

## ACTUALIDAD DE UN VIEJO PROCESALISTA: PAULA BATISTA

*Por el Dr. Alfredo BUZAID. Profesor de la Universidad de Sao Paulo (Brasil). (Trad. de Helena PEREÑA DE MALAGON).*

### I

#### *Los orígenes del Derecho Procesal brasileño*

1) Proclamada la independencia del Brasil, las Ordenanzas Filipinas siguieron en vigor durante largo tiempo. La ley de 20 de octubre de 1823 conserva toda la legislación portuguesa, por la que se rigió el país hasta el 25 de abril de 1821, en tanto no se organizase un nuevo código, o no se alterase especialmente.<sup>1</sup> Por tanto, hasta 1850 sólo algunas leyes modificaron el sistema procesal regulado por el libro III de las Ordenanzas, introduciendo así Derecho nuevo. La más importante de todas fué, en nuestra opinión, la *Disposición Provisional sobre la administración de Justicia Civil*, anexa a la ley de 29 de noviembre de 1832, que promulgó el *Código de Procedimiento Criminal del Imperio*, porque abolió el juramento de calumnia y la fianza para las costas, suprimió los cargos de “enqueredores de testemunhas” (inquiridores de testimonios), hizo desaparecer la réplica y la súplica y cualquier embargo antes de la sentencia final, salvo en las acciones sumarias, donde dichos embargos servían como contestación, redujo los agravios de petición y de instru-

<sup>1</sup> Cândido MENDES DE ALMEIDA, *Código Filipino*, p. xxxvi; LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil*, I, p. 20.

mento, los agravios en el auto del proceso y simplificó la organización de las *cartas de sentença* para los efectos de la ejecución.<sup>2</sup>

2. Sin embargo, estas reformas eran insuficientes y no correspondían a las exigencias del progreso; por eso surgió una verdadera protesta de la opinión pública contra la legislación, que tantos recursos ofrecía al dolo de los litigantes.<sup>3</sup> Por fin, en 1850 apareció el célebre *Reglamento 737* elaborado por una comisión, de la que formaban parte José Clemente, Nabuco de Araujo, Carvalho Moretra, Caetano Alberto y el Barón de Mauá, bajo la presidencia de Eusebio de Queiroz, en aquel tiempo Ministro de Justicia.<sup>4</sup> Con esa obra legislativa surgió, en realidad, el procedimiento civil y mercantil brasileño. Esta obra, notable por la distribución simétrica y ordenada de la materia, por la claridad de lenguaje y por la simplificación de los actos procesales,<sup>5</sup> marcó el punto culminante de la revisión legislativa en la época del Imperio y alcanzó una mayor duración y una influencia más profunda.<sup>6</sup>

2 GABRIEL REZENDE FILHO, *Curso de Direito Processual Civil*, I, p. 51; LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil*, I, p. 20; TRIPOLI, *Historia do Direito Nacional*, II, pp. 242 y 321.

3 LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil*, I, p. 20.

4 JOAQUIM, NABUCO, *Um Estadista do Imperio*, I, p. 92; VALDEMAR FERREIRA, *Instituições de Direito Comercial*, I, p. 53; CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial*, I, pp. 100 y ss.

5 VALDEMAR FERREIRA, *Instituições de Direito Comercial*, I, p. 54: "Se están preparando dos reglamentos: el que se publicó con el dec. no. 737 de 25 de noviembre de 1850, redactado por CARVALHO MOREIRA, BAROM DE PENEDO, *acaso el más notable código de procedimiento publicado hasta hoy en América y que estuvo vigente hasta nuestros días, verdadero monumento legislativo y de cultura jurídica...*"

6 En el período republicano, los códigos de procedimiento civil de los Estados de la Federación se inspiraron en gran parte en el Reglamento 737. JOÃO MENDES JUNIOR, examinando y analizando el Proyecto de Código de Procedimiento Civil elaborado por el entonces magistrado Artur RIBEIRO para el Estado de Minas Gerais, declara lo siguiente: "Prefiero, en sus líneas generales, el plan del Reglamento no. 737, de 25 de noviembre de 1850". JOÃO MENDES JUNIOR, *La Reforma del Procedimiento*, "Revista del Supremo Tribunal Federal", 1921, vol. 30 p. 385.

LIEBMAN, en un reciente estudio, se manifestó también de esta manera: "Del 1850 sono il codice di commercio (successivamente riformato) e una legge chiamata *Regulamento 737*, che regolò il processo commerciale e fu più tardi esteso anche al processo civile: *in esso si mantiene sostanzialmente inalterata la struttura fondamentale del processo, ma si formularono le sue regole con grande chiarezza, in brevi e precise disposizioni, secondo la tecnica legislativa moderna.*" (LIEBMAN, *Istituti del Diritto Comune nel Processo Civile Brasiliano*. "Studi in Onori di REDENT", I, p. 591;

3. La doctrina procesal brasileña surgió también en esa época. En la Facultad de Derecho de Pernambuco, la cátedra de Procedimiento fué confiada a Paula Batista y en la de São Paulo al Barón de Ramalho. Ambos fueron insignes maestros, que ocuparon la cátedra durante medio siglo, revelando en el cultivo del Derecho el más elevado espíritu científico. Francisco Paula Batista nació el 4 de febrero de 1811. Estudió humanidades en la Congregación de San Felipe Neri y en el Liceo Pernambucano. Graduado en 1833, fué nombrado profesor sustituto en 1835. Enseñó durante 46 años y se jubiló en enero de 1881, falleciendo el 25 de mayo del mismo año. Paula Batista sólo publicó dos libros de Derecho que, "por no ser muy extensos, están reunidos en un solo volumen: la *Teoria e Pratica do Processo* y la *Hermeneutica juridica*.<sup>7</sup> En estas dos obras, joyas de la literatura nacional, destaca la originalidad de su pensamiento, la firmeza de sus exposiciones y el conocimiento profundo de la ciencia de la época. Su estilo es preciso en la enunciación de los conceptos, y vibrante cuando critica las teorías o polemiza con sus oponentes. Su bagaje científico es realmente pequeño en volumen, pero grande en el esplendor de su genio, en la independencia de su espíritu y en la repercusión de su obra, en que se reveló un precursor que, anticipándose a los demás con casi medio siglo, reunió, ordenó y sistematizó los elementos para la revisión científica del Derecho procesal civil brasileño.

4. Nuestro objetivo es trazar las líneas fundamentales de su obra como procesalista. Paula Batista publica, en 1855, en la ciudad de Recife, la primera edición de su *Compendio de Teoría e Prática do Processo Civil*, en la "Tipografía Universal", para uso de las Facultades de Derecho del Imperio. Esta obra está formada por un prólogo y 223 párrafos, y consta de 215 páginas, incluyendo el índice. La tercera edición fué publicada en 1872 en Pernambuco, anunciándose que se encontraba a la venta en las siguientes casas:

Livraria academica de J. W. de Medeiros y Cia.; Livreiros-editores, Rua do Imperador, Nº 79.; Livraria Industrial de Walfredo & Sousa, Rua do Barão da Victoria, Nº 12 (antes rua Nova).

---

y también *Instituições de Direito Processual Civil* de CHIOVENDA, trad. bras., vol. I, p. 215, nota 2).

7 BEVILAQUA, *Historia da Faculdade de Direito de Recife*, II, p. 16. La *Pratica Civil e Commercial* de RAMALHO es de 1861. En 1869, RAMALHO, en nueva edición, dió a este libro el título de *Praxe Brasileira* (cfr. BEVILAQUA, *op. cit.*, II, p. 20 nota 19).

La tercera edición se compone de un prólogo, distinto del de la primera, y contiene 246 párrafos. Fué revisada por el autor y considerablemente aumentada. Consta de 257 páginas. En esta edición Paula Batista reunió los dos compendios; el de *Teoría e Prática do Processo* y el de *Hermenéutica Jurídica*. Los ejemplares de la primera y tercera edición están rubricados por el autor. Para la elaboración de este ensayo utilizamos la tercera edición, de donde tomamos las principales citas. Pero como esta edición reproduce de un modo general a la primera, consideramos conveniente formar, en apéndice, un cuadro comparativo de los principales conceptos, indicando los párrafos a que corresponden en la primera y tercera edición. De esta manera se puede ver cómo Paula Batista plasmó la ciencia procesal brasileña en la larga obra de enseñanza académica y en sus libros científicos, donde la claridad de lenguaje da forma al rigor del pensamiento.

### III

#### *Concepto de la acción*

5. Hacia mediados del siglo pasado, el proceso se clasificaba en el Derecho privado, como simple capítulo del Derecho civil. Su estudio se limitaba a la práctica judicial y al comentario de los usos y prácticas observados.<sup>8</sup>

En el derecho de las acciones dominaba una concepción *inmanentista*, derivada de la famosa definición de Celso: "Nihil aliud est actio quam jus quod sibi debeat iudicio persequendi" (Inst., lib. VI). Esta doctrina,

---

8 Ugo Rocco, *Diritto Processuale Civile*, p. 6; SPERL, *Il Processo Civile nel Sistema del Diritto*. ("Studi in onore di Chiovenda", p. 810); PONTES DE MIRANDA, *Ação Rescisoria*, p. 8. CARNELUTTI, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, I, p. 3, distingue cuatro fases en la evolución del Derecho procesal civil: a) la de la *escuela exegetica*, inspirada por las corrientes francesas, en que prevalecen los comentarios de las disposiciones legales; b) la de las *teorías particulares*, que representa una transición entre la primera y la fase siguiente; c) la de la *teoría general del proceso de conocimiento*, en que se construye el procedimiento civil desde un punto de vista dogmático; d) y, por último, la de la *teoría general del proceso*, que realiza la gran síntesis de los principios de Derecho procesal civil, comprendiendo la fase de conocimiento y de ejecución tanto en el procedimiento civil como en el penal. A esta fase pertenece CARNELUTTI, que reelaboró la doctrina general de la ejecución. Véase también el importante Prólogo de Paula BATISTA a la primera edición del *Compendio*, pp. V-VII.

que considera la acción como un aspecto o momento del Derecho subjetivo amenazado o violado, es predominantemente civilista.<sup>9</sup> De esta concepción no se podía derivar ni una doctrina *autonomista* de la acción, ni una teoría *publicista* de la relación procesal, establecida entre el Estado y los litigantes, sino el principio privatístico, que representa una relación exclusivamente entre las partes en razón de un negocio jurídico, que se desenvuelve a través de los actos procesales.<sup>10</sup>

6. La famosa polémica entre Windscheid y Muther abrió nuevos horizontes al estudio de la acción.<sup>11</sup> Pero la concepción *autonomista* surgió después de la aparición de la acción declarativa como figura general de tutela jurídica, y el estudio que sobre ella hizo Adolfo Wach en su conocida

---

9 Para su estudio véase: WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. ital. de FADDA y BENZA, vol. I, 44; PESCATORE, *Sposizione Compendiosa*, 1864, I, pp. 121 y ss.; MATTIROLO, *Trattato di Diritto Giudiziario Civile*, vol. I, pp. 154 y ss.; Benedito de SIQUEIRA FERREIRA, *Da Natureza Juridica da Ação*, pp. 57 y ss.; Guilherme ESTELITA, *Direito da Ação, Direito de Demandar*, 2a. ed., p. 7; Gabriel REZENDE FILHO, *Curso de Direito Processual Civil*, I, p. 167; PEREIRA BRAGA, *Exegese do Código do Processo Civil*, II, pp. 85 y 99; CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, 2a. ed., vol. I, p. 108; João MONTEIRO, *Direito das Ações*, 1905, pp. 10 y ss.; LAGARMILLA, *De las Acciones en Materia Civil*, pp. 11 y ss.; ALSINA, *Derecho Procesal Civil y Comercial*, I, pp. 174 y ss.; COUTURE, *Fundamentos do Direito Processual Civil*, trad. bras., pp. 19 y ss.; LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil*, I, p. 57; Eduardo ESPINOLA, *Manual do Código Civil Brasileiro*, Dos Fatos Jurídicos, vol III, parte primera, pp. 99 y ss.

