

EXCEPCIONES PROCESALES *

Por Humberto BRISEÑO SIERRA
Profesor de la Facultad de Derecho
de la UNAM.

1. *Situación material del demandado*

Hace poco menos de un siglo, por el año de 1868, Oskar von Bülow destacaba la circunstancia de que se acostumbrara hablar tan sólo de relaciones de derecho privado, a las cuales no puede ser referido el proceso, por cuanto los derechos y obligaciones que en él se dan, son entre funcionarios estatales y los ciudadanos. Desde el momento en que se trata de una cooperación con la actividad judicial, esa vinculación puede calificarse de relación jurídica pública (*La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Trad. Miguel Ángel Rosas Lichtscheim, Bs. As., 1964, pp. 1-2).

Hay, pues, un conjunto de problemas que desentrañar, antes de analizar esa especial actitud del demandado que las leyes procesales continúan llamando ejercicio de las excepciones. No es el menor, ni el menos importante, el que consiste en determinar quién puede ser demandado; porque de la respuesta dependerán múltiples consecuencias, como son, entre otras, la identidad del sujeto, su habilidad (llamada comúnmente capacidad) jurídica, la representación, la legitimación, la gestión oficiosa, el interés sustantivo y el interés en agitar el proceso, su localización (fuero judicial, competencia legal, etcétera), su obligación (naturaleza, condicionalidad, circunstancias del incumplimiento, etcétera) y sus responsabilidades.

En términos generales, demandado es el sujeto llamado a juicio, convocado por otro ante un juez (público o privado), para responder a la pretensión que el segundo afirma debe ser tutelada. Sin embargo, puede acontecer que el demandado esté inexactamente identificado (el código federal mexicano de procedimientos civiles, contempla esta situación en el caso en que se demande un derecho real, de vacancia, sobre demolición de obra peligrosa o suspensión y demolición de obra nueva, o sobre daños y perjuicios ocasionados por una propiedad sobre otra, y se igno-

* Cursillo impartido en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, en el mes de marzo de 1966.

re quién sea la persona contra la que deba enderezarse la demanda, estipulando que bastará con la designación inconfundible del inmueble, para que se tenga por señalado al demandado, y lo mismo se observará en casos análogos, haciéndose la notificación por edictos, según el artículo 322, fracción II, segundo párrafo), que no sea hábil para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones, que no sea el titular de la relación sustantiva, que el tribunal no sea del foro competente, que no sea el legitimado, el representante o procurador, que aún no haya vencido el plazo de cumplimiento de su obligación, que exista pacto de no pedir, o de espera o quita, que haya remisión de la deuda, o que ésta haya prescrito, o, en fin, que ya se haya cumplido.

Aún en la época en que se consideró que la "actio" es el derecho de perseguir en juicio lo que pertenece al actor o le es debido, la problemática apuntada fue sentida agudamente, como lo demuestra la compleja regulación de "exceptiones" ("cognitoriae", "connexitatis causarum", "declinatoriae iudicii", "deficientis legitimationis ad causam" y "ad processum passivae", "dilatatoria ex persona", "dilatatoria solutionis", "divisionis", "doli", "excussionis y divisionis", "extra quam in reum capitis praejudicium fiat", "fori incompetentis", "iudicis inhabilis vel suspecti", "libelli obscuri", "litis dividuae" y "rei residuae", "non adimpleti contractus", "non rite formati processus", "pacto de non petendo", "pluris petitionis", "procuratorie", "quod praejudicium hereditati", "quod praejudicium praedio", "rei in iudicium deductae", etcétera), "praescriptiones pro reo" y "translationes" (que provenientes de los griegos, supusieron un modo evasivo de defensa según Bülow, pp. 236 y 243).

No sólo es necesario saber a quién se demanda, sino también conocer el fin o resultado que se buscan con la sentencia, pues cabe que éstos no se puedan alcanzar aun siendo favorable la decisión y, entonces, se carezca de interés en el juicio (artículo 1º, fracción IV del código procesal civil distrital mexicano); como es factible, también, que no se persiga una prestación determinada del demandado, sino hacerle responsable de una actitud particular como consecuencia de un fallo meramente declarativo o constitutivo; y, por último, posiblemente acontezca que a través del demandado se persiga una situación válida "erga omnes" (posesión de estado, investigación de la paternidad, petición de herencia y otras similares).

Quién sea el llamado a contender con el pretensor de una sentencia, es la pregunta sobre la subjetividad del demandado. Pero la respuesta no puede depender exclusivamente de su identidad, y ni siquiera de su titularidad, porque entre las relaciones sustantivas y la vinculación procesal, se encuentra el factor institucional que opera primariamente como modificador de la habilidad personal: los casos del mandatario y del representante (presente en juicio por otro que no le ha conferido poder alguno, como el gestor oficioso), son buena muestra de ello, pero también lo son el síndico y el albacea judicial.

Inicialmente, se establece que la controversia en juicio sobre una relación sustantiva, corresponde a los titulares de los derechos y obligaciones que constituyen ésta; sin embargo, aun tratándose de relaciones privadas, puede ocurrir, como expresa Piero Calamandrei, que la atribución para actuar en el proceso se confiera a personas diversas del derecho, como cuando la relación tiene lugar, no entre dos solos sujetos, sino entre varios y cada uno pueda obrar o contradecir en juicio en cuanto a toda la relación. En definitiva, para que el juez pronuncie sentencia favorable al actor, no basta que la demanda sea propuesta contra el violador del derecho, sino que es necesario que se formule contra quien puede responder del acatamiento al fallo (*cf.* Piero Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1943, pp. 179 a 198).

Los casos de litisconsorcio, litisdenunciación, llamamiento en evicción o en garantía, coadyuvancia, sucesión, sustitución e intervención de terceros, sólo son explicables considerando con Bülow, que en el proceso se da una transformación de cada relación, pues a causa de él, la relación litigiosa sufre una metamorfosis que afecta al mismo derecho objetivo (la relación sustantiva no es totalmente equivalente del caso juzgado en la sentencia), de tal manera que si se contemplan las relaciones mismas, los titulares de la sustantiva pueden no ser los de la procesal (Bülow, p. 3, nota 3).

Esto tiene la mayor importancia cuando se trata de investigar el caso juzgado (contenido de la sentencia) desde el punto de vista de sus límites subjetivos, porque entonces puede aclararse la cuestión que surge al advertir que el demandado en el proceso, puede no ser el obligado por la sentencia condenatoria (el tutor no sufre en su patrimonio por la prestación atribuida al pupilo). Demandado, será, entonces, quien deba contradecir en juicio, aunque no coincida con el titular de la relación sustantiva litigiosa.

2. *Interés del actor en acudir al proceso*

La palabra interés, como la mayoría de los términos jurídicos, se emplea multivocamente, no sólo respecto a un mismo fenómeno como sería considerándola en su aplicación procesal, sino abstractamente, es decir, sin referencia a una situación cualquiera. En la doctrina moderna, dos corrientes se enfrentan para darle o negarle significación adecuada en el proceso.

De un lado, Carnelutti la ha recogido para hacerla fundamento de toda una teoría, expresando con ella la posición favorable para satisfacer una necesidad (*Sistema de Derecho Procesal Civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1944, t. I, p. 11). La lucha por esa posición crea un conflicto, desde que existen más

necesidades que satisfactores y, cuando éste llega a la intransigencia, por cuanto uno de los sujetos exige y el otro se resiste, se da el litigio (p. 44), a cuya justa composición se destina el proceso (p. 49).

Naturalmente, esta idea, difícilmente puede explicar la posición de las partes en el proceso, y no sólo porque el litigio resulta ser su contenido, materia u objeto, sino porque tanto el actor como el demandado utilizan el mismo satisfactor: la instancia procesal, para favorecer sus necesidades jurídicas, sin entrar en conflicto, sino todo lo contrario, para colaborar real y positivamente a la fabricación de la serie de actos que les conducirá a la sentencia. No sería prudente utilizar el mismo vocablo para designar posiciones tan excluyentes, como son la de titular de un litigio y titular de una instancia, pues en el primero se afirma un derecho por virtud del cual se intenta someter a otro sujeto, en tanto que en el segundo caso se hace valer un derecho que se coordina con el derecho ajeno, que le necesita para impulsar el procedimiento.

De ahí que Carnelutti haya pugnado por eliminar el concepto de interés en obrar ("legitimatío ad causam"), afirmando que los prácticos siguen confundiendo al igual que la teoría, en la mezcla de legitimación y capacidad. La legitimación viene a ser el título natural o adquirido (así se distinguen los dos administradores del menor: el padre y el tutor) que determina la posición del sujeto, y el cual le hace idóneo para la realización de un acto según justicia (*Sistema*, t. III, pp. 161 a 177).

Pero la idea de interés procesal no se ha perdido. Según Calamandrei (*op. cit.*, p. 192), el interés netamente procesal en obrar y en contradecir, surge precisamente cuando se realiza en concreto la circunstancia que hace considerar que la satisfacción del derecho individual no puede o no puede ya ser alcanzado sino mediante la sentencia del juez.

Estas dos ideas contrapuestas, no son las únicas que hablan del concepto de interés. Todavía cabe recordar la noción legal del artículo 1º del código procesal distrital mexicano, que le considera como un requisito que falta cuando no puede alcanzarse el objeto de la pretensión, aun suponiendo favorable la sentencia. Y, naturalmente, es factible recordar ese interés, también atendido por las leyes procesales (como se mira en los artículos 2165 a 2167 y 2301 del Código judicial panameño), que mira a la posición de ciertos sujetos, sea para impedirles intervenir en la función jurisdiccional, o simplemente para exonerarles del deber de testimoniar en juicio. Todo ello, sin contar con el interés de la demanda, que alude al monto de la prestación para fijar la competencia judicial.

Dado que la significación es más importante que el vocablo, lo que debe preocupar a la doctrina no es el nombre que se dé al fenómeno, sino la consistencia de éste. Desde luego, en la teoría de Carnelutti, no desaparece la cuestión atendida por Calamandrei; todo lo contrario, se encuentra oculta o como diluida en su tesis sobre el litigio, porque ese estado de

intransigencia que advierte entre las partes, funda la intervención del juzgador, habla, entonces, confusa o paradójicamente de un interés en la composición del conflicto, que ya no viene a ser la posición favorable de un sujeto, sino de la causa del derecho, del interés colectivo supremo ubicado en la pacificación social (*Sistema*, p. 17).

Resulta así, que tanto Carnelutti como Calamandrei piensan en el interés, mirando a la sentencia, como si la acción o la instancia que se proyecta en el proceso para formar esa serie que es el antecedente indispensable del fallo, se justificara por el pronunciamiento final. El interés en el accionar del actor y en el reaccionar del demandado, estribaría en la consecución de un fallo, y podría juzgarse del interés, sólo en la medida en que las respectivas pretensiones pudieran alcanzar la resolución judicial.

Con el mismo criterio, aunque llevado más cerca del absurdo, el código distrital mexicano hace depender el interés no ya de la sentencia misma, sino de la satisfacción real de la pretensión; de tal manera que en un juicio ejecutivo, la imposibilidad de realizar el embargo inicial haría no sólo inútil el procedimiento, sino inadmisibles las pretensiones mismas. Se ha preguntado si el acreedor que no puede cobrar por insolvencia del deudor, carece en absoluto del derecho de demandar, sobre todo, vista la disposición del artículo 258, que estipula como efectos de la presentación de la demanda, la interrupción de la prescripción. ¿No será factible que el acreedor interrumpa ésta con su demanda para mantener viva la deuda, aunque no pueda hacerla efectiva? Si se presenta y admite, pero el procedimiento concluye ante la falta de bienes en qué trabar el embargo, ¿no habrá existido demanda y, por lo mismo, interrupción de la prescripción? De contestarse afirmativamente, el supuesto requisito no lo fue, al menos como condición del accionar, aunque se le lleve después a la sentencia o al proceso mismo, para hablar de presupuesto del fallo y/o requisito del proceso.

La tesis de Carnelutti peca por incluir como trasfondo de la legitimación al interés, ya que al analizar quién está llamado a deducir el derecho, oscurece el momento del interés para sólo considerar el de la presentación de la demanda. Por lo demás, el interés en Carnelutti no es sino el aspecto normal del derecho individual, ese momento en que ya está formada la relación por virtud de la cual un sujeto puede someter a otro a una prestación a su favor. Pero hay una segunda fase, aquella en la que ese derecho es negado, desconocido o incumplido y, entonces, surge un interés en su protección.

Es verdad que si el término interés no se concreta, fácilmente puede resultar que se hable hasta de la posición de terceros que esperan beneficiarse con la demanda del actor, como pueden ser sus acreedores y sucesores o causahabientes. Pero ya se sabe que no está a discusión el interés

social o económico, sino el jurídico, es decir, esa nota o cualidad de la situación atendida por la norma, que le caracteriza como trascendental para el sujeto. Cualidad de requerir tutela por tener derecho, no simplemente expectativa de beneficio por el triunfo de una de las partes. Ya se ha repetido en la doctrina, que en toda condena hay un sacrificio del patrimonio personal que, indudablemente, disminuirá la capacidad de pago del vencido y que significará un peligro para terceros. Pero el interés jurídico no es igual al interés económico, de modo que el propietario tiene interés jurídico en la reivindicación, en tanto que el presunto comprador del bien, sólo tiene interés económico en la adquisición.

También en Calamandrei aparece una idea incompleta o, por lo menos, insuficiente para capturar el fenómeno, porque entender por interés procesal la circunstancia de que la finalidad de la pretensión sólo pueda ser alcanzada por el pronunciamiento judicial, es olvidar que en el proceso, a todo lo largo de la serie, hay multitud de manifestaciones del interés: en probar, en alegar, en impugnar, en objetar, en tachar, etcétera.

Sólo cuando se recorre la extensa gama de actividades a las que conviene el concepto de interés, resulta posible distinguirlo y precisarlo. Se trata, como ya ha podido preverse en lo dicho, de una necesidad, pero no psicológica o social, sino causal, necesidad en cuanto antecedente forzoso, como supuesto indispensable. Hay interés cuando es imprescindible realizar el acto para obtener la consecuencia. Si la falta de personalidad en el actor no requiere ser alegada por el demandado, sea porque se trate de un presupuesto que el juez deba estudiar "in limine litis", o porque sea un presupuesto que en cualquier estadio del proceso tendrá eficacia, entonces puede decirse que el demandado no tiene interés en exceptuarse.

Cuando el artículo 72 del código distrital ordena que los jueces rechacen los recursos frívolos o improcedentes, y repelan de oficio los incidentes ajenos al negocio, no está sino previendo falta de interés en instar. Y cuando el artículo 8º de la ley panameña (1ª de 1959) sobre procedimiento verbal en materia civil, expresa que los deudores y cualquiera otra persona que tenga interés en hacer valer las prescripciones, pueden utilizarlas a pesar de la renuncia tácita o expresa del deudor o propietario e invocarla como acción (pretensión) o excepción (pretensión del demandado), también está aludiendo a la necesidad de actuar para alcanzar un fin. Semejante criterio se sigue cuando el artículo 524 del Código judicial estipula que pueden solicitar la suspensión del proceso las personas que conforme a las leyes tienen o pueden tener interés en el pleito, o a quienes puede perjudicar la suspensión de él.

No es siempre indispensable un acto para alcanzar cierto resultado. El estudio de Bulow tiende a demostrar que entre los romanos, las excepciones de perjudicialidad carecieron de calidad procesal, precisamente por-

que se alegaba a través de ellas, que el actor intentaba conseguir una tutela que debería encontrar por otro camino. Se trataba de la concurrencia de dos derechos de demandar, uno de los cuales debía posponerse en beneficio del otro. Por una demanda secundaria: "rei vindicatio" o "actio familiae herciscundae", se busca una finalidad que podría obtenerse con otra principal: "hereditatis petitio"; y lo mismo acontecía con los otros dos ejemplos: "actio confessoria" en lugar del "praedii vindicatio", o "actio injuriarum" civil, por la "accusatio publico iudicio" de tipo criminal (p. 213).

Pero no solamente las partes pueden tener ese interés procesal, o relacionado con el proceso y su más destacada finalidad: la sentencia; también al juzgador asiste el interés como cuando el Código judicial panameño estatuye en su artículo 618, que el tribunal que conozca de un juicio y que antes de dictar sentencia, notare que se ha incurrido en alguna causa de nulidad, mandará que se ponga en noticia de las partes para que dentro de los tres días que sigan al en que se haga o tenga por hecha la notificación, se pueda pedir la anulación de lo actuado. Y el artículo 620 agrega que si en la Corte Suprema, el expediente hubiere pasado a la Sala plural para su decisión, corresponderá a ella mandar poner en conocimiento de las partes las causales de nulidad que observare en la actuación y resolver sobre ellas.

Grave contraste ofrece sobre el particular el artículo 75 del código distrital mexicano, cuando indica que la nulidad establecida en beneficio de una de las partes no puede ser invocada por la otra, pues aquí se olvida el interés en la regularidad del proceso, es decir, la necesidad de que sea legal para obtener sentencia válida, interés que tanto asiste al actor como al demandado y demás intervinientes.

Puede, entonces, concluirse que ahí donde el derecho surge de un encañamiento de actos, sea una relación dinámica o estática, la necesidad de una conducta funda el interés en su manifestación (en la inteligencia de que la conducta tanto puede llevar a un acto positivo como a uno negativo o a una abstención). Esta necesidad es mayor cuando un derecho está tutelado, siempre que su titular reclame la intervención de la autoridad, como se advierte en el proceso, específicamente en el estatal, pero también en el arbitraje privado. Si en un juicio por pago de dinero, el demandado admite la deuda, el interés en el proceso ha concluido o desaparecido. El artículo 274 del código distrital mexicano establece que confesada la demanda en todas sus partes, se pronunciará sentencia en la audiencia misma si el debate se hubiere fijado en la junta que indica el artículo 270, o se citará para resolución si el trámite hubiere sido por escrito. Conforme a la tesis de Calamandrei, en realidad no hubo interés en demandar, pero estimando que éste es la necesidad de una sentencia, a pesar de que fuera o antes del proceso no se hubiere presentado efec-

tivamente la resistencia del deudor, el interés en demandar queda justificado por la simple necesidad objetiva de una sentencia, como medio idóneo para perseguir la ejecución. Y así como puede hablarse de interés del actor en demandar, es factible aludir al interés del demandado en contradecir, excepcionarse, defenderse o reconvenir.

La idea de Carnelutti, y de quienes han adherido la misma, de entronizar a la legitimación como la posición del agente con trascendencia para la justicia del acto (en contraposición a la cualidad que sería la naturaleza del agente en sí, independientemente de la sociedad, como ser viejo o joven, hombre o mujer, etcétera, *cfr. Sistema*, t. III, p. 161), no elimina al interés jurídico, sino que lo oculta o desplaza, sin mayor beneficio para la primera y, por el contrario, con el peligro de llevar confusión a las situaciones en que se aplica.

Efectivamente, si la legitimación es la idoneidad para obrar conforme a justicia (*id.*), en algunos casos se confunde con la habilidad que Carnelutti llama capacidad (o cualidad de la persona en su modo de ser, ajeno a la posición social) y, en otras, le deja presupuesta. Se confunde cuando aparece la figura del apoderado, donde, según el autor, se trata de una legitimación adquirida, porque su fuente se halla en el acto del representado que confiere la representación y que se llama procuración o poder (*id.*, p. 164).

La legitimación, que sirve para explicar el caso del ejercicio del derecho ajeno cuando su titular es inhábil, se convierte así en sinónima de mandato, en el cual se suponen sendas habilidades en los dos sujetos.

En otros ejemplos, Carnelutti deja supuesta la capacidad o habilidad, como al hablar de las partes en el proceso, porque éstas, consideradas como sujetos legitimados, no son sino las personas hábiles con título suficiente para pretender sentencia.

Sobre todo, el concepto de legitimación, entendido como idoneidad para obrar conforme a justicia, no sirve para indagar la necesidad de instar dentro del proceso. El supuesto legitimado en la teoría de Carnelutti, sería el actor, pero entonces no se entendería cómo un tercero puede impugnar o concurrir instando con él. No deja de estar legitimado el síndico porque el quebrado impugne o coadyuve.

El interés en obrar, como lo caracteriza Calamandrei, es ciertamente más apropiado para distinguir el fenómeno a estudio; pero también tiene el inconveniente de referirse apenas a la pretensión deducida en la demanda. Es verdad que ese interés surge en el momento en que la invocación de la garantía de intervención judicial, aparece como el único medio para obtener la observancia del derecho (*op. cit.*, p. 196). En ello radica el interés del actor en acudir al proceso; pero la misma estructura de la fórmula jurídica se aplica a los actos en el proceso, en su interior desarrollo y, entonces, ya no se puede hablar con Calamandrei de vía

estatal subsidiaria, sino de la necesidad de expresar una conducta para provocar un resultado cierto.

Si el albacea está legitimado por ser el órgano de la sucesión, los herederos pueden tener en algún momento interés procesal (artículo 28, fracción II del código distrital, cuando requeridos el albacea o interventor, rehúsen ejercer una pretensión mancomunada por título de herencia o legado, pudiendo deducirla los herederos o legatarios). Si en estos casos se insiste en hablar de legitimación, tendrá que pluralizarse hasta perder importancia y sentido: habrá tantos legitimados, en un mismo acto, cuantos sean idóneos para obrar y lo serán todos aquéllos que tengan un interés jurídico que deducir. Aquí se mira cómo el término interés desplaza forzosamente al artificialmente ampliado concepto de legitimación.

3. *La garantía de audiencia*

Así como el interés es la condición "per quam" del acto, la legitimación es el requisito "sine qua non" del sujeto en determinadas circunstancias. No en todas, porque ahí donde el titular del derecho obra por sí, siendo hábil, no debè hablarse de legitimación sino de titularidad. La legitimación sólo tiene lugar cuando es menester de un órgano o de una persona que exprese eficazmente su voluntad en el ejercicio de los derechos ajenos, cuyo titular es inhábil.

Hay otras situaciones que no se incluyen en la legitimación, aunque tienen con ella de común el ejercicio del derecho ajeno. Tales son, por ejemplo, el mandato, que proviene de un sujeto hábil; de manera que el mandante podría actuar por sí, pero utiliza al mandatario por conveniencia y con instrucciones especiales. O bien, la representación en sentido propio, que se da en la gestión de negocios, cuando el representado, siendo hábil, no puede actuar por impedimentos tempoespaciales; este gestor es sujeto hábil sin mandato. Por su parte, el procurador ha surgido como consecuencia de las disposiciones legales que exigen unidad en la actividad procesal, y suponen pluralidad de sujetos con el mismo interés en actuar; todos están presentes, sin embargo uno solo insta por los demás.

La necesidad de obtener una sentencia, que tanto puede atañer al titular hábil, como al legitimado, al mandatario, al representante o al procurador, supone a su vez la existencia de otro sujeto, a quien el fallo imputará una responsabilidad. Este sujeto jurídico puede ser hábil, o tener un legitimado, un mandatario, un representante o un procurador. Por tanto, la relación que se va a establecer en el proceso, no será siempre y forzosamente coincidente con la relación sustantiva que produjo el litigio o simple conflicto, para abarcar los casos que Carnelutti llama de controver-

sia, y aun los supuestos de mera oposición, simple discrepancia o desacuerdo, y los mismos ejemplos de acuerdo o convenio arbitral (compromiso en árbitros).

La existencia de ese sujeto, directa e inmediatamente responsable del acatamiento del fallo, para distinguirlo de terceros a quienes puede oponerse el caso juzgado sin haber participado en el proceso (el artículo 24 del código distrital mexicano indica que las pretensiones de estado civil, que tienen por objeto cuestiones relativas al nacimiento, defunción, matrimonio o nulidad de éste; filiación reconocimiento, emancipación, tutela, adopción, divorcio y ausencia, o atacar el contenido de las constancias del Registro civil, para que se anulen o rectifiquen, perjudican aun a los que no litigaron), ese titular de un interés semejante al del actor en instar, llamado parte demandada, es imprescindible por simple hipótesis jurídica.

Así es, porque a menos de pensar que se está ante un negocio judicial, en el que sólo hace falta la petición del justiciable y la resolución autoritaria (la llamada "jurisdicción voluntaria"), se tendrá que concluir que todo conflicto se establece entre partes. Son éstas los factores personales cuya intransigencia o impotencia para encontrar por sí solución al problema jurídico (los casos de sentencias constitutivas), ha sido el supuesto que tomó en cuenta el legislador para imponer la decisión a través del proceso.

No podría, entonces, pensarse en alcanzar sentencia sin el demandado. El proceso está proporcionado a su contenido, de modo que mientras otros procedimientos judiciales o administrativos pueden concebirse con la sola instancia y pretensión de un sujeto o grupos de sujetos con el mismo interés, como sucede en la jurisdicción voluntaria, la sucesión testamentaria o el concurso voluntario; en el proceso se busca una sentencia para terminar una contienda entre partes.

Y no sería concebible la decisión sobre partes si éstas no pudieran ir al proceso. El derecho del actor para impetrar un fallo, se corresponde al derecho del demandado a pretender otro de contenido distinto y hasta contrario.

a) En la actualidad se suele hablar de la garantía constitucional de audiencia del demandado, para indicar, no que la Constitución en sí otorgue el beneficio, sino que establece la condición. Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, dice el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución mexicana, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Eduardo J. Couture sostiene que en la Constitución no aparece sino la base de toda una construcción que reclama desenvolvimiento, que la

acción es un derecho cívico, el acto de petición a la autoridad, indispensable para que se condene al demandado, se declare la existencia de un derecho o se elimine el embarazo al libre ejercicio de una situación jurídica. Concordante con este criterio, la excepción viene a ser otro derecho cívico, considerada como sinónimo de defensa, porque la justicia incurriría en el grave riesgo de condenar sin dar posibilidad al demandado de ser escuchado ("Las garantías constitucionales del proceso civil", en *Estudios en honor de Hugo Allina*, Buenos Aires, 1946, pp. 153 a 156).

Para evitar posteriores contradicciones, conviene anticipar que la tesis de Couture resulta terminológicamente discutible, en cuanto ni la acción puede confundirse con el derecho de petición, de estructura simple entre el peticionante y la autoridad, ni la excepción o defensa se pueden tomar como la contrapartida de la acción, porque a ésta sólo es idónea la reacción. Con todo, el significado de sus términos es justo, porque toca a las leyes ordinarias desenvolver los principios constitucionales, lo mismo si se refieren a la independencia, autoridad y responsabilidad de los jueces, que si atienden a la función jurisdiccional como dirección del proceso (*id.*, p. 157).

Podría, no obstante, afirmarse que la garantía de audiencia es algo más que una prescripción constitucional, es un principio inseparable de la justicia organizada que ya en el sistema romano encuentra su expresión en el brocardo: "audiatur et altera pars" (*cf.* Robert Wyness Millar; *Los principios formativos del procedimiento civil*, trad. Catalina Grossmann, Buenos Aires, 1945, p. 47).

Por esto se ha querido insistir en que la audiencia del demandado no es sino consecuencia de la hipótesis en que se concibe al proceso: una serie de instancias que se desenvuelven surgiendo desde un sujeto para alcanzar a otro a través de un tercero imparcial (juzgador o árbitro en el proceso privado).

Sin embargo, la idea general que se tiene de este principio, no sirve para destacar la participación activa del demandado en el proceso. Todo lo más, como decía la rima medieval alemana, significa que la alegación de un solo hombre no es alegación, el juez debe oír ambas partes (Millar. *op. cit.*, p. 47).

Que se oiga a los participantes, que se consideren los intereses sustantivos en posible discrepancia, no es síntoma de litigio, menos aún de proceso. Tanto en el Código judicial panameño, como en la legislación distrital mexicana, la adopción es un negocio judicial por atribución, o si se quiere, un procedimiento de jurisdicción voluntaria, en que se peticiona por una autorización y se estudia la conveniencia de constituir una relación familiar entre sujetos que, obviamente, tienen intereses diversos (*cf.* artículos 1425 al 1429 del código panameño, y 923 a 926 del mexicano).

En el sistema jurídico mexicano se encuentran ejemplos de bilateralidad de la audiencia, sin proceso judicial ni administrativo, en múltiples relaciones, desde aquellas que conciernen a exenciones de impuestos a industrias nuevas o necesarias, en las cuales se oyen a los solicitantes y a las Cámaras o terceros, hasta materias bien conocidas como el apeo o deslinde (artículos 1442 a 1450 para el deslinde y amojonamiento en el código panameño, sin contienda, y 932 a 937 del mexicano, que también remite al proceso en caso de oposición).

b) La audiencia de por sí, no es, pues, nota determinante ni de la existencia de un proceso, ni de la necesidad de una sentencia, ni, menos aún, de la presencia de un sujeto demandado.

Pero la comparecencia del demandado supone el derecho de audiencia en el momento oportuno, el cual puede multiplicarse, a medida que sus intereses en actuar se reproduzcan. Inicialmente, necesita ser oído en su pretensión contraria o la del demandado. Esta fase del proceso constituye la postulación y comprende las afirmaciones de las partes. En seguida, también necesita ser oído para probar lo que realiza en la fase probatoria a la cual concurre el actor con sus demostraciones. Después, necesita la audiencia para concluir, fase conclusiva en que alegan actor y demandado.

Según la idea que se tenga del proceso, se hablará de una nueva garantía de audiencia respecto a la impugnación, sea como recurso o como demanda de segundo proceso, en el cual, naturalmente, podrán reiterarse las fases anteriores, al tenor de la técnica aplicada por el legislador (apelación amplia o limitada, es decir, un segundo primer juicio, o un proceso reducido a la crítica de los agravios).

Para lograr estas sucesivas audiencias, no basta que el actor provoque la actividad jurisdiccional; es menester que también el demandado inste. Algunas veces, el mismo actor pierde la ocasión propicia para hacerse oír, por ejemplo, en pruebas o alegatos. Para que el proceso continúe, es menester que el demandado tome a su cargo la iniciativa que primariamente correspondía al actor. De esta manera, la acción, propiamente dicha, pasa al demandado, quien puede ofrecer sus pruebas a pesar de que el actor haya perdido este derecho.

Ya sea que el demandado se limite a reaccionar, o que asuma el papel de accionante, lo cierto es que su interés procesal está, ante todo, en la instancia que permite un eficaz comportamiento en la serie.

