó la causal que sirvió de base a su libelo.

Pero, además, ¿por qué ha de ser precisamente la pérdida de la patria potestad la que se aplique en el caso consignado por el art. 268? Igual razón habría para sostener que la sanción debiera ser la suspensión de la potestad, que el mismo art. 283 establece para cuando se está en presencia de las hipótesis consignadas por las Fracs. IX, X, XI, XII, XIII y XVI del art. 267.

Ciertamente existe en el ordenamiento civil una laguna; pero no creemos que se pueda colmar interpretando por analogía un precepto excepcional.

La obra del Maestro Pallares servirá eficazmente para fomentar el estudio de todos los problemas interesantes que plantea.

Lic. Santiago OÑATE.

TRES TRADUCCIONES DE CALAMANDREI, UNA DE MILLAR, Y OTRA DE D'ONOFRIO.

Santiago Sentís Melendo, que con anterioridad había traducido otros tres libros de Calamandrei —a saber: *Elogio de los jueces escrito por un abogado* (Madrid, "Góngora", 1936; en colaboración con Isaac J. Medina), *De las buenas relaciones entre los jueces y los abogados en el nuevo proceso civil e Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código* (ambos en Buenos Aires, "Depalma", 1943)—, acaba de verter al castellano casi toda la restante producción del procesalista florentino. Si a los cinco