10 KOHLER, *Grundriss des Zivilprozesses*, Stuttgart, 1907, p. 12: "Der Prozess ist ein Rechtsverhaeltniss unter den Parteien, kein Verhaeltniss zwischen den Parteien und dem Gericht". Acerca de la posición de la doctrina véase también: TRUTTER, *Das Oesterreichische Zivilprozessrecht*, Wien, 1897, pp. 42 y ss. Esta concepción, denominada *horizontal* de la relación jurídica, fué superada hace ya mucho. Desde fines del siglo pasado la doctrina predominante es la *publicística*, que puede ser representada gráficamente por un *ángulo*, según que se admita la relación procesal sólo entre cada una de las partes y el juez, o por un *triángulo*, si se admite que la relación procesal se forma no sólo entre las partes, sino entre éstas y el magistrado (cfr. ROSENBERG, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, 4a. ed., 1949, p. 7; HELLWIG, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1907, II, p. 36; GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, Berlín, 1929, p. 4; PONTES DE MIRANDA, *Comentarios ao Código do Processo Civil*, prólogo, vol. I, p. 17).

11 Sobre la polémica, véase: CHIOVENDA, *Saggi di Diritto Processuale Civile*, I, p. 7; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, p. 44; BRUGI, *Azione (Nuovo Digesto Italiano*, II, p. 109); Benedito de SIQUEIRA FERREIRA, *Da Natureza Juridica da Ação*, pp. 93 y ss.; PUGLIESE, *Actio e Diritto Subiettivo*, Milán, 1939, p. 101.

monografía *Der Feststellungsanspruch*, publicada en 1888.<sup>12</sup> “Esta acción —afirmó Chiovenda—, no sólo puso en evidencia la función más elevada e independiente del proceso civil y acentuó su valor social, sino que también permitió a la doctrina moderna la revisión y construcción, sobre nuevas bases, de los conceptos más importantes del proceso, tales como los del objetivo procesal, jurisdicción y acción. Fué la acción declarativa positiva y negativa, la que facilitó los argumentos más decisivos para demostrar el principio de autonomía del derecho de acción, que tiene su más elocuente y convincente defensor en Adolfo Wach (*Der Feststellungsanspruch*, 1888) y que constituye el principio básico del Derecho procesal moderno.<sup>13</sup>

Las doctrinas *autonomistas*, desligando la acción del Derecho privado, la consideraron como Derecho subjetivo público individual. Esta nueva categoría se manifestó a través de tres doctrinas, principalmente:

a) la del *Rechtsschutzanspruch*: bajo este nombre, Wach definió el Derecho subjetivo público procesal, perteneciente al titular de un derecho material dirigido contra el Estado, al cual se exige una tutela jurídica mediante una sentencia favorable y dirigida contra el demandado, para que éste sufra el acto estatal protector.<sup>14</sup>

b) la de los *derechos potestativos*: utilizando el concepto de *derecho potestativo*, Chiovenda, en Italia, consideró la acción como el poder jurídico de realizar las condiciones para la actuación de la voluntad de la ley.<sup>15</sup>

---

12 La concepción científica de la declarativa, como figura general de tutela jurídica, data del Código de Procedimiento Civil alemán, cuyo parágrafo 231 (ahora parágrafo 256) representa, según PRIETO CASTRO, “el resultado más perfecto alcanzado en el campo legal” (cfr. PRIETO CASTRO, *La acción declarativa*, p. 5; ALFREDO BUZAID, *A Ação Declaratoria no Direito Brasileiro*, p. 3; GUILHERME ESTELITA, *Da Ação Declaratoria no Direito Brasileiro*, p. 19).

13 CHIOVENDA, *Azioni e sentence di mero accertamento*. (“Rivista di Diritto Processuale Civile”, vol. x, 1933, parte primera, pp. 30-31).

14 WACH, *Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, I, p. 19; GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, p. 1; STEIN, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts*, 3a. ed., pp. 13 y ss

15 CHIOVENDA, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, I, p. 21. Cfr. también: CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, I, p. 117; BETTI, *Diritto Processuale Civile*, pp. 63 y ss.; REDENTI, *Profili Pratici del Diritto Processuale Civile*, pp. 39 y ss. La doctrina de la acción como derecho potestativo, creada por CHIOVENDA, coincide con la que, en Alemania, expuso WEISMANN (cfr. *Lehrbuch*

c) la de la acción como *derecho abstracto*: es un derecho subjetivo público individual del ciudadano contra el Estado (*derecho cívico*), cuyo elemento sustancial es el interés secundario y abstracto del individuo a la *intervención del Estado* para eliminar los obstáculos que por cualquier razón, se interponen a la actuación del derecho.<sup>16</sup>

7. Esta exposición no pretende agotar la polémica en torno al concepto de la acción,<sup>17</sup> ni valorar las diversas clasificaciones y subespecies de teorías que se basan en las tres corrientes principales y de las cuales son, con frecuencia, variantes de alto valor científico; sino mostrar el estado general de la doctrina en el último cuarto del siglo pasado, o sea, casi 25 años después que Paula Batista publicó su *Compendio*. En esta obra, el maestro pernambucano ya definía a la acción como un derecho autónomo del derecho subjetivo, en contraste con sus contemporáneos en el Brasil y también con parte de los que le sucedieron en la enseñanza del Derecho procesal. Son sus palabras: "Acción (del verbo *agere*, actuar) es el derecho de invocar la autoridad pública (juez) y de actuar regularmente ante ella para obtener justicia."<sup>18</sup> A continuación, en nota número 1, Paula Batista se refiere a las leyes de procedimiento y de organización judicial, para concluir que "*todas esas leyes constituyen el régimen ju-*

*des Deutschen Zivilprozessrechts*, Stuttgart, 1903, I, p. 67). Cuando se publicó, en 1905, el segundo volumen de esta obra, WEISMANN señaló el placer que le causaba tal coincidencia. Sus palabras son las siguientes: "Ich benutze gern die Gelegenheit, zu konstatieren, dass der vortreffliche italienische Prozessualist Giuseppe Chiovenda fasst gleichzeitig mit mir zu einer Fassung des Begriffes der Klagbefugniß gelangt ist, die, zu meiner grossen Freude, im wesentlichen mit der meinigen uebereinstimmt." (WEISMANN, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, Stuttgart, 1905, II, p. 10, nota 11).

16 ROCCO, *Sentenza Civile*, p. 102; cfr. también CARNELUTTI, *Sistema*, I, p. 902; LIERMAN, *L'Azione nella Teoria del Processo Civile* ("Riv. Trim. Diritto e Procedure Civile", 1950, p. 63). ROSENBERG, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, 1949, pp. 386 y ss.; COUTURE, *Fundamentos do Direito Processual Civil*, p. 41; Gabriel REZENDE FILHO, *Curso de Direito Processual Civil*, I, p. 179; Alberto dos REIS, *Processo Ordinário y Sumário*, I, p. 147; LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil*, I, p. 68; Benedito de SIQUEIRA FERREIRA, *Da Natureza Jurídica da Ação*, p. 246.

17 Para su estudio, véase: LIEBMAN, *L'Azione nella Teoria del Processo Civile* ("Riv. Trim. di Diritto e Procedure Civile", 1950, I, pp. 47 y ss.); PEKELIS, *Azione*, (*Nuovo Digesto Italiano*, II, pp. 91 y ss.), CHIOVENDA, *Saggi di Diritto Processuale Civile*, I, pp. 3 y ss.; CALAMANDREI, *Studi*, V, pp. 1 y ss.; BETTI, *Diritto Processuale Civile*, pp. 63 y ss.

18 Paula BATISTA, *Compendio*, par. 2.

dicial, cuya institución es de derecho público".<sup>19</sup> En el análisis de los conceptos expuestos se ve que Paula Batista: a) definió la acción como un derecho autónomo del derecho subjetivo, lo que representa un notable progreso para su época en que aún se discutían las ideas de Vinio y de Heinecio sobre si la acción era un medio o un derecho;<sup>20</sup> b) consideró el régimen judicial como una institución, idea que se iba a encontrar en Wach, en su célebre artículo *Der Rechtsschutzanspruch*<sup>21</sup> publicado en 1904 y readoptado modernamente por parte de la doctrina europea y americana;<sup>22</sup> c) colocó al proceso civil en el campo del Derecho público;<sup>23</sup> d) señaló que la acción está dirigida contra el Estado, no contra el demandado;<sup>24</sup> e) y finalmente, demostró que la acción es el derecho para la

19 PAULA BATISTA, *Compendio*, par. 2, nota 1.

20 Cfr. ALBERTO DOS REIS, *Processo Ordinario e Sumario*, I, pp. 107 y ss.; BENEDITO DE SIQUEIRA FERREIRA, *Da Natureza Juridica da Ação*, p. 62.

21 WACH, *Der Rechtsschutzanspruch* ("Zeitschrift fuer deutschen Zivilprozess", XXXII, p. 5): "Ich lasse keinen Zweifel darueber, dass es die Begriffsbestimmung, die Konstruktion des Rechtsinstituts nach Massgabe des ihm innerwohnenden Zweckes ist. Seine Bedeutung aber fuer die Jurisprudenz leugnen zu wollen, duerfte auch Buelow schwerlich beikommen. Denn alle Rechtsbildung ist teleologisch, ist Zweckchoepfung, wenn schon sie sich auch dem Beduerfnis und der Beschraenktheit der Mittel anpasst. Die "Idee" des Instituts ist der dasselbe tragende und durchdringende Zweck".

22 Cfr. SCHOENKE, *Zivilprozessrechts*, 1949, p. 3; *Il Bisogno di Tutela Giuridica* ("Rivista di Diritto Processuale", 1948, año III, p. 133); KLEIN-ENGEL, *Der Zivilprozess Oesterreichs*, 1927, p. 192; COUTURE, *El proceso como institución* ("Studi in onore di Redenti", pp. 351 y ss.); y también *Fundamentos do Direito Processual Civil*, pp. 100 y ss.

23 BETTI, *Diritto Processuale Civile*, p. 5, observa que "el proceso funciona no en interés de una u otra parte, sino por medio del interés de ambas. El interés de las partes no es más que un medio por el cual se obtiene la finalidad del proceso, en la medida en que el interés privado en conflicto es colocado como impulso para satisfacer el interés público de la actuación de la ley para la composición del conflicto. La finalidad de cada una de las partes es la de tener razón; la finalidad del proceso es la de la razón a quien efectivamente la tiene". PAULA BATISTA, *Compendio*, par. 71, dice que "los fines principales de las leyes del proceso son: 1. garantizar la prudencia del examen y la rectitud de las decisiones, de suerte que las sentencias sean verdaderos monumentos de verdad y justicia; y 2, asegurar los efectos de estas decisiones".