Bilateralidad de la instancia, es lo que caracteriza al proceso. La finalidad sigue siendo la bilateralidad de la audiencia, pero lo trascendental es lo primero. El proceso puede existir sin audiencia bilateral, como en el juicio en contumacia (artículos 347 a 355 del código panameño, y 637 a 651 del distrital mexicano), ya se trate de una contumacia total o parcial (vencido el plazo de un trámite sin que lo practique la parte a quien

corresponde, dice el artículo 509 del código panameño, el trámite quedará evacuado en rebeldía y el tribunal dispondrá lo que convenga para la prosecución del juicio; concluidos los plazos fijados a las partes, sin necesidad de que se acuse rebeldía, dice el artículo 133 del código distrital, seguirá el juicio su curso y se tendrá por pedido el derecho que dentro de ellos debió ejercerse, salvo los casos en que la ley disponga otra cosa, tal y como sucede con la falta de contestación a la demanda, según el artículo 271), y aun cuando la última se limite a la mera contestación (artículo 1105 del código panameño, que además de imponer la confesión ficta en las relaciones disponibles, sanciona con multa de uno a cincuenta balboas a favor del demandante, en los términos del 354, permitiendo la prueba en cualquiera instancia contra esa confesión, sin retrotraer el proceso).

c) Conviene, sin embargo, puntualizar que la bilateralidad de la instancia no es forzosa. Lo último se ha observado en los regímenes de sumisión voluntaria de la controversia por ambas partes. Antes de que el pretor introdujera un recurso permitiendo el uso de la "missio in bona", dice Millar (*op. cit.*, p. 48), el derecho romano carecía de autoridad para dictar fallo contra un demandado que dejara de comparecer. Así se explica también que el derecho germánico no dispusiera de otro recurso que obligar al demandado a través de medidas de proscripción, a hacer la paz con el Estado ofendido. En el mismo derecho inglés, sólo hasta el siglo XVIII puede seguirse el juicio sin la presencia del demandado, pero respetando una antigua regla en la forma de una comparecencia celebrada por el actor en representación del demandado (*id.*, p. 51).

La técnica del juicio en contumacia parece surgir en el procedimiento romano postclásico, afrontando diversos obstáculos provenientes de las ideas contrapuestas, conforme a las cuales se habló indistintamente del derecho y del deber del demandado. En la práctica de las ciudades italianas, el procedimiento evolucionó hasta su sanción por la "Clementina Saepe" de 1306, cuyas disposiciones se generalizaron en mayor o menor medida. Todavía para 1654, fecha del conjunto de leyes alemanas conocidas con el nombre de "Receso Imperial", el procedimiento civil común permitía obligar a comparecer al demandado o seguir el juicio en su ausencia. El Recesso de ese año abolió el sistema coercitivo y estableció el contumacial (*id.*, p. 50).

Los medios coactivos fueron conocidos en España en la ley 17, título 1, libro 2 del Fuero Juzgo, que disponía se pusiera al actor en posesión de la cosa pedida si el demandado se ocultare o no acudiere al llamamiento judicial, "salvo el derecho del que non aparecio". Las leyes de Partida le denominan vía de asentamiento, la cual, según la ley 1, del título 8, "es tanto como apoderar o asosegar ome en tenencia de alguna

cosa de los bienes de aquel á quien emplaza". El ordenamiento de Alcalá, en su título 6, ley única, se limitó a introducir alteraciones en los plazos concedidos al demandado para reclamar la posesión; y tal ley fue incluida en la Novísima Recopilación, en la 1, título 5, libro 11; pero las prácticas posteriores rechazaron este medio, y la ley 4, título 15, libro 11, de la misma Recopilación, expresamente ordenó que no pudiera hacerse asentamiento en pleito que excediera de 600 maravedíes.

Con todo, la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, adoptando el punto de vista de la práctica, aseguró al actor el resultado de la demanda, disponiendo que si lo pedía, procedía la retención de bienes muebles y el embargo de inmuebles en cantidad suficiente para asegurar el objeto del juicio, sin poder ejecutarse la sentencia a menos que el actor prestara caución para responder de lo que recibiera, si oído el litigante contumaz, se mandaba devoiver.

También corresponde a las leyes españolas la denominación de vía de prueba para referirse al juicio en contumacia, consignada en las leyes 9 y 10, título 22, parte 3 y en la 2, título 5, libro 11 de la Novísima Recopilación, así como en el título xxv de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 que se aplicaron igualmente al actor que, después de proponer su demanda, no continuaba sosteniéndola hasta la sentencia (*cf.* José de Vicente y Caravantes, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid 1858, t. III, pp. 638 a 642).

Es interesante observar que a diferencia del principio de bilateralidad de la instancia, la garantía de audiencia puede ser renunciada válidamente, y así ha sucedido en todos los regímenes, especialmente respecto al juicio ejecutivo. Esta idea, señala Millar (*op. cit.*, p. 53), fue desconocida en el derecho romano, pero la desarrollaron los juristas italianos de la Edad Media, por la fusión de la noción germánica de la ocupación privada de los bienes del deudor con la máxima romana "confessus in iure pro iudicato habetur".

El derecho hispanoamericano que proviene del proceso común o romano canónico, se conservó fiel a sus principios, permaneciendo insensible a las profundas reformas francesas del siglo XIX, al decir de Enrico Tullio Liebman ("Sobre el juicio ejecutivo", en *Estudios en honor de Hugo Alsina, op. cit.*, p. 389). Mientras el derecho romano exigía la deducción de la "actio iudicati" para dar comienzo a la ejecución, la doctrina medieval, tomando por base la sentencia, permitió su directa ejecución recurriendo al "oficium iudices". De ahí se siguió a la implantación de una tutela más rápida provocando el nacimiento de los "instrumenta guarentigiata" o "confessionata", a los que los Estatutos municipales reconocieron la "executio parata", semejante a la de la sentencia, procedimiento que

Liebman considera puede ser un residuo o sustitutivo del antiguo uso germánico de la autotutela, y que se justificó, comparando el "confessus" al "iudicatus" (p. 390).

Lo importante estriba en que la confesión hecha ante notario equivalió a la efectuada ante el juez, y tales instrumentos gozaron del mismo trato que la sentencia definitiva, permitiendo ejecución inmediata, que tanto equivale como a la renuncia del derecho de audiencia, para contradecir la pretensión del actor, sin que ello significara la imposibilidad de aducir defensas que, por el contrario, fueron más numerosas contra un instrumento notarial que contra una sentencia. Pero a fin de no retardar la ejecución, se procedió en vía sumaria, omitiendo diversos actos procesales y permitiendo la emisión de un mandato judicial que autorizaba la ejecución ("praeceptum de solvendo").

La sumariedad condujo a la limitación de la audiencia, reduciéndola a las defensas a probar inmediatamente ("in continenti"), por lo que el objeto del conocimiento judicial consistió en determinar si debía detenerse o continuar la ejecución, pudiendo remitirse a otro juicio la decisión definitiva del problema, y en el cual cabían las restituciones y reparaciones consiguientes (*id.*, p. 391).

Es, por tanto, discutible si la evolución del instituto mantuvo fidelidad al objetivo primario; pero está fuera de duda que en este procedimiento la iniciación se hacía sin citación del deudor, originando un proceso pospuesto, por lo menos en los sistemas de influencia francesa y bien entrado el siglo XIX, a través de los títulos ejecutivos que conocieron de la oposición, pero iniciada ya la vía ejecutiva pura. Se habla, entonces, de verdaderos títulos ejecutorios extrajudiciales, a base de los cuales se inicia la ejecución sin establecer el contradictorio ni hacer examen de la existencia del crédito.

Que la audiencia del demandado se ha perdido, es algo manifiesto, pero las numerosas incertidumbres a que da lugar un conocimiento sumario, o una falta de contradictorio, ha conducido a la introducción de un debate pospuesto sobre la existencia del crédito, cuando el deudor la cuestiona formulando oposición que, como dice Liebman (p. 395), es una verdadera acción del deudor, destinada a quitar al título su eficacia ejecutoria.

La circunstancia de que los códigos hispanoamericanos hayan continuado en la tradición del proceso común, puede explicar que en lugar de oposición, la cual lleva al examen de fondo en un juicio ordinario, se hable de excepción limitada y con pruebas de inmediato desahogo; pero no sirve para desvirtuar la afirmación central de que la garantía de audiencia ha sido renunciada (hay una diferencia, dice Liebman, p. 395, entre la ejecución de sentencia y la del título extrajudicial, y es que contra aquélla, en su calidad de caso juzgado, no pueden invocarse sino hechos extintivos, en tanto que contra los segundos cabe alegar defensas

que hubieran podido hacerse valer si se hubiera citado a juicio ordinario, pero ella no afecta a la eficacia ejecutoria de ambos títulos).

El tratamiento esbozado aparece en sus líneas hispánicas en el código distrital mexicano, que incluye el juicio ejecutivo entre los sumarios, de modo que el artículo 453 determina que hecho el embargo se emplace al deudor, lo que significa que no se le cita previamente. A su vez, el Código Judicial panameño, con mayor precisión indica que el tribunal ante quien se promueve una ejecución, resolverá de ella dentro de las veinticuatro horas, sin oír al deudor (artículo 1173).

En consecuencia, si puede concebirse como válida una renuncia a la audiencia del demandado, en cambio, a menos de pensar en un procedimiento oficioso, de instrucción o inquisitorio, no es factible considerar que exista el proceso sin la garantía de la instancia bilateral. Ciertamente, el demandado puede no acudir y dejar de instar, pero la falta de reacción (o de acción en el caso que deba hacerlo), no resta al proceso su principio hipotético de bilateral instancia.

4. Posibles actitudes del demandado

En todo proceso, ya sea ordinario, contumacial o procedimiento de ejecución con un contradictorio pospuesto (pero no en un procedimiento de tipo monitorio, en el cual la unilateralidad de la instancia del acreedor elimina, tanto la audiencia como la instancia de la contraria, de modo que cuando ésta se opone, termina el procedimiento sin solución y se pasa al verdadero proceso; puede verse una forma monitoria en el artículo 202 del código mexicano que habla de la intimación al reconocimiento de un documento privado, seguida del requerimiento de pago como preliminar del embargo y que se califica como medio preparatorio del juicio ejecutivo), el demandado puede asumir diversas actitudes, desde renunciar a ser oído, hasta defenderse en la forma limitada por la sumariedad procesal.

Queda entendido que la posibilidad jurídica de hacer remisión al derecho de audiencia (confesión extrajudicial), implica una eliminación total o parcial de la defensa, de manera que el proceso resultará más o menos inútil, como se mira contrastando el procedimiento monitorio con el ejecutivo. Sin embargo, esta eventualidad, dentro de un orden constitucional que garantiza la audiencia del demandado, puede originar un control excepcional que declare inconstitucional la ley misma que permite este procedimiento. De ahí que si el monitorio no puede implantarse en México, vistas las disposiciones de los artículos 14 y 17 constitucional, en cambio el procedimiento ejecutivo ha existido siempre, considerando que la audiencia se prevé aunque en la cognición pospuesta al embargo.

Ya los prácticos españoles habían enseñado que la naturaleza del juicio ejecutivo es la de un procedimiento en que sólo se trata de llevar a efecto lo ya resuelto por la autoridad pública, o lo que consta en un título al que la ley da tanta fuerza como a la sentencia ejecutoriada. La diferencia con el juicio declarativo, decían, hizo que los autores no llamaran al ejecutivo pleito, y consideraran que en rigor ni siquiera había juicio, pues su objeto no era declarar, sino ejecutar lo declarado o constante en título con fuerza ejecutiva (Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán, *Tratado académico forense de procedimientos judiciales*, Madrid 1848, t. II, p. 14). En la doctrina mexicana, se dice que la ejecución obra sobre un derecho activo y no respecto a un derecho inerte que deba comprobarse, de manera que, para Demetrio Sodi, es la tutela de un derecho contra una resistencia injustificada, por eso se reputa como una medida coercitiva (*La nueva ley procesal*, México 1946, t. I, pp. 381-382).

a) Para considerar y clasificar las posibilidades que tiene el demandado ante la pretensión del actor, conviene precisar el momento en que adquiere este carácter. Ello se relaciona con el concepto que se tenga del proceso. De las múltiples teorías que se han expuesto sobre el particular, ha surgido una enseñanza fundamental. Las corrientes pueden dividirse en aquéllas que estiman que el insituto aparece en la litiscontestación y las que miran su nacimiento en la litispendencia.

Para las tesis del contrato o del cuasicontrato, no es sino hasta que se presenta la fórmula consuntiva de la litiscontestación, que se inicia el juicio. En cambio, las teorías de la relación, de la situación o de la institución, entienden que ya al presentarse la demanda nace un vínculo entre las partes y el juzgador.

b) Si el proceso es una serie de actos dinámicos, la cuestión a resolver estriba en determinar si hay proceso, también ahí donde la serie no se desenvuelve, sea porque la demanda es rechazada "in limine" por el juzgador, o porque confesada da lugar a la inmediata sentencia.

En el primer caso, cabe preguntar cuál fue el derecho ejercido por el actor, pues de la respuesta dependerá que haya existido o no demandado. Si se contesta que no hubo proceso porque no se desarrolló la serie, se estará admitiendo que tampoco se ejerció una acción, ya que ésta es el medio único de constituir la serie.

Caben dos soluciones, una, que se piense que al presentar la demanda, el actor deduce tanto una acción como un derecho de petición: de audiencia. Si el segundo derecho resulta ineficaz, naturalmente el primero no pudo nacer, ya que consistía en someter a proceso al demandado.

Esta solución no parece resistir una crítica severa, pues de los posibles derechos de instancia, obviamente el actor ejerció una acción. Estos derechos son, desde la petición (artículo 8º de la Constitución mexicana), a

la denuncia, la querrela, el reaceramiento administrativo y la acción procesal. Cada uno elimina a los restantes, en cuanto no es sino el eslabón de un procedimiento especial, en el que se hace valer determinada pretensión.

La petición busca la respuesta de la autoridad, pero no puede causar una determinación de cierto contenido. La autoridad cumple con su deber constitucional dando respuesta: cualquier contestación, sin que necesite acceder a lo pedido.

La denuncia es una participación de conocimiento, a fin de que en el momento oportuno se produzcan los efectos consiguientes. Pero el particular puede no recibir contestación alguna, como acontece en la denuncia de ingresos para que el fisco conozca la liquidación que hace el contribuyente, o la denuncia penal, para que de ser procedente, la autoridad averigüe los hechos y actúe conforme a la ley.

En la querrela aparece ya una declaración de voluntad, se dirige contra un particular o una autoridad, a fin de que se imponga una sanción disciplinaria o se castigue penalmente al infractor.

El reaceramiento administrativo es un acto de impugnación de la conducta de la autoridad, y persigue la revisión por ella misma o por el superior jerárquico, con el objeto de eliminar los perjuicios que pueda sufrir el particular.

Pero en la acción, la instancia exige la cooperación de tres sujetos, porque surgiendo del actor, va hasta el demandado a través del juzgador, estableciendo una serie concatenada que gradualmente avanza por sus tres fases: postulación, demostración y conclusiones, terminando con el auto que cita para sentencia.

Si en las primeras cuatro instancias cabe hablar de un procedimiento unilateral, porque se desenvuelve impulsado por una sola parte; en el proceso no puede sino mencionarse la bilateralidad de la instancia. Por ende, al demandar, o se ejerce ya la acción, o no hay demanda sino petición o solicitud, ni hay acción sino recurso de reaceramiento, querrela, denuncia o mera petición constitucional. Lo que el juez estudia inicialmente, es la acción en sí y no cualquier instancia, y lo que rechaza es el accionar y no un derecho de petición de audiencia, ni una querrela o denuncia.

c) Parece, entonces, que la única solución es que se ha ejercido desde un principio una acción procesal. Pero para ser procesal, es menester que se adecúe al tipo de procedimiento específico en que surge la serie, es decir, no una sucesión indeterminada de actos, sino una secuencia gradualmente prevista en cantidades ordinales.

El juez, al desechar la demanda, no hace sino interrumpir la proyección de la instancia procesal. El actor, en este caso, puede impugnar el

proveído, no en un recurso procesal que exige la bilateralidad de la instancia, porque el demandado no participa en la revisión de los actos del "a quo"; pero sí en un reacertamiento de tipo administrativo que, al resolverse favorablemente, elimina el obstáculo puesto a la proyección de la acción, de modo que ésta puede ya continuar en la vía procesal.

Pero si el "ad quem" confirma el rechazamiento, entonces la acción pereció definitivamente, sin lograr su finalidad constitutiva del proceso. Por tanto, uno es el hecho de que el proceso se conforme con una serie de instancias proyectivas, y otro el caso de que la instancia particular, contenida en la demanda, haya sido ineficaz para su objetivo.

Si se analiza el artículo 258 del código distrital mexicano, se advierte que al hablar de los efectos de la presentación de la demanda, sólo incluye uno procedimental: el principio de la instancia. Los otros dos son de carácter sustantivo: interrumpir la prescripción del derecho discutido y determinar el valor de las prestaciones exigidas, cuando no pueda referirse a otro tiempo.

En cambio, el artículo 259 establece otros efectos al emplazamiento: prevenir el juicio a favor del juez que lo hace, sujetar al emplazado a seguirlo ante el juez competente al tiempo de la citación, obligar al demandado a contestar, salvo el derecho de promover incompetencia; producir todas las consecuencias de la interpelación judicial y originar el interés legal de las obligaciones pecuniarias sin causa de réditos.

Si los dos últimos efectos son materiales o sustantivos, los tres primeros son procesales. La circunstancia de que el procedimiento se inicie con la presentación de la demanda, no se opone al hecho de que el proceso se inicie hasta el emplazamiento, porque el acto jurisdiccional que recibe la acción, no es el proveído que rechaza, sino el que admite. Al ordenar el traslado y emplazamiento, el juzgador ha dado su eficacia a la acción.

Mientras el juez no dicte el auto de admisión, no puede hablarse, ni de litispendencia, ni de demandado, ni de proceso; pero sí del ejercicio de la acción. Esto puede considerarse paradójico, en vista de que el proceso se hace con la acción y nada más que con ella; pero así como el convenio se forma con el acuerdo de voluntades y no puede hablarse de su existencia ante la falta de aceptación, sin que por ello se carezca de oferta que es uno de los elementos del acuerdo; así tampoco hay proceso porque no hay serie, pero sí acción que a ella se dirige aunque ineficazmente.

d) Esta solución puede y debe confrontarse con las diversas regulaciones impuestas por el derecho positivo. En Roma se conoció el sistema de separación del procedimiento en dos fases: "in iure" ante el magistrado, e "in iudicio" ante el árbitro. En el derecho hispánico y en

los americanos, se ha implantado un momento preliminar llamado de conciliación. A estos ejemplos pueden añadirse los ya mencionados del procedimiento monitorio y el de la ejecución sin cognición.

En todos los casos, la calidad de demandado no se asume sino hasta llegado el momento del proceso por antonomasia. Cuando Bülow analiza la relación procesal, intenta dar respuesta a varias cuestiones: entre qué personas puede tener lugar, a qué objeto se refiere, qué hecho o acto es necesario para su surgimiento, quién está facultado para realizarlo. Estas preguntas que destacan lo que el autor llama los presupuestos procesales, incluyen, como se ve, lo trascendental del momento en que se da el proceso (*op. cit.*, pp. 4 a 9).

El estudio judicial de los presupuestos, lleva, según Bülow, a una división del proceso en dos capítulos; así, en el proceso civil romano, al trámite de fondo o procedimiento "in iudicio", precede uno preparatorio ("in iure"), el cual se destinaba a la determinación de la relación procesal, a constituir el juicio. Y la misma finalidad se perseguía en el proceso germánico con el debate sobre la obligación de contestar, etapa designada como "preparatoria iudicii"; o con el procedimiento francés a través de los "fins de non recevoir".

El argumento básico de Bülow para rechazar las llamadas excepciones procesales, consistió en que la "denegatio actionis" o rechazamiento de la demanda inadmisibles, se producía "in iure" y no "in iudicio". Mientras la "litis contestatio" era la respuesta positiva, la "absolutio ab instantia" era la negativa a la cuestión de si se daban las condiciones de existencia de la relación procesal (p. 8). En su criterio, sólo mediante el estudio de los presupuestos procesales, se puede llegar a resolver el problema de la nulidad del proceso al mismo tiempo que se confirma la inexistencia de excepciones procesales en el derecho romano, pues tanto las "exceptiones" como las "praescriptiones", pertenecían a la relación litigiosa (pp. 16-17).

Respecto a la conciliación, es pertinente recordar que conforme a la tradición española, las legislaciones americanas conocieron la figura judicial, impuesta como condición de procedibilidad. En México, el artículo 89 de la ley de 23 de mayo de 1837, disponía que a toda demanda civil o criminal sobre injurias puramente personales, debería preceder el requisito de haberse intentado previamente la conciliación, la cual se justificaría con la certificación correspondiente. Estos actos correspondían a los alcaldes constitucionales, asociados de dos hombres buenos, uno por cada parte; pero el decreto de 12 de octubre de 1846, dispuso que sólo concurrieran el demandante y el demandado y pudiera efectuarse la diligencia, indistintamente, ante los jueces que debieran conocer el asunto o ante los alcaldes del ayuntamiento o los del cuartel (*Curia Fili-*

pica Mexicana, México, 1850, pp. 155 y ss., obra publicada por Mariano Galván Rivera).

La doctrina calificó a este procedimiento de acto preparatorio, sustanciándose en forma verbal con citación de la persona a quien se iba a demandar, quien si no concurría, era citado por segunda vez bajo pena de multa. En caso de no acudir definitivamente, se tendría por intentado el medio, dándose por concluido el procedimiento, al igual que si comparecía diciendo que renunciaba al beneficio de conciliación. Si, por el contrario, se celebraba la diligencia con lo que expusieran las partes, y dictaminaran los hombres buenos en su caso, se dictaba providencia para evitar el pleito y lograr la avenencia. Las partes podían avenirse y recabar copia certificada para que la autoridad correspondiente llevara a efecto la solución. Pero en caso de inconformarse, expedida la certificación terminaba el procedimiento y el actor estaba en posibilidad de deducir su demanda formal.

Además de que este medio ofrece nuevo ejemplo de audiencia sin proceso, permite sostener que no basta la comparecencia de las partes para originar la relación dinámica que surge de la acción. En el fondo, la conciliación no pasaba de un trámite que debía cumplirse para entrar al juicio y, en el supuesto de llegar a un resultado favorable, sin duda se alcanzaba un convenio extrajudicial, en el sentido de haber sido formado fuera de proceso.

De todas maneras, la posición de demandado no se encuentra sino hasta el momento en que se admite la demanda, grado en el que nace la litispendencia, tal y como ya lo viera Lucas Gómez y Negro, al sostener que el emplazamiento producía los clásicos efectos de: prevenir el juicio (ley 2^a, título 7^o, parte 3^a), interrumpir la prescripción, perpetuar la competencia del juez, hacer que la cosa de que se trata se convierta en litigiosa sin poder enajenarse ni hacerse innovación en ella hasta el fin del pleito, sujetar al demandado a continuar la instancia y obligarlo a presentarse ante el juez aunque sea incompetente, porque así se debe a su dignidad (*"Elementos de práctica forense*, con un formulario arreglado a ellos, a los que precede un discurso como preliminar y plan de la obra sobre el arte de litigar y otro por apéndice sobre la autoridad que en su opinión tienen los códigos con los títulos de Fuero Real, las siete Partidas, Leyes de Estilo, Ordenamiento de Alcalá y las Ordenanzas Reales de Castilla", París, 1847, pp. 90-91).

e) Si se estima que las explicaciones precedentes son fundadas, tendrá que convenirse en que la noción de demandado se vincula con el dato de la litispendencia. Esa conversión del derecho sustantivo en litigioso, según Gómez y Negro, no es sino la aparición de la litispendencia, momento que coincide con el nacimiento del proceso. Lo único en

que pudiera haber discrepancia con la doctrina moderna, sería precisamente esta afirmación; pero bueno será tener presente que el rechazo de la demanda significa ineficacia de la acción e inexistencia de parte demandada. Corolario interesante será que, conforme a la concepción admitida de la naturaleza bilateral de la instancia, hay un momento en que el actor no puede desistir unilateralmente por haberse establecido la litispendencia.

Víctor Fairén Guillén, que rechaza enérgicamente la existencia de una litiscontestación (sea como contrato o como cuasicontrato) en el proceso, sostiene por varias razones, que el actor no puede desistir sin el consentimiento del demandado, a menos que se trate de una verdadera renuncia al derecho sustantivo y con las consecuencias de condenación en costas. Sin embargo, también a él se le presentan las cuestiones relacionadas con el momento límite de la prohibición.

En lo que respecta al inicial, lo ubica en la producción de la litispendencia, con lo que debe coincidirse plenamente; pero además, expresamente considera que ésta se produce con la admisión de la demanda, agregando que ello tiene efecto retroactivo al de interposición de la misma. A partir de ese momento y hasta aquel en que termina la posibilidad de actuación de ambas partes, es posible el desistimiento bilateral. Y más adelante, Fairén entra al punto concreto de si cabe el desistimiento unilateral antes de que se resuelva sobre la admisión de la demanda, indicando que no cabe un desistimiento; pero se refiere al desistimiento propiamente dicho, es decir, al bilateral, pues todavía no hay litispendencia ni se sabe si la habrá.

Frente a una posible objeción de contradicción, el autor explica que hay actividad jurisdiccional desde que se ejerce la acción. Es en esta parte que se descubre lo discutible de su tesis, porque no cabe admitir que el rechazo sea acto jurisdiccional, es decir, que la negativa a dirigir un proceso, sea acto de dirección del mismo. Y si se invoca la posibilidad de los recursos, también debe recordarse que la impugnación contra este auto no es procesal y ni siquiera se da vista al demandado.

Fairén intenta salvar la paradoja con una afirmación que es, como él dice en otra parte, un fantasma en el siglo xx, y que consiste en que no hay litispendencia aunque haya jurisdicción, porque esta actividad se encuentra en estado embrionario, crepuscular, ya que las fuerzas que a ella se han dirigido no son demasiado intensas. Como figura retórica, es factible que guste a alguien, pero como explicación científica carece de seriedad. Después de ello, la razón que aduce para no admitir el desistimiento unilateral es la existencia de una posible difamación contra el demandado, sólo posible y encomendada al criterio del juzgador, por lo que termina estimando procedente tal desistimiento con el

solo cambio de nombre: retractación de la demanda (*cfr. El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia*. Barcelona, 1950, pp. 119 a 123).

f) Queda, pues, fundamentado el hecho de que mientras no se admita la demanda, no hay litispendencia ni hay demandado. Queda ahora por analizar la conducta legalmente permitida a éste. Ni aun en los regímenes coactivos, se llegó hasta el extremo de hacer actuar al demandado. La "manus injectio" romana, o las coacciones personales dirigidas contra el demandado en los tribunales de equidad anglosajones (Millar, p. 51), fueron, como las medidas patrimoniales, formas de lograr la comparecencia, pero no la actividad.

Y es que, en realidad, la conducta propia puede ser sustituida pero no lograda ficticiamente. Cabe que se entienda que el renuente admite, que niega o que nada dice. Todas estas fórmulas son conocidas en las legislaciones hispánicas; pero ninguna significa actividad del contumaz.

Entonces, al mencionar las posibles actitudes, se indica la conducta y no la actividad en concreto. La conducta es situación personal, modo de aparecer ante los semejantes. Pero además de la simple posición, es factible la actuación. Ella viene en una particular manifestación: positiva o negativa. Quien afirma, como quien niega, actúan; pero quien nada dice, se conduce omisivamente.

El demandado, frente al emplazamiento o citación, puede, consecuentemente, tomar la actitud de una conducta omisiva. No ir al proceso, ser contumaz o rebelde al mandato de comparecencia.

Esta primera actitud ha sido considerada, tanto en la legislación panameña (artículos 347 a 355 y 1105), como en la mexicana (artículos 637 a 651 y 271 del código distrital); pero en tanto la primera habla de un juicio en rebeldía, que define como aquel que se sigue con los estrados (terminología que recuerda la de los prácticos españoles, como puede verse en Gómez y Negro, p. 92, donde se explica que significa seguir el juicio con los asientos del tribunal, manifestándose a ellos las providencias judiciales, produciéndose los mismos efectos que si se las notificasen a la parte en persona) del tribunal en representación del demandado que habiendo sido citado en debida forma, no comparece a defender o a hacer uso de su derecho; en cambio el código mexicano, eliminando la definición, se limita a indicar que en toda clase de juicios, cuando se constituya en contumacia un litigante, no compareciendo después de citado en forma, no se volverá a practicar diligencia alguna en su busca, y las resoluciones que de ahí en adelante recaigan y cuantas citaciones deban hacerse, se notificarán por el Boletín Judicial y en cédulas que se fijen en las puertas de los juzgados o tribunales, y ejecutarán en los estrados de los mismos, salvo los casos en que otra cosa se prevenga.

Es pertinente indicar en este punto que, sobre los términos contumacia y rebeldía, hay cierta confusión. Se puede proponer el uso del primero para establecer que se trata, no de quien desacata una orden, sino de quien se muestra renuente a instar, o sea, a ejercer su derecho. Pero en realidad, la tradición hispánica los separó por otras razones, y así se ve en Gómez y Negro (p. 91) que tanto la Nueva Recopilación, como la Novísima, hablaban indistintamente de ambas situaciones, correspondiendo a la práctica el entender la rebeldía como el acuse (en la inteligencia de que se hacían tres), y la contumacia como la declaración. Por tanto, el demandado se rebelaba contra la pretensión del actor de someterlo a juicio, y se mostraba o era declarado contumaz por el juez al no acudir.

Como sea (y parece preferible hablar sólo de contumacia, en vista de que en la doctrina moderna no se considera que el demandado tenga una obligación sino un riesgo: la llamada carga de contestar), lo importante está en que prácticamente la legislación de ambos países permite tanto la actitud renuente como la prosecución del juicio, y aun la tardía intervención del demandado, quien podrá instar en la fase procesal que se desarrolle, sin poder retrotraer la serie, además de que consistiendo la figura en una vía de prueba, si el actor no justifica su pretensión, podrá ser absuelto el contumaz y, en caso contrario, podrá impugnar (en el derecho panameño, cabe también la pretensión rescisoria, conforme al artículo 355, y en el mexicano, la apelación extraordinaria que se sigue sumariamente como juicio de nulidad, al tenor de los artículos 717 y ss.).

g) La contumacia es la única conducta omisiva del demandado, pues las restantes deben calificarse de actos, manifestaciones ciertas que, a su vez, pueden tener un significado positivo o negativo.

En términos procesales, Niceto Alcalá Zamora y Castillo explica que la concepción dinámica por la que propugna, lleva a sostener que a la acción se opondrá la reacción y se contraponen la inacción ("Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción", en *Estudios en honor de Alsina, cit.*, p. 46).

La terminología no es nueva, pero él mismo se encarga de mostrar las diferencias respecto al significado que le dan otros autores. Así, Calamandrei (*Instituciones*, p. 258) incidentalmente se refiere a las reacciones para aludir a la lucha entre acciones y reacciones, ataques y defensas, provocación del movimiento de los otros sujetos. Carnelutti utiliza la palabra inacción como sinónimo de omisión, para dejar a la acción como sustitutiva de comisión (*Sistema*, núm. 456, a, ap. 2º). Y Alsina (*Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, Bs. As.,

1941, t. I, p. 259) emplea la inacción como uno de los modos de extinguirse la relación procesal.

Ante la disparidad de concepciones, lo procedente es tratar de capturar al fenómeno mismo y utilizar el arbitrio con que trabaja toda doctrina, para elegir la denominación más adecuada.

Quando se está en el caso del contumaz, la conducta en sí es plenamente omisiva (por lo menos en el momento inicial de la fase postulatoria que ahora se contempla, porque también cabe una omisión en el curso del proceso seguido con la colaboración de ambas partes, y entonces se tendrá que hablar de contumacia eventual, ocasional o temporal). En este sentido, la acepción de Carnelutti es la adecuada, porque el sujeto simplemente inacciona. Pero en su metodología hace falta el complemento de la reacción.