24 CHIOVENDA, *Instituições*, I, p. 53, concibe la acción como un derecho dirigido contra el adversario. Pero los partidarios de la doctrina de la acción como *derecho abstracto*, sostienen que aquélla está dirigida contra el Estado (cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, I, p. 902; ROCCO, *Sentenza Civile*, p. 102). En la definición de Paula BATISTA, *Compendio*, par. 2, la acción va dirigida únicamente contra el Estado.

obtención de una sentencia de fondo (“obtener justicia”), no de una sentencia *favorable*.<sup>25</sup>

8. De acuerdo con su concepto *abstracto* de la acción, Paula Batista elabora los elementos constitutivos de la demanda, a saber: a) el *principio de derecho*, que otorga la acción; b) el hecho, que da lugar a la aplicación del principio; c) y las conclusiones, o exposición de las pretensiones del actor.<sup>26</sup> Si la acción es el derecho de invocar la autoridad pública para obtener justicia, o, en otros términos, para alcanzar una sentencia de fondo, el primer elemento constitutivo no puede ser la existencia del *derecho concreto*, pero sí una *posibilidad jurídica*, o sea, el principio de Derecho establecido en el orden jurídico positivo. Para que haya acción, es imprescindible que la pretensión se funde en un principio de Derecho, es decir, que exista posibilidad jurídica: “possibilità giuridica, che è l’ammissibilità in astratto del provvedimento chiesto, secondo le norme vigenti nell’ordine giuridico nazionale”.<sup>27</sup> Con estas consideraciones, Paula Batista elaboró, con simplicidad, pero con rigor técnico, su concepto de la acción como *derecho abstracto*, idea que más tarde surge y logra pleno desenvolvimiento en el Derecho europeo.

#### IV

### *La extensión de los poderes del juez*

9. El concepto *liberal*, que predominó durante casi todo el siglo pasado, concebía el proceso como un instrumento de actuación de derechos subjetivos privados. Según esta doctrina, el juez debía permanecer, hasta donde fuera posible, *inerte*, pues en el juicio difícilmente se ve un interés

---

25 Siendo la acción un *derecho concreto*, trata de obtener una sentencia *favorable* (cfr. CHIOVENDA, *Instituições*, I, p. 108); pero si es un *derecho abstracto*, trata de obtener una *sentencia de fondo* (cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, I, p. 902). LIEBMAN, *L’Azione nella Teoria Del Processo Civile*, p. 65: “L’azione si dirige infantti verso lo Stato, nella sua qualità di titolare della potestà giurisdizionale, ed è perciò nel suo esatto significato *il diritto alla giurisdizione*”.

26 Paula BATISTA, *Compendio*, par. 7.

27 LIEBMAN, *L’Azione nella Teoria del Processo Civile* (“Riv. Trim. di Diritto e Procedura Civile”, 1950, p. 66); *Concepto de la Acción Civil* (“Rev. Est. Jur. Soc.” vol. 13, pp. 23 y ss.).

individual extraño al Estado.<sup>28</sup> El derecho de defensa era absoluto e ilimitado. "La libertad de defensa constituye, por mucho tiempo, un verdadero dogma. Se consideraba como de Derecho natural. Y por eso mismo causaría horror la idea de que se crease cualquier restricción a aquella libertad. La evolución que se ocasionó con la socialización del Derecho, hizo, aún, el milagro de permitir sin causar escándalo de ninguna especie, que se concibiese el ejercicio del derecho de defensa también sujeto a ciertas restricciones, exigidas por los intereses superiores de orden público."<sup>29</sup> Considerando al proceso como institución de Derecho público, Paula Batista definió sus condiciones inherentes en una síntesis admirable:

---

28 SCHOENKE, *Zivilprozessrecht*, 1949, p. 3.

29 CARVALHO SANTOS, *Código do Processo Civil Interpretado*, I, p. 106. El principio de que la defensa debe ser realizada con lealtad y buena fe es muy antiguo. En el Derecho romano, el demandado que se oponía a la pretensión del actor, debía prestar juramento de que estaba persuadido de defender su propio derecho (cfr. COSTA, *Perfil Histórico del Processo Civile Romano*, p. 160; WENGER, *Instituzioni*, p. 330; BERTOLINI, *Il Giuramento nel Diritto Privato Romano*, pp. 189 y ss.) El *jusiurandum calumniae* consistía en la declaración jurada con que las partes afirmaban que litigaban de buena fe (cfr. ALBANESE, *Il Dolo Processuale*, pp. 23 y ss.; Oscar da CUNHA, *O Dolo e o Direito Judiciario Civil*, pp. 29 y ss.) Ya en GAIUS, IV, 172, se lee: "Quodsi neque sponsionis, neque dupli actionis periculum ei, cum quo agitur, iniungatur, ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit Praetor iusiurandum exigere *non calumniae causa se infitias ire*". Este principio que venía ya de la época republicana, cayó después en desuso. JUSTINIANO trató de dar el más amplio desenvolvimiento y la mayor eficacia al juramento de calumnia, que extendió a todos los pleitos y también a los abogados (BERTOLINI, *Il Giuramento*, p. 196). Y así "*reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi prius juraverit, quod putans, se bona instantia uti, ad contradicendum pervenit*". (Inst. IV, tit. XVI, 1). Estas enseñanzas fueron adoptadas en el antiguo derecho portugués. Las Ord. Alfonsinas disponían, en el libro III, tit. 39, pr.: "tanto que no preito a lide for contestada, luego o Juiz de seu Officio sem outro requerimento das partees deve dar juramento, que se chama Calunia... e bem assy o Reo jurará, que justamente entende de defender esse preito, e não alleguará, nem provará en elle cousa alguma per malicia, ou enguano, mas que verdadeiramente se defenderá sempre até fim do preito, a salvo de sua consciencia". Estas disposiciones fueron reproducidas en el Código Manuelino, lib. III, tit. 29, y en el Filipino, lib. III, tit. 43 (cfr. PEREIRA E SOUSA, *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*, nota 521; Paulo CUNHA, *Simulação Processual e Anulação do Caso Julgado*, p. 33 y ss.). La Disposición Provisional para la Administración de Justicia Civil, en el art. 10 abolió el juramento de calumnia en el Brasil: "Quedan abolidos los juramentos de calumnia que se dan al principio de los pleitos ordinarios, y en los sumarios en el curso de ellos, a requerimiento de las partes..." (cfr. Benedito SIQUEIRA FERREIRA, *Do Juramento*, 1935, p. 66).

“Brevedad, economía, eliminación de todos los medios maliciosos y superfluos, tales son las condiciones que deben acompañar al proceso en todo su curso. Así, todos los actos, dilaciones, demoras, gastos inútiles son aberraciones del régimen judicial en perjuicio de los intereses del individuo, de la familia y de la sociedad. Ni hay que omitir actos y formas que son una garantía de la verdad, ni hay que dar cabida a cuestiones fútiles con demoras y gastos que ocasionan daños. La moral y el Derecho prescriben: al juez, obrar sin parcialidad y prevención; a los litigantes, proceder con buena fe, no recurriendo a sofismas que deshonran a quienes los utilizan”.<sup>30</sup> De ahí que Paula Batista quiera ampliar la facultad del juez, cuyo origen está en el orden público, autorizándolo a proceder a cualquier acto o diligencia encaminado a esclarecer cualquier cosa ante su conciencia antes de emitir su juicio; encaminado a abreviar las demandas, no consintiendo dilaciones maliciosas, ni ningún medio ideado por las partes, para ganar tiempo una de ellas frente a la otra, y reprimir

---

30 Paula BATISTA, *Compendio*, pr. 72. El principio de la *conducta honesta en el proceso*, fué muy discutido por la doctrina en los últimos tiempos y adoptado por varios códigos modernos. Para la doctrina, véase Paulo CUNHA, *Simulação Processual e Anulação do Caso Julgado*, pp. 17 y ss. SCHOENKE, *Zivilprozessrecht*, p. 28; Oscar da CUNHA, *O Dolo e o Direito Judiciario*, pp. 55 y ss.; ALBANESE, *Il Dolo Processuale*, pp. 23 y ss.; Stefano COSTA, *Il Dolo Processuale in Tema Civile e Penale*, pp. 55 y ss.; Pedro Batista MARTINS, *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*, 2a. ed., pp. 97 y ss.; CALOGERO, *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile* (“Riv. Dir. Proc. Civ.” 1939, I, p. 128); SPERL, *Lehrbuch der Buergerlichen Rechtspflege*. Wien, 1925, p. 373; POLLAK, *System*, Wien, 1930, I, p. 481; WOLFF, *Grundriss*, Wien, 1947, p. 131.

En los códigos de procedimiento de los países civilizados hay disposiciones de gran alcance. Así, el Código brasileño, art. 3: “Responderá por pérdidas y daños la parte que intente demandar por espíritu de emulación, simple capricho o burdo error. El abuso del derecho debe verificarse por igual en el ejercicio de los medios de defensa, cuando el demandado presenta, maliciosamente, resistencia injustificada en el curso del proceso.” Código de Procedimiento Civil de Portugal, art. 264: “La iniciativa y el impulso procesal incumben a las partes; *pero éstas tienen el deber de no formular, conscientemente, peticiones injustas, de no articular hechos contrarios a la verdad, de no requerir diligencias meramente dilatorias.*” El Código de Procedimiento Civil alemán, art. 138: “Die Parteien haben ihre Erklarungen ueber tatsaechliche Umstaende vollstaendig und der Wahrheit gemaess abzugeben.” Código de Procedimiento Civil italiano, art. 88: “Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità.” Código de Procedimiento Civil austríaco, art. 178: “Jede Partei hat in ihren Vortraegen alle... zur Begrueundung ihrer Antraege erfoderlichen taetsaechlichen Umstaende der Wahrheit gemaess vollstaendig und bestimmt anzugeben.”

todos los medios abusivos e injuriosos, incompatibles con la dignidad de la ley y de sus ministros.<sup>31</sup>

## v

*La unidad de la jurisdicción*

10. Un grave problema surgió en torno del concepto de *unidad de jurisdicción*, al entrar en vigor el Código de Procedimiento Criminal, publicado por la ley de 29 de noviembre de 1832. En él se estableció lo siguiente.

“Art. 338. La misma sentencia que condena al reo a una pena *lo condenará a la reparación de daños y perjuicios, que se liquidarán en el fuero común, si tal liquidación fuese necesaria.*”

Paula Batista observó, juiciosamente, que este artículo y el artículo 269, pág. 5, también del Código de Procedimiento Criminal tenía el defecto de poner en manos de jueces criminales el conocimiento de materias civiles, desnaturalizando, así, dos jurisdicciones distintas, creadas por leyes orgánicas para diversos fines.<sup>32</sup> El legislador del Código de Procedimiento Penal vigente dejando de lado la juiciosa observación de Paula Batista, estableció de nuevo el principio de la unidad de jurisdicción. El Código dispone:

---

31 Paula BATISTA, *Compendio*, par. 73. En el siglo pasado, en el tiempo en que Paula BATISTA escribió su *Compendio*, dominaba la concepción francesa de la inercia y pasividad del juez. Oponiéndose a ella, el maestro pernambucano demostró que la pasividad del juez no encuadra con la dignidad de su función. Alberto REIS, *Breve Estudio*, 2a. ed., p. 207, describió la figura del juez inerte y del juez activo: “El juez no tiene iniciativa; sólo se mueve con el impulso de las partes. El proceso es una lucha que se traba entre los litigantes y a la que el juez asiste impasible hasta el momento de dictar sentencia. Las partes articulan o alegan lo que les parece; producen las pruebas que quieren producir; ofrecen al juez lo que les apetece. El magistrado tiene que aceptar lo que le presentan, sin poder intervenir eficazmente en la preparación y curso del pleito... Las doctrinas *modernas* conmovieron estos conceptos... El Estado tiene, en el desenvolvimiento del proceso, unos intereses que defender y una función que desempeñar: asegurar la realización del derecho objetivo, hacer triunfar a la justicia... De este modo, al concepto de juez *inerte* se contraponen el concepto de *juez activo*, que se encuentra en la legislación de Inglaterra, de Alemania, de Austria y de la mayor parte de los cantones suizos.”