En cambio, no es admisible la tesis de Alsina, porque la inacción no es el modo de extinguir la relación, todo lo más, por causa de ella el proceso caducará que es la verdadera extinción. De otra parte, no distingue entre inacción parcial (de una parte) y bilateral, ocasional y total. La simple inacción del demandado es contumacia y no terminación del proceso. La inacción de ambas partes puede conducir a la preclusión por decaimiento de sus respectivos derechos, pero no a la consumación del proceso. Sólo la inacción bilateral y total es causa de la caducidad, tomada en su sentido teórico.

Por su parte, Calamandrei da una significación demasiado amplia a la reacción, cuando entiende por ella la provocación de la conducta de los demás sujetos procesales, entre los que debe considerarse al juzgador, quien realmente no reacciona sino actúa jurisdiccionalmente. Y desde otro punto de vista, su concepción es demasiado estrecha, puesto que el demandado no sólo reacciona para defenderse, sino también para confesar, allanarse y reconocer, o para otros efectos que más tarde se mencionan.

Lo que resta es averiguar si, como quiere Alcalá Zamora, en verdad a la acción se opone la reacción y se contraponen la inacción. Oponerse es obstaculizar, impedir, detener, y la reacción es la actividad del demandado que complementa la del actor. No hay, en el instar (abstrayéndole por el momento la pretensión aducida con él), un sentido de oposición absoluto. Puede darse el caso de que el demandado inste pretendiendo el desechamiento del accionar del actor; pero también cabe que inste pretendiendo sentencia favorable a su interés. Entonces, la instancia pura, sea de acción procesal o de reacción procesal, no es un impedimento a la conducta ajena; por el contrario, la primera la exige y la segunda la supone. Ambas se coordinan o no se formarían el proceso.

Contraponerse es colocarse en el lado contrario, de manera que si el actor insta, una contraposición sería, cabalmente, la reacción. Las partes

tienen intereses contrarios, pero en lo sustantivo, en la relación litigiosa. Ya Carnelutti había hablado del interés común en solucionar el litigio, lo cual sólo es factible si el proceso llega normalmente a su fin, pues de presentarse la absolución de la instancia, llamada sobreseimiento, ninguna de las partes verá juzgado su derecho. Y el demandado tiene, en condiciones normales, tanto interés en la sentencia, como el actor, y por ello Fairén Guillén ha hablado del desistimiento bilateral como resultado de la formación de la relación procesal que tiene "sub iudice" el derecho de las partes.

Así pues, no parece sino que los términos reacción e inacción, deban recibir otra significación. Los fenómenos que se presencian cuando estas figuras surgen en el proceso son los siguientes: por la inacción, el demandado se muestra renuente a colaborar en el desarrollo de la serie; pero ésta, en el sistema del juicio en contumacia, no se detiene, de manera que, para cumplir con el principio de la bilateralidad de la instancia, es menester que el juzgador suple la inactividad, lo que hace ponderando los pedimentos del actor y conduciendo por la vía regular el proceso a través de sus proveimientos jurisdiccionales. En consecuencia, la inacción no obsta, no se contrapone tampoco, pues no logra detener ni alcanza a colaborar. Lo único que puede decirse es que lo contrario gramaticalmente de accionar es no accionar, ser omiso; pero a la acción, derecho de instancia del actor, no se contrapone la inacción del demandado, todo lo más, se contrapondría o sería contrario a su accionar el subsecuente no accionar (si el actor demanda y el demandado contesta, el actor no accionará si omite la réplica).

En cuanto a la reacción, se ha visto que con ella se intenta capturar esa actividad de la parte contraria a quien acciona (porque si el actor es el titular de la acción en la demanda, el demandado puede serlo del ofrecimiento de prueba y, entonces, el actor tendría que reaccionar objetándola, tachando testigos, etcétera). Por lo mismo, la reacción no pasa de ser la instancia proveniente de la contraparte. Es la respuesta procesal a la provocación que entraña la acción. Si ésta se proyecta desde el actor hasta el demandado a través del juez, la reacción vuelve al juez para que éste determine, en el proveimiento respectivo, el camino que debe seguirse en adelante. El auto del juzgador viene a cerrar el grado, integrado con el accionar del actor y el reaccionar del demandado en cierta fase procesal.

La reacción, pues, no se opone sino que se coordina con la acción. El proceso se va desarrollando con acciones y reacciones, y ambas son necesarias (no imprescindibles) para graduar la serie. Pero todo ello en nada prejuzga de la pretensión ejercida por la parte, o de la petición de actividad jurisdiccional que provoca. Quien reacciona, puede hacerlo para expresar su pleno sometimiento a la pretensión ajena, o para dis-

cutirla, rechazarla y hasta para exigir la absolución de la instancia, sea por defectos procesales de constitución de la serie, o por razones que enerven el derecho sustantivo o lo desvinculen del actor (falta de personalidad: de identidad, de habilidad, de legitimación, de representación, de procuración, o simplemente de titularidad del derecho).

No puede predecirse, mirando sólo al instar, qué pretensión se aduce, sólo puede saberse qué tipo de procedimiento se busca.

h) En síntesis, podría decirse que las posibles actitudes del demandado son sólo dos: inacción u omisión del acto, y reacción para cualquier conducta positiva que se manifiesta precisamente en un acto.

Pero la reacción que, debe repetirse incansablemente, no sólo corresponde al demandado, sino también al actor, y hasta a terceros que vienen al proceso o son llamados por la parte; la reacción no es sino el nombre de la instancia complementaria de la acción.

Es preciso, en seguida, discriminar las diferentes finalidades que puede perseguir el sujeto. Como todo instrumento, la instancia de reacción procesal es útil para objetivos tan disímolos que pueden llegar a la contrariedad. A la comprensión de este fenómeno sirve la distinción entre resultados de eficacia y de eficiencia.

Por la eficacia, los actos (especialmente los dinámicos) encuentran "a priori" determinado un efecto. En cambio por la eficiencia, se causa el contenido de ese efecto. La instancia, necesariamente, tiene previsto un resultado pero no el sentido favorable o desfavorable del mismo. Ésta es su eficacia y lo único que ella puede originar. Sin embargo, en todo acto jurídico existe, al lado de su eficacia, el dato de su eficiencia, que es la búsqueda de la finalidad perseguida por el sujeto.

Es por ello que cabe definir a la instancia como el derecho de una relación dinámica (procedimiento) causante de una prestación resolutoria (proveimiento), cuyo contenido no puede ser predeterminado por aquélla.

La instancia, en cuanto elemento dinámico es instrumento adióforo, carente de sentido por sí misma. De ahí que la corriente procesal mayoritaria haya hablado del derecho abstracto de obrar al referirse a la acción, pues resulta el mero derecho de provocar, con independencia del derecho a obtener que se vincula con el título sustantivo.

Un derecho abstracto, como es la instancia, es intrascendente para alcanzar la resolución favorable. Cualquiera puede instar sin tener derecho digno de tutela judicial, y así se ve en las demandas temerarias, en la acción sin derecho, en el proceso simulado (en realidad proceso con litigio inexistente) y en el proceso fraudulento.

Por ello la instancia sirve a algo, a un derecho que requiere ser garantizado. Procesalmente, a un derecho que causa la condena de alguien, la

declaración de validez o invalidez de una relación material, o a la constitución de una situación.

La eficiencia corresponde a la pretensión de tutela del derecho sustantivo. Por lo mismo que la instancia no tiene más propósito que provocar el acto jurisdiccional, la pretensión tiene por objeto determinar el acto decisorio.

En este punto conviene dejar precisado que el acto jurisdiccional no se confunde con la sentencia, porque aquél se limita a dirigir la serie de instancias proyectivas, en tanto que ésta va hacia el litigio y lo resuelve. La sentencia tiene, materialmente, la misma consistencia que una resolución administrativa. En ambos casos hay decisión de pretensiones; pero la sentencia, además, resuelve sobre pretensiones contrapuestas y, si ello no fuere bastante, podrá agregarse que surge del proceso y no de cualquier tipo de procedimiento.

Éste no es el criterio adoptado por la doctrina, pero la realidad de los hechos le apoya, al grado de que una vez distinguidas jurisdicción y sentencia, se puede entender cómo la acción y la reacción procesales no pasan de perseguir la jurisdicción, en tanto que las pretensiones de la demanda y contestación buscan el pronunciamiento final. La sentencia no decide sobre la acción, y éste es uno de los principales argumentos de Bülow para demostrar que la excepción que busca una sentencia no puede ser procesal sino sustantiva. Sus palabras son, ciertamente, intachables cuando afirma que quien elige una demanda equivocada, comete una falta con motivo del proceso, pero no una contravención al derecho procesal; de ahí que el juez tenga que sustanciar el proceso para finalmente negar la demanda (*op. cit.*, p. 228).

Es, pues, la demanda, un acto complejo, en el cual se ejerce una instancia proyectiva que tiene la eficacia de provocar el proveimiento jurisdiccional, y una pretensión calificada por su eficiencia para alcanzar el fallo sobre el litigio. Si la instancia es correcta, si satisface todas las condiciones legales, será admitida la demanda, sin que por ello quepa asegurar que la pretensión será favorecida. Puede el actor impulsar regularmente la serie de grados procesales y ver desestimada su pretensión. De otra parte, es factible que una pretensión fundada no alcance siquiera al auto de admisión de la demanda, por razones de ineficacia de la instancia. "In limine" verá rechazada el actor su acción, sin que siquiera se atienda lo pedido.

La pretensión, en la demanda, y a diferencia de otros actos de postulación, como las peticiones y solicitudes, se deduce frente o contra otro, el cual, por virtud de la garantía de audiencia, tiene también derecho a pretender en contrario del primero. Ante dos pretensiones que se excluyen u obstaculizan (Bülow habla de hechos impeditivos o extintivos para

referirse a la excepción, p. 8), la sentencia, que viene a pronunciarse cuando ha terminado, fenecido el proceso, cuando nada hay que instar, tiene que elegir la pretensión más eficiente.

De esta manera, la pretensión deducida en la demanda pudo ser deficiente por falta de pruebas, o simplemente insuficiente por razón de las pruebas en contrario. Lo único cierto es que la acción fue eficaz, haya sentencia favorable o desfavorable, porque el proceso se conformó, fue desarrollado por todas sus fases y provocó la emisión del fallo. No cabrá atribuir a defectos del instar el pronunciamiento desestimatorio de la pretensión y, nuevamente recordando a Bülow, si es en la sentencia donde se valoran las llamadas excepciones, entonces éstas no son la instancia reaccionante, sino la pretensión del demandado que impidió o extinguió el derecho del actor.

i) Puede ahora comprenderse mejor, cómo la reacción es el medio de colaborar a la formación del proceso, y el instrumento empleado para hacer valer defensas o excepciones, reconocimientos y allanamientos, denuncias y confesiones.

Se dice a este propósito, que, tanto la acción como la reacción, tienen por contenido objetivo una pretensión. En realidad, para que un acto contenga a otro, es menester que sea complejo, como la demanda. Y, tanto la instancia como la pretensión, son elementos de ella, ahí se manifiestan, se unen pero no resume uno al otro, no lo asume, no lo implica ni lo porta. Lo contrario significaría que siempre que se acciona se pretende la sentencia. Sin embargo, se acciona, tanto para pretender un fallo, como para requerir una providencia que admita las pruebas, que señale fecha para su desahogo, y que produzca su asunción, y así por el estilo respecto a otras peticiones deducidas a lo largo del proceso, hasta llegar a los alegatos de buena prueba.

Ha sido el propio Alcalá-Zamora quien ha enseñado que debe librarse al concepto de acción de contaminaciones iusmaterialistas (*op. cit.*, p. 44), y para explicar su dinamismo, metafóricamente observa que la acción no es un empujón que se dé a la pretensión litigiosa para que franquee la puerta jurisdiccional, sino una vibración continuada para que llegue a su destino (p. 45). En fin, al intentar caracterizarla, señala que es tan sólo la posibilidad jurídicamente encuadrada de recabar los proveimientos jurisdiccionales necesarios para obtener el pronunciamiento de fondo y, en su caso, la ejecución respecto de una pretensión litigiosa (p. 44).

Entonces, y con independencia de otras cuestiones relativas a la terminología tanto como a su teoría (por ejemplo, el ver en la acción una mera posibilidad, o el vincular a la acción con el procedimiento de ejecución), lo cierto es que de admitirse que la acción es dinámica porque se reitera a cada instancia procesal, tendrá que aceptarse la consecuencia de que la

pretensión quedó atrás, en el acto de la demanda, y lo que sigue es un accionar peticionando para recabar proveimientos jurisdiccionales como él dice.

Podría afirmarse que cuando el actor ofrece una prueba, intenta dar eficiencia a su pretensión y que, por lo mismo, ésta sigue siendo el contenido del accionar; pero ello, además de que sólo sirve para establecer la línea de eficiencia procesal, frente al lazo de eficacia formado por el instar en sí, no significaría sino que la pretensión es mantenida, no invocada o hecha valer como en la demanda.

j) Ubicado cada elemento en su lugar propio, puede observarse que el análisis de las actitudes del demandado se refiere, no ya a la instancia, sino a la pretensión o petición que formula a través de su reacción.

Está el demandado en el proceso, se ha presentado, si no en persona, sí por escrito. Ahora bien, ¿cuál es el contenido de éste?

Las actitudes positivas pueden ser de tres clases: afirmación de la pretensión del actor, negación de ella o formulación de impedimentos.

k) A comenzar por la afirmación o mejor dicho, reafirmación de la pretensión del actor, deben separarse tres casos.

En primer lugar, la afirmación puede ser del hecho: confesión.

En seguida, cabe una afirmación del derecho: reconocimiento.

Y, por último, es factible una reafirmación total, de hechos y derechos: allanamiento.

No coinciden las legislaciones positivas en este método. Por ejemplo, el código mexicano emplea el término confesión de manera multívoca. Lo mismo significa admisión de hechos, imputación legal de la admisión, absolución de posiciones, que allanamiento o reconocimiento. Tan sólo en su artículo 274 se refiere a la actitud del demandado que confiesa, lo que puede equivaler a allanamiento y, en forma relativa, a reconocimiento.

Por su parte, el código panameño, al referirse al allanamiento, alude a la penetración de locales o moradas (artículos 401 y 1026 a 1034). Y también utiliza el término confesar para aludir a los supuestos indicados (artículos 796, 713, 716, 717, 718 para la extrajudicial, 754, 756 y 746 para la ficta, 712 y 715 para la judicial, y 1105 para la tácita).

Sea cualquiera el concepto que se tenga de la confesión, lo importante es que por ella se admiten hechos. Las mismas relaciones jurídicas confesadas, llevan a la admisión del hecho de su existencia, constitución o validez. Quien confiesa asume la verdad de lo afirmado. Pero debe añadirse que esta verdad ha de ser de hecho propio, no de hecho exclusivamente unilateral, porque el convenio cuya existencia se confiesa implica el acuerdo de, por lo menos, dos voluntades. Lo confesado es el hecho de haber expresado la declaración de voluntad propia.: No sería lógicamente útil

que se confesara la declaración ajena. Ésta se afirma o demuestra; no se admite.

Por tanto, la primera actitud afirmativa del demandado es de una admisión fáctica. Ello beneficia, naturalmente, la pretensión del actor, pero no lo suficiente como para alcanzar una sentencia favorable, porque admitir el hecho es sólo eliminar su problemática; de ninguna manera reafirmar el derecho. Al confesar se puede también aducir otro hecho modificativo, obstativo o extintivo.

l) La segunda actitud afirmativa es la otra cara de la moneda. El demandado reconoce el derecho y con ello deja también fuera de discusión la consistencia de la relación litigiosa. Pero puede añadir una defensa consistente en su extinción, su inexigibilidad, su modificación total (novación) o parcial (remisión limitada, espera, etcétera).

Es conveniente formular aquí algunas aclaraciones relacionadas particularmente con la ley panameña, que sobre el extremo de la confesión y el reconocimiento, tiene disposiciones más detalladas y de especial significación, que el código mexicano. Ante todo, debe reconocerse con Bülow, que el nombre de un título o el dado por un artículo, no ha de tenerse en cuenta de modo tan decisivo para resolver casos dudosos, ni una regla incontestable, o inmovible por tales consideraciones (*op. cit.*, p. 160).

Entonces, cuando el artículo 592 del Código Judicial expresa que el demandado puede desistir de la oposición a la demanda, habrá de tenerse presente que la palabra oposición es equivocada porque se emplea para denominar opositor a quien sostiene la instancia contra el actor (artículo 324), y por instancia se entiende el ejercicio de la acción en cada uno de los grados del juicio (artículo 287). Por tanto, desistir de la posición, igual puede equivaler a dejar de instar, como a confesar o reconocer.

Por su parte, confesión es, según el artículo 711, la manifestación que hace una persona contra sí o por medio de otra que tenga facultad de obligarla con su manifestación, de ser cierto un hecho que es o puede ser materia de prueba en un juicio. Pero la confesión judicial (artículo 712) no tiene valor cuando verse sobre hechos contrarios a las leyes físicas y superiores a la razón; cuando la hace alguno que no puede comparecer en juicio por sí solo; cuando la hace el representante de la Nación, de un Municipio o de una asociación de caridad o beneficencia o un tutor o curador o defensor en pleito contra un pupilo o un ausente; o cuando la hace un cónyuge respecto de los hechos en que se funde una demanda de divorcio (artículo 725).

Fuera, pues, del hecho de que la confesión esté definida como prueba (o mejor, como medio de ella), y que las definiciones legales son normalmente un error que debe evitarse en lo posible; lo cierto es que está bien lejos de ser la comentada reina de las pruebas y ya se discute:

primero, si es prueba (lo más acertado es considerarla como medio de convicción), si tiene pleno valor (mediante el régimen de la sana crítica, su importancia ha disminuido grandemente), si puede ser tasada (lo conveniente es distinguir entre confesión extrajudicial o preconstituida y judicial o asumida en juicio), si es única (los códigos se inclinan por la diversificación: admisión de los hechos de la demanda, producida ante la contraparte o ante tercero, como respuesta evasiva o silenciada y como absolución de posiciones), si es determinante (también se habla de confesión admisible y confesión inadmisibles), si pertenece a una rama (ahora se tiene a ubicarla en la teoría general del derecho, participando por igual del régimen sustantivo y del procesal) y en fin, se inquiere por su naturaleza.

Sobre lo último, dos corrientes se oponen francamente, la doctrina antigua la concebía como declaración contractual o simplemente negocial (declaración unilateral) que produce sus efectos luego de ser recibida por el destinatario. En la actualidad, tiende a generalizarse la idea de la confesión como mera declaración de ciencia o conocimiento. En este camino se busca (como lo hace el código panameño en el artículo 725, aunque en forma por demás limitada) que no se eludan las normas limitadoras de la prueba a través del mecanismo confesorio. En síntesis, se persigue contraponer la declaración de voluntad a la declaración de conocimiento, de hechos y no de relaciones (*cf.* Vincenzo Panuccio, *La confesión extrajudicial*, Trad. Antonio Segura Sánchez, Barcelona, 1961, pp. 8 a 23).

Con estas advertencias, puede distinguirse entre confesión o declaración de conocimiento de hechos, y reconocimiento o declaración de voluntad sobre relaciones. Pero en ningún caso, el demandado que se conduce positivamente (que actúa) haciendo estas declaraciones, accede a lo pedido, pues nada impide que a continuación objete el derecho por causas extintivas, modificativas o simplemente dilatorias.

m) En cambio, en el allanamiento, la reacción hace valer un pleno sometimiento. El demandado acepta la demanda, rehúye el pleito y sacrifica su interés cierto o presunto.

Es el allanamiento la forma más completa del vencimiento liminar. Un demandado que se allana nada tiene que oponer; sin embargo, ha reaccionado, ha acudido al proceso y ha instado. Su posición es la del vencido sin luchar. Probablemente sólo aconteció que no pudo cumplir, que quiso y careció de medios. El caso se presenta generalmente en aquellos deudores que han caído en mora sin culpa, por causas ajenas a su voluntad. Pero el legislador ha de cuidar que esta vía no se utilice para defraudar a terceros; por ello, en principio, el allanamiento es admisible tratándose de derechos disponibles, aunque no se pueden eliminar las hi-

pótesis de autoembargos y simulaciones. Quien se allana, además, debe ser hábil en el ejercicio de sus derechos o estar legitimado.

n) La actitud positiva (en cuanto reaccionante) del demandado, puede llegar a extremos negativos, contrastantes con los afirmativos antes indicados (confesión, reconocimiento y allanamiento), pero sólo en el sentido de la pretensión que hace valer, no respecto al instar en sí.

Quien confiesa la demanda, reconoce el derecho o se allana a la pretensión; emplea, al igual que quien la niega, un mismo conducto: la reacción. El actor ha puesto en marcha el proceso y el juez ha permitido la proyección de su instar. A renglón seguido, el demandado produce su reacción, acto positivo en lo que mira al proceso, pues de esta manera, se cumple el ciclo gradual previsto por la ley.

Sin embargo, la similitud de la apariencia no pasa de este fenómeno. Es decir, para el espectador, ajeno al contenido del documento, sólo le es posible advertir un conducirse positivo de los sujetos: del actor que deposita la demanda, del juez que ordena su traslado, del demandado que, a su vez, entrega la contestación.

Pero el sentido de ésta, su trascendencia para el fallo, sólo es advertible cuando se lee, cuando se conoce la pretensión deducida. En este ángulo, cuatro posiciones son estudiadas por lo general: la escueta negativa, la excepción, la defensa y la reconvencción.

Otras actitudes son también posibles, y más adelante se precisarán; por ahora puede adelantarse que siguen requiriendo la instancia, aunque no sea ya una reacción, como en la denuncia del pleito y que, en ocasiones, se va más allá del contestar como sucede en el contrademandar o en el oponerse a la ejecución, sin faltar las figuras anómalas del perjudicado por la jactancia, el allanamiento anticipado y el simple informe.

Con todo, a comenzar por la negativa, es pertinente indicar que no se trata de una actitud particular. Savigny (*Sistema del derecho romano actual*, t. iv, p. 106) incluía entre las variedades de la defensa la negativa del derecho alegado por el demandante, diciendo que de dos maneras puede negar el demandado: pretendiendo que el derecho no ha existido nunca o reconociendo que ha existido pero que posteriormente fue anulado. Agregaba que la negativa del derecho era absoluta en el primer caso y relativa en el segundo.

Por su parte, Hugo Alsina (*Defensas y excepciones*, Buenos Aires, 1958, p. 73) llegó a sostener que si el demandado niega el hecho constitutivo o la trascendencia jurídica que el actor le atribuye, no opone una defensa, sino que desconoce la relación que el actor pretende imponerle.

Se considera que la negativa estaría entre la contumacia y la defensa, porque de aquélla tendría, según Adolfo Wach (*Conferencias sobre la Ordenanza procesal civil alemana*, Trad. Ernesto Krotoschin, Buenos Aires,

1958, p. 173), el sentido de inconformidad con la pretensión, y de ésta la declaración de conocimiento referida en una instancia.

Esta conducta negativa aparece en el código procesal mexicano, cuando el artículo 6º indica que quien niegue la posesión, la perderá en beneficio del demandante. Pero la actitud negativa puede convertirse afirmativa cuando, en términos del artículo 282 del mismo código, quien niega deba probar porque su negativa envuelva la afirmación expresa de un hecho: a quien reclama el crédito se le objeta el pago.

o) La simple negativa como forma de arrojar la prueba a la contraria, puede avanzar hasta la contradicción de hechos y derechos.

Se penetra así en la parte más discutida por la doctrina. A pesar de la labor insuperada de Bülow, la doctrina no ha podido todavía distinguir nítidamente el concepto de defensa. La confusión se encuentra, lo mismo en la índole de la instancia empleada, que en la naturaleza del argumento o razón hechos valer.

José Castillo Larrañaga y Rafael de Pina (*Instituciones de Derecho procesal civil*, México, 1950, p. 145), informan que se da el nombre de "defense" a la denegación que el demandado formula frente al derecho alegado por el demandante. La terminología francesa tiene, frente a la confusión doctrinal y legal de otros países, la ventaja de señalar una distinción obligada, entre dos cosas totalmente diversas. Sin embargo, esto sólo permite conocer la existencia de dos actitudes limítrofes: la defensa y la excepción, y la necesidad de separarlas hace caminar más hacia el fondo para lograrlo.

Naturalmente, la defensa sólo puede aparecer en el proceso, fuera de él, cualquier argumento de la contraparte en el litigio, toda actitud de resistencia será o no legítima, pero no defensa.

Ahora bien, al defenderse, el demandado puede atacar los hechos o el derecho, o ambos. La dificultad está, no tanto en los argumentos negativos o extintivos y modificativos, cuanto en el momento, modo y finalidad del ataque. Las legislaciones positivas quieren que el ataque se formule en la contestación, pero admiten que por causas supervinientes, se produzca posteriormente. Exigen que se haga mediante la reacción, pero es factible que se aduzca accionando al probar. Y persiguen que se destine al derecho sustantivo discutido, pero no puede desconocerse que en algunos casos, atacando lo que Bülow llama genéricamente presupuestos (referentes a la persona, correspondientes a la materia del proceso en sí, concernientes a la proposición de la demanda o su comunicación, y relativos al orden consecutivo: prejudicialidad, conexión de causas e intempestividad, *op. cit.*, pp. 12-13), se logre enervar el derecho sustantivo mismo.

José Chiovenda (*Ensayos de Derecho procesal civil*, Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1949, t. . . , pp. 263-271) sigue el criterio

de clasificar las excepciones en tres grupos: *a*) cualquier medio por el que el demandado justifica su pedido de absolución, incluida la negación del fundamento de la demanda; *b*) más limitado, viene a ser el acto de defensa que no consiste en la simple negación, sino que llega a la contraposición de un hecho impeditivo o extintivo como la novación o la simulación; y *c*) todavía más restringida, la excepción alude a la contraposición de hechos impeditivos o extintivos, que por sí solos no excluyen la pretensión, pero dan al demandado un poder de anulación, como la prescripción, el dolo, la violencia o el error.

Después de revisar la historia de las excepciones en el derecho romano, en el canónico y en el comparado, y de observar las posiciones del demandado frente a la demanda, Hugo Alsina (*Defensas y excepciones*, pp. 64-65) encuentra que este sujeto se halla en situación de defensa, cuando: *a*) contesta negando los hechos en que se funda la demanda, porque la negativa del hecho constitutivo importa el desconocimiento del derecho pretendido; *b*) contesta, y sin negar los hechos, les desconoce trascendencia jurídica, pues en tal caso actúa sosteniendo la falta de juricidad de actos que ordinariamente entran en la órbita de la moral o de las buenas costumbres; y *c*) reconoce los hechos, pero alega otros impeditivos o extintivos de la relación jurídica, de manera que en el fondo niega la existencia del derecho, sea porque una circunstancia impida la producción de los efectos queridos (como la falta de forma de la escritura), o porque la obligación se haya extinguido (como en el pago).

Cuando se trata de esto que la doctrina ha venido llamando defensas y ha querido contrastar con las excepciones, el problema de la prueba entra en juego inevitablemente. Puede, entonces, considerarse, a diferencia de la negativa pura, que en la defensa hay, ante todo, una afirmación del derecho a ser absuelto por razones válidas.

Eliminada la cuestión del momento (defensas en la contestación o supervivientes) y del modo (reacción o acción), importa dejar precisado que el objetivo de la defensa es la relación litigiosa. Es en este aspecto que la confusión surge, porque de un lado se habla de perentoriedad y de otro de formas dilatorias.

Quien lleva al proceso una pretensión sin tener la habilidad para ejercer la acción, será obstaculizado de manera que no pueda, por ahora, alcanzar sentencia. Si acciona un sujeto por otro sin estar legitimado, sin tener representación, mandato o procuración, puede igualmente ser desplazado, dilatándose materialmente el momento de ejercer eficientemente la pretensión. Una deuda de plazo no cumplido y demandada extemporáneamente, puede ser objeto de una defensa llamada excepción dilatoria. Un derecho dependiente de otro principal no deducido, puede ser impedido

temporalmente. Un derecho conexo con otro, puede ser desplazado de su ámbito procesal.

En fin, todos los casos en que la sentencia favorable no es producida por motivos circunstanciales, pueden ser ejemplos de defensa. Pero lindando con ésta, se encuentra la figura de la excepción, que viene a surtir un efecto paralelo. La separación puede resultar tan sutil o superflua, que los códigos prefieran no prejuzgar, como lo hace el panameño, que razonablemente ha desterrado el rubro de las excepciones dilatorias.

De otra parte, no parece sino que depende de la política legislativa, el que ciertos modos de resistencia tengan el carácter de defensas o excepciones. En algunos cuerpos legales, como el código distrital mexicano, se califica de excepciones dilatorias a verdaderas defensas, como la falta de cumplimiento del plazo o de la condición a que esté sujeto el derecho aducido, la división y la excusión (artículo 35 fracciones V a VII).

Todavía más, la hipótesis del caso juzgado (o como se conoce general pero nefastamente: la cosa juzgada, con el agregado de material, sustantiva o de fondo), es un verdadero nudo gordiano. Si se le mira como objetivo o finalidad, se piensa que es una defensa, si se le observa como forma procesal es una excepción. Dilata el proceso indudablemente, al conducir el procedimiento ordinario a juicio sumario, en los términos del artículo 261 del código mexicano; pero resulta perentoria en sus consecuencias al impedir la atención de la pretensión.

p) En la enumeración de las actitudes del demandado, se llega ahora a la excepción. Su misma existencia es ya un problema que, tratado sistemáticamente, ofrece las mayores dificultades. Su importancia es tal, que tomada como objeto directo de estudio, requiere de consideraciones más extensas; de manera que por ahora sólo conviene mencionarla y agregar que su crisis es doble: en cuanto se le estima como algo diverso de la defensa, y en tanto se le refiere al proceso.

Aparentemente, habrá defensa cuando el demandado niegue los hechos de la pretensión del actor, cuando sin negarlos les desconozca trascendencia jurídica, y cuando reconociendo los hechos alegue uno impeditivo o extintivo de la relación litigiosa (*cf.* Alsina *Defensa y excepciones*, p. 65).

Como todavía cabe que el demandado, sin desconocer el derecho del actor, alegue una circunstancia impeditiva (inhabilidad, error, dolo, violencia) o extintiva (prescripción) que le prive de su eficiencia, se tendrá entonces una excepción (Alsina, *cit.*, p. 66).

Esta separación, obvio es decirlo, resulta frágil, demasiado convencional y sumamente relativizada. ¿Por qué no habrá de considerarse defensa el error, la inhabilidad, la violencia o la prescripción?

Más hacia la teoría general del derecho, se suele hablar de excepciones cuando existe una regla amplia y a ella se enfrenta un caso particular. Por ejemplo, se dice que la capacidad (“rectius”: habilidad) es la regla y la incapacidad (“rectius”: la inhabilidad) la excepción. O se afirma que todos los gobernados están obligados a contribuir, pero que están exceptuados quienes carecen de capacidad económica. Se sostiene que todo individuo debe someterse al juicio de la autoridad nacional, excepto las naciones extranjeras y sus representantes.

Naturalmente que podría explicarse estos fenómenos de otra manera, indicando, por ejemplo, que la presunción de habilidad es una regla general y la inhabilidad es materia de prueba. Que la obligación de tributar es universal y que su relevo es una hipótesis particular. Que la competencia de los tribunales nacionales no se extiende a los representantes diplomáticos en ciertas materias.

De otra forma explicado, puede sostenerse que no hay reglas generales y reglas de excepción, sino reglas principales y reglas secundarias, o bien, principios genéricos y casos exorbitantes. Con ello se aclararían dudas y mal entendidos. No se trata, en el fondo, de que una regla deje de aplicarse, sino de que toda regla tiene un límite. Si se afirma que todo sujeto hábil puede contraer matrimonio, no se hace excepción, sino materia de regla menos amplia, al decirse que el individuo hábil no puede casarse si en la sentencia de divorcio se le prohibió hacerlo durante cierto plazo.

La excepción vendría a significar el incumplimiento válido de una norma y, en realidad, cuando una situación se deja fuera de la disposición legal, no hay ese permiso a incumplirla, sino una hipótesis diversa. Si la libertad de tránsito se obstaculiza por sentencia judicial de arraigo, no hay propiamente caso de excepción, sino dos hipótesis distintas reguladas por sendas prescripciones.

Se puede reducir al absurdo el concepto de excepción, para mostrar su inutilidad, indicando que el pago es excepción al deber de pago. En efecto, el actor que pretende el cumplimiento de una obligación, se encuentra ante una excepción cuando el demandado alega el pago. Dicho en otra forma, la excepción vendría a significar un derecho de libertad frente a la sentencia, por la muy simple razón del cumplimiento de la prestación. El demandado sostiene no estar obligado a recibir pronunciamiento condenatorio por haber pagado oportunamente. Si esto es excepción, nada significa que no sea cumplimiento de la regla genérica: obligación de pagar.

Cuando se pasa al proceso, se encuentran teorías tan forzadas que parecen increíbles. Si se considera que el proceso, o más claramente el procesamiento, es la regla general, excepción tendría que ser la hipótesis de su exclusión. Con esto todavía no se llega al fondo del problema, porque no se trata de saber si para determinado conflicto hay o no la fórmula procesal. Las excepciones procesales que normalmente se mencionan son la incompetencia y la inhabilidad, los defectos de la demanda, la litispendencia y la conexidad, y aun condiciones de procedibilidad como el arraigo.

Todas estas hipótesis, dice Alsina (p. 106), tienen de común que no se refieren a la razón de lo pedido sino al cómo se pide. Las excepciones sustanciales se fundan en circunstancias que pueden tener justa o injusta sentencia, las procesales se apoyan en que pueden hacer válida o nula esa sentencia. En una relación normalmente constituida, el juez puede pronunciar una sentencia injusta; pero si faltan las condiciones del proceso o media cualquier circunstancia de las enunciadas, el juez no puede válidamente pronunciar sobre el fondo.

He aquí, pues, que con el nombre de excepción no se busca contrariar la regla general: el procesamiento mismo, sino todo lo contrario, su regularización. Que el proceso se siga ante juez competente, por sujetos hábiles o legitimados, con demanda clara y precisa, sin que exista otro proceso sobre el mismo caso o conexo con él y que si deba proceder el arraigo que se haya dictado.

Más tarde se verá que Bülow pugnó por variar el punto de vista del análisis y, en lugar de hablar del aspecto negativo, se ocupó de la manifestación positiva de los presupuestos procesales. Sin embargo, su teoría es demasiado importante y compleja, para dejarla explicada en breves palabras. Lo interesante radica en el hecho de que, ciertamente, todos los ejemplos que se aducen de excepciones procesales, no extinguen o impiden el proceso mismo. Un caso hay de propia obstaculización: cuando falta la vía, cuando falta la competencia total; pero entonces, lejos de hablarse de excepción, se alude a la falta de acción.

Este último, parece ser el supuesto tenido en cuenta por el artículo 326 del Código Judicial panameño; ya que considera absolutamente nulos los mandamientos, órdenes, providencias o autos que se expidan a petición de parte u oficiosamente por cualquier funcionario público o tribunal en asuntos civiles, con el objeto de citar o emplazar a los agentes diplomáticos de naciones extranjeras, debidamente acreditados ante el gobierno, o alguna de las personas que pertenezcan a sus familias, comitivas públicas o servidumbres particulares. Pero aquí no se habla de excepción, sino de inmunidad, no del deber de resistir, sino de la obligación de no atacar, sancionada penalmente (artículo 327).

q) En el derecho positivo se conocen otras actitudes del demandado que la doctrina, o ha pasado por alto, o no ha podido identificar. Cuando el artículo 5º del código distrital mexicano indica que el tenedor de la cosa puede declinar la responsabilidad del juicio, designando al poseedor que lo sea a título de dueño, está combinando una negativa con una de las llamadas excepciones procesales. Por lo menos, ésta sería la conclusión derivada de la tesis expuesta por Luis Loreto ("Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad", en *Estudios de Derecho procesal civil*, Caracas, 1956, pp. 65 a 126), tomando como base el artículo 257 del Código de Procedimiento Civil venezolano, que estipula que las excepciones de inadmisibilidad proceden, entre otras causas, por falta de cualidad o interés en el actor o demandado para intentar o sostener el juicio.

Si la cualidad, en la tesis de Loreto, se resuelve en la demostración de la identidad entre la persona contra quien se ejerce un derecho y el sujeto que es su obligado concreto —identidad lógica, dice el autor (p. 72), entre la persona contra quien se concede el derecho o poder jurídico y contra quién se ejerce en tal manera, cuya ausencia hace inadmisibile la pretensión— entonces la alegación de esta falta de identidad podría considerarse como excepción.

Pero ni en el sentido de facultad para no cumplir con la regla, ni como medio de impedir el proceso, la instancia del demandado puede aceptarse como excepción. En el ejemplo del código mexicano destaca el hecho de la designación del titular. El demandado original intenta salir del pleito, por ello la ley le considera declinando la responsabilidad del juicio.

Indudablemente que el demandado insta, pero hace falta identificar el tipo de acto utilizado. No es reacción procesal, puesto que no expone una pretensión contraria a la del actor, ni es una confesión, reconocimiento o allanamiento. Es mera participación de conocimiento y no declaración de voluntad. Se trata, en suma, de una denuncia.

Alcalá-Zamora y Castillo, estudiando lo que denomina conceptos afines al de acción (*Enseñanzas y sugerencias . . .*, p. 62), admite que la nota común a la denuncia, la querrela y la acción es la de ser actos provocatorios de la actuación judicial. Querrela y acción contienen declaraciones de voluntad, y en cuanto a la denuncia, encierra una mera participación de conocimiento, pero no se trata de dar a conocer unos hechos al sólo efecto de que brinden información privada al juez, sino para que éste provea acerca de ellos. Hace falta agregar que la denuncia se aleja de la delación, no sólo por su procedencia de individuo cierto, sino por ser el antecedente de un efecto establecido por la ley, ya que la denuncia no carece de eficacia predeterminada.

Denuncia hay en el artículo 5º citado, y en el caso del 22 del mismo código, por el que se vincula al tercero obligado a la evicción, y en el 657 cuando se ordena que el demandado denuncie el pleito al obligado a la evicción antes de contestar la demanda, solicitando del juez la ampliación del plazo. Este tercero, una vez salido al pleito, se convierte en principal, dice el precepto.

Según los diferentes sistemas aplicados en el derecho procesal, la denuncia viene a ser el medio para establecer un litisconsorcio, una coadyuvancia o una sucesión procesal.

Si se excluye la llamada en garantía, que no responde a una actitud especial del demandado, sino del actor; se puede decir que las figuras conocidas de denuncia del pleito ("litisdenuntiatio" y "laudatio auctoris"), resultan insuficientes para satisfacer la complejidad de las relaciones jurídicas modernas.

Basta pensar en los innumerables casos de traslación de dominio de vehículos, en los que es prácticamente imposible para el vendedor, cancelar la inscripción hecha a su nombre en los registros administrativos. Con motivo de la responsabilidad por los accidentes de esta clase, quien figura como propietario necesita hacer venir al pleito al verdadero o actual dueño, sin que pueda afirmarse que el llamamiento en evicción, ni la denuncia al poseedor mediato, sean procedimientos adecuados.

Debe, por tanto, sugerirse la conveniencia de establecer en los códigos procesales, la posibilidad de la denuncia como medio principal y como medio accesorio. Principal cuando el demandado busca ser excluido por carecer de interés para instar. Como accesorio, cuando es menester la cooperación ajena para la mejor defensa del derecho propio o del derecho común.

r) La pretensión reconvenzional no es sino la demanda que ejerce el demandado. Es factible, dice Alsina (*Tratado teórico práctico...*, t. II, p. 153), que el demandado, aparte de las defensas que le correspondan, tenga una pretensión que deducir contra el actor, derivada de la última o de una distinta relación jurídica.

En realidad bastaría indicar que por su carácter de acumulación objetiva de pretensiones, la reconvencción presupone la idoneidad de la vía en que se realiza la refundición procesal (por ello el artículo 442 del código distrital, que atañe al juicio sumario, no admite la reconvencción ni la compensación que es mera defensa, sino cuando las pretensiones en que se funden, estén también sujetas a este procedimiento). No parece que la circunstancia de haberse originado en la compensación le reste autonomía. Alsina ha marcado sus diferencias:

La defensa tiende a destruir la pretensión. La reconvencción es nueva demanda que puede progresar o ser desestimada independientemente.

La compensación es defensa sustancial. La reconvencción es pretensión autónoma, que persigue la declaración o reconocimiento de un derecho de la misma o distinta naturaleza del que funda la demanda principal.

Quien opone la compensación confiesa el crédito del actor, mientras la reconvencción es independiente de la negativa o reconocimiento del mismo.

En la reconvencción el demandado se convierte en actor y éste en demandado, en tanto que en la compensación la situación no varía.

Quien compensa no puede hacerlo por más cantidad que aquella que se le pide, y si su crédito fuere mayor, tendrá que usar por el excedente la vía reconvenccional.

En la compensación el actor no puede resultar condenado, en la reconvencción, actor y demandado pueden ser absueltos o condenados.

s) En fechas recientes, se ha vuelto a suscitar la duda sobre la existencia de posibles excepciones reconvenccionales. Alcalá-Zamora en su *Clínica Procesal* (México, 1963, pp. 317-8) ha recordado algunas opiniones de Mortara y Redenti, que chocan con la más extendida idea de autores como Chiovenda, Jaeger, Bolaffi y Zanzucchi.

En su *Derecho procesal civil* (trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Bs. As., 1957), Enrico Redenti ha explicado que puede ocurrir que un mismo hecho sea adoptado entre las mismas partes como fundamento de una pretensión o de una excepción, según que una u otra parte se anticipe a tomar la iniciativa de acudir al juez. Entre estos casos, alude a anulación, rescisión y resolución de los contratos, en los que se ve que en vía de excepción se puede obtener del juez una providencia de valor y efectos análogos a la que se hubieran alcanzado por vía de acción.

La práctica habla entonces, y no mal, dice el autor, de excepciones reconvenccionales. Más adelante, agrega, que bajo la noción de causas conexas entre las mismas partes, regula la ley ciertos casos en que a una demanda dirigida a hacer valer un crédito, se oponga una excepción de compensación. Ésta, en sí y por sí, es una verdadera y propia excepción de extinción; pero de ordinario adquiere carácter de excepción reconvenccional, toda vez que se funda en un crédito del demandado, distinto por sus orígenes y su título, al que ha hecho valer el actor y que el juez deberá a su vez comprobar. La cognición, por consiguiente, viene a tener un doble objeto (p. 308, *id.*, p. 392 del mismo tomo I; p. 91 del tomo II, y p. 107 del tomo III).

Dos son, entonces, los posibles fundamentos del que vendría a ser tercer género, entre compensación y reconvencción: el hecho de tratarse de una pretensión que puede intentarse en vía de defensa o de ataque,

indistintamente, y el hecho de ser una defensa inconexa con la causa originaria.

Reducido así el problema, no es distinto al caso de la prescripción (liberatoria) que, como pretensión de una demanda de sentencia declarativa, va referida por la acción, en tanto que como defensa opuesta al actor es materia de la contestación; o bien, a la hipótesis tradicional de la compensación, que puede invocar título o causa diversa a la que funda la pretensión del actor.

En el fondo, no se ve justificación suficiente (pese a la autoridad de Mortara y Redenti), para implantar una figura que vendría a complicar las nociones de compensación y reconvencción, sin ventaja teórica ni práctica.

Quedan, entonces, como formas normales de actitudes posibles del demandado, las conocidas de contumacia, allanamiento, confesión, reconocimiento, defensas, excepciones, negativa, denuncia y reconvencción. Pero al lado o al margen de ellas, existen en los códigos ciertas figuras que pueden calificarse de anómalas y que precisan indagación.

t) En cuatro posiciones puede encontrarse el presunto o posteriormente demandado: de oposición, como perjudicado por la jactancia, con allanamiento anticipado y como sujeto responsable. No todos los casos son manifestaciones de una relación de prestación, y ni siquiera en todos existen deudores; pero se trata de situaciones que, o desembocan en la figura normal, o la presuponen para evitarla.

De entender con Chiovenda (*Ensayos*, t. I, pp. 263 y ss.), que la excepción es un derecho de impugnación, que es la "exceptio iuri" que presupone la efectiva existencia del derecho, y que, sin embargo, el demandado puede aniquilar (en contraste con la "exceptio factum" o excepción en sentido amplio enfrentada a la acción que no existe), al penetrar en el campo de los procedimientos sumarios determinados se observa que el juicio no tiene, propiamente, otra finalidad que la de convertir el título ejecutivo en ejecutorio.

Esta vía supone aplicable el principio de la culpa del ejecutado, de manera que, según Demetrio Sodi (*La nueva ley procesal*, t. I, p. 380), el objeto del juicio ejecutivo no es hacer declaración alguna de derechos, sino llevarlos a su cumplimiento, tal y como se hallan consignados en documentos o en actos que tienen fuerza bastante para constituir por sí mismos prueba plena.

Como el efecto ejecutivo se apoya en la eficacia formal del título, la cuestión de la existencia del crédito surge solamente si el deudor formula la oposición, que es, en el sentir de Liebman, una verdadera acción del deudor (*op. cit.*, p. 395).

La oposición hace pensar, entonces, en la pretensión anulatoria del procedimiento de ejecución y, considerándola como actitud del demandado, manifiesta una anómala figura que no cabe dentro del rubro de la reacción.

u) La llamada acción de jactancia, muestra ejemplar de los juicios declarativos, y severamente atacada, entre otros, por Leonardo Prieto Castro ("La acción en el derecho español", en *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, México, 1932, pp. 60 y ss.), es también la típica manifestación de las llamadas acciones provocatorias. Sea o no recomendable su subsistencia, lo cierto es que en el artículo 32, fracción I, del código distrital mexicano, se prevé la iniciativa del posible demandado que, de esta manera, se adelanta a la constitución del proceso, no para defenderse o excepcionarse, sino para terminar con un estado de incertidumbre, a través de la liberación que resulte de la inactividad del actor (que de este modo llega a ser contumaz desde la falta de la demanda) o en virtud del fallo declaratorio negativo que favorezca a quien intenta el procedimiento.

v) A propósito de la quiebra, Carnelutti (*Sistema*, t. III, p. 134) ha sostenido que se trata de un proceso impropio, concretamente de un proceso voluntario, porque media entre este proceso que se lleva a cabo cuando el deudor quiere, pero no puede cumplir, y el proceso ejecutivo, que implica, en cambio, que el deudor puede pero no quiere, una diferencia análoga a la que separa el proceso de expropiación del proceso de purgación de las hipotecas.

Para Alcalá-Zamora, esta tesis sólo se justificaría en el caso del concurso voluntario que no es sino la "cessio bonorum" del derecho romano, con los caracteres de un típico negocio de jurisdicción voluntaria. En este procedimiento, se presenta un allanamiento anticipado, en cuanto el deudor inicia el procedimiento declarando su voluntad de pagar y expresando que no puede, por cuanto su pasivo excede de su activo (*Examen crítico del Código de procedimientos civiles de Chihuahua*, Chihuahua, 1959, p. 125 y en relación con el artículo 738 del código distrital mexicano).

Lo interesante en esta figura es que el actor utiliza una actitud del demandado: el allanamiento. Propiamente no puede considerársele como tal actor sino como denunciante de su misma insolvencia.

x) En distintos sectores del sistema jurídico mexicano aparece una figura "sui generis" del demandado: el caso de la autoridad llamada responsable.

En puridad, no cabe calificarla de parte demandada, sino en el restringido campo del contencioso administrativo que tiene su principal

manifestación en el juicio seguido ante el Tribunal Fiscal de la Federación, cuyo trasunto en el derecho panameño se regula en los artículos 1277 a 1286 del Código judicial, con el nombre de juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva, que en primera instancia se sigue ante el recaudador de rentas y cuando se trate de deudores del Fisco, de los municipios y del Banco nacional, ante los jueces municipales y de circuito, de acuerdo con su cuantía, conociendo de las apelaciones los jueces de circuito y la Corte Suprema según el caso.

La posición de la responsable puede atribuirse al mismo juzgador en ciertos procedimientos orgánicos y disciplinarios, desde los incidentes recusatorios a los procedimientos de queja. Las leyes hablan entonces del informe de la autoridad.

Un informe, sostiene Alcalá-Zamora (*Clinica procesal*, pp. 404 y ss.), no es el oficio mediante el que se obtiene la declaración de los altos funcionarios (artículo 359 del código distrital). El informe se conecta con el testimonio de las partes y es figura distinta a la confesión en sentido estricto.

Esta tesis requiere mayor meditación, porque si bien a través del informe y del oficio se obtiene una respuesta escrita a un interrogatorio, aunque el informe se recaba previo libramiento del oficio (artículos 1236 del código de comercio y 326 del distrital procesal), suponiendo que entre recusante y juez no exista verdadero y propio litigio en el sentido de Carnelutti (*Sistema*, t. II, pp. 272-3), por más que Chiovenda estime que el juez sí es parte y puede resultar condenado en costas (*Principios*, t. I, p. 712), lo cierto es que las autoridades, las corporaciones oficiales y los establecimientos públicos deben rendir un informe que atañe a sus circunstancias funcionales.

Hay casos en que el informe tiene la finalidad de obtener una confesión del funcionario (*cf.* artículo 187 de la ley distrital), y entonces se le llama informe con justificación (artículo 725 del mismo código); pero debe tenerse presente, primero, que no se trata propiamente de una contestación, porque es una participación de conocimiento que, junto con la demanda incidental de la recusación, o la queja en el procedimiento disciplinario, establecen la cuestión a decidir, y segundo, porque en todo caso, la misma confesión judicial es declaración de ciencia como lo sostiene la doctrina más moderna.

Se admita o no que los jueces y los secretarios no pueden ser parte demandada, tendrá que aceptarse que están vinculados en un procedimiento en el que tienen la obligación de informar. Si este procedimiento es incidental, tanto en la recusación como en la queja, tendrán que ser accesorios en cuanto ligados al fondo de la controversia, tanto si se les somete a tramitación previa como si se les sujeta a sustanciación simultánea (Alcalá Zamora, *Clinica procesal*, pp. 391-2).

En definitiva, viene a resultar que el informe es una actitud anómala de un cuasi demandado, o de un sujeto que está llamado a contradecir la pretensión del querellante, aún sin tener litigio con él.

6. La excepción procesal

Bülow sentiría honda satisfacción al leer en la Exposición de Motivos del Código Judicial panameño, que se ha introducido la novedad muy importante de suprimir las excepciones dilatorias, causa frecuente del entorpecimiento en los negocios, y que este código, expedido a los cincuenta y ocho años de su obra, no trata de más excepciones que las que pudieran llamarse sustantivas, o sea, las constituidas por hechos en virtud de los cuales las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió, puesto que los fines que se persiguen con las llamadas excepciones dilatorias, es decir, la depuración en los procesos de vicios que pudieran anularlos, pueden ser objeto de incidentes que se regulan clara y completamente.

El sostenedor de la relación jurídica procesal advirtió que, si bien por ella se determinan facultades y deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal, esta relación no había sido debidamente apreciada ni entendida con claridad.

El proceso no puede ser referido a las relaciones privadas, porque los derechos y obligaciones que contiene se dan entre funcionarios del Estado y ciudadanos, de manera que pertenece al derecho público, distinguiéndose de otras relaciones en que avanza gradualmente y se desarrolla paso a paso. La actividad discurre en una serie de actos separados, independientes y resultantes unos de otros. La relación se mueve y transforma. Pero del proceso se ha visto sólo el aspecto material que es su procedimiento.

Ya los romanos habían concebido al proceso como una relación unitaria: el "judicium". Si se hubiera ahondado en los problemas de esta relación, se habría atendido a los requisitos a que se sujeta su nacimiento: qué personas pueden constituirlo, a qué objeto se refiere, qué hecho o acto es necesario para su surgimiento, quién está facultado para realizar tal acto.

Ellos dirigen la atención a un conjunto de preceptos ligados y atinentes a cuatro cuestiones, a saber: I. La competencia, habilidad e insospechabilidad del tribunal; la habilidad procesal de las partes y la legitimación de sus representantes. II. Las cualidades propias e imprescindibles de una materia litigiosa. III. La redacción y comunicación de la demanda y la obligación por las cauciones procesales. IV. El orden entre varios procesos (*op. cit.*, pp. 1 a 5).

Son todas ellas cuestiones que miran a la admisibilidad y condiciones previas para la tramitación del proceso, a diferencia de las reglas puramente relativas a la marcha del procedimiento. Un defecto en aquellas relaciones impedirá surgir el proceso, y en este punto Bülow pone el mayor énfasis porque es la base de su doctrina; idea que no era tenida muy en cuenta en su tiempo y que tampoco parece haber prosperado después, y respecto de la cual propone el nombre de presupuestos procesales (p. 6).

Con los grupos de presupuestos procesales, se añade a la relación litigiosa sustancial (la “*merita causae*”) una materia de debate más amplia y particular. El tribunal no sólo ha de decidir sobre la existencia de la pretensión en pleito, sino que, para poder hacerlo, debe cerciorarse si concurren las condiciones de existencia del proceso mismo. Además de la “*res in iudicium deducta*”, tiene que comprobar si se da el “*iudicium*”, el supuesto de la relación procesal.

Este dualismo ha llevado siempre a una división del proceso en dos capítulos: uno dedicado a la investigación de la relación material y, el otro, al examen de los presupuestos procesales. Al trámite de fondo (procedimiento “*in iudicio*”) romano, precede el trámite preparatorio (“*in iure*”), destinado a la determinación de la relación procesal (“*ad constituendum iudicium*”). Esta finalidad era perseguida también en el proceso germánico con el debate sobre la obligación de contestar, designado como “*preparatoria iudicii*”; y lo mismo ocurre con los “*fins de non recevoir*” del procedimiento francés.

Como materia del procedimiento previo, los presupuestos procesales entran en relación con el acto final del mismo que consiste en una “*litis-contestatio*” o una “*absolutio ab instantia*”, donde se rechaza la demanda por inadmisibile (“*denegatio actionis*” romana). Son el resultado de un examen de la relación procesal, así como la “*condemnatio*” o “*absolutio ab actione*” lo son de la investigación sobre la relación litigiosa material. Litiscontestación y rechazamiento son la respuesta al estudio de la existencia de la relación procesal, de modo que el análisis de los presupuestos procesales permite resolver si la incumbencia de las alegaciones y las pruebas es del actor o del demandado en el proceso preparatorio.

Cada parte debe contribuir al fundamento de la convicción del juez. En la contienda se distribuyen por igual las ventajas y desventajas y, respecto al litigio material, el principio ha llevado a una precisa separación entre demanda y excepción y entre hechos constitutivos, impeditivos y extintivos. Es necesario, también, dividir el supuesto de hecho de la relación procesal, para investigar qué hechos de los presupuestos son constitutivos y cuáles impeditivos.

Tan pronto como la falta de un presupuesto es denunciada o confirmada al principio del procedimiento, éste se malogra; pero si el proceso sigue y llega hasta su fin, será indispensable conocer cuáles de esos presupuestos dan lugar a una "impedimenta dirimentia" y cuáles son sólo "impedientia" (*op. cit.*, pp. 7 a 9).

Las disposiciones referentes al tribunal, a las partes y sus representantes, al objeto del proceso, a las cauciones y a la prelación de procesos, suelen tratarse mezcladas con otras cosas varias que no son requisitos de realización del proceso, como los deberes generales del tribunal y de las partes, la demanda por daños y perjuicios contra el juez incumplido, los secretarios, las costas, la legitimación sustancial, la determinación del tiempo en el juicio, la intervención y demás. Su finalidad concordante con la de los presupuestos, su función común, su estrecha relación con el preparatorio, con la litiscontestación y el rechazamiento de la demanda, no han sido discutidos; por esto se le ha relegado al estudio de la teoría de la contestación a la demanda, con el pobre ropaje de las excepciones dilatorias, disfraz del que deben ser librados los presupuestos.

La opinión dominante distingue entre las excepciones dilatorias, un grupo que se refiere a la pretensión misma ("exceptio pacti de non petendo intra certum tempus", "non adimpleti contractus", "excussionis"), y las restantes que conciernen a la forma de su ejercicio ("modus procedendi"). Sólo éstas toman su contenido del derecho procesal.

Las primeras son semejantes a las excepciones perentorias de naturaleza material, por lo que a las últimas se les denomina excepciones procesales, declinatorias, desviadoras u objeciones.

Precisamente los presupuestos procesales enumerados son los que proveen la materia de las excepciones procesales, expresados negativamente en estos rubros: I. Referentes a las personas del proceso: excepción del foro incompetente, de la prevención, del juez inhábil o sospechoso; excepción de falta de personalidad para estar en el juicio; excepción procuratoria o de falta de legitimación para el proceso, de falta de tutor o síndico. II. Correspondientes a la materia del proceso en sí: excepción de proceso no formado ritualmente. III. Concernientes a la proposición de la demanda, a su comunicación y a la prestación de cauciones: excepción de libelo oscuro o inepto, de plazo demasiado estrecho, de lugar inseguro, de la caución que debe prestarse por las costas o la reconvencción. IV. Relativas al orden consecutivo de los procesos: excepción prejudicial, de conexión de causas, de intempestividad (y todavía la doctrina solía citar no menos de 100 excepciones perentorias y 64 dilatorias, sin incluir las llamadas "exceptiones" romanas, *cf.* p. 23, nota 8), etcétera.

La doctrina, sostuvo Bülow, no hablaba de una diferencia entre hechos constitutivos e impeditivos del proceso, sólo conocía los últimos, pues los primeros se confundían con los supuestos de hecho de la relación material,

de modo que no hubo reticencia para contar entre las excepciones hasta a la negativa de un hecho constitutivo. Se llegó a aceptar que tales excepciones procesales podían ser consideradas de oficio y sin alegación del demandado, que no siempre debían ser probadas por él, que aún sin ser sometido a conocimiento del tribunal, el supuesto de hecho que les corresponde, podían llevar a la nulidad irremediable del procedimiento, siendo suficiente que alguno las alegara por su nombre tradicional. Es decir, objeciones que no requieren en absoluto ser esgrimidas y si el demandado se toma la molestia de aducirlas, no precisan ser fundadas ni probadas por él, sino que son a manera de un grito de exhortación al juez para que no olvide observar el deber que le es conocido y cuyo cumplimiento le está impuesto; y se ha llegado a hablar de excepciones que puede oponer el actor contra el demandado, por ejemplo la "exceptio deficientis legitimationis ad processum passivae" y la "exceptio procuratoria" para cuando el personero del demandado no tuviere poder. Y esta teoría, que no puede llamarse feliz, se ha mantenido inmutable, oscureciendo la verdadera materia de los presupuestos procesales, que es la peor consecuencia. Se trata, pues, de un concepto falso y viciado que oculta la parte importante del derecho procesal y que obstaculiza su desenvolvimiento.

Una diferenciación entre hechos procesales constitutivos, impeditivos y extintivos, será imposible, dice Bülow, mientras se conozca únicamente a los últimos. Las excepciones procesales se han mantenido en las nuevas legislaciones y su eliminación sólo puede conseguirse recorriendo el camino por el que vinieron las modificaciones que en buena parte ha sufrido la teoría de las excepciones, retornando a las fuentes de las que derivan esas excepciones, esto es, por un examen imparcial de la tradición jurídica romana. Todo el sistema de las excepciones procesales ha surgido de malas interpretaciones de este derecho, donde ellas no existían sino para la relación litigiosa.

a) La obra capital de Bülow destina una buena parte a la reseña dogmática histórica, puesto que la teoría de las excepciones procesales fue tomada exclusivamente del derecho romano, con una interpretación equivocada por la influencia negativa de los resultados. El derecho moderno no tuvo un concepto adecuado a la "exceptio" romana y las equivocaciones llevaron a un desmedido desarrollo de la idea de excepción, olvidando el concepto de los presupuestos que son los simples hechos de su origen. Se recurrió a las fuentes romanas y se enmarañaron con las prescripciones germánicas sobre la obligación de contestar. Los glosadores creyeron encontrar en los códigos justinianos excepciones dilatorias procesales que distinguieron de las dilatorias materiales. Y los romanistas de los siglos XII al XV desarrollaron la teoría con gran prolijidad.

Se insistió respecto de muchas excepciones que, evidentemente, no impugnaban la pretensión, sino que hacían valer un defecto en el procedimiento, como la "exceptio procuratoria", la "praejudicialis" y la "praescriptio fori", infiriéndose de ahí que estaban destinadas principalmente a prevenir un procedimiento defectuoso y a librar al demandado de la contestación de la litis. Por ello se supuso que todo motivo que obstate al proceso, a semejanza de esas tres, sería "exceptio dilatoria" y su decisión se realizaría antes de la "litis contestatio".

A todo ello contribuyó la errónea inteligencia de la palabra "exceptio" como excepción procesal impeditiva, lo cual era falso puesto que la excepción romana formaba parte de la fórmula, y como tal, venía al proceso "in iudicio", después de la litiscontestación, no pudiendo, por ende, detener ésta. Los romanos no hablaron de "differe iudicium", sino de "difere actionem", de obstáculo a la demanda y no de demorar el proceso (pp. 19 a 22).

La práctica hizo más seria la confusión entre impedimento y dilación procesal, al usar las excepciones "dilatorias" para demorar, estirar el procedimiento, y no para evitar procesos improcedentes. Y a pesar de la renovación de los estudios por los pandectistas, que con sus investigaciones depuraron muchos errores, separando algunas excepciones que evidentemente eran materiales, como la "exceptio excussionis" o la "exceptio pluris petitionis" que no habían existido en el derecho romano; todavía se continuó sobre bases deformantes. Se descubrió la intrascendencia de que algunas excepciones habían llevado el nombre de "praescriptio" en los primeros tiempos del procedimiento formulario; pero no se advirtió que en el proceso romano no hubo excepciones puras incluidas en la fórmula y examinadas "in iudicio" (p. 28).