32 Paula BATISTA, *Compendio*, par. 19, nota 1.

“Art. 63. Una vez alcanzada autoridad de cosa juzgada por la sentencia condenatoria, podrán promover su ejecución, en el juicio, para efectos de reparación de daños, el ofendido, su representante legal o sus herederos.”

11. Esta disposición legal suscita la cuestión de si la sentencia condenatoria criminal constituye título ejecutivo en el juicio civil. Liebman observó que “la sentencia condenatoria penal convierte en *cierta* la obligación de indemnizar el daño resultante del delito (art. 74, 1 del Código Penal); en este aspecto actúa como sentencia meramente declarativa y autoriza la proposición de la acción para la reparación de daños en el juicio civil (art. 64 del Código de Procedimiento Penal). Sin embargo, en caso de contener condena expresa de pérdidas y daños, la sentencia penal *puede servir también como título ejecutivo y la ejecución puede promoverse en el juicio civil* (art. 63 del Código de Procedimiento Penal)”.<sup>33</sup> El punto de vista de Liebman acepta el principio de la unidad de jurisdicción, pues reconoce que la sentencia penal condenatoria puede tener eficacia de título ejecutivo en lo civil. Pero dudamos de que esta solución sea acertada, a pesar de que encuentre cabida en el artículo 63 del Código de Procedimiento Penal. De un lado, la incompetencia del juicio criminal para decidir en materia civil es absoluta. Y en el sistema del Código de Procedimiento Civil, sólo se prorroga la incompetencia relativa, no la absoluta, o *ratione materias* (cfr. Cod. Proc. Civ. art. 148, par. único). Por otro lado, en el procedimiento criminal no cabe ninguna condena civil, porque no se formula petición de indemnización antes de aplicarse la pena al autor del delito. Y si la sentencia es la respuesta del juez a petición de parte,<sup>34</sup> se sigue de ello que la sentencia criminal no debe abarcar condena por pérdidas y daños, puesto que no hay una “parte civil” que formule tal pretensión. De esta misma opinión es Eduardo Espíndola Filho al escribir: “que la orientación del Código de Procedimiento Penal brasileño es distinta, no autorizando pronunciamiento alguno del juez criminal sobre la reparación de daños, sin que nos parezca discutible, pues su sistema es claramente el de separación absoluta de la acción civil y de la penal”.<sup>35</sup> Es evidente, pues, que la crítica formulada por el

33 LIEBMAN, *Proceso de Execução*, p. 114.

34 ROSENBERG, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, 1949, p. 350; LIEBMAN, *Comentario* (“Revista dos Tribunais”, vol. 144, p. 27).

35 Eduardo ESPINOLA FILHO, *Código do Processo Penal Brasileiro*, vol. II, p. 41.

maestro pernambucano al artículo 338 del Código de Procedimiento Criminal del Imperio tiene plena actualidad. Ciertamente, la sentencia penal condenatoria no puede tener el efecto de título ejecutivo en el juicio civil, sino sólo el de volver cierta la obligación de indemnizar.

## VI

*Naturaleza jurídica de la excepción*

12. En estrecha relación con el concepto de acción está el de *excepción*.<sup>36</sup> Esta puede ser material o procesal. "L'eccezione, come la difesa, può essere materiale o processuale secondo che investa la ragione materiale o processuale della pretesa. Quando la contestazione concerne soltanto la ragione processuale della pretesa si ha un tipo di lite, che può essere chiamata *secondaria* in confronto con la lite *principale*, o anche *lite d'ordine* in confronto con *lite di merito*".<sup>37</sup> Históricamente, la excepción material se remonta al Derecho romano y estaba íntimamente vinculada al proceso formulario.<sup>38</sup> Evolucionando del Derecho clásico al Derecho justinianeo, sirvió para impugnar la acción: *datur exceptio ad impugnandam actionem* (Justiniano, lib. IV, XIII). Este concepto pasó al Derecho común.<sup>39</sup> En la

---

36 Cfr. Sobre el concepto de excepción: COUTURE, *Fundamentos de Direito Processual Civil*, p. 57; CARNELUTTI, *Istituzioni del Nuovo Processo Civile Italiano*, I, p. 11; BETTI, *Diritto Processuale Civile*, p. 91; ZANZUCHI, *Diritto Processuale Civile*, I, p. 181; CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, I, p. 463; *Principii*, p. 272; *Saggi di Diritto Processuale Civile*, I, p. 150 GABRIEL DE REZENDE FILHO, *Curso de Direito Processual Civil*, II, p. 150; LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil*. Vol. II, p. 205; PONTES DE MIRANDA, *Comentarios ao Código do Processo Civil*, II, pp. 84 y ss.; AFRONSO FRAGA, *Instituições do Processo Civil do Brasil*, II, pp. 229 y ss.; JORGE AMERICANO, *Código do Processo Civil*, I, p. 353; CARLE, *De Exceptionibus*, pp. 18 y ss.; PEDRO LINS PALMEIRA, *A Exceção*, pp. 59 y ss.; BOLAFFI, *Le Eccezioni nel Diritto Sostanziale*, pp. 100 y ss.; ESCOBEDO, *L'Eccezione*, pp. 31 y ss.; ROSENBERG, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrecht*, pp. 449 y ss.; SCHOENKE, *Zivilprozessrecht*, p. 171.

37 CARNELUTTI, *Istituzioni*, I, p. 11.

38 Para la historia: BOLAFFI, *L'Eccezione nel Diritto Sostanziale*, pp. 46 y ss. ESCOBEDO, *L'Eccezione*, pp. 1 y ss.

39 CHIOVENDA, *Saggi di Diritto Processuale Civile*, I, p. 150: "La glosa poi generalizzò: *Omnis enim exceptio adinventia fuit ad actionem impugnandam*. E la dottrina cercò dapprima di tener distinte anche nel nome le difese desunte da cir-

Edad Media, por tanto, "los glosadores crearon la figura de las excepciones dilatorias como un medio de impugnar los defectos del procedimiento. Estas excepciones debían oponerse antes de la contestación y todas conjuntamente (cfr., por ej., Ord. Fil., lib. III, tit. 20, p. 9), y la discusión y el juicio de fondo sólo empezaban cuando, por lo menos, una parte de las cuestiones relativas a la regularidad del proceso estaba ya resuelta".<sup>40</sup> Esta distinción entre excepciones materiales y procesales vino a señalar la división del proceso en dos fases, una, destinada a la apreciación de los requisitos de existencia del propio proceso y otra, destinada al juicio sobre la existencia del derecho controvertido.<sup>41</sup>

13. Al estudiar la naturaleza de la excepción, una parte de la doctrina que se basa en el concepto de la acción como *derecho concreto*, sostuvo la teoría de que la excepción es un derecho de impugnación, o, más propiamente, un *contra-derecho concreto*, que se clasifica en la categoría de los derechos potestativos. "En sentido propio, la excepción es un *contra-derecho* ante la acción y, por eso mismo, un derecho de impugnación, es decir, un derecho potestativo destinado a la anulación de la acción."<sup>42</sup> El sector doctrinal que sostiene que la acción es *derecho abstracto*, no puede, de *manera coherente* aceptar el concepto de excepción como *contra-derecho*. "La costruzione proposta dal Chiovenda è rigorosamente coerente alla dottrina, che egli ha formulato a proposito dell'azione. Amesso che dell'esistenza concreta del diritto di azione si possa giudicare solo "dalla sentenza favorevole", logico considerare l'eccezione in senso sostanziale come un'impugnazione del diritto di agire, che impedisce la pronunzia di una sentenza favorevole. Ma la costruzione deve essere diversa quando si assuma come punto di partenza un diverso concetto del diritto di agire: quando cioè alla teoria del diritto concreto si sostituisca quella del diritto astratto di agire. Qualora si respinga la teoria del diritto concreto di agire, si deve anche affermare che l'eccezione sostanziale non può essere consi-

---

constanze *quae ipso iure tollunt naturalem obligationem, civilem autem non tollunt ipso iure sed eam ope exceptionis elidunt*, che si chiamarono propriamente *exceptiones*, o *exceptiones peremptoriae, quae actionem perimunt seu verius elidunt* (Come l'eccezione di dolo, violenza, errore), dalle altre difese, che chiamarono *difensiones*."

40 LIEBMAN, *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, p. 110.

41 BUELOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, 1868, p. 7.

42 CHIOVENDA, *Instituições*, I, p. 469.

derata come diretta *ad impugnandam actionem*. Dal momento che l'azione sussiste anche se la sentenza è sfavorevole all'attore, non si può dire che l'azione venga meno in seguito all'impugnazione compiuta dall'eccepiante." 43

14. El sector doctrinal que considera la acción como derecho abstracto, ha concebido la excepción de modo diverso:

a) para Carnelutti, "questa seconda ragione della contestazione è la eccezione. Come la ragione della pretesa, così la eccezione si distingue dalla contestazione: chi eccepisce non tanto contesta a pretesa altrui quanto adduce una certa ragione per contestarla. Pertanto la eccezione non si può considerare né in guisa di un controdiritto né di una contropretesa. La eccezione non è altro che una ragione. Ma è una ragione della contestazione diversa dalla difesa. La diversità consiste in ciò che la eccezione sposta mentre la difesa non sposta la contesa del campo, in cui si contiene la ragione della pretesa, cioè dalle norme e dai fatti, sui quali è fondata la pretesa". 44 La excepción es, pues afirmación de *libertad*, no de derecho subjetivo.

b) Para Couture, la excepción también es un derecho abstracto, o, más propiamente, el poder jurídico, inherente al demandado, de oponerse a la pretensión sustentada por el actor ante los órganos jurisdiccionales; o, en otros términos, la excepción es considerada como forma de ejercicio del derecho al *debido proceso*. El derecho de defensa en juicio no es un derecho substantivo contenido en la acción, sino simplemente el derecho procesal de defenderse. 45

15. Pues bien, Paula Batista, consecuente con su concepto abstracto de la acción, formula la siguiente definición de la excepción: "Excepción es, en teoría la acción del demandado contrapuesta a la del actor." 46 En ello se formula un concepto abstracto de la excepción ligado con el concepto de acción. Es curioso observar que siendo la excepción una acción, tanto aquella como ésta están dirigidas al órgano jurisdiccional. Esto quiere

43 BOLAFFI, *L'Eccezioni nel Diritto Sostanziale*, p. 104.

44 CARNELUTTI, *Sistema del Diritto Processuale Civile*, I, p. 352; *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, II, p. 281; *Appunti sulla Prescrizione* ("Riv. Dir. Proc. Civ.", 1933, I, p. 32).