Como entre tales excepciones llamadas procesales, se incluían la "exceptio procuratoria y cognitoria", la "litis residuae" y "litis dividuae", la "exceptio" o "praescriptio fori", y la "exceptio praejudicii", Bülow procede a examinarlas detalladamente para demostrar con excelentes argumentos su naturaleza sustantiva.

Junto a la "cognitoria", ocupó destacado lugar la "exceptio procuratoria", y ambas motivaron el nacimiento de la teoría de las excepciones procesales, porque a los conocedores pareció indiscutible que una excepción que tiene por objeto la personería del representante, está fuera de toda relación con la pretensión litigiosa. Ciertamente, ella se dirigía contra la personería del apoderado del demandante, y tal defecto de legitimación se presentaba, lo mismo en materia de "procuradores" y "cognitores", que de "tutores", "curadores" y "actores". Pero destaca la diferencia de que unas excepciones contienen la afirmación de que la persona no es apoderado sino falso "procurator", "tutor", "curator" o "actor", y otras se fundan en que al principal o al representante falta la habilidad para otorgar o recibir el mandato:

Las primeras eran de falta de poder, las segundas de falta de habilidad (capacidad le llama Bülow, p. 33).

Ante la excepción de falta de mandato el representante puede ser rechazado, lo mismo que el "falsus tutor" de apoderamiento oficial (legitimación legal); y también se ha considerado que un "falsus actor universitatis" puede ser rechazado por "exceptio", en virtud de que su relación estaba regida por los mismos principios del "procurator".

En cuanto al "cognitor", no se encuentra excepción de falta de poder sino de ausencia de habilidad jurídica. No se ponía en duda el mandato, pues debe recordarse que se otorgaba solemnemente en presencia del contrario (el cognitor se sustituye en la litis por palabras ciertas en presencia del adversario, Gayo, 4, 83, *op. cit.*, p. 41 nota 16). Si el "dominus" no estaba presente, el representante no podía asumir la privilegiada condición del "cognitor" y era tratado como "procurator". Desde que en cuestiones de habilidad, la prueba correspondía al demandado, en caso de excepción el demandante no estaba obligado a probarla; llegándose al grado de sostener que si el fiador descuidaba oponer la excepción, no perdía la acción de regreso, lo que sólo era inteligible tratándose de la "exceptio" de falta de habilidad, pero no de carencia de poder que exponía al deudor al doble pago (p. 47).

La idea de que la "exceptio procuratoria y cognitoria" es procesal, se debe a las poco claras nociones que se tenían de la "exceptio", dice Bülow (p. 57). Se le consideró equivalente a las modernas "exceptio deficientis legitimationis ad processum", "deficientis tutorii", "sindicatus", etcétera, es decir, como excepción que detiene el trámite del proceso y que, además, puede ser considerada de oficio, atribuida su prueba al actor y hasta usada como excepción contra el reo. Se pensó que el apoderamiento y la habilidad eran analizadas y resueltas por el "magistratus" de oficio e "in iure", que debían ser probados por el actor y que podían deducirse por éste contra el representante del demandado; todo lo cual resultó inexacto y arbitrario, pero sirvió para sostener la índole procesal de la "exceptio procuratoria y cognitoria", como excepciones puras a ser demostradas por el demandado y resueltas a su pedido; aunque también, como requisitos procesales, han de considerarse de oficio y, si fueren pasadas por alto; producirán la nulidad del proceso. Se trata, dice el autor, de ideas inconciliables que sólo pueden aclararse al reconocer que no se está ante una excepción procesal. Y éste es, conviene recordarlo, el argumento básico de Bülow: que la falta de una condición constitutiva del proceso no puede ser al mismo tiempo una excepción que deba alegar la parte y un defecto que pueda (o mejor aún, que deba) ser considerado de oficio.

La causa de los errores, sostuvo Bülow, fue confundir el derecho de representación procesal clásico romano con el moderno. Se consideró el principio material de la representación romana, como un principio procesal

formal de la actualidad. Hoy, el representante actúa sin ser parte material, de modo que si no ha sido autorizado para estar en juicio, falta una de las partes interesadas y una de las condiciones indispensables para la validez del proceso. Esta objeción concierne a la "legitimatio ad processum". Pero en el procedimiento formulario romano, el representante asume la actividad procesal de su mandante y también la relación como parte y en su propia persona, y así se expresa claramente en el texto de la fórmula y la sentencia, emitidas directamente a nombre del apoderado (p. 60).

No hubo, pues, en el derecho romano, el peligro de una invalidez procesal por cuestión de personería; no faltaba la parte interesada en el proceso, existía el mandatario, contara o no con poder. Las excepciones de legitimación no trataban del trámite y validez del proceso, no estaba cuestionada la legitimación procesal sino la condición jurídica material, la legitimación sustancial. El personero actuaba una pretensión originariamente perteneciente a su principal, pero actualmente correspondiente a él en virtud de habersele transmitido el derecho de demandar en la litiscontestación.

En la "exceptio procuratoria", el demandado cuestionaba el mandato atacando siempre el supuesto traspaso, su excepción era, por esto, de legitimación sustancial y estaba incluida entre las demás excepciones de fondo que eran remitidas al "judicium", todo lo cual debió ser puesto en claro por la teoría romana de la cesión, cuya prueba pertenecía a legitimación sustancial; el desconocimiento de la delegación tenía la misma naturaleza de la impugnación del poder; en todo caso, era la relación subjetiva de las pretensiones mismas, de la legitimación sustancial, lo que debía examinarse.

Por esta razón, la demanda procuratoria venía al proceso "per exceptionem" y no "ipso iure", y a su lado había otras excepciones dilatorias referentes a la legitimación sustancial, como la que permitía oponerse a la demanda hereditaria del sucesor testamentario, mientras pudiera tenerse, de acuerdo con el derecho pretorio, un defecto en el testamento, o aquella por la que se defendía el hijo emancipado preterido, si era demandado por los herederos testamentarios a causa de créditos correspondientes al padre, o bien los casos de la "exceptio divisionis" y "excussionis" (pp. 61 a 67). Por todo ello, el concepto de excepciones dilatorias de legitimación sustancial y las demás dilatorias, es comparado con el de las "ex tempore dilatoriae".

Para reforzar su tesis, Bülow examina el derecho clásico, encontrando la regla general de la consunción procesal. Cuando comparecía el actor para la litiscontestación, la "dilatoria exceptio" tenía la misma eficacia que una perentoria, produciendo la definitiva "absolutio" del demandado, con fuerza de cosa juzgada. El rechazo firme del "cognitor" entrañaba también el de su principal, quien ya no podía entablar nueva demanda, con lo que es incompatible la idea de una excepción procesal, a la cual corresponde nada

más que obstar el proceso, dejar sin efecto el juicio e impedir sentencia sobre el fondo (p. 70).

No podría explicarse que de un proceso ineficaz surgiera una "exceptio rei in iudicium deductae vel rei iudicatae". Mediante la "cognitoria exceptio", el demandado no impugna la validez del proceso sino que discute la "legitimatio ad causam" (la titularidad). De modo que si prueba su afirmación, el rechazo del "cognitor" con fuerza de cosa juzgada no es menos lógico que el del actor que se funda en una novación o cesión, cuyos contratos no estuvieren en condiciones. Aunque en verdad el principal no había sido parte en el proceso del "cognitor", consintió en su actividad desprendiéndose de su acción; la enajenación se convirtió en irrevocable con la litiscontestación, y desde entonces procedió en su contra la "exceptio rei in iudicium deductae". No se cuestionaba que el "cognitor" careciera de habilidad sino que no había adquirido un derecho eficiente para demandar (p. 71).

Aquí Bülow contempla un problema singular, el consistente en que pueda efectuarse una transmisión a medias, es decir, que pueda haber pérdida del derecho para el "dominus" sin adquisición del mismo por el "cognitor". Este caso fue examinado por Gayo en cuanto a la novación, cuando el expromitente resulta inhábil para asumir la obligación, de modo que se extingue la anterior "obligatio" y aparece inexistente la nueva (p. 72), y también Celso habla de pérdida sin adquisición para el supuesto de transferencia de la posesión, cuando se entrega a un loco a quien se tiene por cuerdo, estimando que enajenación y adquisición no se condicionan recíprocamente y el error en el motivo de la primera es indiferente para que tenga lugar (nota 67).

b) En cuanto a las "procuratoriae exceptiones", Bülow sostiene que no son dilatorias. Si el demandado afirma que el representante del actor no tenía mandato para actuar en el proceso, simplemente le niega la facultad de pedir, sin consentir en que pueda hacerlo después de vencido cierto plazo. La falta de apoderamiento es oponible en todo tiempo al "falsus procurator, tutor o actor", es perentoria y no pueda salvarse si el principal otorga el mandato posteriormente, ya que ello no depende de la voluntad del "procurator".

Podría pensarse que el alcance dilatorio existía para el principal, verdadero titular de la demanda; pero ello sería menos exacto porque para él la excepción carecía de relevancia y no se veía afectado por el proceso llevado sin su consentimiento, siendo injusto obligarle a suspender su propia demanda. Dilatoria es la excepción de falta de habilidad, porque encierra una advertencia para el principal, a fin de que detenga el proceso o demande por representante hábil (p. 77), ya que a la índole de las dilatorias perte-

necesita la seguridad de que el titular de la demanda se encuentra en situación de evitar la "exceptio".

En estas observaciones de Bülow parece encontrarse algunas vaguedades o discrepancias, puesto que, por un lado, la "cognitoria" que se califica de dilatoria produce efecto consuntivo, y la "procuratoria" se consigna como perentoria porque no puede eludirla el demandado y es oponible en todo tiempo. Tales consideraciones ofrecen puntos de distinción y de coincidencia que deben separarse. La "cognitoria" no es excepción procesal porque tiene efectos consuntivos del derecho litigioso; pero es dilatoria en cuanto el titular puede evitarla, si no lo hace, la sentencia tendrá fuerza de "res in iudicio deductae". En cambio, la "procuratoria" es perentoria porque impide demandar. Que más tarde el "procurator" pueda hacerlo, es imprevisible, al igual que lo será el que el reivindicante que no tenía la propiedad la adquiera posteriormente o que el demandante por mutuo al que no correspondiera crédito alguno, lo alcanzara por cesión después.

c) La ciencia procesal, llevada por el desconocimiento del principio romano de la representación procesal, no sólo tomó a la "procuratoria" como excepción procesal, sino que buscó otros ejemplos para los más importantes defectos procesales, sin encontrar los atinentes a la falta de la persona legítima "standi in iudicio", o contra la inhabilidad o parcialidad del juez. la improcedencia de un trámite o procedimiento, la redacción defectuosa o la viciosa notificación de la demanda, la falta de "cautio rati", etcétera (p. 81).

Sin embargo, se creyó encontrar las que se refieren a las "exceptio litis dividuae, rei residuae, praescriptio, fori y praejudicii". De las dos primeras, Gayo ofrece breves noticias aludiendo a la excepción del pacto convenido de no pedir durante cinco años, asemejándola a la excepción de litis dividida y de cosa restante (p. 82).

Si no se pone en duda que la excepción de pacto de no pedir dentro de cierto tiempo es puramente material, no ve Bülow por qué la "exceptio litis dividuae" y la "rei residuae" que con ella coinciden en la finalidad y consecuencias, puedan ser procesales. Si alguien pide una parte de la cosa y dentro de la misma pretura pide la otra parte, al decir de Gayo, es removido por la excepción de litis dividida; y si quien tenía con otro varias litis y actúa respecto de unas aplazando las otras para ser tratadas con otros jueces, si dentro de la misma pretura (anual) actúa sobre las que aplazó, será removido por la excepción de cosa restante. En todos los casos, el actor se ve obligado a demandar cuando haya vencido cierto plazo, su derecho de acción se haya suspendido temporalmente. La diferencia está en que para la excepción del pacto de no pedir, el plazo es de cinco años y para las

otras de uno. Pero el resultado procesal es el mismo; si el actor se arriesga, perderá el pleito una vez opuesta la excepción.

No había improcedencia o caducidad del proceso, ni constitución viciosa del "iudicium". Si el actor se empecinaba, el proceso se iniciaba sin determinamientos y de él resultaría una "exceptio rei in iudicium deductae" que suponía un válido "iudicium". No había vicio procesal sino falta temporal de la facultad material de demandar. El pretor no prohibía un segundo procedimiento durante su anualidad sino una segunda "condemnatio". La concepción moderna más acertada habría aconsejado que el pretor tomara el otro camino pero no lo eligió, haciendo prevalecer el punto de vista material sobre el formal. Eran, pues, excepciones de prórroga pero no del proceso sino de la pretensión. Que había un hecho procesal en juego es indudable, pero con este criterio se tendrían que calificar de excepciones procesales la "rei iudicatae", la de prescripción y otras más. En la de cosa juzgada, la pretensión se pierde para siempre, en de "litis dividuae" y "rei residuae" se pierde por un año.

d) La competencia procesal del tribunal también valía entre los romanos como presupuesto. Si se piensa que alguna vez era examinada "in iudicio", se tendrá una excepción procesal; pero ello sería un error, dice Bülow (p. 89), porque siempre fue considerada y resuelta antes de la litiscontestación y por el magistrado.

La parte del proceso en que se discutió y probó la cuestión es mencionada por los juristas romanos concordantemente: al pretor corresponde apreciar si la jurisdicción es suya o no; de modo que si el reo fundare su privilegio en su condición de diplomático, por ejemplo, y ésta fuera discutida, el pretor habría de investigar la exactitud de la afirmación. Si el magistrado designaba un "judex", el demandado podía desobedecer sin peligro ni pena (p. 92).

Así pues, el presupuesto de hecho de la competencia se juzgaba de acuerdo con el momento de la comparecencia originaria, y el magistrado incompetente debía remitir el expediente al tribunal que correspondiera y hasta tenía que procurar que el "vandimonium" fuera prestado a éste. Sólo cuando había peligro en la demora (vencimiento próximo del plazo de prescripción) se permitía realizar la litiscontestación y enviar el proceso al tribunal competente. De cualquier manera, por tanto, era definitiva la máxima del Digesto: donde se ha recibido una vez el juicio, ahí debe terminar (L. 30 "de iud", 5, 1; *op. cit.*, p. 96). Al momento de la litiscontestación, la competencia había de estar completamente resuelta. Falso, pues, que la competencia tuviera que resolverse no en atención a la época de la litiscontestación sino a la de la citación; si el demandado citado conforme al "forum domicilii" cambia su lugar de habitación, debe contestar la demanda en su

anterior "forum". Por esto, también, se prohibía la averiguación sobre la competencia después de la litiscontestación.

Como la cuestión de la competencia no correspondía al "judex", no podía ser tomada en consideración al discutirse el fondo, ni estorbar el proceso, limitándose al procedimiento preparatorio.

La tesis de que la competencia del "magistratus" entraba en contienda por medio de excepción ante el "judex", se apoyó en la expresión "praescriptio" que se utilizó en algunos pasajes del último periodo romano, palabra que, por lo demás, fue ambigua y con diversas acepciones. La "exceptio" era sólo la parte de la fórmula liquidable "in iudicio". "Praescriptio" era una defensa del demandado que no tenía relación con la fórmula ni el "judicium" y se daba en la "extraordinaria cognitio", en el proceso centumviral, en el procedimiento de apelación y, especialmente, en el proceso criminal, correspondiendo siempre al momento preparatorio, a resolverse antes de la discusión principal o de fondo. "Praescriptio" como "defensio", significaban un nombre común para la contestación del demandado.

Este vocablo tan impreciso pudo usarse de vez en cuando en sentido amplio e indeterminado para aludir a la verdadera "exceptio" agregada a la fórmula, sobre todo después que ésta fue abolida, ya que entre los griegos ambas expresiones se usaron indistintamente. En consecuencia, la "praescriptio fori" no tuvo significado particular ni pudo referirse a una "exceptio" de incompetencia a resolver "in iudicio" (p. 102). De los pasajes del "Codex" en que se emplea la palabra, dos tratan de defensas del reo en un proceso criminal, otros dos de defensas del testigo contra la obligación de declarar ante tribunal extranjero, de modo que suministran una prueba en favor del sentido genérico y no técnico de la expresión; y las últimas dos citas destacan cuestiones a sustanciar antes de la litiscontestación y de una renuncia a un fuero de privilegio para el caso de un proceso futuro (p. 103).

Como argumento definitivo contra la supuesta naturaleza procesal de la "praescriptio fori", Bülow recuerda que por medio de una "praescriptio" podía llegarse a la consunción del derecho a demandar, de modo que hubiera sido absurdo que el actor sacrificara su derecho en un proceso del que el juez mismo declaraba faltarle competencia.

e) Después de la crítica de Bülow, sólo quedaba como ejemplo de excepción procesal el de la "exceptio praejudicii" que se refiere al orden de prelación que debe observarse entre varias litis conexas.

En el derecho romano se ha entendido que un proceso de cierta importancia, no debe ser juzgado después de otro que la tiene menor, y si una parte o todo el fundamento de las demandas es común, tendrá prioridad el de mayor trascendencia.

Esto que en principio es sencillo, ofrece algunas dificultades a partir de lo que debe entenderse por proceso principal, siguiendo el caso de su iniciación. El análisis de Bülow comienza por el problema de si se tiende a prevenir el prejuzgamiento de un proceso pendiente o sólo de uno futuro.

Si los dos procesos estuvieren pendientes ante el tribunal, no habría duda de que la prelación correspondería al más importante. Pero algo distinto sucede cuando el proceso importante no se encuentra iniciado sino que pertenece a un futuro incierto, pues aquí sería inconveniente detener el proceso posible. En el derecho romano, toda demanda dependía, en última instancia, de la comprobación de que el actor fuera un hombre libre, de manera que podría asomar el peligro del "praejudicium" en todo caso si más tarde se iniciaba un "liberale iudicium". Cualquier deudor moroso podría, así, remitir a su acreedor "ad Kalendas Graecas" cuestionando su condición de libre, a menos que el actor iniciara contra sí mismo un proceso relativo a su propio estado y, mientras nadie le reivindicara "in servitutum", sería detenido siempre.

Había demandas como la "actio confessoria", la "actio comuni dividundo", la "familiae herciscundae", la "hypothecaria", o la "pignoratitia" que, además, podían perseguirse criminalmente. Todos estos procesos tenían parcial fundamento con un probable proceso futuro más importante, una "reivindicatio", una demanda penal o una investigación criminal. No podría, entonces, exigirse que se detuvieran aquellos juicios, por la mera posibilidad de entablar los últimos.

Sólo cabe concluir que la Ley 54, "de iudiciis", 5, 1 (Paulus, libro 1 "Sentent"), se refería a una "cognitio maior" pendiente ante el tribunal, prohibiendo que dos procesos conexos y tramitados juntos, fueran resueltos primero el menos trascendente y luego el mayor.

Paulo expresa que un proceso menos importante nunca debe ser resuelto antes que uno más trascendente, de modo que es lógico aceptar que se refería a un proceso real, efectivo y no meramente posible (p. 120). Sin embargo, debe anticiparse que hay casos en que un derecho más importante no está todavía deducido y el conexo con él debe prohibirse, pero son hipótesis limitadas, como luego se verá.

Otro problema es el de establecer en qué forma se aplicaba la regla de la Ley 54 "de iudiciis", si de oficio o por medio de excepción de la contraparte. Todo habla en favor de la primera solución. Nada autoriza a presumir que el precepto se refiriera a una "exceptio praeiudicii", pues ni el texto ni el pasaje se refieren a excepciones. Esta materia se encuentra dentro del procedimiento preparatorio reservado al "magistratus", como en el caso de la competencia. Cuando se menciona la "exceptio" se está frente a procesos futuros de los ya indicados como limitativos y expresos.

Hay, pues, que distinguir entre el "praejudicium" que se refiere a procesos pendientes, y el "praejudicium" que atañe al juicio aún no iniciado y

sólo posible. Para cada uno existen medios procesales particulares. Los primeros están fuera de las excepciones y sólo tiene lugar la "praetoria cognitio". El "magistratus" no esperaba la protesta del demandado sino que de oficio establecía el orden, suspendiendo el menos importante hasta que el mayor fuera resuelto. Éste era el decreto de prejudicialidad, que debe contraponerse a la excepción de prejudicialidad.

La excepción es un derecho del demandado concedido de manera expresa y particular en casos de herencia o propiedad. La regla destacada por Bülow es que un "praejudicium" de proceso ya incoado, debe rechazarse siempre y de oficio, pero el de un proceso futuro, sólo en casos especiales y ante el pedido del demandado (p. 126).

Con diversos ejemplos sacados de las fuentes, el autor demuestra su tesis ampliamente. Si se inicia un "liberale iudicium" juntamente con una "querela inofficiosi", debe resolverse primero si el actor ha obtenido su libertad por el testamento, de modo que habrá de juzgarse ante todo sobre este último.

La relación de prejudicialidad se regula de manera diversa: con decreto o excepción, según el momento en que se haga valer; por ejemplo, tratándose de la "hereditatis petitio" y la "actio familiae heriscundae". Ambas debían iniciarse juntamente, pues una pide la admisión del heredero y la otra la partición. Pero si uno posee la herencia y acepta que el contrario es heredero de la mitad, sólo se desea terminar la comunidad y no hay razón para suspender la división si no se cuestiona la "petio hereditatis". Si, igualmente, se inicia ésta por el acreedor del causante, tampoco se cuestiona la "hereditatis petitio". Pero cuando se intenta la división de la herencia y quien posee niega ser el coheredero, no es el magistrado quien interviene, no niega la acción sino que permite la "exceptio praejudicii" que debe examinar el "iudex". Todo ello explica la diferencia entre decreto y excepción, entre procesos pendientes y futuros. El actor ha demandado una división de la herencia y el demandado se excepciona sosteniendo que no se ha iniciado la petición de la misma (p. 136).

El decreto de prejudicialidad recuerda, para Bülow, a la excepción de litispendencia, pues se ha demostrado que en los casos en que la suspensión se decretaba, muchas veces faltaba la conexión entre los dos procesos o la preponderancia de uno sobre otro; pero siempre se trató de la suspensión de un proceso mientras se tramitaba otro. Sin embargo, se destacan sus diferencias, al indicar que para el decreto de prejudicialidad no se requería la misma cosa litigiosa sino sólo contenidos coherentes, y no necesitaban presentarse las mismas personas, ni el iniciado primeramente tenía precedencia forzosa, careciendo de importancia la fecha de la litiscontestación y, finalmente, la litispendencia se de-

clara a pedido del demandado, en tanto el decreto se dictaba de oficio (p. 157, nota 52).

Como en los decretos de prejudicialidad se aplicaba el principio de la dirección judicial del proceso, Bülow vuelve a destacar su afirmación de que no existen excepciones que se hayan de suplir o considerar "ex officio", pues ello es una "contradictio in adjecto" (p. 163).

Hay, todavía, un punto que Bülow delimita con gran interés. Cada "exceptio", aun cada "exceptio dilatoria", llevaba consigo el rechazoamiento de la demanda, la absolución del demandado con fuerza de cosa juzgada. Si a la "exceptio praejudicii" se la entiende como un regulador de la concurrencia de varias pretensiones, su efecto absolutorio no ofrece duda; pero identificada con el decreto y concebida como reguladora del orden sucesivo de procesos, resulta incomprensible su eficacia absolutoria; se regularía la prelación haciéndola a un lado. El "magistratus" debía establecer si existía vinculación entre ambos procesos y suspender provisoriamente el menos importante; pero no pensaba en la pérdida del derecho del actor, sino que cuidaba de que tramitara otra vez el proceso inferior en seguida de la resolución del otro cuya sentencia era fundamental para el menor (p. 165).

Si el decreto y la excepción de prejudicialidad se hubieran aplicado a los procesos pendientes, habría sobrevenido la paradoja de que la demanda secundaria se rechazaba definitivamente y, al mismo tiempo, el proceso quedaba suspendido tan sólo. Donde hay decreto no hay excepción, ésta se funda en que el actor, en lugar de iniciar el proceso más importante, incoó el menor, se le forza a seguir el "judicium majus" (p. 168). La excepción se encuentra limitada a tres determinados asuntos: a un proceso sobre herencia, a uno de propiedad inmobiliaria o a uno criminal. Las fuentes tratan los casos de que se intenta la reivindicación en lugar de la petición de herencia (se persigue el rechazamiento de la demanda y no el orden sucesivo de procesos), o la servidumbre de paso sin poseer el predio dominante (el derecho de propiedad es condicionante de la "actio confessoria"), o, en fin, la demanda privada de injurias en vez del proceso criminal que no existió en el periodo clásico sino en tiempos de Cicerón (en la era clásica, la excepción se había anulado y absorbido por la denegación absoluta de la demanda de castigo civil) (pp. 169 a 180).

A partir del periodo clásico quedaron, por tanto, sólo dos excepciones de prejudicialidad, hechas valer por el demandado y nunca de oficio. La excepción no revistió carácter general y, por lo mismo, no era procedente que a una demanda de intereses se opusiera la excepción del "judicia futura majora" por el capital; el acreedor prendario no necesitaba reclamar la deuda antes de exigir la entrega de la prenda; el heredero podía demandar a los deudores de la herencia sin entablar la

“*petitio hereditatis*” contra el poseedor de ella; no era necesario esperar la sustanciación y fallo del proceso criminal para demandar la reparación de los daños, etcétera, (p. 182).

Puesto que estas dos excepciones no eran medidas regulativas de la concurrencia entre dos procesos, no tenían naturaleza procesal como el decreto de prejudicialidad que se dictaba de oficio. En el caso de las primeras, había siempre un proceso único: la causa menor estaba deducida en juicio y la causa mayor aún no llevada al tribunal. Había, por tanto, coexistencia de derechos, uno de los cuales debía posponerse en beneficio del otro. Mientras el decreto de prejudicialidad atañía a la conexión de procesos, la excepción miraba a la concurrencia de pretensiones. Aunque en ambos supuestos hay afinidad entre las dos demandas, en la excepción no sólo el fundamento es común en todo o en parte, sino también el fin y el resultado: hay concurrencia.

El mecanismo enseñado por Bülow, funciona, pues, de la siguiente manera. Si se trata de una “*hereditatis petitio*”, cabe la prejudicialidad de dos maneras. La primera surge cuando dos procesos conexos están pendientes. Aquí el magistrado decreta de oficio la suspensión de las demandas secundarias, sin importar que sean iniciadas por el mismo actor ni qué fin persigan o contra quién se dirijan: basta la conexión.

Pero si las demandas secundarias a la “*hereditatis petitio*” se inician antes que ésta, sólo cabe la excepción. El derecho hereditario se resuelve entonces como punto incidental como lo evidencian innumerables “*hereditatis acciones*”, las “*acciones ficticiae*” para y contra la “*honorum possessio*” y las diversas excepciones que se dirigen contra la legitimación hereditaria (p. 209). La excepción procedía siempre que se reclamaba una cosa perteneciente a la herencia por medio de otra pretensión: de reivindicación, de deuda o de partición, si entre las mismas partes se discutía el derecho a la herencia y, además, el demandado se encontraba en posesión de los bienes relictos. En estos ejemplos se ve cómo la demanda secundaria tiene el mismo contenido y persigue el mismo resultado que la “*hereditatis petitio*”, pues es una demanda encubierta por la que se exige una parte de la herencia con la que se encontraba en peligrosa concurrencia. Es igual se mira cuando una servidumbre de paso era reclamada y el medio dominante estaba en poder del demandado que también afirmaba ser su propietario; era necesario que la propiedad se discutiera entre las mismas partes, y que el demandado poseyera el inmueble (p. 211).

Supresión de un atajo resulta la tendencia de las excepciones, detención la de los decretos de prejudicialidad que postulan el principio de que de dos procesos conexos, materialmente pendientes, el principal debe ser resuelto antes que el secundario. De modo que la teoría de la prejudi-

cialidad, o sea, de la "exceptio praejudicii", pertenece al derecho material como todas las demás excepciones (p. 215).

Esta teoría tiene otra exposición en Bülow, que resulta interesante para la acumulación de pretensiones. Cuando varias tienden a la misma finalidad, el actor es libre de elegir entre ellas; se puede iniciar cualquiera y hasta interponerlas juntas o una después de la otra; sólo que si por medio de alguna se alcanza el objeto, se extinguen las demandas restantes. Si el damnificado tiene la pretensión contractual y la "ex delicto" para obtener su indemnización; el propietario la "rei vindicatio", la "actio in personam" y un interdicto posesorio para recuperar la cosa; el copropietario demanda la liquidación de gastos por la pretensión de sociedad o la de división; siempre se puede conseguir el objeto por una vía, pero no se podrá pretender por la otra. Mas la regla tiene un límite, el de la prejudicialidad, que es una limitación extraordinaria de la libre elección entre dos pretensiones concurrentes. De esta manera, Bülow traspasa al derecho sustancial las figuras de las excepciones prejudiciales, por las que toda demanda que concorra con una pretensión hereditaria o de propiedad, será rechazada ante la oposición del demandado (p. 217).

La índole material de todas estas excepciones, permite a Bülow equiparar, por el resultado absolutorio para el demandado, tanto a la defensa de prescripción (demanda no presentada dentro del plazo), como a la de excusión o a la de división que también persiguen la finalidad de obligar al actor a entablar distinta demanda. No es diferente la finalidad de una excepción que se funda en que primeramente debe deducirse otra pretensión. Si no son procesales las "rei in iudicium non deductae" y "rei in iudicium deductae", tampoco lo es la "exceptio rei in iudicium deducendae", de la que la "exceptio praejudicii" es apenas un ejemplo. El único principio que no se aplica a estas excepciones es que no hace inútil la pretensión del actor en su totalidad, sino sólo la pretensión concurrente. Es decir, de varias pretensiones que puede deducir el actor, sólo una se pierde: el heredero que no puede reivindicar contra un pretendiente, no pierde las cosas, sino que puede obtenerlas siguiendo la vía de petición de herencia; el titular de la servidumbre no debe alcanzar el goce del predio dominante por la acción confesoria sino por la reivindicación (p. 225).

El punto oscuro o discutible en esta teoría de Bülow, radica en la índole de la sentencia que se dicta. Por una parte, sostiene que al no tratarse de un defecto o improcedencia del proceso, la litiscontestación ha tenido lugar y el actor no ha sido rechazado por sentencia firme. Pero luego (p. 226, nota 128), indica que en el caso de pedir una cosa por otra, debe tener lugar una simple "absolutio ab instantia" que es evidentemente un sobreseimiento. Entonces, acontece que una excepción material lleva a un impedimento de sentenciar: el reivindicante no es oído porque no ha deducido

la petición de herencia, y a esto le llama naturaleza sustancial del fallo (p. 228). O hubo fallo sobre el fondo y caso juzgado, o hubo sobreseimiento sin fallo. La solución debe buscarse por la diferencia entre atendibilidad y concedibilidad: la pretensión no era siquiera atendible, pero la instancia no dejó de ser admisible.

f) El último reducto doctrinario para sostener la existencia de excepciones procesales, era el de las translaciones de origen griego y que en algunos pasajes mencionaban los retóricos romanos. Bülow se adentra en su estudio para demostrar que tampoco eran apoyo suficiente a esta teoría.