45 COUTURE, *Fundamentos*, pp. 70 ss.

46 PAULA BATISTA, *Compendio*, par. 35.

significar que en el proceso se forman dos relaciones jurídicas: una del actor con el juez, denominada simplemente acción; y otra del demandado con el juez, denominada simplemente excepción. Ambas acciones: una de *pretensión* del actor, otra de defensa del demandado.<sup>47</sup>

## VII

### *El sistema de pruebas*

16. La doctrina nos enseña que el legislador, al regular la apreciación de la prueba, puede inspirarse en tres sistemas diversos:

a) El de la prueba *positiva* o *legal*, en el cual las pruebas tienen un valor inalterable y constante, independiente de la ponderación del juez, que se limita a aplicar la ley en los casos concretos.

b) El de la *íntima convicción*, en el cual la verdad jurídica dimana enteramente de la conciencia del juez, que no está vinculado a ninguna norma legal; juzga los hechos según la impresión que le producen las pruebas y no está obligado a dar cuenta de los medios por los que se convenció.

c) El de la *persuasión racional*, en el cual el juez debe pesar, con justo criterio lógico, el valor de las pruebas producidas, de modo que la verdad resulte no de la impresión, sino de la conciencia del juez.<sup>48</sup>

17. Históricamente, el sistema de la *persuasión racional* precede a los demás y fué adoptado por los romanos. Chiovenda ya había observado que “es esencialmente romano el principio de que la prueba está destinada a formar la libre convicción del juez, el cual debe emitir la decisión mediante la concienzuda observación y valoración de los hechos...” Esta repugnancia a juzgar según leyes generales se hace igualmente patente en el conocido rescripto del emperador Adriano (cfr. 3, Dig. *de test.* 22.5), donde después de haber enumerado algunos criterios que pueden servir de guía en la valoración de las deposiciones, como el número, la autoridad, la dignidad, la conformidad con la opinión pública, terminó por decir el

---

47 Compárense estas ideas con la doctrina de la relación jurídica procesal expuesta por el Prof. Alberto DOS REIS, *Processo Ordinario e Sumario*, I, pp. 148 y ss.

48 LESSONA, *Teoria della Prové*, I, p. 328; FERRONE, *Il Processo Civile Moderno*, p. 184; COUTURE, *Fundamentos*, pp. 189 y ss.

Emperador que es el juez a quien pertenece apreciar los testimonios, su manera de declarar, su simplicidad; si dan la impresión de repetir un discurso preparado de memoria, o de responder improvisadamente a la verdad.<sup>49</sup>

18. El sistema de la *prueba legal* tiene su origen en el proceso *bárbaro*. Se desarrolló en el Derecho intermedio y en el canónico, el cual, comprendiendo la fragilidad humana, trató de conciliar la libertad del juez con normas que declarasen que el hecho debía constituir prueba, de modo que el éxito de la *litis* fuese substraído al arbitrio judicial y, por el contrario, determinado por las condiciones establecidas por la ley. De ahí surgió la construcción y la jerarquía de las pruebas denominadas *legales*.<sup>50</sup> El Derecho moderno proscribió, en general, el sistema de la prueba legal, dando acogida al principio de que la convicción del juez debe formarse libremente.<sup>51</sup>

19. Paula Batista aceptó el sistema mixto, o de la persuasión racional. "Prueba —escribía—, es todo lo que nos puede *convencer* de la certeza de algún hecho, circunstancia o proposición controvertida; las pruebas son, por tanto, elementos que determinan la convicción del juez."<sup>52</sup> Y añade: "Nuestros jueces civiles y comerciales deben juzgar por las pruebas que consten en los autos; no obstante los principios absolutos que en ciertos casos han establecido las leyes como reglas invariables de certeza en la colisión de pruebas, *ellos deben apreciarlas libre y moralmente; y este es nuestro sistema de pruebas legales*, que no es ni el sistema de convicción libre y natural de los jueces ni es el de las pruebas positivas y obligatorias, con las exageraciones y errores que enseñaban los falsos intérpretes de la Edad Media."<sup>53</sup>

49 CHIOVENDA, *Instituições*, I, p. 187.

50 Cfr. SALVIOLI, *Storia del Diritto Italiano*, p. 736; LESSONA, *Tratatto delle Prove*, I, p. 297; CHIOVENDA, *Instituições*, I, p. 193; LEVY, *La Hiérarchie des Preuves*, pp. 10 y ss.; GORPHE, *L'Appreciation des Preuves en Justice*, pp. 25 y ss.

51 CHIOVENDA, *Instituições*, III, p. 132; LIEBMAN, citando a Chiovenda añadió: "El principio de la prueba libre significa libertad de apreciación de la prueba existente en los autos. Se debe hacer uso de esta libertad de apreciación con el auxilio de los criterios de la lógica, así como de la razón y de la experiencia... El juez debe también exponer en la decisión los hechos y las circunstancias que motivaron su convencimiento." (*Op. cit.* III, p. 132, nota 2.)

52 Paula BATISTA, *Compendio*, par. 134.

53 Paula BATISTA, *Compendio*, par. 137.

20. Las consideraciones expuestas por el maestro pernambucano, al estudiar la prueba testimonial en particular, son de la más palpitante actualidad:

a) Consideró la obligación de declarar como un *deber público*.<sup>54</sup>

b) Mostró los inconvenientes del número excesivo de testigos, invocando el Derecho romano que lo prohibía: *ne effrenata potestate ad vexandos homines, superflua multitudo testium pertrahetur* (L. 1, pro. 2 ff, *de test.*); y concluyó que los testigos no se cuentan, *se pesan*.<sup>55</sup>

c) Puso de relieve que las buenas cualidades, el sentido del honor, una reputación bien merecida dan una gran fuerza al testigo. En el caso de colisión entre los testigos, la solución del problema depende del buen sentido y criterio del juez, como opinaban los jurisconsultos romanos: *Non ad multitudinem testium respici oportet; sed ad sinceram testimoniarum fidem, et testimonia quibus postius lux veritatis adsistit*.<sup>56</sup>

#### VIII

#### *La autoridad de la cosa juzgada*

21. Otro problema de suma importancia, en el Derecho procesal civil, es el de la *autoridad de la cosa juzgada*. Según los romanos, el objeto del proceso era la decisión del *litigio*.<sup>57</sup> Pero para entender con claridad, en este sistema jurídico, el concepto de *litigio*, es necesario definir primero el concepto de *res*. La *res* significa un bien de la naturaleza, jurídicamente considerado.<sup>58</sup> "Quello che noi chiamiamo diritto o rapporto giuridico, escribió Biondi, per i Romani si chiama solo *res*."<sup>59</sup> Cuando se constituye un juicio, la *res* pasa a ser objeto del proceso civil y entonces

54 PAULA BATISTA, *Compendio*, par. 153, nota 2.

55 PAULA BATISTA, *Compendio*, par. 155, nota 1, y 156, nota 1.

56 PAULA BATISTA, *Compendio*, par. 159, notas 2 y 4.

57 BETTI, *Diritto Romano*, I, pp. 444 y 446; BONFANTE, *Istituzioni*, p. 105; MAY, *Droit Romain*, p. 613.

58 GIRARD, *Manuel de Droit Romain*, p. 260; MATOS PEIXOTO, *Curso*, p. 351; COGLIOLO, *Eccezione di Cosa Giudicata*, p. 5, nota 4.

59 BIONDI, *Diritto e Processo* (Conferenze, p. 157.)

se dice *res in iudicium deducta*.<sup>60</sup> Cuando el proceso se cierra con la decisión del litigio, la *res in iudicium deducta* se convierte en *res iudicata*, y el bien material controvertido entre los litigantes pasa a ser reconocido o negado al actor: <sup>61</sup> *res iudicata dicitur quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit* (fr. 1, Dig. de re iud. 42, 1). Antes de la decisión del litigio, podía ocurrir la necesidad de resolver cuestiones relativas al expediente de la demanda, a la producción de la prueba o la promoción de alguna diligencia. Esta providencia era llamada por los romanos *interlocutio*, distinguiéndola de manera precisa de la *sententia*, que era el acto por el cual aceptaba o rechazaba la acción.<sup>62</sup> La cosa juzgada no se extendía a la *interlocutio*: calificaba solamente la decisión de fondo.<sup>63</sup> La cosa juzgada era, pues, una calificación de la *res* en su unidad jurídica.

22. De modo diverso al Derecho romano, el proceso germánico, donde toda cuestión procesal y substancial se resolvía conforme se presentaba, no conocía esta distinción: cada sentencia dictada en el proceso tenía un valor propio, era inmediatamente apelable y, si no era impugnada, pasaba a ser inmutable. Al enfrentarse los principios romano y germánico en este campo, se produjo el siguiente resultado: se empezó por admitir la apelación de las *interlocutiones*; la apelación, que antes era *licita*, pasó a ser *necesaria*, en el sentido de que si no se interponía, la decisión se convertía en irrevocable.<sup>64</sup> Por otro lado, era principio de Derecho que sólo tenía autoridad de cosa juzgada la parte dispositiva de la sentencia; los motivos señalados por el magistrado nada decían, y por eso la cosa juzgada no podía extenderse a ellos. "L'autorité de la chose jugée

60 WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, p. 426 "Lis, definitio CUIJATIO, est res in iudicium deducta" (CUJACIO, *Opera Omnia*, Paris, 1837, IV, pp. 1, 111).

61 CHIOVENDA, *Instituições*, I, p. 183; SERAFINI, *Istituzione di Diritto Romano*, I, p. 242.

62 Para un estudio sobre el origen, evolución y concepto de *sententia* en el Derecho romano, véase BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano* ("Studi in onore di Bonfante," IV, pp. 31 y ss.).

63 CHIOVENDA, *Saggi*, II, p. 401. Así dice BUCHKA, *Einfluss*, p. 290, que mientras para el Derecho moderno el motivo vale como cosa juzgada, no ocurre lo mismo en el Derecho romano, en virtud de su formalismo. (COGLIOLO, *Eccezione di Cosa Giudicata*, I, p. 478).

64 CHIOVENDA, *Saggi*, II, p. 403.

ne s'attache pas aux motifs, mais seulement au dispositif des jugements." <sup>65</sup> Laurent dice igualmente: "Il est de principe que le dispositif seul del jugements a autorité de chose jugée; les motifs donnés par le juge ne décident rien, il n'en peut donc résulter de chose jugée." <sup>66</sup>

23. Por tanto, la doctrina de que *los motivos de la sentencia no producen cosa juzgada* no es pacífica. La primera dificultad consistió en formar el concepto de lo que era *parte dispositiva de la sentencia*; en segundo lugar, había que establecer los *límites y la eficacia de los motivos*. Cogliolo, al estudiar las diversas doctrinas que tratan de explicar la eficacia de los motivos, clasificó las principales opiniones en tres grupos: <sup>67</sup>

a) *Los motivos sólo tienen autoridad si la parte dispositiva es equívoca*: Cocceius, *Jus Contr.* 42, 1, quaestio 8; Puffendorfius, *Observ.* I, 155.

b) *Tienen autoridad los motivos insertos en la parte dispositiva*: Werher, *Observ.* 172, tom. 1, part. 4; Claproth, *Ordentl. Prozess*, 2 par. 210.

c) *Cualquier motivo tiene autoridad*: es el alma de la sentencia; Boehmer, *Exercit. ad Pand.*, tomo v, p. 534 (Equidem ratione decidendi virtualiter sententiae inesse creduntur"); Bayer, *Civilprozess*, p. 184; Waechter, *Handbuch des in Wuerten gelt. Privatrechts*, II, par. 73.

Entre los autores modernos que trataron de la materia, Savigny fué el que formuló la doctrina más clara: distinguió entre motivos objetivos y subjetivos, entendiendo por aquéllos los elementos o partes constitutivas de la relación de Derecho, y por estos últimos las razones de decidir que mueven el espíritu del juez a afirmar o negar la existencia de dichos elementos. Los motivos *subjetivos* son personales del juez y no tienen autoridad de cosa juzgada; los *objetivos* son elementos de la causa y, por eso, como contenido de la relación litigiosa, tienen autoridad de cosa juzgada. <sup>68</sup>

<sup>65</sup> AUBRY-RAU, *Cours de Droit Civil Français*, XII, p. 402 (par. 769).