Las translaciones eran una clase y manera de los discursos de defensa que debían usarse cuando la demanda no era total y absolutamente infundada pero insostenible como se había presentado, siendo necesario su cambio; como si el actor que demandaba no estaba legitimado o no se reclamaba contra el reo verdadero, si el tribunal era incompetente o el tiempo inoportuno, si se elegía una pretensión equivocada o una pena injusta. Se trataba, entonces (dice Bülow, p. 237), de una defensa evasiva, pues el demandado no se comportaba negativamente sino tachando un aspecto único. Su característica estribaba en una concesión parcial y una parcial negativa, una contradicción vinculada a una admisión, o una admisión ligada a una contradicción.

Por tanto, ese concepto retórico recordaba la noción jurídica de la confesión calificada, de la cual se distinguía en que en la última se destaca al aspecto positivo (el elemento confesorio), mientras que los rétores romanos ponían atención en el negativo (el contradictorio); ellos acentuaban el fin remoto de buscar la interposición de una demanda distinta y, como defensa, la “translatio” no toma en cuenta las particulares afirmaciones hechas por el actor, debiendo llamarse propiamente “confessio in jure calificada” (no “in iudicio”).

La explicación de la confusión en que cayó la doctrina, se encuentra en el hecho de que en los escritos de los retóricos se dan tres ejemplos entre otros muchos de defensa translativa: 1. Cuando el “cognitor” del actor es inhábil para representar en proceso; 2. Cuando el actor ha iniciado una demanda de pena civil concurrente con una querrela criminal; y 3. Cuando la demanda se ha interpuesto ante tribunal incompetente.

Pero esos tres medios de defensa constituyen excepciones de fondo en los dos primeros casos y el último no es excepción. En cambio, la doctrina no tomó en cuenta el resto de ejemplo de naturaleza material y que no dan nacimiento a excepción alguna, como la afirmación de que el actor no ha entablado la demanda correspondiente, o que no ha pedido la pena legítima, o que no se da la legitimación sustancial o se ha demandado antes de tiempo.

Es verdad que hay otros casos de contenido procesal, como la recusación del juez, las objeciones contra la habilidad procesal o de postulación del actor, la recusación del acusador, la afirmación de que la demanda no ha de ser admitida como se ha propuesto, o el pedido de suspensión provisional del proceso. Sin embargo, ninguno de estos ejemplos ofrece materia para una "exceptio" o "praescriptio" que deba ser tratada "in iudicio". Son cuestiones que se investigan y resuelven por el "magistratus" en el procedimiento preparatorio, antes de la "datio formulae" y antes de la introducción al proceso criminal.

En realidad, la "translatio" proviene de los retóricos griegos y son motivos de defensa tendientes a la transformación de la demanda, casi siempre resueltos en el debate de fondo; pero en el proceso romano encuentran su decisión en el procedimiento preparatorio como presupuestos que son, y si acaso alguna "exceptio" tenía lugar, llevaba la característica romana de que todo derecho sería presentado en el "iudicium" por una determinada e invariable forma de demanda, siendo imposible, por consiguiente, una modificación posterior. Si la pretensión era equivocada, se perdía el pleito lisa y llanamente. La defensa evasiva producía un efecto tan completamente extintivo como el directo de la demanda contraria. Quintiliano sostuvo que siempre que se presentaba en apariencia esta clase de defensa evasiva, existía en el fondo otra ("Inst. orat." III, 6 núm. 63, *op. cit.*, p. 248, nota 37).

El cambio de las personas de las partes o del juez, del momento en que se debe iniciar el proceso, de la forma de la demanda o de cualquier otro elemento, debe darse por algún motivo, de ahí que la litis no se basara absolutamente en el cambio como tal, sino en la causa por la que debería efectuarse el cambio (p. 249).

g) Al concluir su obra, Bülow ofrece un resumen crítico cuyo fin es negar la teoría de las excepciones procesales, en especial de las dilatorias. Su afirmación es terminante, tanto la "exceptio" como la pretensión ("actio"), pertenecen al derecho material exclusivamente. Ninguna excepción se dirige contra la forma de la demanda o del proceso. Lo único procesal es la manera en que son hechas valer en juicio.

Los romanos destacaban la correspondencia entre "actio" (pretensión) y "exceptio" y en todas sus partes decían que la "exceptio" iba dirigida contra la "actio", que ésta era rechazada o enervada por aquélla. No usaban la "actio" como acto o forma de demandar sino como derecho cuya extinción se hacía por la "exceptio".

La "exceptio" no iba contra la "intentio" o la "condemnatio" mismas, sino que servía para rechazar lo que en esa parte de la fórmula está expresado. No contra la forma sino contra el contenido de la demanda, no contra el acto de demandar sino contra el derecho discutido [L. 2 "pr. de exc.", 44, 1 (Ulp. libro 74 "ad Ed."), p. 253].

Pero Bülow no se detuvo en el rechazo de una excepción procesal romana, sino que combatió el monstruo de las excepciones dilatorias, de las que sólo hay una clase: las relacionadas con la "merita causae", son excepciones que suspenden temporalmente la pretensión. Tanto como la perentoria, la dilatoria es un defecto inherente al derecho reclamado, una limitación. Las perentorias son limitación permanente, y las dilatorias son temporarias del derecho del actor (p. 257).

Además, existen casos en que según las condiciones, las excepciones pueden ser dilatorias o perentorias, como sucede con la "procuratoria" o la "exceptio doli" que es dilatoria en cuanto excepción de retención; o la "exceptio pacti de non petendo" que depende del acuerdo sobre un pago sin plazo o a plazo fijo.

Como las excepciones fueron concedidas, exactamente al igual que las pretensiones, por medido de la fórmula; sólo después de la litiscontestación, en el procedimiento de fondo, iban a examen y prueba, la cual pertenece al final del procedimiento: "in iudicio", y es el cierre del debate de fondo (p. 261).

Resultaría insensato hablar de una excepción procesal cuyo debate iba al final y del cual dependía la procedencia y validez del juicio. A causa de este apartamiento de las reglas de la excepción, se habló de "exceptiones declinatoriae iudicii", recibidas a prueba antes que la demanda. De este modo se hizo que la L. 19 dijera algo que el legislador romano jamás pensó. Pero en este procedimiento, la demostración de una excepción acarrea una resolución de fondo (p. 265).

Siempre que se habla de excepciones procesales, se considera que su única finalidad es prevenir contra procesos que infringen las normas procesales. La "exceptio" no causaba la "absolutio ab actione" sino la "absolutio ab instantia", el rechazamiento de la demanda por inadmisibile. Esta institución tuvo en el derecho romano amplia aplicación con el nombre de "denegatio actionis" que era decretada "in limine iudicii"; era una denegación del "magistratus" al pedido de proceso por el actor, sin adelantar la resolución de fondo (p. 267).

El problema se relaciona íntimamente con la cuestión de la causa y significado de la división del procedimiento en dos partes: "in iure" e "in iudicio". Pero no se trata de investigar (dice Bülow) (p. 278) las razones políticas por las que los romanos habían dividido la función judicial entre "magistratus" y "iudices", sino cómo la habían distribuido. El autor prescinde de las versiones que afirman que el procedimiento "in iure" ha servido para resolver la cuestión jurídica, el principio adecuado a la litis o la preparación del material litigioso, mientras el procedimiento "in iudicio" atendía al problema de hecho, a la averiguación de la verdad real. Son (dice) errores que se refutan con sólo ver mejor la fórmula romana.

Además del otorgamiento de la fórmula, había muchas otras cosas que cuidar "in jure". Este procedimiento encerraba una contraposición cualitativa de la materia que en él recibía resolución definitiva. La dicotomía se funda en la contraposición del supuesto de hecho de la relación con el supuesto de hecho del litigio. La primera mitad (presupuestos procesales) formaba el contenido exclusivo del procedimiento preparatorio "in jure", y ahí quedaba total y en última instancia resuelta. Al "judicio" quedaba la discusión y resolución de la materia litigiosa (p. 280).

Ni un solo presupuesto procesal fue probado y resuelto "in judicio", todos pertenecieron al procedimiento "in jure". Ahí fueron tratados, discutidos, probados y resueltos definitivamente. De la naturaleza absoluta o relativa de la regla procesal, dependía que la cognición se produjera de oficio o se reservara a las partes oponer la objeción oportuna. De oficio se consideraban, por ejemplo, la competencia del "magistratus", la habilidad del juez, la habilidad procesal y de postulación de las partes, la procedencia del debate judicial civil, el examen de la forma de la demanda (por cuanto toda desviación requería el acuerdo libre y judicial de las dos partes), así como el momento del proceso. Por oposición se examinaba la imparcialidad del "judex" y la obligación de prestar fianza; por lo común y a pedido del demandado, ante la posibilidad de una "prorrogatio fori", también se debatía sobre la competencia del tribunal; y la designación precisa del objeto litigioso pertenecía a la forma de la demanda, pues si estos requisitos debían ser espontáneamente cuidados por el "magistratus", las partes podían protestar contra un modo de anunciación indeterminada o ambigua (p. 284, nota 45).

Después de esto, se admitía el proceso ("actionis datio", "constitutio iudicii" o "litiscontestatio") o se decretaba que el proceso como había sido intentado no estaba en condición de iniciarse, ni el reo tenía obligación de someterse a él ("denegare actionem", "iudicium accipere non cogi"). El procedimiento preparatorio adquirió un contenido concluyente en todo sentido. Ni se trataba de determinar los puntos litigiosos, ni únicamente de la fórmula correspondiente a la demanda. Se buscaba la "constitutio iudicii", la determinación en todos sus aspectos de la relación procesal. Por este principio se entiende que la división se mantuviera subsistente mucho tiempo después que el proceso formulario y la institución del juez privado habían desaparecido. Su importancia fue universal y todo sistema procesal es impulsado hacia el mismo con ciertas modificaciones. La litiscontestación no estribaba en una discusión superficial ni en un acuerdo privado de las partes, era el resultado de un debate completo y la decisión acabada de un complejo de cuestiones que no volverían a discutirse por segunda vez. Era el momento en que se hacía constar la relación de derecho público, que llegaba a su constitución y término irrevocable, destinada a contener

en sí la relación privada litigiosa, para hacerla surgir en un estadio más firme y útil o para reducirla a la nada (p. 287).

Al pasar al derecho actual, Bülow estudia la posibilidad de mantener un producto de errónea vinculación romana, pero unánimemente abonado por la teoría, la práctica y la legislación modernas. La subsistencia de las excepciones procesales sólo podría justificarse si las normas que se han formado con motivo de los presupuestos procesales fueran armónicas con el punto de vista de las excepciones.

El concepto de las excepciones procesales para el derecho actual (dice Bülow) no es sino esquema vacío, proviene de equivocaciones y conduce a extravíos. Excepción no es lo que el demandado puede alegar frente a la demanda, sino lo que debe aducir contra ella. En contraposición a los hechos de la demanda es el medio de descomposición de los supuestos; pero este concepto no presta más utilidad a las excepciones procesales que el de "exceptio" romana. El tribunal ya no toma la actitud pasiva del viejo procedimiento, ya no es mero espectador o guardián de la lucha, y no son sólo las partes quienes pueden tachar las contravenciones procesales (p. 291).

La validez de la relación procesal es cuestión que no puede quedar librada en su totalidad a la disposición de las partes. Así, no está permitido entablar una demanda que no indique la relación jurídica que se alega; el proceso tramitado ante una autoridad no judicial o ante un tribunal incompetente o no prorrogado, o por una parte inhábil para actuar o por medio de representante no legitimado, o respecto de un derecho que no es privado, es nulo e inútil. El demandado puede admitirlo o no, mas el tribunal no tiene que esperar a que el reo acuse el defecto. Y no es que actúe en un rastreo policial, porque el tribunal ha de estar a lo que las partes expongan, pero a ese material se ha de aplicar de oficio la norma procesal y examinar si el actor ha llenado las condiciones de la relación.

Tanto respecto al litigio como al proceso, el juez niega su aprobación si el actor no suministra los puntos de apoyo suficientes para considerar fundados los elementos de la demanda. El demandado puede sacar a luz los defectos excepcionales ocultos, pues la relación procesal no se lleva a cabo fuera del tribunal como sucede con la sustancial. Si aún se quiere permanecer aferrado a la teoría de las excepciones procesales, sólo queda elegir entre ampliar el concepto a todo lo que ocasionalmente diga el demandado en vez de restringirlo a lo que debe decir y probar, o afirmar que no se da validez a las disposiciones procesales, ni nulidad procesal a causa de la transgresión del derecho procesal: es decir, se estará ante un proceso contractual puro (p. 294).

La vinculación de probar es consecuencia de la obligación de alegar. Si las excepciones son afirmaciones del reo, en caso de contradicción ha de producir su prueba. No se podría, entonces, exigir del actor la prueba de un presupuesto procesal. Si el actor demanda ante el fuero del domicilio,

no necesita probar que el reo vive en el distrito del tribunal, pues estaría a cargo del demandado la demostración de su negativa. Esto no se ha permitido todavía. Si se hubieran contemplado los presupuestos procesales desde el punto de vista de las excepciones y tenido en cuenta la regla absoluta "reus in exceptione probare debet", se habría resuelto el problema de la vinculación de la prueba. Los hechos de los presupuestos procesales se encuentran también, en parte, a cargo del actor y, en parte, del demandado; cuestión que ha de resolverse para cada presupuesto y después de investigar las teorías de la competencia, los poderes del tribunal, de la legitimación procesal, de los requisitos del objeto litigioso, etcétera. En todo caso, basta que el legislador hable de presupuestos procesales en vez de excepciones procesales impositivas, para que se abandone finalmente la inadecuada idea de una incompleta enunciación de los vicios procesales (p. 302).

7. *Las excepciones procesales en los códigos mexicano y panameño*

Se puede discrepar de la teoría de Bülow o intentar superar sus obstáculos; pero indudablemente no cabe olvidarla y, sin embargo, en la doctrina posterior no se le ha concedido la misma importancia que a su tesis de la relación jurídica procesal.

En los tratadís modernos se sigue hablando de las excepciones procesales como si las investigaciones de Bülow no hubieran existido. Así, Carnelutti, en sus *Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano* (Trad. y notas de Jaime Guasp, Barcelona 1942, p. 37), explica que la excepción designa la contestación que se funda en un hecho que tiene eficacia extintiva o impositiva del efecto jurídico afirmado como fundamento de la pretensión y, en seguida, añade que, al igual que la defensa, puede ser material o procesal, según que ataque el fundamento material o procesal de la pretensión y, cuando sucede lo último, se tiene un tipo de litis que puede llamarse secundario o litis de trámite, del cual la legitimación activa a la oposición es un ejemplo (p. 579, donde se alude al procedimiento ejecutivo).

Por su parte, Calamandrei (*Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Trad. Santiago Sentís Melendo, Bs. As. 1943, pp. 179 y ss.) distingue entre requisitos de la acción, entendida como derecho a una providencia favorable y presupuestos procesales (pp. 270 y ss.). Los requisitos constitutivos de la pretensión son tres para él: una cierta relación entre un hecho y una norma, la legitimación y el interés procesal. Los presupuestos son cinco: el órgano judicial, una demanda de providencia dirigida a él, idoneidad de la competencia, capacidad de obra (de ser parte y procesal) y en ciertos casos representación procesal (incluida la asistencia del abogado, p. 276).

Eduardo J. Couture (*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Bs. As. 1942, pp. 37 y ss.) comienza por establecer el paralelismo entre los conceptos de acción y excepción en todos los tiempos, desde la posición clásica a las teorías modernas. Menciona la preocupación francesa por distinguir entre defensas y excepciones, recordando la separación romana entre excepciones temporales y permanentes y, señala que abandonada la tesis material de la acción, las objeciones contra ella se ampliaron a la excepción.

Señala también que en el derecho alemán se distingue entre objeciones como negativas del derecho y excepciones que tienden a anularlo. Añade que la excepción como contraderecho tiene su fundamento en una tricotomía que implica tres significados: el primero muy general, considera como excepción a cualquier medio del demandado para justificar su pedido de absolución, como la simple negativa del fundamento de la demanda, aún de carácter procesal; el segundo, más restringido, como el acto de defensa que consiste en la contraposición de un hecho impeditivo o extintivo que excluya los efectos de la pretensión, como el pago, la novación o la simulación; y el tercero, más reducido, es la contraposición, al hecho constitutivo afirmado por el actor, de hechos impeditivos o extintivos que no excluyen la pretensión pero dan un poder de anulación, como la prescripción, el dolo, la violencia o el error. Sólo al último caso se le considera excepción en sentido propio por esta doctrina, sostenida por Chiovenda.

Para la teoría del derecho abstracto, la excepción tiene su misma naturaleza. El demandado defiende su libertad y no su derecho, quiere el rechazo del actor sin esgrimir nada contra él, sin imponerle derecho subjetivo alguno. No es derecho particular ni procesal, sino mero poder de oposición, bastando que el demandado afirme los puntos de hecho en que se apoya, pues la afirmación del derecho sería superflua, ya que el juez debe considerar la oposición en la sentencia. Las excepciones sobre el proceso son las que admitirían con más propiedad el nombre de excepciones, pues impiden llegar a la sentencia, como las de incompetencia, litispendencia, de cosa juzgada, etcétera. Las defensas que versan sobre el derecho son pretensiones de absolución, como la alegación de prescripción a cargo del demandado. Y éste es el punto de vista del autor (p. 47), quien la considera un puro derecho a la jurisdicción sin requerir fundamento material. La excepción como carga sólo se aplica a los casos en que el juez no puede sustituirse a la parte rechazando de oficio la demanda o paralizando su transcurso.

A pesar de todo, Couture se refiere a la obra de Bülow que significó la base de todos los sistemas y el comienzo de la ciencia procesal; pero admitida la noción de presupuestos procesales, la doctrina hubo de distinguir entre los necesarios para una sentencia de fondo y se habló de presupuestos de la decisión sobre el mérito del juicio (James Goldschmidt, *Teoría general del proceso*, Barcelona 1936, p. 15). Entonces, las excepciones queda-

ron como las razones que requieren alegación de parte y los presupuestos como circunstancias anteriores a la decisión, sin las cuales el juez no puede desempeñar su función eficazmente. Como tales presupuestos, Couture menciona tres: la proposición de la demanda judicial, un órgano dotado de jurisdicción y partes que se presenten como sujetos de derecho. Cumplido el mínimo, el pronunciamiento es necesario en cualquier sentido. En caso de ausencia de los presupuestos no se realizan actos sino hechos jurídicos: pero el juicio se desenvuelve con actos y no con hechos.

Los presupuestos para la validez del juicio no atañen a su existencia sino a su eficacia y, por tanto, no obstan a la relación procesal que posteriormente puede anularse: por defectos que suponen su existencia y que son eficaces hasta la anulación. El pronunciamiento judicial es procedente aunque mande subsanar los actos nulos, o declare la incompetencia, o rehaga la demanda.

En tal virtud, Couture concluye afirmando que la relación entre presupuestos procesales y excepciones es la de un medio legal de denunciar al juez la ausencia de los primeros, según se mira en todos los códigos; pero no es una relación constante, porque los presupuestos no necesitan excepción y pueden hacerse valer de oficio, además existen numerosas excepciones que no son denuncia de ausencia de presupuestos, como la de arraigo. De ahí que al considerar la clasificación de las excepciones, las distingue en dilatorias, perentorias y mixtas, siendo las primeras de finalidad postergatoria de la contestación, de tipo procesal y alegadas "in limine litis", tendientes a depurar los errores que obstan a la fácil decisión, a evitar el proceso inútil (litispendencia), a impedir el juicio nulo (incompetencia, falta de capacidad o personería) o a asegurar el resultado (arraigo) (p. 54).

En la misma Alemania, Leo Rosenberg (*Tratado de Derecho Procesal Civil*, Trad. Ángela Romera Vera, supervisión de Eduardo B. Carlos y Ernesto Krotoschin, Bs. As. 1955, t. II, pp. 44 y ss.) sistematiza las excepciones dilatorias al lado de los presupuestos e impedimentos procesales.

Las condiciones que determinan la admisibilidad de un procedimiento son, o bien las que deben existir, o las que deben no existir para que sea admisible. Si se observan de oficio se denominan presupuestos procesales, si su consideración necesita una reclamación del demandado, se llaman impedimentos. Son de oficio la competencia, la capacidad de ser parte y la procesal como positivos; la pendencia del objeto litigioso o la cosa juzgada son negativos.

Presupuestos e impedimentos son, por tanto, las circunstancias de las que depende que sea admisible en su totalidad el procedimiento dirigido a una resolución de fondo, ya respecto a todo el objeto litigioso, a una parte de él, o a un único fundamento de la demanda.

Estos presupuestos e impedimentos deben distinguirse de los atinentes a la admisibilidad de los actos procesales particulares, de las partes o judiciales, y de las etapas procesales la denuncia del litigio, la intervención por adhesión, la citación para audiencia, etcétera; como tampoco los de admisibilidad de la sentencia o los de procedencia de un recurso o resolución sobre el mismo; pues los procesales son condiciones de admisibilidad de todo el proceso, tanto de la demanda, de la sentencia sobre la causa, como del debate oral y de la recepción de la prueba, que no tendrían lugar a falta de los presupuestos del proceso, y quedarían sin objeto cuando se produjera la falla en el transcurso del procedimiento.

Por ello no se limitan a las exigencias de la presentación de la demanda, ni se agotan como presupuestos de sentencia definitiva, pues son también presupuestos del debate sobre el fondo. Si sólo faltan los presupuestos de un acto, en especial de una sentencia, si se han violado los preceptos sobre publicidad u oralidad, o de la composición legal del tribunal, el pronunciamiento es impugnabile para ser revocado con devolución al inferior para su perfeccionamiento; mientras que el defecto de un presupuesto procesal no conduce a la sola revocación de la sentencia, sino también a rechazar la demanda por improcedente. Si el recurso es inadmisibile se desechará por improcedente y se mantendrá la sentencia de la instancia inferior, llegando a cosa juzgada si fenece el plazo para recurrir. La misma demanda tampoco es presupuesto de admisibilidad del proceso, pues si lo funda no lo hace procedente; pero lo es la regularidad de la presentación de ella en tanto puede existir un defecto del contenido del escrito o respecto al poder de representación de las partes, o de la capacidad de postulación del actor; ya que entonces se llegará a una sentencia procesal que rechazará la demanda por improcedente. Sin embargo, si el proceso ha comenzado en forma regular, el defecto de poder o de capacidad de postulación no impide el debate sobre el fondo ni la resolución, sino que puede dictarse sentencia en rebeldía o resolución según el estado de los autos.

Por ende, Rosenberg conserva el nombre de presupuestos procesales para los que atañen a la totalidad de la admisibilidad del proceso. Pero no debe concluirse que sin uno de estos presupuestos no pueda existir el proceso. Ésa fue la opinión de Bülow, al definirlos como las condiciones previas para el nacimiento de toda relación procesal, o condiciones de existencia legal de la relación de derecho procesal, equiparadas a las exigencias para fundar una relación de derecho privado; pero los presupuestos no lo son del proceso en el sentido de que sin ellos no sea posible proceso alguno, sino que son objeto de examen y resolución en el proceso, suponiendo entonces su existencia. También la demanda de un incapaz procesal o contra un exento de jurisdicción, o a pesar de la improcedencia de la vía, o ante tribunal incompetente, funda el proceso y produce litispendencia.

haciendo necesario un debate y resolución por la que será rechazada la demanda. No son, pues, presupuestos de existencia, sino de admisibilidad del proceso.

Tampoco la admisibilidad significa validez; puede darse la invalidez sólo de los actos. Pero hay presupuestos procesales que al mismo tiempo son presupuestos de validez de los actos, como la capacidad para ser parte o la procesal y la del representante. Sin embargo, hay otros como la procedencia de la vía, la competencia del tribunal y la facultad de gestión procesal, cuyo defecto no pone en duda la eficacia del acto. Hay presupuestos que hacen ineficaz o nula la sentencia, como la carencia de competencia en el tribunal especial o la inexistencia de una parte, o la exención de jurisdicción; y los hay cuyo defecto hace anulable el fallo. Por lo regular, el defecto de un presupuesto procesal no lleva sino a la impugnabilidad del pronunciamiento, y aún esto no siempre, como sucede con la competencia territorial.

En consecuencia, los presupuestos procesales conciernen al contenido del escrito de demanda, al tribunal, a las partes, al objeto litigioso o a un fundamento de la demanda sobre el mismo, y al procedimiento elegido. En cambio, los impedimentos son enumerados taxativamente por la ley, como en la excepción de compromiso ante tribunal arbitral, la de falta de caución para responder por el pago de costas, o la del pago mismo de éstas. Si existen todos los presupuestos y faltan todos los impedimentos, el tribunal debe tratar y resolver sobre el fondo de la controversia. Tan pronto se afirme la inadmisibilidad del procedimiento, el tribunal no puede intervenir en el debate sobre el fondo sino ordenar el debate separado sobre la cuestión particular.

Los impedimentos no se tendrán en cuenta de oficio, sino cuando el demandado los alegue y sostenga, cuando pruebe sus fundamentos en caso de disputa, en la inteligencia de que puede renunciar a ellos y se pierden si no se alegan en tiempo. De cualquier modo, en la legislación alemana, el momento para decidir sobre la falta de presupuestos o la existencia de impedimentos es el de la sentencia, o más exactamente, el del último debate sobre hechos y, por lo mismo, es suficiente que hasta entonces se produzcan los presupuestos, por ejemplo, que se convierta en competente el tribunal; o que antes de ese momento haya desaparecido el impedimento, como sucedería si entre tanto se pronuncia el laudo arbitral o ya no se esté obligado a la caución. Así pues, contra lo sostenido por Bülow, no es necesario ni suficiente que exista el presupuesto y falte el impedimento al momento de la presentación de la demanda y sólo entonces, sino en el último debate oral.

La desaparición de algún presupuesto procesal durante el proceso, conduce a la interrupción o suspensión del procedimiento. Ello no determina ni el momento ni el orden en que deben examinarse, pues algunos, como la regularidad de la demanda o la competencia, han de examinarse "in

limine", después ha de estudiarse la litispendencia o la autoridad de la cosa juzgada, la jurisdicción nacional sobre el demandado, la existencia de las partes, la capacidad para ser parte y la procesal o la representación legal antes que la facultad de gestión procesal; y después los impedimentos, continuando con la admisibilidad del procedimiento elegido y, finalmente, la necesidad de tutela jurídica, en particular el interés en la decisión, que ya forma parte del examen de fondo de la controversia.

Ahora bien, Rosenberg entiende que las excepciones dilatorias enumeradas taxativamente por la ley, son todos los impedimentos procesales y la falta de algunos presupuestos, en tanto se aleguen por el demandado, en particular la falta de competencia y de la procedencia de la vía, la litispendencia y la falta de capacidad para ser parte de la capacidad procesal y de la representación legal.

La importancia de las excepciones dilatorias consiste en que el tribunal, a petición de parte o de oficio, puede disponer por un debate particular sobre cada una y pronunciar entonces sentencia interlocutoria que es impugnabile como la definitiva. Además, en caso de apelación estimada, la causa debe ser devuelta. Las excepciones dilatorias deben alegarse simultáneamente y antes del debate sobre la causa principal y, en caso contrario precluyen a menos que se trate de presupuestos no renunciabiles (pp. 44 a 56).

a) Parte de la confusión que existe sobre esta materia, es atribuible a las legislaciones positivas. Las más de las afirmaciones de Couture, Calamandrei o de Rosenberg, son resultado del examen de códigos y jurisprudencia de sus respectivos países y de la legislación comparada, olvidando que el fundador del concepto de presupuestos procesales (Rosenberg, aludiendo a Bülow, p. 47, t. II, *op. cit.*), había remarcado que el nombre dado por un título o un artículo legales, no ha de tenerse en cuenta de modo tan decisivo para resolver casos dudosos, ni una regla incontestable o incommovible.

Es un error deducir de los preceptos vigentes principios teóricos lo procedente es lo contrario: atender la legislación desde la perspectiva de la ciencia. Ninguna de las teorías expuestas ofrecería datos suficientes para explicar la naturaleza de una regla como la del artículo 17 del código federal mexicano de procedimientos civiles, que califica de nulo de pleno derecho lo actuado por tribunal declarado incompetente, salva disposición contraria de la ley, y que agrega dos normas particulares: si la incompetencia es sobrevinida, la nulidad sólo opera a partir del momento en que se presenta; y si no obstante la nulidad, las partes convienen en reconocer la validez de todas o de algunas actuaciones, será eficaz lo realizado por tribunal declarado incompetente.

Impedimento no lo hay, según lo entiende Rosenberg; pero tampoco se trata de un presupuesto procesal, ya que si bien del artículo 14 se infiere que el tribunal ha de declarar de oficio su incompetencia, las partes pueden alegarla y aún reconocer validez a lo actuado.

Aparte de la competencia, se incluye entre los presupuestos, generalmente, a la capacidad, concepto tan brumoso como antiguo y tan discutido como las excepciones procesales. Baste para el caso, recordar que según Carnelutti (*Sistema*, t. III, pp. 154 y ss.) la capacidad es una cualidad de la persona, una forma de ser con independencia de su posición en la sociedad; de manera que la persona con cualidades para determinar el efecto de un acto es capaz respecto al mismo. Si el efecto no depende de las cualidades personales sino de las sociales, entonces habrá que hablar de hipo o hipercapacidad.

La capacidad es, entonces, un concepto relativo. No hay capacidad absoluta para todos los actos; se debe hablar de capaces e incapaces para determinado acto: el menor es incapaz para vender pero no para contraer matrimonio. La ley regula la capacidad por grupos de actos. Para la mayor certeza de las relaciones jurídicas, en ocasiones se provee al accertamiento de cualidades de una persona, atribuyéndole, si las posee, una determinada posición, y de ese modo se alcanzan los fines perseguidos por la capacidad, sustituyéndola por la legitimación.

Así, la interdicción y la inhabilitación no son cualidades sino posiciones de la persona, atribuidas en vista de ciertas cualidades suyas; de manera que el concepto de legitimación viene a absorber la institución de la capacidad.

Pues bien, ese término de la capacidad, que Carnelutti sustituye con el de legitimación sin mayores ventajas y sí con superiores inconvenientes (pues la "legitimatio ad processum" tiene escasa relación con la "legitimatio ad caussam", ya que la primera mira a la habilidad para actuar y la segunda a la titularidad del derecho discutido), bien puede limitarse a significar el hecho, en tanto que respecto al derecho cabe hablar de habilidad. Así, es un hecho que la persona exista, pero que no pueda disponer de sus títulos por ser menor, es una norma, una regla que le inhabilita. Que en su lugar pueda hacerlo un tutor es, precisamente, el fenómeno de la legitimación. Por ello, tanto cabe discutir la habilidad del legitimado, como su legitimación o la titularidad de la relación litigiosa. Que el actor no pueda ser legitimado por falta de habilidad es diferente a que no esté realmente legitimado y distinto a que el derecho que pretende pertenezca o no al inhábil. La resolución que excluye al legitimado en nada prejuzga sobre el derecho del inhábil, pero la sentencia que obtiene el legitimado perjudica o beneficia al inhábil.

En este sentido, cuando el artículo 82, fracción III del código procesal federal mexicano, determina que quien niega está obligado a probar

si desconoce la capacidad, tanto puede referirse a la habilidad como a la legitimación; pero esto es un requisito de eficacia, ya que el artículo 276, fracción I, del mismo código, exige con que con la primera promoción se presente el documento que acredite el carácter con que se gestiona el negocio, en caso de tener representación legal de una persona (legitimación, pero también mandato), o cuando el derecho que se reclame provenga de habersele transmitido por otra (causahabencia del título).

Con estos preceptos coinciden los artículos 282, fracción III y 95 del código distrital mexicano, respectivamente; pero el último alude específicamente al poder de quien comparece a nombre de otro.

Sin embargo, en el código federal se encuentra una regla que exige especial atención en orden a la personalidad, pues el artículo 322, fracción II, segundo párrafo, entre los requisitos de la demanda menciona el nombre del actor y del demandado. Pero tratándose de pretensiones reales o de vacancia, de demolición de obra peligrosa o suspensión y demolición de obra nueva, sobre daños y perjuicios ocasionados por una propiedad sobre otra; si se ignora la identidad del demandado, no será necesario indicar su nombre, sino que bastará con la designación infundible del inmueble. En estos casos y otros análogos, el emplazamiento se hará por edictos.

De esta manera se tiene por señalado al demandado, cuya capacidad, habilidad, legitimación, representación, mandato o titularidad son afirmaciones cuya prueba es de su incumbencia, ya que no sería admisible suponer que la ley permitirá la entrada de cualquier persona a riesgo de que establezca un proceso inútil.

Toda demanda debe contestarse negándola, confesándola u oponiendo excepciones, dice el artículo 329 de esta ley. Pero más adelante, en el artículo 330 que prohíbe la ampliación de la contestación, se autoriza la alegación de excepciones o defensas supervenientes hasta antes de comenzar la fase conclusiva de la audiencia final.

Por su parte, el artículo 334 indica que sólo la incompetencia se sustanciará en artículo de previo y especial pronunciamiento; de modo que si la excepción se funda en falta de personalidad o en cualquier defecto procesal que pueda subsanarse, el artículo 335 permite al interesado corregirlo en cualquier estado del juicio para encauzar legalmente el desarrollo del proceso; en la inteligencia de que, conforme al artículo 336, las excepciones supervenientes se demostrarán en el plazo probatorio ordinario o supletorio.

Es manifiesta la discrepancia entre esta técnica y la que sigue el código distrital, que si en su artículo 47 manda al tribunal examinar la personalidad de las partes bajo su responsabilidad, no impide que el litigante tenga derecho de impugnación cuando le asistan razones para ello.

De ahí que el artículo 35, al hablar de las excepciones dilatorias incluya en su fracción I la incompetencia del juez, y en la IV la falta de personalidad o de capacidad en el actor.

En los juicios ordinarios, dice el artículo 36, sólo formarán artículo de previo y especial pronunciamiento la incompetencia, la litispendencia, la conexidad y la falta de personalidad; en los sumarios sólo impiden el curso del juicio, la incompetencia y la falta de personalidad en el actor.

De manera que, mientras el código federal regula una sola clase de procedimiento, el distrital comienza por informar acerca de dos: el sumario y el ordinario; pero todavía existen el sumarísimo del artículo 432 y los procedimientos universales de los títulos decimotercero (concursos) y decimocuarto (sucesiones), amén del oral ante la justicia de paz. Por ello los incidentes de previo y especial pronunciamiento que atañen a las excepciones, sólo caben en dos casos para los juicios sumarios y en cuatro para los ordinarios.

En cuanto a la litispendencia y la conexidad, el código distrital las considera también excepciones dilatorias (artículo 35, fracciones I y II). La litispendencia se opone ante el juez del segundo proceso, quien puede mandar inspeccionar los autos del primero y, si declara procedente la excepción, le remitirá su expediente, siempre que ambos correspondan al mismo fuero de apelación, pues en caso contrario dará por concluido el procedimiento ("absolutio ab instantia").

La conexidad tiene por objeto la remisión de los autos en que se opone, al juzgado que previno; dándose esta excepción, según el artículo 39, cuando hay identidad de personas y pretensiones, aunque las cosas sean distintas, o cuando las pretensiones provengan de una misma causa; pero no procede si los pleitos están en diversas instancias, si se trata de juicios sumarios, o cuando los juzgados no pertenezcan a la misma alzada (artículo 40). Opuesta la excepción con copia autorizada de la demanda y contestación del primer juicio, y expresada la respuesta de la contraria, el juez decidirá (artículo 41), mandando acumular los autos al juicio más antiguo para que, aunque siguiéndose por cuerda separada, se resuelvan en la misma sentencia (artículo 42).

De esta manera, atendiendo a lo dispuesto por los artículos 36 y 43, sólo se sustancian como incidentes las excepciones de incompetencia, litispendencia, conexidad, falta de personalidad o de capacidad; y se reservarán para el fallo del fondo la de falta de cumplimiento del plazo o de la condición a que esté sujeto la pretensión intentada, la división y la excusión, pues las demás que tuvieren este carácter, como la de cosa juzgada, tienen suerte distinta, ya que conforme al artículo 261, la cosa juzgada originará, a petición del demandado, la continuación del pleito sumariamente cuando se trate, por supuesto, de juicio ordinario, pues

en el proceso sumario, a pesar de lo dispuesto por el artículo 36, ni siquiera la excepción de falta de personalidad en el actor suspende el procedimiento, porque el artículo 438 manda que al comenzar la audiencia se reciban las pruebas relativas a esta excepción y se resuelva el punto. Los demás incidentes del sumario se resolverán oralmente, dice el artículo 440.

Si todas las excepciones se hacen valer al contestar la demanda, a menos que fueren supervenientes, al tenor de lo dispuesto por el artículo 260, en cambio se deciden en la sentencia al igual que la reconvencción (artículo 261). Por ello, el calificativo de dilatorias no tiene sentido sino cuando sean de previo y especial pronunciamiento, ya que entonces suspenden el principal (artículo 262); en la inteligencia de que tratándose de excepciones supervenientes que se pueden hacer valer hasta antes de la sentencia, se sustancian por cuerda separada, sumariamente, y su resolución se reserva para la definitiva (artículo 273).

b) La nulidad del procedimiento es tema íntimamente ligado a la materia de los presupuestos y las excepciones procesales. Pero el código distrital contiene reglas muy singulares sobre todo ello.

Desde luego, de nulidad de actuaciones se habla en el artículo 74 y sólo para el caso de que falte alguna de las formalidades esenciales que deje sin defensa a cualquiera de las partes y cuando la ley lo determine, como acontece con lo actuado por juez incompetente según ordena el artículo 154; pero no podrá ser invocada la nulidad por la parte que de lugar a ella, ni la que beneficie a una parte puede ser alegada por la otra (artículo 75).

De estas nulidades, la más grave es la concerniente al emplazamiento, que junto con la falta de citación para absolver posiciones y reconocimiento de documentos, forman artículo de previo y especial pronunciamiento, pues las demás se resuelven en la definitiva (artículo 78), debiendo hacerse valer todas en la actuación subsiguiente (artículo 77). Pero la nulidad queda convalidada, tanto por la preclusión del grado, como por la circunstancia de que la parte mal notificada se haga sabedora de la providencia (artículo 76). Ello no puede aplicarse en forma absoluta a la nulidad de emplazamiento, porque la preclusión del grado con la intervención del demandado, sólo tendría lugar en un primer momento, es decir, si el demandado acude a pesar de la anómala notificación.

Otro supuesto de nulidad, es el contenido en el artículo 93, para el caso de sentencia en juicio de estado civil, alcanzada por colusión de los litigantes; pero el precepto no establece claramente la sanción, sino que concede excepción al tercero.

En cambio, el artículo 717, con el nombre de apelación extraordinaria, regula un juicio de nulidad contra el primer proceso, cuando el emplaza-

miento se hubiere notificado al reo por edictos y el procedimiento se hubiere seguido en rebeldía (como el recurso de audiencia del rebelde en el sistema español); cuando no estuvieren representados legítimamente el actor o el demandado, o siendo inhábiles, las diligencias se hubieren entendido con ellos; cuando no hubiere sido emplazado el demandado conforme a la ley; o cuando el juicio se hubiere seguido ante juez incompetente, no siendo el caso de competencia conveniente como lo es la que se establece por razón del territorio, según el artículo 149. Este juicio se sustancia sumariamente ante el tribunal superior, debiendo la demanda llenar los requisitos comunes que marca el artículo 255. El objeto del proceso es obtener la nulidad del primer juicio y, declarada, reponer el procedimiento (artículo 718). Si la sentencia anulable fuere de juez de paz, conocerá de la apelación extraordinaria el de primera instancia que corresponda (artículo 719). Esta sentencia no admite recurso alguno; pero si el padre que ejerza la patria potestad, el tutor o el menor, en su caso, ratifican lo actuado, se sobreeserá el recurso, sin que pueda oponerse la contraria (artículo 721); y si el actor o demandado hábiles, estuvieran legítimamente representados en la demanda y contestación, aunque dejaren de estarlo después, no podrán intentar el juicio (artículo 722).

Respecto al código federal, el artículo 71 que habla de acumulación de demandas por litispendencia, señala que su efecto será la total nulificación del proceso acumulado. Esta acumulación, por tanto, es diversa de la regulada en el artículo 72 para juicios conexos, cuyo efecto es resolver los asuntos en una sola sentencia pero con sustanciación por separado, de manera que el procedimiento que se adelante, tendrá que detenerse en la audiencia final (artículo 75). Sin embargo, también puede presentarse la nulidad en estas hipótesis si el juez, originalmente competente, realiza actuaciones después de promoverse la acumulación, a menos que se trate de providencias precautorias o la ley disponga en contrario (artículo 76).

Sobre la nulidad de actuaciones se habla en el solo caso de la notificación que, hecha en forma distinta a la prevenida o si se omitiere totalmente, dará lugar, a promoción del agraviado, a la anulación de lo realizado a partir de ese acto. El incidente no suspende el procedimiento, dice el artículo 319, y si la nulidad fuere declarada, el tribunal ha de determinar las actuaciones que son nulas por estimar que las ignoró el afectado o por no poder subsistir, ni haber podido legalmente practicarse sin la existencia previa y la validez de otras. Pero si la persona mal notificada o no notificada, se manifestare sabedora de la providencia antes de promover el incidente, la notificación surtirá sus efectos como si estuviere hecha con arreglo a la ley, señala el 320.

En este código tampoco se prevé la nulidad del proceso ni siquiera de la sentencia, pues la apelación tiene sólo el objeto de confirmar, revocar o modificar la resolución de primera instancia y nada más en los puntos relativos a los agravios expresados (artículo 231).

Los casos de revisión forzosa que este código, al igual que el distrital regulan al lado de la apelación —aunque tengan por finalidad el estudio del negocio en su integridad (artículo 258 del federal), si la ley no la restringe a puntos determinados—, se deciden con igual sentido confirmatorio, revocatorio o modificatorio (artículo 716 distrital).

c) La técnica deficiente de ambas leyes, deja gran margen a la crítica, sobre todo si se confrontan con la historia y la doctrina; pero indudablemente el distrital está más necesitado de reformas definitivas.

Es verdad que otras cuestiones analizadas por la ciencia como presupuestos: la formalidad de la demanda y la procedencia de la vía, tienen soluciones especiales por la distinta sistemática de estos dos códigos (la cual se multiplica si se consideran otras leyes, como las federales de los juicios mercantiles, laborales y fiscales que ahora han invadido el campo administrativo en general, así como los veintinueve códigos procesales civiles estatales, sin mencionar leyes particulares que atañen a materias tan disímolas como la castrense, la relación de los trabajadores al servicio del Estado con sus titulares, de la propiedad industrial, de tránsito federal como servicio público, o las diversas formas de arbitraje oficial y privado, etcétera); y así, respecto al caso del oscuro libelo, en ambos códigos se faculta al juez para mandar aclarar la demanda o corregirla (artículos 325 del federal y 257 del distrital); pero no se prevé la excepción relativa, por más que el código federal dispone en el tercer párrafo del artículo 275 que las reclamaciones de las partes por violaciones del procedimiento se reservarán para decidir en la sentencia, pudiendo ordenarse la práctica de las diligencias omitidas o la reposición del procedimiento en la parte indispensable para que el reclamante no quede sin defensa, pues ello no puede ampliarse hasta la cuestión indicada de la demanda oscura o irregular.

En cuanto a la procedencia de la vía, como el código federal no contempla sino una, el problema se disuelve; pero el distrital no califica de excepción la oposición posible, limitándose a señalar en el artículo 431 que todas las contiendas cuya tramitación no se prevea como juicio sumario, se ventilarán en el ordinario.

De considerarse como incidente, el problema se resolvería en la audiencia del sumario según el artículo 440, en la inteligencia de que, prácticamente, el presupuesto de la vía es importante sólo para las pretensiones que deban deducirse en juicio ordinario, pues si una correspondiente al sumario se lleva al otro, no habrá perjuicio para el demandado sino

para el actor. Apenas, tratándose del sumario determinado que se llama ejecutivo en el código distrital, se contempla el supuesto de improcedencia como cuestión de fondo, al indicar el artículo 461 que la sentencia debe declarar si ha procedido o no la vía, y en caso negativo, reservará el juez sus derechos al ejecutante para que los ejerza como corresponda.

Si se toma en cuenta el control de amparo, el sistema mexicano queda integrado con la querrela constitucional para toda clase de violaciones, no sólo de fondo, sino de procedimiento. Pero debe tenerse presente que no se trata de un juicio de nulidad, sino de un control que se limita a amparar al quejoso, de manera que los efectos pueden ser múltiples y diversos a la mera anulación, aunque en algunos sentidos haya cierta correspondencia de instituciones.

d) De cualquier manera, hay un dato sobresaliente en la ley federal, que viene a concordar, tanto con el criterio de Bülow, como con otras figuras del derecho comparado. Se trata de la potestad concedida al juzgador para remediar todo defecto procedimental.

Esta ley, de indudable corte publicístico, confiere al juzgador numerosas facultades de dirección procesal que se salen de lo común; pero el caso más notable se encuentra en el artículo 58 que autoriza a jueces, magistrados y ministros, para ordenar se subsane toda omisión que notaren en la substanciación, para el sólo efecto de la regularidad del procedimiento.

La indeterminación del plazo para realizar estos actos es lo que distingue la figura mexicana, pues en Bülow estos problemas se limitaban a los presupuestos y al que llamaba procedimiento preparatorio, y en la legislación brasileña se instituye el despacho saneador para el mismo fin, pero colocado después de la fase postulatoria.

Por el despacho saneador se ordena o suprime oportunamente cualquier vicio convalidable o se extingue el proceso maculado por defectos irremediabiles; el juicio inútil no traspone los umbrales de la audiencia. Naturalmente, no se trata de una idea insólita, sino de una cristalización de la tendencia a la simplificación del proceso que, según Bülow, tuvo su manifestación acabada en romana división de las fases "in jure" e "in iudicio".

El precepto mexicano, olvidado por la práctica e inestudiado por la doctrina, podría llegar a cimas superiores, combinado con el antes citado artículo 275 de la misma ley. De un lado, los tribunales gozan de autoridad suficiente para subsanar omisiones y regularizar el procedimiento; de otro, las partes pueden reclamar toda violación, aunque su decisión se reserva para la definitiva con el peligro de un procedimiento inútil. Basta, pues, un paso adelante permitiendo la invariación de estas re-

glas, para permitir una modificación trascendental en el proceso, ya que actualmente el artículo 335 permite corregir los defectos de la actuación en cualquier estado del juicio y espontáneamente por la parte que descuidó el punto.

Una sola vía (porque la ejecución se regula, no como juicio sino como procedimiento preparatorio o definitivo en los artículos 400 y ss.), con incidentes que pueden o no suspender el procedimiento según sus alcances; el destierro de las excepciones dilatorias para referirse sólo a las que no destruyen la pretensión sino que impiden el pronunciamiento de fondo (artículo 348); la conversión de la litis abierta en acumulación de pretensiones hasta antes de la audiencia final de primera instancia con sustanciación por separado (artículo 71); la potestad del juzgador para hacer que vengan al juicio cuestiones conexas no propuestas por las partes (artículo 77); la posibilidad de regularizar el procedimiento por tres caminos que pueden ser complementarios: reclamación de las partes (que infortunadamente se resuelve al final), subsanación espontánea de defectos en cualquier estado del juicio (artículo 335) y, sobre todo, la facultad de eliminar las omisiones para regularizar el proceso (artículo 58); son los postulados que en este código ofrecen grandes posibilidades de evolución procesal.

Sin ser perfecta sino perfectible, la técnica del código federal (muy inferior a su sistemática, en particular por lo que toca a la prueba y muy destacadamente en lo relativo a la valoración) muestra gran superioridad sobre la confusa e incongruente del distrital y puede decirse que es de corte moderno (pero con notorios altibajos), permitiendo, si no la confirmación de las teorías más autorizadas, sí su aplicación o, al menos, la interpretación de sus institutos a través de ellas. Así, en lo que atañe a la excepción, ciertamente no se ha logrado el objetivo de Bülow: distinguir netamente entre presupuestos del proceso y excepciones; pero tampoco en la doctrina posterior al autor, ni en los subsiguientes códigos alemanes o de otros países, se ha logrado implantar la tajante separación, como tampoco la doctrina que más le respete, sigue al pie de la letra sus enseñanzas.

e) El Código Judicial panameño, se comentó antes, ha decidido eliminar el concepto de excepciones dilatorias y, entre sus aciertos, puede añadirse el haber reunido las leyes procesales civiles, penales y el llamado juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva, materialmente administrativo, sin olvidar la unificación civil y mercantil; pero adolece del mismo defecto de la legislación española por la proliferación de juicios, la multiplicidad de definiciones y la carencia de instituciones que relacionadas con la tercería, son indispensables en la sociedad actual.

La universalidad de los fenómenos implicados en los términos presupuestos procesales y excepciones o defensas, no permite que ley procesal alguna omita su consideración. La técnica puede (y a veces debe) cambiar, pero la existencia de estos problemas no es susceptible de ocultación. Presentación de la demanda, competencia del juzgador, vía procedente y personalidad de los accionantes, son cuestiones que han de encontrar necesaria regulación, sea como presupuestos o como excepciones. La elección de una cualquiera de estas técnicas, mostrará los adelantos legislativos y la sistematización de los elementos conexos será la prueba decisiva de su eficacia. Desde estos ángulos es que debe atenderse cualquier ley procesal, con entera independencia de si la práctica respeta los lineamientos legales o los desnaturaliza, porque ésta es una cuestión que corresponde vigilar a los juzgadores, a los mismos postulantes y, finalmente, al legislador interesado en la evolución de la función estatal más importante: la judicial.

Mientras los artículos 283 y siguientes del código panameño definen, sucesivamente, al juicio civil, a la decisión judicial, a la división de juicios en ordinarios y especiales, al proceso, a la instancia, al traslado, a la contumacia, al litigante (persona que gestione ante los tribunales, aunque no haya controversia respecto del derecho que reclama, lo que resulta paradójico), a la parte, al tribunal (oficina en que se ejerzan funciones judiciales por cualquier funcionario, corporación o persona que según la ley pueda administrar justicia, y designa también a quienes lo integran), a la cantidad y a la demanda (toda petición con que se inicia un juicio): el artículo 486 habla de excepciones.

Conforme a este precepto, constituye excepción todo hecho en virtud del cual, las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió. La omisión del nombre técnico no es motivo para que se desconozca el hecho que la constituye. Todo el que sea citado en virtud de demanda, añade el 487, puede usar de las excepciones legales que crea le favorecen.

Así pues, en estos artículos la palabra excepción parece sinónimo de defensa sustantiva, pues va, como decía Bülow, no contra el proceso, sino atacando la pretensión de fondo. Y así lo confirma el 488 al señalar las más comunes: I. La de pago ya efectuado, de la deuda que se cobra; II. La de remisión o perdón de la deuda; III. La de compensación de la deuda con otra igual, mayor o menor, que deba el demandante al demandado; IV. La de renovación de la obligación que se cobra; V. La de dolo o miedo que intervino en el contrato; VI. La de falsedad de la obligación que se demanda; VII. La de nulidad de la misma obligación; VIII. La de transacción o arreglo privado entre el acreedor y el deudor; IX. La de cosa juzgada; X. La de pacto de no pedir; XI. La

de petición antes de tiempo o de un modo indebido; XII. La de ser condicional la obligación que se demanda y no estar cumplida la condición; XIII. La de prescripción, y XIV. La de caso fortuito o accidente inopinado e imprevisto que ha impedido el cumplimiento de la obligación.

Sin embargo, resulta extraño que el artículo 490 permita que estas excepciones puedan alegarse en cualquier estado del juicio, sobre todo, cuando el artículo 1099 dispone que el demandado inconforme con la pretensión del actor, debe exponer las razones que tenga para ello, las cuales, obviamente, tendrán que ser los hechos modificativos o extintivos que menciona el 488; de modo que si la contestación no estuviere dada en la forma que señala la ley, el tribunal de oficio o a petición del demandante, mandará devolverla para que dentro de tres días se subsanen los defectos especificados claramente y con las prevenciones de seguir el juicio en estrados y luego en contumacia (artículos 1104 en relación con el 1091). Es decir, que el tribunal estimará aceptados implícitamente los hechos de la demanda, salvo que no fuere admisible la confesión, y el demandado deberá probar en cualquiera instancia del juicio contra esa imputación (artículo 1105).

Ahora bien, como la actuación no puede retrotraerse en ningún caso, según el 1105 en relación con el 353, o la prueba en contrario del demandado, luego de pagar la multa que señala el 354, significa la posibilidad de excepcionar en el fondo y en litis abierta, lo que desnaturaliza la prevención de los artículos 1109 y siguientes que se refieren a la prueba y a los alegatos (si la cuestión es de derecho); o el artículo 490 alude a casos de impedimento, fundado en la falta de presupuestos y entonces no se trata de defensas de fondo.

Esto último parece ser lo acogido por el legislador, en cuanto el artículo 491 establece que si el juez halla justificados los hechos que constituyen una excepción, aunque no fuere propuesta ni alegada, debe reconocerse, por más que remite su decisión al fallo, permitiendo que el proceso se desenvuelva totalmente. Abona lo dicho la circunstancia de que no quedan incluidas las excepciones de prescripción entre las de oficio, porque sólo puede aducirlas la parte.

f) Es conveniente recordar que las llamadas excepciones dilatorias son consideradas por Bülow como el aspecto negativo de los presupuestos. De entre ellos, el código panameño menciona inmediatamente los requisitos de la demanda, que son, como quiere Rosenberg, condiciones de su presentación. Mientras no se notifique la providencia que abre la causa a prueba, la demanda puede aclararse, corregirse y enmendarse, dice el artículo 308. Si la causa no ha de abrirse a prueba, el derecho de variar la demanda durará hasta que se notifique al demandante la providencia que ordene el trámite de alegatos indica el mismo precepto.

Estas normas y otras más, demuestran que se intentó regular un juicio de litis abierta, de modo que no sólo pueden deducirse pretensiones acumuladas siendo competente el juez para conocerlas y no sean contrarias entre sí, pues de otra manera el actor ha de elegir una sin poder sustituirla (artículo 309); sino que se pueden proponer subsidaria y condicionalmente dos remedios contrarios si los derechos no se destruyen por la elección o por otra razón no se consideran incompatibles (artículo 310); y aún cabe perder el juicio y demandar por otro título (artículo 311).

Las condiciones son, pues, las enunciadas en el artículo 304, entre las que figura el formalismo de la expresión de la pretensión deducida, puesta arriba de la primera plana del libelo, más requisitos relativos a las partes, el tribunal, lo pedido, causa de pedir y cuantía, que no es necesaria si se demanda ante jurisdicción privativa. Pero al regular los juicios de mayor cuantía y asimilados, se prevé la corrección de la demanda, oficiosamente ordenada por el tribunal (artículo 1094), o por manifestación del demandado antes de contestar (artículo 1095). Este escrito de objeción debe resolverse en breve plazo y si procede, se ordenará al actor la corrección (artículo 1096). La resolución es apelable en el efecto devolutivo (artículo 1097), y los defectos de forma no invalidan el procedimiento si las partes o el tribunal dejan de hacer lo necesario para su corrección (artículo 1098). De cualquier manera, el actor debe cuidar la claridad porque el artículo 346 ordena que en caso de duda, la apreciación de los hechos y la aplicación del derecho se harán en favor del demandado a falta de otros principios legales.

g) Segundo presupuesto, regulado generalmente como excepción de incompetencia, es el relativo al juzgador, que en el código panameño se prevé en los artículos 1004 a 1006.

Si el tribunal es incompetente, dicta una providencia absteniéndose de conocer del asunto y señalando al juzgador competente. Notificada la resolución, se envía el expediente a este tribunal, quien lo tramitará sin más formalidad si estuviere conforme. En caso contrario proveerá con cita de las disposiciones relativas, pasando el proceso al superior, quien fijará definitivamente la competencia.

Resulta, entonces, que en este código se sigue la tesis presupuestal de la competencia; pero debe tenerse en cuenta que en los términos del artículo 1048, las providencias son apelables en el efecto devolutivo, de modo que la relativa a la conformidad en la competencia queda incluida.

De otra parte, el artículo 606 establece como causa de nulidad, común a todos los juicios, la incompetencia y la ilegalidad de la personería. La incompetencia no produce nulidad: 1º, si es conveniente o pactable (llamada prorrogable) y las partes intervienen sin hacer reclamación alguna; 2º, si

se formula reclamación y se declara sin lugar; 3º, si es improrrogable y se ratifica lo actuado; 4º, si la causa consiste en que se haya hecho o dejando de hacer algún repartimiento; 5º si consiste en que se haya declarado indebidamente legal o ilegal algún motivo de impedimento o causal de recusación; 6º, si consiste en haber actuado en el juicio un magistrado o juez impedido o separado del asunto por recusación, y las partes han continuado el juicio ante otro que tenga competencia, sin reclamar la anulación de lo indebidamente actuado; y 7º, si se funda en haber sido nombrado juez un individuo que no podía ser electo (artículo 607).

En caso de ratificarse lo actuado por juez incompetente, no se le confiere potestad para seguir conociendo, y deberá pasar el asunto en el estado en que se encuentre a quien lo sea (artículo 616); pero los guardadores y los representantes de entidades políticas y personas jurídicas de toda clase, no pueden ratificar sino con autorización expresa de sus representados o del tribunal, cuando lo crea conveniente para el pupilo, la entidad o la persona jurídica; se exceptúan los representantes de entidades políticas extranjeras, de sociedades civiles y de comercio, quienes pueden ratificar como la generalidad de los litigantes (artículo 617).

Con todo, si el tribunal notare, antes de dictar sentencia, que se ha incurrido en alguna causa de nulidad, mandará notificar a las partes para que dentro de tres días puedan pedir la anulación (artículo 618); y si la parte con derecho lo hiciere oportunamente, el tribunal la decretará, retrotrayendo el negocio al estado que tenía cuando ocurrió el motivo de nulidad; en caso contrario, se dará por allanada la nulidad y el juicio seguirá su curso (artículo 619). Tienen derecho a pedir la anulación de lo actuado por incompetencia, no prorrogable, o que no se haya prorrogado, cualquiera de las partes (artículo 622, 1º).

Pero después de anulado un proceso o parte de él, quien estuviere interesado en la nulidad, puede revalidar lo anulado y el asunto seguirá su curso ordinario (artículo 623). En cuanto a la nulidad por incompetencia, puede alegarse como incidente o deducirse como pretensión autónoma en juicio distinto (artículo 624). Estas pretensiones de nulidad prescriben en un año, siempre que las sentencias o remates no hayan afectado derechos reales de terceros que no litigaron, pues para ellos rigen las reglas sustantivas ordinarias (artículo 630).

h) Tercer presupuesto, considerado como causa de nulidad en el Código judicial, es la ilegitimidad de la personería.

Tampoco se da la nulidad si ya se ha decidido que es legítima la personería que se impugna, cuando exista en los autos poder legal aunque no haya sido expresamente admitido; si a pesar de no existir poder, el interesado o un representante acepta lo hecho sin personería; y cuando aparez-

ca en los autos que el interesado ha consentido aunque el poder no exista o no esté arreglado a la ley (artículo 608).

En los concursos, la legitimidad de la personería del representante de un acreedor, no conduce a la nulidad del juicio principal, y sólo se anulará lo actuado en el cuaderno respectivo si lo pide el interesado expresamente (artículo 614).

En todo caso, se notificará personalmente al verdadero interesado o a quien legítimamente lo represente la resolución respectiva, para que pueda hacer uso de sus derechos, y si no pidiere la anulación del proceso, se legitimará la personería si el representante no ha sido o es reemplazado (artículo 621).

Tienen derecho a pedir la nulidad por ilegitimidad en la personería, el interesado cuyos derechos han sido indebidamente representados y no cualquiera de las partes, al tenor de la reforma de 1925 (artículo 622, fracción 2a.).

Las demás reglas sobre nulidad de lo actuado, son también aplicables a este extremo, inclusive la forma incidental de alegar la nulidad en el mismo juicio o como pretensión autónoma, pero el artículo 625 añade la posibilidad de hacerlo como excepción en cualquier otro juicio. Conviene, sin embargo, tener presente que cuando se anule un proceso, se condenará en las costas de la parte anulada, al funcionario que resulte exclusivamente responsable (artículo 636).

¿) La procedencia de la vía es un presupuesto que adquiere mayor importancia en aquellas codificaciones que, como la panameña, regulan varios juicios.

Sin embargo, los artículos 606 y siguientes, que se refieren a las nulidades procesales, no continen disposición especial sobre el caso, pues fuera de las atinentes a la competencia y la personería, se mencionan la falta de notificación y de mandamiento de pago para los ejecutivos (artículo 611 que añade el omitir la fijación de carteles que sólo afecta las diligencias concernientes al remate).

Se tiene dicho que la nulidad por falta de emplazamiento es de la mayor trascendencia, pero la ley panameña considera que no procede si la notificación debe hacerse por estrados, o si se ha hecho una solicitud en el juicio sin reclamarla, o si reclamada ha sido negada (artículo 610). Debe agregarse que en el concurso de acreedores, la nulidad proviene de no haberse notificado por lo menos un edicto fijado en el lugar del juicio por treinta días, del auto que lo declare formado (artículo 612), a menos que todos los acreedores y el deudor hayan sido notificados personalmente, o cuando estén representados los no notificados sin alegar la nulidad.

La nulidad por falta de notificación debe ser pedida por el demandado o ejecutado en su caso y, en los concursos, por quien no haya sido citado

personalmente (artículo 622, fracciones III y IV). También puede alegarse esta nulidad por incidente o pretensión autónoma (artículo 626 que menciona la salvedad del artículo 610).