<sup>66</sup> LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, vol. XX, n. 29; TUOZZI, *L'Autorità della Cosa Giudicata*, Torino, 1900, p. 69; COGLIOLO, *Eccezione di Cosa Giudicata*, Torino, 1883, p. 177.

<sup>67</sup> COGLIOLO, *Cosa Giudicata*, I, p. 177.

<sup>68</sup> Cfr. SAVIGNY, *Sistema del Diritto Romano Attuale*, VI, par. 291 (pp. 379 y ss.); JOÃO MENDES JUNIOR, *Direito Judiciário Brasileiro*, p. 543; GABRIEL REZENDE FILHO, *Curso de Direito Processual Civil*, III, p. 65; GUSMÃO, *Coisa*

24. Paula Batista distingue la cosa juzgada en formal y substancial. “Las palabras *cosa juzgada* indican una decisión, que no depende de los recursos *ordinarios*, bien porque la ley no los concede, bien porque la parte no los utilizó en los términos fatales y perentorios de la ley, o bien porque se agotaron.”<sup>69</sup> Y luego añade: “La autoridad de cosa juzgada se atribuye solamente a las sentencias definitivas y mixtas, proferidas en materia de jurisdicción contenciosa o en juicio pleno.”<sup>70</sup>

En la primera definición, Paula Batista pone de relieve aquella cualidad, que convierte en indiscutible la decisión, por la fuerza de la preclusión de los recursos. Es el concepto formal de la cosa juzgada. En la segunda definición pone de relieve el tipo de sentencia cuyo contenido es la cuestión de fondo. La cosa juzgada es, pues, la *lex specialis* en el caso concreto; tiene autoridad de ley. “La autoridad de la cosa juzgada —dice Paula Batista—, no proviene, como creen algunos, del cuasi contrato judicial, oriundo de la contestación; sino que es un *elemento indispensable de orden público y tiene el mismo fundamento que la autoridad de las leyes.*”<sup>71</sup>

---

*Julgada*, p. 70, analiza la doctrina de SAVIGNY y adopta la crítica de COGLIOLO, sintetizada de esta manera: *nihil consumptum, quod non sit iudicatum; nihil iudicatum, quod no sit litigatum.* (COGLIOLO, *Cosa Giudicata*, p. 182; en este sentido João MONTEIRO, *Teoria do Processo Civil e Comercial*, par. 246).

69 Paula BATISTA, *Compendio*, par. 182. “No hay discordancia, puede decirse, entre los autores sobre el punto de distinción entre cosa juzgada en sentido formal y en sentido substancial (o material). La primera es una cualidad de la sentencia, cuando ya no es apelable por efecto de la preclusión de los recursos; la segunda sería, a su vez, su eficacia específica y, propiamente, la autoridad de la cosa juzgada y estaría condicionada a la formación de la primera.” (LIEBMAN, *Eficacia e Autoridade da Sentença*, trad. brasileña, p. 56.) Se debe a la doctrina alemana e italiana esta distinción de la cosa juzgada, que tantos frutos ha producido en el Derecho procesal civil, sobre todo con la utilización del concepto de preclusión: cfr. WACH, *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, I, p. 224; KLEINFELLER, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, p. 225; CHIOVENDA, *Principii*, p. 911 *Instituições*, I, p. 511 y ss.; LIEBMAN *Eficacia e Autoridade da Sentença*, p. 56; CARNELUTTI, *Istituzioni*, I, pp. 75 y ss.; BETTI, *Diritto Processuale Civile*, p. 583.

70 Paula BATISTA, *Compendio*, par. 183.

71 Paula BATISTA, *Compendio*, par. 121, nota 2. La forma más simple de la teoría privatista del proceso estuvo representada por la doctrina del *contrato judicial*. A un espíritu superior, como el de Paula BATISTA, le repugnaba aceptar la teoría del contrato judicial como fundamento de la cosa juzgada, desde el momento en que se afirmó como un precursor de la concepción publicista del proceso civil. Cfr. sobre la teoría del contrato judicial: Rocco, *L'Autorità della Cosa Giudicata* p. 53 y ss.

No depende, por tanto, de alegación, pudiendo ser conocida de oficio por el juez.

25. Un grave problema es el de saber si la autoridad de la cosa juzgada se limita a la parte dispositiva de la sentencia, o si se extiende a los fundamentos que constituyen la premisa necesaria de la conclusión. El Código de Procedimiento Civil, en el artículo 287, par. único, siguió esta última orientación: "Se considerarán decididas todas las cuestiones que constituyan premisa necesaria de la conclusión." Paula Batista siguió la primera orientación, lo que le valió el aplauso de Liebman: "La cuestión de los límites objetivos de la cosa juzgada es una de las más discutidas en el Derecho brasileño. *La resolvió, ciertamente, hace mucho y de un modo insuperable Paula Batista (Compendio de Teoria e Pratica do Processo Civil, prfo. 185), cuando afirmó que "la autoridad de la cosa juzgada se limita a la parte dispositiva del juzgamiento y a los puntos allí decididos y fielmente comprendidos en relación a sus motivos objetivos"*. Esto significa que los motivos de la sentencia no son objeto de cosa juzgada, pero deben ser considerados para entender el verdadero y cabal alcance de la decisión.<sup>72</sup>

26. Intimamente ligado al problema de los límites objetivos de la cosa juzgada está el de la decisión de las *cuestiones prejudiciales*. Según nos enseña Chiovenda, "el principio de toda la materia es que las cuestiones prejudiciales sean decididas *en regla*, sin efecto de cosa juzgada".<sup>73</sup> Y Liebman, citando la obra de Chiovenda, en la traducción brasileña, señaló que "frecuentemente, para decidir el pleito que le fué sometido, el juez debe examinar no sólo las cuestiones de hecho y de derecho directamente tocantes a la relación jurídica en controversia (cuestión principal), sino también las cuestiones relativas a otros estados o relaciones jurídicas, que podrían ser por sí mismas objeto de un proceso independiente y que se presentan, mientras tanto, como puntos dudosos en la discusión de la cuestión principal. A estas cuestiones Chiovenda da el nombre técnico de *cuestiones prejudiciales*... La cosa juzgada abarca la cuestión última del raciocinio del juez, la conclusión de su silogismo, que constituye la premisa esencial objetiva, la base lógica necesaria de la parte dispositiva: por

72 LIEBMAN, *Eficacia e Autoridade da Sentença*, p. 51, nota "1".

73 CHIOVENDA, *Instituições*, I, p. 542.

ejemplo, cuando la sentencia condena al demandado a pagar cien, se convierte también en cosa juzgada la declaración de que el demandado es deudor de cien a título de reciprocidad, o del precio de una venta y cosas semejantes; cuando anula un contrato, se convierte también en cosa juzgada, la declaración de que el contrato está viciado por dolo, error, etc.; *no, en cambio, las cuestiones prejudiciales en sentido estricto*, relativas a otras relaciones o estados jurídicos que no fueron objeto de la demanda, pero que al encontrarse en una relación de antecedente lógico con la conclusión, tuvieron que ser examinadas por el juez, no para ser decididas en sí mismas, sino únicamente para permitir la decisión principal".<sup>74</sup> De acuerdo con esta doctrina está la opinión de Paula Batista: "La sentencia que decide que el deudor está obligado a pagar intereses de cierta deuda, cuyo monto está simplemente enunciado, no tiene fuerza de cosa juzgada en cuanto al monto de esta misma deuda."<sup>75</sup> Esta observación revela la clara comprensión del grave problema, que mereció ser tratado de modo especial en la doctrina moderna.<sup>76</sup>

27. Para cerrar estas consideraciones en torno al concepto de cosa juzgada, nos falta examinar la noción de *identidad de causa*, frente a la doctrina moderna de la *substanciación y de la individualización en las acciones reales*. Es sabido que dentro de los elementos que identifican a las acciones, el más delicado es el de la *causa petendi*.<sup>77</sup> "Toda acción —escribía Pereira e Sousa—, tiene dos causas: una próxima, otra remota. En las acciones reales, la próxima es el dominio; la remota, el modo de su adquisición. En las personales, la próxima es la obligación; la remota, el contrato, del que se deriva la obligación. En la demanda debe expresarse la causa de la petición, *bastando en las acciones reales la declaración de la causa próxima* y en las personales debe declararse también la remota. *La razón es que en aquéllas una cosa puede ser del dominio de alguien una sola vez*. Pero se puede deber muchas veces y por diversas causas."<sup>78</sup> De esta forma, "en la acción real basta la afirmación de la re-

74 LIEBMAN, *op. cit.*, I, p. 542, nota 6.

75 Paula BATISTA, *Compendio*, par. 185, nota 2.

76 LIEBMAN, *Eficacia e Autoridade da Sentença*, p. 53; Alfredo BUZAID, *A Ação Declaratoria no Direito Brasileiro*, p. 190.

77 CHIOVENDA, *Instituições*, I, p. 496.

78 PEREIRA SOUSA, *Primeiras Linhas*, nota 261.

lación jurídica (propiedad, usufructo, servidumbre), a fin de que la acción sea suficientemente identificada. En especial, en la acción de reivindicación basta la afirmación de ser propietario de determinado objeto, a fin de que la identificación sea plena, y no es necesario, en efecto, indicar el hecho jurídico en virtud del cual se convirtió en propietario; esto puede ser necesario para probar la existencia de la relación jurídica de propiedad, no para identificar la acción. La propiedad se presenta como un estado de continuidad que se identifica plenamente por medio de la cosa sobre la cual recae. Al decir: 'soy propietario', indico con toda precisión el grupo de utilidades por el objeto a que aspiro".<sup>79</sup> Esta doctrina fué denominada de la *individualización*, porque para ella basta, en las acciones reales, la indicación de la *causa próxima*, o sea, la afirmación de la relación jurídica, de que deriva el derecho afirmado por el actor.<sup>80</sup>

28. A esta teoría se contraponen la doctrina llamada de la *substanciación*, según la cual en la petición inicial debe ser indicada la *causa remota*, esto es, el hecho jurídico creador del derecho reclamado en juicio. Modernamente la doctrina de la *substanciación* es la que domina entre los autores y en la práctica judicial.<sup>81</sup> Paula Batista, siempre preciso y vigoroso, adopta la mejor doctrina: "En cuanto a las acciones *personales*, no hay duda ni cuestión... En cuanto a las *reales*, sin embargo, hay muchas opiniones en sentido contrario, esto es, que todos los títulos o causas de adquisición, por los cuales alguien pretenda ser propietario de un objeto, se deben entender como deducidos en juicio de modo que la misma cuestión no pueda ser reproducida bajo pretexto de una nueva causa; e invocando en su apoyo la L. cit., pfo. 2, en las palabras: *nec enim amplius, quam semel res mea esse*, llega a la conclusión que no es preciso indicar el modo de adquisición del derecho. Ante todo, a esta opinión se opone la misma ley 14 cit. y la ley 11, pfo. 2, de cuya combinación resulta la bien conocida distinción del caso, en que la *acción real* era formulada de un modo *vago y absoluto*, y el caso en que era formulada como indicación

79 CHIOVENDA, *Instituições*, I, p. 499.

80 CHIOVENDA, *Principii*, pp. 629 y ss.

81 Cfr. SCHOENKE, *Zivilprozessrecht*, p. 178; GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, par. 54. Véase la discusión en torno de las teorías en: ROSENBERG, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrecht*, p. 376; WEISSMANN, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrecht*, I, p. 63; BETTI, *Diritto Processuale Civile*, p. 175; LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil*, I, pp. 163 y ss.

de causa, *causa adjecta*. Después de esto, la distinción, que hasta cierto punto se adjetivaba con las formas del Derecho romano, las cuales encargaban a los jueces la misión de conocer, de un modo general y absoluto, si la cosa pertenecía al actor, cualquiera que fuese el título: *si paret hanc rem ex jure quiritium Auli Augerii esse*, es evidentemente incompatible con nuestras leyes y práctica judicial, que exigen que la demanda contenga desde un principio la narración precisa de los hechos, la indicación de las pruebas, la presentación de los *escritos fundamentales* (Decr. de 25 de noviembre, arts. 66 y 720, Ord. 1. 3, tít. 20, pfo. 32) y el sometimiento a una sentencia motivada, positiva, concreta y limitada a los puntos debatidos y verificados. Supongamos que después de ser rechazada una demanda en reivindicación de un objeto que hemos comprado, o del que somos propietarios por haberlo heredado, nos hacemos la siguiente pregunta: ¿podremos presentar segunda demanda *real* sobre la nueva y ulterior causa de adquisición? Si como dicen mis antagonistas, en las acciones *reales* la causa es el propio derecho, que es absoluto, la solución de la cuestión propuesta en sentido negativo es la consecuencia necesaria de tal opinión; puesto que, si separamos de la apreciación jurídica del título posterior de nuestra adquisición, como una causa distinta de la de la primera sentencia, el derecho considerado como causa persistirá igualmente; y, por consiguiente, habrá en las dos demandas identidad de objeto y de causa. ¿Podrá existir absurdo mayor? Puesto que el derecho real es absoluto, ¿se han de extender los efectos de su decisión hasta el punto de que nos sea imposible adquirir posteriormente un objeto, que fué ya juzgado como no pertenecientes a nosotros? Hay que confesar que en las acciones reales no se puede separar de las causas de adquisición del derecho, ni se puede dar a la *cosa juzgada*, una extensión que no tiene, extendiéndose su efectos a otros pleitos, a cuyo conocimiento no fué llamado el juez.”<sup>82</sup>

## IX

*El concepto de remate*

29. En el campo de la ejecución merece ser puesto de relieve el concepto de remate. Hasta mediados del siglo pasado el remate era conside-

<sup>82</sup> Paula BATISTA, *Compendio*, par. 187, nota 1.

rado como un simple contrato de compraventa. Prevalecía entonces el concepto privatístico del proceso. Y esta materia, perteneciente al Derecho privado, era regulada por los códigos civiles. Decía Morais: "Addictio autem, seu adjudicatio, venditionis vim habet, ut eisdem regulis et terminis ordinatur; ubi ex hoc infert, quod sicut in venditione consensus debet esse praesens et res et pretium debet esse certum, ita etiam in addictione."<sup>83</sup> Esta fué la opinión seguida. Pereira e Sousa decía: "El remate tiene fuerza de venta y se regula por los mismos principios de este contrato."<sup>84</sup> Parece que el primer autor que reaccionó en Europa contra esta concepción privatista y formuló la doctrina del remate como acto estatal de privación de la propiedad, fué Dernburg (*Pfandrecht*, Leipzig, II, p. 257), cuando publicó esta obra en el año 1864.<sup>85</sup> Desde entonces el problema pasó a ser estudiado por la doctrina con gran profundidad.<sup>86</sup> Paula Batista, en 1855, enseñaba que el remate no es simple contrato de compraventa, sino privación de la propiedad por un acto estatal. "El remate —escribía—, se parece a la venta en el solo punto de que en ambas se produce una enajenación de la propiedad, mediante el precio equivalente pagado en moneda; pero la venta es un contrato efectuado con el libre consentimiento, que expresa la voluntad de dos contratantes y el remate es un acto de privación de la propiedad forzoso, efecto de la ley, que representa justicia social en el ejercicio de sus derechos y en el uso de sus fuerzas para reducir al condenado a la obediencia de la sentencia; la idea de que la entrega del lote representa el consentimiento del ejecutado por la persona interpuesta del juez es una ficción fútil y pueril."<sup>87</sup>

---

83 MORAIS, *Tractatus de Executionibus*, III, lib. VI, cap. XIII. n. 23. Para su estudio véase: GUIMARAES DE SOUSA, *Teoria da Arrematação*, pp. 14 y ss.; MACHADO GUIMARAES, *Revista Forense*, vol. 75, p. 253.

84 PEREIRA E SOUSA, *Primeiras Linhas*, n. 434. En el mismo sentido: SOUSA PINTO, *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil Brasileiro*, par. 1.911; Caetano GOMES, *Manual Prático*, p. 177; MELO FREIRE, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, lib. IV, tit. 22, par. XI.

85 LIEBMAN, *Processo de Execução*, p. 229, nota 31.

86 CHIOVENDA, *Saggi di Diritto Processuale Civile*, II, p. 459; CALAMANDREI, *Studi*, III, p. 31; PUGLIATI, *Esecuzione Forzata*, pp. 169 y 301.

87 Paula BATISTA, *Compendio*, par. 204, nota 1; cfr. LIEBMAN, *Processo de Execução*, p. 229.

## X

## "Las síntesis luminosas"

30. He aquí algunas observaciones sobre las doctrinas fundamentales de Paula Batista acerca de la acción, la excepción, la prueba, la cosa juzgada y la ejecución. Pero ¿acaso serán éstos conceptos dispersos o, por el contrario, se agrupan en una unidad armoniosa, para la realización de una gran síntesis? El atento análisis de su obra y, principalmente, la lectura del Prólogo de la primera edición de su *Compendio*, nos demuestran que sus doctrinas no nacieron del empirismo de las observaciones accidentales, sino que fueron el fruto ordenado y sistemático de una investigación original y rigurosamente científica. En su tiempo predominaba, en el campo del Derecho procesal civil, la *escuela exegética* de inspiración francesa. El proceso se reducía al arte de instrumentar, a la tradición de usos y estilos, hasta el punto de que se aprendía mejor en una escribanía que en las academias.<sup>88</sup> Fué principalmente en el último cuarto del siglo pasado cuando la escuela exegética cedió su lugar a la orientación dogmática, y la influencia francesa fué substituida por la de los maestros procesalistas alemanes, que elevaron el proceso a la categoría de ciencia autónoma.<sup>89</sup> Por otro lado, faltaba, entre nosotros un Código de procedimiento civil que pudiese ser sometido al análisis científico, en un plano general y sistemático. Pero esto, lejos de constituir un obstáculo, fué el mayor mérito de Paula Batista, porque donde todo era empírico y estaba disperso, él lo reunió, ordenó y sistematizó en síntesis creadora. El famoso Prólogo revela la clara comprensión de un hombre de ciencia, no de un práctico del proceso.<sup>90</sup> Decía: "La enseñanza del Derecho, reducida simplemente a los textos legales sin el examen de sus fundamentos y de

---

88 Paula BATISTA, *Compendio*, 1ª ed. prólogo, p. VI.

89 CARNELUTTI, *Sistema del Diritto Processuale Civile*, I, p. 4.

90 BEVILAQUA, *Historia de Faculdade de Direito de Recife*, II, p. 20, observó que en Paula BATISTA, "las síntesis luminosas sistematizan los elementos dispersos y oscuros, dando orden a preceptos sin conexión y preparando las bases para la reforma del procedimiento". No fué justo PONTES DE MIRANDA, *Comentarios ao Código de Processo Civil*, I, prólogo p. 11, al ver sólo alguna claridad, sin grandes investigaciones, en Paula BATISTA... aquí y allá cierta perspicacia en ver hechos de la vida forense.

su espíritu es un calamitoso y deplorable error; por un lado, ahuyenta los talentos que quieren aprender razonando y desarrollando la inteligencia, sujetándolos únicamente al trabajo estéril y fastidioso del memorismo; y a este respecto nunca olvidaré las siguientes palabras de un notable jurisconsulto, profesor de una de las escuelas de Derecho de París: *la letra de la ley sólo se queda grabada en la memoria cuando el raciocinio le sirve de buril*; por otro lado, encubre la insuficiencia de los maestros que, de este modo, eludiendo las soluciones de todas las cuestiones difíciles, no tienen que entrar en el desenvolvimiento filosófico de la ciencia como aplicación de sus principios generales y, en consecuencia, no tienen ocasión de hacer patente la extensión, mérito y valor de su propio espíritu. En la imposibilidad absoluta de obligar a aprender de memoria códigos enteros, con innumerables leyes auxiliares y reglamentos, todo cuanto pueden hacer los maestros, con gran interés y ventaja para sus alumnos, es instruirlos en los diversos sistemas de leyes, con sus verdades fundamentales, habilitándolos de este modo para entender perfectamente todas las disposiciones del Derecho, y aplicarlas justa y convenientemente; y de no ser así, y como los códigos están al alcance de todos, no habría necesidad de maestros. *Ahora bien, estas razones dominaron con mayor fuerza en la ciencia de los diversos métodos y formas de proceder en juicio, que, ciertamente, no existen por mera voluntad o capricho de los legisladores, sino que expresan verdades importantes, ligadas entre sí, y formando un sistema capaz de realizar la justicia entre los hombres. En verdad, es triste suponer que la ciencia del procedimiento se reduzca al arte de tramitar, a la tradición de usos y estilos y a las meras formas materiales, hasta el punto de que aprenden mejor en una escribanía que en las academias.*"<sup>91</sup> La intuición genial de Paula Batista permitió elevar el proceso desde la condición de mero arte de instrumentar, de simple colección de usos y estilos y de meras formas materiales de prácticas observadas en el foro, a la categoría superior de ciencia autónoma, regida por principios y leyes sistemáticos en un plano dogmático. Su obra es un índice señero de la ciencia del Derecho nacional. Paula Batista fué, en su tiempo, un procesalista americano digno de compararse con los más grandes que, en Europa, llevaron a cabo, a partir de mediados del siglo XIX, la revisión científica del Derecho procesal civil.

---

91 Paula BATISTA, *Compendio*, 1855, prólogo, pp. v y vi.

## CUADRO COMPARATIVO

## TERCERA EDICION

1872

2. "Acción (del verbo "agere", actuar) es el derecho de invocar al autoridad pública (juez) y de actuar regularmente ante ella para obtener justicia".

2. nota 1. "y todas estas leyes forman el régimen judicial, cuya institución es de Derecho público".

7. "Tres son los elementos constitutivos de una demanda: 1º el principio de derecho, que confiere la acción..."

19. nota 1. "Los arts. 269, nº 5, y 338 del Cod. de Proc. Crim. según creo, tuvieron el defecto de encargar a jueces criminales el conocimiento de materias civiles, desnaturalizando así dos jurisdicciones distintas, creadas por leyes orgánicas para diversos fines".

35. Excepción es, pues, en teoría, la acción el demandado, contrapuesta a la del actor.

72. "Brevedad, economía, eliminación de todos los medios maliciosos y superfluos, tales son las condiciones que deben acompañar al proceso en todo su curso. Así, todos los actos, dilaciones, demoras, gastos inútiles son aberraciones del régimen judicial en perjuicio de los intereses del individuo, de la familia y de la sociedad".

72. nota 1. "Ni omitir actos y formas que garantizan la verdad, ni dar cabida a cuestiones fútiles con demora y gastos, que causan daños. La moral y el derecho prescriben al juez actuar sin pasión y

## PRIMERA EDICION

1855

2. "Este derecho, o la facultad de invocar la autoridad pública (juez) y de actuar (*agendi*) regularmente ante ella para obtener justicia, es lo que llamamos *acción*".

21. nota 1. "Los arts. 269, nº 5, y 338 del Cod. de Proc. Crim., según creo, tuvieron el defecto de encargar a jueces criminales el conocimiento de materias civiles, desnaturalizando así dos jurisdicciones distintas, creadas por leyes orgánicas para diversos fines".

5. Excepción es, por decirlo así, la acción *repulsiva* por medio de la cual el demandado actúa en sentido inverso de la demanda y se opone a ella".

61. "Brevedad, economía y eliminación de todos los obstáculos superfluos, tales son las cualidades accesorias que deben acompañar al proceso en todo su curso; así, todos los actos, dilaciones, demoras y gastos inútiles son aberraciones del régimen judicial en daño para los intereses particulares y públicos.

TERCERA EDICION

1872

PRIMERA EDICION

1855

prevención; a los litigantes proceder con buena fe, no recurriendo a sofismas, que deshonran a quien hace uso de ellos”.

73. De las doctrinas de los párrafos precedentes se deriva para el juez el derecho de propio movimiento (*poder oficial*), para, con independencia de requerimiento de parte: 1º mandar proceder a cualquier acto y diligencia que tienda a esclarecer su conciencia antes de la decisión final (Disp. Prov. art. 9; decreto de 25 de noviembre de 1850, art. 230); 2º abreviar las demandas no permitiendo dilaciones maliciosas, ni ningún medio ideado por las partes para ganar tiempo una contra otra (Ord. 1.3, t. 20 35, §§ 35, 37 y 38); 3º rechazar procuraciones mal ordenadas (cit. Ord. § 10) artículos impertinentes (t. 35, § 2, 4), y reprimir todos los medios inconvenientes, abusivos e injuriosos, incompatibles con la dignidad de las leyes y de sus ministros (Ord. cit. t. 20, § 34)”.

73. nota 1. “Este poder, que tiene su origen en el orden público, de que los jueces son protectores, los antiguos lo designaban con las expresiones *oficio noble del juez*, para diferenciarlo del poder que los jueces ejercen en interés de las partes y a requerimiento de ellas, y que bien impropia y despreciativamente llamaban *oficio mercenario*.”

121. not. 2. “La autoridad de la cosa juzgada no proviene, como algunos creen del *cuasi contrato judicial*, oriundo de la litis contestación, sino que es un elemento indispensable, de orden público, y, como dice Bordeaux, tiene el mismo fundamento que la autoridad de las leyes y la del gobierno”.

62. “De las doctrinas de los párrafos precedentes se deriva para el juez el derecho de propio movimiento (*poder oficial*), para, con independencia de requerimiento de parte: 1º mandar proceder a cualquier acto o diligencia que tienda a esclarecer su conciencia antes de la decisión final (Disp. Prov. art. 9; decreto de 25 de noviembre de 1850, art. 230); 2º abreviar las demandas, no permitiendo dilaciones maliciosas, ni ningún medio ideado por las partes, para ganar tiempo una contra otra (Ord. 1.3, t. 20 §§ 35, 37 y 38); 3º rechazar procuraciones mal ordenadas (cit. Ord. § 10) artículos impertinentes (t. 35, § 2.4); y reprimir todos los medios inconvenientes, abusivos e injuriosos, incompatibles con la dignidad de las leyes y de sus ministros (Ord. cit. t. 20, § 34).”

62. nota 1. “Este poder, que tiene su origen en el orden público, de que los jueces son protectores, los antiguos lo designaban con las expresiones *oficio noble del juez*, para diferenciarlo del poder que los jueces ejercen en interés de las partes y a requerimiento de ellas, y que bien impropia y despreciativamente llamaban *oficio mercenario*.”

## TERCERA EDICION

1872

134. "Prueba es todo lo que nos puede convencer de la certeza de algún hecho, circunstancia o proposición controvertida; las pruebas, por tanto, son los elementos que determinan la convicción del juez".

137. "Nuestros jueces civiles y comerciales deben juzgar por las pruebas constantes de los autos (Ord. 1. 3, t. 66 pr. y Decret. cit. art. 231): no obstante los principios absolutos que las leyes han establecido como reglas invariables de certeza, en la colisión de pruebas y en ciertos casos, pueden apreciarlas libre y moralmente; tal es nuestro sistema de pruebas legales, que ni es el sistema puro de la convicción libre y natural de los jueces, ni el sistema de pruebas positivas y obligatorias, con las exageraciones y errores que enseñaban los falsos intérpretes de la Edad Media".

153. nota 2. "La declaración, tanto en materia civil como criminal, es una deuda pública, que se debe pagar a la justicia cuando la reclama".

155. nota 1. "En cuanto al número de testigos, diré que el número de 15 para cada asunto, cuando fuesen diversos, y de 20 cuando fuere uno solo, como dispone la Ord. 1. 3, t. 55 § 2, es tan excesivo, que equivale a atribuir a la parte la facultad de presentar los testigos que quisiere. El Derecho Romano prohibía el número excesivo de testigos: *Ne effrenata potestate ad vexandos homines, superflua multitudo testium pertrahetur*. L. 1, No. 2, ff. de testib. Las antiguas ordenanzas de Carlos VII y Luis XII de Francia redujeron el número de testigos a 10; la Ordenanza de 1667 conservó este número, añadiendo que la parte que lo

## PRIMERA EDICION

1855

118. "Prueba es todo lo que nos puede convencer de la certeza de algún hecho, circunstancia o proposición controvertida: las pruebas, por tanto, son los elementos que determinan la convicción del juez".

121. "Nuestros jueces y tribunales civiles y comerciales deben juzgar por las pruebas constantes de los autos (Ord. 1.3, t. 66, pr. y Decret, cit, art. 231): no obstante los principios absolutos que las leyes han establecido como reglas invariables de certeza, en la colisión de pruebas y en ciertos casos, pueden apreciar libre y moralmente; tal es nuestro sistema de pruebas legales, que ni es el sistema puro de la libre y natural convicción de los jueces, ni el sistema de pruebas positivas y obligatorias, con las exageraciones y errores que enseñaron los falsos intérpretes de la Edad Media".

137. nota 2. "La declaración, tanto en materia civil como criminal es una deuda pública, que se debe pagar a la justicia cuando la reclama".

139. nota 1. "En cuanto al número de los testigos, diré que el número de 15 para cada asunto, cuando fuesen diversos, y el de 20 cuando fuere uno solo, como dispone la Ord. 1.3, t. 55 § 2, es tan excesivo, que equivale a atribuir a la parte la facultad de presentar los testigos que quisiere. El Derecho Romano prohibía el número excesivo de testigos; *Ne effrenata potestate ad vexandos homines, superflua multitudo testium pertrahetur*. L. 1, No. 2 ff de testib. Las antiguas ordenanzas de Carlos VII y Luis XII de Francia redujeron el número de testigos a 10; la Ordenanza de 1667 conservó este número, añadiendo que la parte

TERCERA EDICION

1872

sobrepasase no podría repetir los gastos hechos con los *supranumerarios*, y con esta misma condición, el Cod. civ. redujo los numerarios a 5. En Holanda, no se admiten más de 5; la R. J. Port. art. 334, § 5 no admitió más que 8; en nuestra legislación, en los *sumarios penales* y en los casos en que no cabe procedimiento público, se requieren de dos a cinco, además de los referidos e informantes y, en los casos de denuncia, de cinco a ocho (Ley de 3 dic. 1841, art. 48). Por tanto, necesitamos una ley que revocando la citada Ordenanza, acabe con esas legiones de testigos, de las que se puede decir lo mismo que en Roma se decía de los médicos de Augusto, esto es: que antes hacen mal que bien”.

156. nota 1. “Los jueces actualmente valoran a los testigos y no los cuentan simplemente”.

182. “Las palabras *cosa juzgada* indican una decisión que no está ya pendiente de los recursos *ordinarios*; o porque la ley no los concede (según la Ley de las alzas), o porque la parte no utilizó los términos fatales y perentorios de nuestra ley, o porque ya se habían agotado”.

183. “La autoridad de cosa juzgada se atribuye solamente a las sentencias definitivas y mixtas proferidas en materia de jurisdicción contenciosa y en juicio pleno”.

185. La autoridad de cosa juzgada se limita a la parte *dispositiva* de la sentencia y a los puntos en ella decididos y fielmente comprendidos en relación a sus motivos objetivos, y no abarca lo que

PRIMERA EDICION

1855

que lo excediese no podría repetir los gastos hechos con los *supranumerarios*, y con esta misma condición el Cód. Civ. redujo los numerarios a 5. En Holanda no se admiten más de 5; la N. R. J. Port. art. 334, § 5 no admite más de 8; en nuestra legislación, en los *sumarios penales* y en los casos en que no cabe procedimiento oficial, se requieren de dos a cinco, además de los referidos e informantes y, en los casos de denuncia, de cinco a ocho (Ley de 3 de dic. de 1841, art. 48). Por tanto, necesitamos una ley que revocando la citada Ordenanza, acabe con esas legiones de testigos, de las cuales se puede decir lo mismo que en Roma se decía de los médicos de Augusto, esto es: que antes hacen mal que bien”.

140. nota 1. “Los jueces valoran a los testigos y no los cuentan simplemente”.

164. “Las palabras *cosa juzgada* indican una decisión que no está ya pendiente de los recursos *ordinarios*, o porque la ley no los concede (según la Ley de las alzas), o porque la parte no utilizó los términos fatales y perentorios de nuestra ley, o porque tales recursos ya se habían agotado”.

165. “La autoridad de cosa juzgada se atribuye solamente a las sentencias definitivas y mixtas proferidas en materia de jurisdicción contenciosa y en juicio pleno”.

167. “La autoridad de cosa juzgada se limita a la parte *dispositiva* de la sentencia y a los puntos en ella decididos y fielmente comprendidos en relación a sus motivos objetivos, y no abarca lo que

## TERCERA EDICION

1872

está simplemente indicado en forma de enunciación”.

185. nota 2. “La sentencia que decide que el deudor está obligado a pagar intereses de cierta deuda, cuyo montante está simplemente enunciado, no tiene fuerza de *cosa juzgada* en cuanto al monto de esa misma deuda”.

204. nota 1. “El remate se parece a la venta únicamente en que en ambas se produce enajenación de la propiedad mediante el precio equivalente pagado en moneda; pero la venta es un contrato, efecto del libre consentimiento, que expresa la voluntad de los contratantes, y el remate es una expropiación forzosa, efecto de la ley, que representa la justicia social en el ejercicio de sus derechos y en el uso de su poder para reducir al condenado a la obediencia de lo juzgado; la idea de que la entrega del lote representa el consentimiento del ejecutado, otorgado por la persona interpuesta del juez, es una ficción fútil y pueril”.

## PRIMERA EDICION

1855

simplemente está indicado en forma de enunciación”.

167. nota 2. “La sentencia que decide que el deudor está obligado a pagar intereses de cierta deuda cuyo monto está simplemente enunciado, no tiene fuerza de *cosa juzgada* en cuanto al monto de esa misma deuda”.

184. nota 1. “El remate se parece a la venta únicamente en que en ambas se produce enajenación de la propiedad, mediante el precio equivalente pagado en moneda; pero la venta es un contrato, efecto del libre consentimiento, que expresa la voluntad de los contratantes, y el remate es una expropiación forzosa, efecto de la ley, que representa la justicia social en el ejercicio de sus derechos y en el uso de su poder, para reducir al condenado a la obediencia de lo juzgado; la idea de que la entrega del lote representa el consentimiento del ejecutado, otorgado por la persona interpuesta del juez, es una ficción fútil y pueril”.