Sin embargo, de diversos preceptos del juicio ejecutivo, se puede inferir que el Código Judicial regula la vía, no como excepción, sino como presupuesto. Así, en primer lugar, el artículo 1166 enumera los títulos que prestan mérito a la ejecución; el 1173 encomienda al tribunal resolver dentro de las veinticuatro horas, sin oír al deudor, si procede la vía; el 1174 parte de la hipótesis de su denegación para estatuir sobre la apelación sin audiencia del presunto ejecutado; el 1227 alude a las excepciones del ejecutado, que no suspenden la práctica de las diligencias, las cuales han de seguir hasta poner el juicio en estado de dictar auto de remate, para aguar- dar la decisión respectiva; entre esas excepciones, se mencionan defensas de fondo como el pago, en el artículo 1228, así como hechos posteriores a la fecha de los laudos y sentencias o actuaciones judiciales, según el artículo 1229. Aunque las excepciones pueden originar la terminación de la ejecución, conforme al artículo 1233, no puede considerarse que sean de tipo procesal, ni siquiera cuando versa una cuestión de puro derecho que elimina la prueba, reduciendo el caso a las alegaciones, en los términos del 1232.

Existe la posibilidad de promover incidentes, pero el artículo 1236 prohíbe que se refieran alguna excepción; de manera que el relativo a la nulidad se sigue en cuaderno separado aunque conduzca al desembargo (artículo 1237 y 1238). Por último, íntimamente relacionado con la procedencia de la vía, el artículo 1242 expresa que ni el auto de remate ni el que decide las excepciones propuestas podrán oponerse a quien busque en juicio ordinario la reparación de agravios que crea haber recibido en el ejecutivo.

8. *Eficiencia sustantiva y eficacia procesal*

Pese a los argumentos de Bülow, la doctrina ha continuado hablando de excepciones procesales y, más particularmente, de las dilatorias.

No han faltado autores que como Couture (*Fundamentos*, p. 57) hablen de excepciones mixtas para aludir a las perentorias deducidas en forma de artículo previo, ejemplificando el caso con el tipo de la cosa juzgada; con total olvido de que Bülow afirmó que se trataba de un término equivocado, pues se comprende que toda excepción o es puramente perentoria o simplemente dilatoria. La idea de una excepción mixta, agregó, es el público reconocimiento de que no está clara la distinción entre los dos conceptos (*op. cit.*, p. 258, nota 13).

A Bülow se le reconoce haber expuesto la teoría del proceso como rela-

ción pública, el haber descubierto los presupuestos procesales y el haber combatido la idea de las excepciones procesales. Sin embargo, ninguna de sus aportaciones logró sobrevivir en su prístina pureza. La tesis de la relación encontró desenvolvimientos contradictorios y fue atacada finalmente por Goldschmidt, creador de la tesis del proceso como situación. Los presupuestos han sido explicados de tan diversos modos, que actualmente no tienen la función que les asignara su autor. Y las excepciones continúan siendo tratadas como si nada definitivo hubiera sido argumentado en su contra.

Lo más probable es que las nociones de Bülow no hayan tenido un tratamiento en consonancia con su trascendencia. Tal vez el primer culpable fuera su propio autor, más interesado en combatir con argumentos históricos a las excepciones, que en buscar la sistematización de sus conceptos.

Pero nada de ello es obstáculo suficiente para penetrar en el fondo de su teoría y rescatar lo imperecedero de sus análisis. De las muchas nociones que legara, unas extensamente estudiadas y otras mencionadas marginalmente, destacan, por la importancia de sus consecuencias, las relativas a la separación entre proceso y litigio, los elementos constitutivos del proceso, la diferencia entre proceso y procedimiento, la separación entre actos procesales y actos en el proceso, la noción de parte procesal y parte sustantiva, el papel del juzgador, el objeto de la prueba y el contenido del caso juzgado.

Todas ellas, como nociones que deben conectarse para formar un sistema científico, son igualmente importantes y se encuentran necesitadas de una definición que les haga susceptibles de entrar en sucesivas y constantes invariaciones técnicas.

Desde luego, la tesis de que el proceso sólo puede tener eficacia si se reúnen ciertos presupuestos que son los hechos que le constituyen, está necesitada de una depuración radical. Sin tener que partir de la definición del proceso, es indudable que el avance gradual no es lo mismo que el conjunto de factores que establecen válidamente lo que Bülow llamó relación jurídica pública.

A diferencia de las figuras estáticas, el proceso pertenece al sector de las manifestaciones dinámicas del derecho. Una forma estática ofrece similitud entre sus factores constitutivos y sus elementos esenciales. El convenio, típica expresión estática, requiere para su existencia del consentimiento, y del objeto que pueda ser su materia. La esencia del mismo es, pues, el acuerdo de voluntades para crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones. Son éstas su materia y es aquél la declaración del consentimiento.

Pues bien, el acto constitutivo del convenio es al mismo tiempo el determinante de sus elementos. El conjunto de obligaciones de la compraventa es la esencia del convenio, nacido al constituir el acuerdo y el objeto. Si después se mira a la eficiencia del pacto, se vuelve a considerar el conjunto

de requisitos de validez. La habilidad legal, la ausencia de vicios del consentimiento, su licitud y su manifestación formal, al constituir su validez dan su eficiencia.

Otro es el caso del proceso, porque el constituirlo no es igual que el desarrollarlo. El convenio legalmente constituido permanece vivo como fue creado, sus consecuencias no son expresiones dinámicas, sino resultados que le son atribuidos desde fuera. El pago, por ejemplo, no es consecuencia sino cumplimiento, realización, manera de materializar lo que conceptualmente se dispuso. Pero la rescisión es una consecuencia, en tanto resulta de circunstancias posteriores que eventualmente se invarían con el contrato.

En cambio, presentación de la demanda, competencia del juzgador, existencia de partes legítimas y procedimiento adecuado, son, todo lo más, factores para establecer la relación procesal. Pero de ahí no se sigue la naturaleza del proceso. Éste se encuentra propiciado y hace falta darle vida, desenvolverlo, efectuarlo realmente.

Si falta alguno de los factores, los presupuestos, dice Bülow (*op. cit.*, p. 12), se expresan negativamente, significando con ello que se impide el momento constitutivo. Nada más, pero tampoco nada menos, porque si en el curso del desarrollo, o al final del mismo, se advirtiera la omisión, tendría que concluirse que no ha habido proceso eficaz.

a) Parece indispensable distinguir, por tanto, entre factores de constitución y elementos de integración.

La constitución mira exclusivamente a la base, al sedimento llamado relación jurídica por Bülow, o situación jurídica por Goldschmidt. Se trata de las condiciones "sine qua non" del proceso. Todo lo que se realice en ausencia de alguno de los factores constitutivos será inútil. El proceso ante funcionario incompetente por total carencia de funciones jurisdiccionales, no tendrá sentido jamás. Todos los mandamientos, órdenes, providencias o autos dictados para citar o emplazar a los agentes diplomáticos de naciones extranjeras, debidamente acreditados ante el Gobierno de Panamá, serán absolutamente nulos, dice el artículo 326 del Código Judicial. Una demanda de juicio sumario que no se refiera a alguna de las cuestiones que menciona el artículo 430 del código distrital mexicano, será rechazada. Una demanda contra sí mismo, como la que Bülow ejemplifica ridiculizando la regla de la prejudicialidad general, indicando que para evitar la suspensión del proceso si el reo cuestionaba la condición de libre del actor, el acreedor tendría que iniciar contra sí un proceso autónomo relativo a su estado (p. 119), no tiene cabida en la sistemática procesal.

Con todo, la tesis de Bülow exagera el número de condiciones de constitución, y de ahí que la doctrina posterior se vea precisada a distinguir entre las que hacen posible la relación y las que atañen a la sentencia favorable. Bülow tenía razón al sostener que todas las excepciones del derecho

romano eran sustantivas, pero no tuvo fortuna al afirmar que tampoco en el derecho moderno se dan las procesales.

Para justificar su tesis, acudió a la figura del proceso preparatorio, destinado a lo que Carlos A. Ayarragaray llama la inmaculación procesal. Sin embargo, los sistemas positivos han aplicado diferentes técnicas: unos permiten el saneamiento "in limine litis", otros lo conceden en cualquier momento del proceso, algunos lo fijan en la terminación de la fase postulatoria y los demás acuden al juicio o recurso de nulidad contra el primer proceso.

Esto es lo que ha venido a explicar la subsistencia de las excepciones llamadas procesales. Se sigue pensando que si la incompetencia es relativa, esto es, concierne, no a la función jurisdiccional, sino a determinada materia, o a cierta cuantía, a una especial circunscripción territorial o a personas calificadas, el proceso se dilata.

Piensa Couture que la excepción de transacción, al igual que la de cosa juzgada, funcionan procesalmente como dilatorias (pp. 57-8), aunque provoquen efectos perentorios; que el defecto legal en el modo de preparar la demanda, o la litispendencia, la falta de habilidad o de personería, la ausencia de fianzas de arraigo, etcétera (p. 54), son plenamente dilatorias, porque se alegan "in limine litis" y versan sobre el proceso y no sobre el derecho material discutido por las partes.

Basta, entonces, parangonar el proceso preparatorio de Bülow, con el estudio liminar de las dilatorias, para que su carácter incidental explique la anticipación y afirme su carácter sustantivo.

b) La intransigencia de Bülow es algo más que una mera actitud negativa. De su crítica queda precisado que la excepción, para ser procesal, ha de tener la misma naturaleza de la acción.

Innumerables circunstancias hacen que el proceso se detenga o perezca, sin ser excepciones. Aunque la técnica del código procesal civil federal mexicano, no sea en este punto particularmente correcta, cuando sus artículos 365 y siguientes, regulan la suspensión, la interrupción y la caducidad del proceso, mencionan fenómenos que no pueden calificarse de excepciones, como el hecho de que el tribunal no esté en posibilidad de funcionar por un caso de fuerza mayor, o cuando alguna de las partes o su representante se encuentren imposibilitados de atender al cuidado del proceso; cuando no pueda pronunciarse una resolución hasta que se decida otro negocio; cuando muera o se extinga una de las partes o su representante procesal; cuando las partes hagan desaparecer sustancialmente la materia del litigio por convenio o transacción; cuando desista el actor por cumplimiento voluntario de la reclamación, y cuando no se haya efectuado acto procesal alguno ni promoción durante un plazo mayor de un año (verdadera caducidad). Es pertinente no confundir la transacción durante el pro-

ceso, a la excepción de transacción que menciona Couture, de índole material semejante al pacto de no pedir.

Cuando Bülow hablaba de las excepciones posiblemente procesales, investigaba cuáles hechos podían ser impeditivos del proceso y cuáles, posteriormente, podían producir su extinción (pp. 8-9). Para que ello sea factible por obra del demandado, sencillamente su reacción tendría que ser, o un obstáculo en el primer caso, o un antídoto en el segundo. Cualquier instancia del reo, que refiera una pretensión contraria a la del actor, no será excepción procesal, porque sería simplemente absurdo que diera muerte o suspendiera la marcha de la serie indispensable para que el juzgador se avoque al conocimiento de sus razones.

Esto es lo más importante en el análisis de la excepción. Si no se confunde la acción con el derecho sustantivo, tampoco podrá tomarse la reacción por la excepción. No se niega que el demandado pueda instar según los diversos órdenes jurídicos positivos, alegando la incompetencia del juez, la inhabilidad de las partes, la carencia de legitimación o mandato, la improcedencia de la vía; pero estas pretensiones no son la contraenergía de la acción, no son ellas las que la enervan o paralizan. Se requiere una provi-dencia del juzgador y esto, que parece perogrullada, implica el reconocimiento de la índole presupuestal de las pretensiones que se mencionan como excepciones procesales.

El diseño del movimiento procesal, una vez aislada la esencia de la excepción, es el siguiente: a la acción sucede la reacción y se les combina la jurisdicción. Si el código aplicable exige que al momento de reaccionar se hagan valer como excepciones los argumentos atinentes a la falta de algún factor constitutivo del proceso, entonces, liminarmente, se invocarán causas impeditivas o extintivas del accionar. Que éste se ha constituido, es innegable, pero que no tendrá posterior eficacia de prosperar la excepción, es también evidente. Por ello, entre constitución y desenvolvimiento hay tajante diferencia. Hubo acción y reacción, pero no se integró el proceso.

c) Tanto en Bülow, como en la doctrina posterior, ha faltado la separación entre los fenómenos de eficacia y eficiencia, figuras que permiten comprender la diversidad de problemas que conciernen a la acción y a la pretensión.

Actualmente no se concibe una exposición científica del proceso si no se distingue entre el instar y el derecho cuya tutela se demanda. Este último está rodeado de una variedad de condiciones de existencia y validez, que pueden ser objeto de sendas defensas del reo. La relación sustantiva supone habilidad en las partes, titularidad de los derechos y las obligaciones, naturaleza especial del vínculo, subsistencia de su validez y mantenimiento de su estructura particular. En ausencia de cualquier factor, el supuesto obligado tiene una defensa, ya se trate de un hecho impeditivo o extintivo.

Si el actor no es el titular, si no es hábil, si pende una condición, si se ha cumplido la obligación, o si ha prescrito, el reo se defiende con eficiencia.

Se trata, entonces, de aquellas circunstancias que permiten alcanzar el reconocimiento de la pretensión. Hay eficiencia cuando se pretende algo debido, algo demostrado o legalmente inferido (alegado según la ley panameña). Como la hay cuando el demandado pretende la absolución justificadamente.

Pero el proceso se ha establecido para permitir que la eficiencia de la pretensión convenza al juez, sólo después de una serie de actos que se entrelazan eficazmente. Esto es lo que caracteriza al proceso: el dinamismo de las instancias y la finalidad preclusiva del acto jurisdiccional que, cerrando los grados de cada fase, permite el avance progresivo hasta dejar concluida la causa, terminada la serie para resolver el conflicto.

Se puede pretender eficientemente pero sin eficacia: cada vez que se insta irregularmente, sea ante autoridad incompetente, en el procedimiento inadecuado, o por sujeto inhábil para accionar. Y se puede instar eficazmente sin eficiencia, cuando no se tiene derecho, o no se prueba tenerlo, o contra la persona que no está obligada, o cuando no es oportuno exigir por no haberse cumplido el plazo o la condición, o cuando el derecho ha sido satisfecho o ha dejado de tener vigencia.

Esta separación entre eficacia y eficiencia, permite clasificar los actos que atacan a una y a la otra, y muestra la distinta naturaleza de cada uno. Cuanto vaya contra el derecho sustantivo, contra la pretensión en sí, será argumento de eficiencia. Lo que se dirija a la instancia, a las condiciones de su validez, será materia de eficacia.

Queda despejado el camino para observar si las llamadas excepciones procesales son impedimentos de la eficacia o medios de extinguirla, y si se dirigen contra la acción misma o contra la integración y desarrollo del proceso; para, finalmente, considerar si se justifica su existencia o hay alguna otra forma más adecuada de atacar los vicios del proceso.

d) La eficacia de la acción consiste en su posibilidad jurídica de proyectarse desde una parte hasta la otra a través del juzgador. Si las objeciones del demandado se han de realizar en la reacción, que es la instancia de respuesta, en cuanto ella se manifiesta, es obvio que la acción tuvo eficacia, completó su ciclo.

Pero al reaccionar, el reo ha expuesto argumentos que tienden a anular lo actuado, a interrumpir la secuencia, a suspenderla o a extinguirla. Siempre que se trate exclusivamente de la eficacia, las razones aducidas al reaccionar tendrán efectos procesales; pero si en lugar de la eficacia, se ataca la eficiencia, los efectos serán sustantivos, por más que trasciendan al proceso.

La deformación o evolución de la tesis de Bülow, tuvo como causas la observación de la distinta naturaleza de las condiciones observadas. No todas las que él estimó como constitutivas del proceso se referían a la eficacia de la serie; unas hacían posible la validez de la demanda, pero otras justificaban la emisión de la sentencia.

Se llegó a separar entre condiciones atinentes a la admisión de la instancia, condiciones pertenecientes al desarrollo del proceso y las relativas a la concesión de lo pretendido por el actor.

En realidad, cada especie o cada acto puede estar condicionado, rodeado de hipótesis de existencia o de validez. Así, los códigos señalan los datos que debe contener la demanda, pero también regulan los documentos que deben acompañarla, o los días en que puede presentarse, sin olvidar la determinación del juzgador competente y la vía procedente.

Cabe preguntar si todos estos factores son de la misma índole, si por su momento de aparición, o su relación con cierto acto o figura, por el modo de apoyarlos, son iguales o diferentes.

Al demandar, el actor afirma que existe un conflicto entre las partes. Quizá ello no sea verdad sino simulación, o no lo sea ya por haber surgido entre tanto un arreglo, o haber desaparecido la materia. Sin embargo, la afirmación será materia de prueba y, aunque el demandado se limite a negar, no puede el juez sobreseer sin mayor análisis.

La existencia del litigio no pasa de ser un supuesto. Se ha creído que es un presupuesto, pero si ambos coinciden en ser condiciones, no tienen, ni la misma actualidad, ni la propia justificación. Menos aún podría decirse que es un requisito, porque puede demandarse sin que entre las partes haya discrepancia, como acontece en la nulidad de matrimonio, que no puede seguirse en jurisdicción voluntaria por más que los cónyuges estén de acuerdo en solicitarla.

Supuesto, presupuesto y requisito son, entonces, tres tipos de condición que pueden afectar a la acción, o a la jurisdicción, al proceso o a la sentencia. Los que se vinculan con el accionar no son los mismos que se refieren al proceso, los que miran a la jurisdicción no son los que dan validez a la sentencia.

Brevemente descritas, estas condiciones se distinguen por cuanto los supuestos son circunstancias anteriores al acto o figura, los requisitos son simultáneos y los presupuestos son posteriores. Por ejemplo, la demanda tiene varios supuestos, entre ellos, destacan el conflicto y la identidad de los sujetos o su habilidad. Pero requiere de una forma escrita o verbal, un idioma, un conjunto de menciones. Y presupone dos destinatarios (si fuera uno: la autoridad; en vez de demanda se tendría que hablar de petición o solicitud, denuncia, querrela o recurso administrativo), una potestad jurisdiccional, una facultad de reaccionar (si en su lugar se establece la facultad de informar o el deber respectivo, en vez de proceso se estará ante un pro-

cedimiento administrativo, disciplinario, etcétera), y un procedimiento adecuado.

Son altamente significativas las palabras de Carnelutti (*Sistema*, III, núms. 411, 441 y 443), cuando describe la diferencia entre presupuestos y condiciones. Para él, los hechos constitutivos, no sólo en el proceso, sino en el derecho en general, son las condiciones. En cambio, los presupuestos entran en el rubro de los requisitos o modos de ser del acto, un carácter suyo, a cuya presencia o ausencia se halla subordinado, en la existencia o en la medida, un efecto jurídico. Estos requisitos se dividen en internos o elementos, y externos o presupuestos, llamados en general circunstancias.

Pues bien, asiste la razón a Carnelutti cuando contrasta lo constitutivo del acto con su modo de ser legal; pero su tesis no resulta plausible cuando entiende que los presupuestos son requisitos.

La trilogía es manifiesta: la ley suele exigir la presencia de ciertos datos para constituir o dar validez a una figura o a un acto; esto, y sólo ello, puede recibir la denominación de requisito, condición que se precisa para que surja ante el derecho la relación.

El supuesto no pasa de ser toda aquella condición que la ley toma como premisa. Si hay litigio se irá al proceso, si no lo hay éste resultará innecesario. Por lo mismo, el supuesto se afirma y puede contradecirse. Lo interesante radica en que no se demuestra simultánea o inmediatamente. No corresponde al actor probar que está en conflicto y necesita la intervención del juez, solamente lo afirma. Como tampoco ha de demostrar ser capaz según la terminología corriente; pero el reo sí puede y debe negar la habilidad de la parte y le corresponde evidenciar tal circunstancia.

De Carnelutti debe tomarse la idea de que el presupuesto, además de no ser elemento constitutivo, es circunstancia externa al acto; sin embargo, tiene la temporalidad del supuesto que, siendo también circunstancia externa se afirma realizada, ya aparecida. El presupuesto es condición conocida de antemano, pero realizada con posterioridad. Se pre-supone la competencia, porque sin ella no podrá actuar jurisdiccionalmente el sujeto imparcial; pero esta potestad no se ha ejercido antes de la demanda sino que apenas se provoca con ella. El procedimiento adecuado está previsto pero no realizado, pues no será sino hasta que se accione que tendrá lugar la mecánica conexión de los actos, de acuerdo con la estructura pertinente a cada tramitación. Se presupone el demandado, pero sólo después de la notificación reacciona, sin él no habría instancia proyectiva, lo que es distinto a su simultaneidad que es el requisito, y diverso a su anticipación que es el supuesto.

Entre ser titular del derecho, presentar una demanda y provocar la reacción, la diferencia está en la naturaleza de las condiciones: presentar la demanda es requisito para accionar; ser titular del derecho discutido es el supuesto que justifica el accionar; y provocar el reaccionar es lo que presu-

pone la acción. Se acciona demandando, requisito o circunstancia actual; se acciona por el titular del derecho, supuesto discutible; y se acciona frente al reo, presupuesto indispensable para que haya proceso.

e) Si, provisionalmente, se cambia el término presupuestos por el vocablo condiciones, se puede advertir lo que de válido tiene la tesis de Bülow y las razones por las que la doctrina posterior introdujo modificaciones sustanciales en ella.

No está permitido, dice el autor (p. 293), entablar una demanda que no indique la relación jurídica que se alegue; el proceso tramitado ante una autoridad no judicial o ante un tribunal incompetente o no prorrogado, o por una parte incapaz de actuar, o por medio de un representante no legitimado, o respecto de un derecho que no es privado, es improcedente, nulo e inútil; el reo puede admitirlo o no, pero el tribunal no tiene que esperar que se acuse el defecto, y debe considerarlo de oficio.

Supóngase por un momento y para fines especulativos, que un proceso así viciado, ha tenido lugar. Lo primero que ocurre pensar es que no todas las hipótesis son absurdas ni los defectos de la misma entidad.

Si no se ha indicado la relación jurídica en disputa, la omisión es determinante. Puede el juez estar autorizado para pedir aclaración de la demanda y si su requerimiento no se satisface, el problema vuelve al punto de partida: no habrá proceso definitivamente.

La gravedad de ese defecto no es igualada por la incompetencia absoluta o relativa. El funcionario que ha actuado juzgando sin tener facultades para hacerlo, ha emitido una resolución que, quierase o no, tiene que destruirse, a riesgo de sufrir sanciones y ejecuciones que serán todo lo nulas que se piense, pero que deben resistirse, que necesitan atacarse.

El proceso con demanda que no indica conflicto es imposible sencillamente, pero el proceso sin juez competente es sólo improbable y no imposible. Otro tanto y con mayores probabilidades de efectuación, se encuentra en la hipótesis de un juez no prorrogado. En este caso se llega hasta el supuesto de los conflictos de leyes y, lo que en un primer momento pudiera tomarse como irregular, llega a ser discutible o por lo menos cuestionable. No bastan todas las reglas vigentes para resolver de antemano el fuero competente, dada la interminable lista de casos que ofrece la experiencia y, por ello, en la práctica, los tribunales continúan sentando reglas jurisprudenciales, aún en la hipótesis de convención entre las partes (por ejemplo, se fija un lugar para el abastecimiento del transporte, otro para su guarda y uno más para la entrega de los objetos; se discute cuál es el juez competente, tomando en cuenta que la zona abarca diferentes Estados).

Si de allí se pasa al problema de la incapacidad para actuar o de la legitimación procesal, los resultados serán diferentes, pues el proceso constituido viciosamente con relativa facilidad se desenvuelve y puede

alcanzar sentencia. Más dificultades se encuentran tratándose de responsabilidades que pueden pretenderse por la vía penal o la civil y no puede afirmarse sin conocer las circunstancias particulares y la legislación aplicable, si prosperará la demanda o no. Mucho menos puede predecirse si el empleo de una vía en lugar de otra determinará la nulidad de lo actuado, pues si bien lo ordinario no debe tramitarse por vía sumaria, lo contrario sería discutible. Todas son, pues, condiciones, pero ni atañen al mismo acto, ni adquieren la misma importancia doctrinaria o legal.

f) Para atender con suficientes elementos de conocimiento el problema de las excepciones procesales hace falta, por tanto, tener presente: primero, que no es lo mismo constitución de la relación que desarrollo del proceso; segundo, que en el vocablo acción se deben distinguir su parte dinámica o instancia proyectiva, de su parte sustantiva representada por la pretensión; tercero, que la eficacia se vincula con la instancia y la eficiencia con la pretensión; cuarto, que cada elemento y figura suelen estar legalmente condicionados tanto para producir eficacia como eficiencia; quinto, que las condiciones, como algo distinto a la consistencia del acto, pueden ser anteriores, simultáneas o posteriores.

Con estas previsiones, al hablar de las condiciones del proceso no pueden ofrecerse las de la acción, las de la reacción, ni las de la jurisdicción (menos aún las de la sentencia, las de la demanda, ni las del derecho discutido). Marginalmente, conviene recordar que un proceso puede tener como cuestiones a debatir, actos procesales, y ello se observa en todos los casos en que se establece un proceso para juzgar de la regularidad de otro, de manera que en la doctrina ya se ha considerado que las vías normales de impugnación, es decir, los recursos procesales, son verdaderos procesos impugnativos.

La más importante enseñanza de Bülow consistió en puntualizar que la excepción, para ser procesal, debería tener la misma consistencia que la acción. Pero sobre esta base, las conclusiones pueden diferir de la teoría de este autor, con sólo que de la acción se tenga una noción diferente.

En este sentido, la idea de Couture, afirmando que el concepto de excepción será relativo con el de acción, es parcialmente exacta. Si se piensa que la acción es el mismo derecho subjetivo puesto en actividad, la excepción vendrá a ser el hecho extintivo o impeditivo que ataca al título deducido en el proceso. Cuando se entienda que la acción es el derecho concreto a la tutela jurídica, la excepción será el derecho contrario a la misma tutela. Si, en cambio, la acción es un derecho abstracto de obrar, la excepción será el derecho de libertad, la facultad del de-

mandado a ser declarado libre de la prestación sin importar las razones que se aduzcar.

Pero ya no es tan afortunada la concepción de Couture cuando, en lugar de buscar el contrasentido de la acción, se investiga por la actividad posible del demandado. Éste reacciona frente a la instancia primaria, de manera que, sean cualesquiera las pretensiones que afirme el demandado, su actividad es tan positiva y dinámica como la del actor.

Un demandado que reacciona, tanto puede allanarse como negar, confesar que reconocer, denunciar la litis, llamar al obligado a garantizarle su derecho, defenderse llanamente o excepcionarse. La excepción, entonces, no será la contradicción del accionar, sino que le implicará, porque el demandado no puede presentar excepción alguna si no reacciona. Lo que la doctrina ha buscado en vano, ha sido, como lo viera Bülow, una instancia que dé muerte a la acción procesal. Y, en realidad, no tiene sentido hablar de una reacción que al mismo tiempo no sea instancia. Como tal, en vez de herir a la acción, se le une, la completa y auxilia en la integración del grado procesal.

Algo más, en lo que la doctrina no ha puesto atención, es el hecho definitivo de que si la acción no es acto único, sino reiteración constante e indispensable para que el proceso se desenvuelva, la reacción tiene que ser igualmente una repetida instancia de la parte contraria.

A todo lo largo del proceso el actor acciona; consecuentemente, el demandado debe reaccionar, no una, sino innumerables veces, tantas como sea preciso para constituir los sucesivos grados de la serie.

Cuando la reacción se toma como excepción, tendrá que admitirse que no sólo "in limine litis", o, como quería Bülow, en el proceso preparatorio, cabe la excepción, sino en cada momento en que sea posible la reacción. Ni siquiera quienes pugnan por un proceso con litis abierta hablan de excepciones en cualquier momento; todo lo más, llegan a pensar que es factible una excepción superveniente, o una excepción relativa a la nueva pretensión deducida en el proceso.

Todo ello obedece a la circunstancia de que la excepción ha sido considerada unánimemente como el alegato extintivo o impeditivo de una pretensión. Suponer que el demandado pueda extinguir o impedir la instancia del actor, sería tanto como imaginar no un acto, sino una actitud semejante al proceso sin contumacia. Esto es, cuando el demandado, con su renuencia a ir al proceso, le impide, porque la ley no ha previsto la continuación de la serie sin la colaboración de la contraparte, entonces basta esa contumacia para que no se forme la graduación.

Pero si el demandado concurre haciendo valer vicios de constitución procesal, entonces ha instado y su reacción, fundada o no, ha permitido la clausura llamada preclusión. En el caso del artículo 322, fracción II del código procesal federal mexicano, podría acontecer que una deman-

da sobre demolición de obra peligrosa, intentada sin indicar el nombre del demandado por desconocerlo, mencionando apenas el inmueble, no fuera contestada jamás por corresponder a una herencia yacente. Si el caso se encontrara dentro del fuero del código distrital, intervendría el ministerio público por disponerlo así el artículo 45; pero en el orden federal, el proceso se seguiría con notificación por edictos y en contumacia.

En realidad, frente a la norma del código federal no hay un demandado, porque si el artículo 785 del código civil establece que son bienes vacantes los inmuebles que no tienen dueño cierto y conocido, una pretensión de vacancia se intentaría ante nadie. Sin embargo, la disposición federal no puede aplicarse rígidamente, porque el código civil impone la obligación de denunciar dicha vacancia al ministerio público, quien a su vez denunciará judicialmente el hecho.

Lo importante en esta hipótesis es que faltará el sujeto reaccionante y, por lo mismo, no podrá hablarse de proceso sino de procedimiento de denuncia. En cuanto al supuesto de demolición de obra peligrosa, el código procesal federal ha llevado demasiado lejos la institución de la contumacia, de modo que dándose el proceso jurídicamente, no se configura prácticamente la bilateralidad por exagerada aplicación del principio de economía procesal. Ya se sabe que también el código distrital contempla el problema y lo resuelve con la legitimación del ministerio público para propiciar la bilateralidad de la audiencia.

g) Todos los problemas que surgen del tema de la excepción procesal, vienen finalmente a encontrar solución en la tesis de Bülow, adecuada a la evolución de la ciencia moderna.

Si no puede hablarse de proceso preparatorio en todas las legislaciones, porque la política legislativa puede optar por una técnica de agilidad que permita la marcha sin interrupciones, de manera que los vicios de constitución no se estudien liminarmente sino en el curso de la serie y muchas veces al final del proceso; en cambio puede admitirse lo dicho por el autor, en el sentido de que se trata de una institución universal que ningún sistema puede omitir.

La excepción, decía Bülow, no es sino el aspecto negativo de los presupuestos, los cuales, junto con los supuestos y los requisitos, pueden denominarse las condiciones de validez y existencia del proceso.

Rechazada la idea de que la excepción tenga naturaleza procesal, porque ello significaría inventar una instancia cuyo solo ejercicio provocaría la extinción del proceso, sólo queda el camino de convertir la figura del proceso preparatorio en incidente.

En efecto, una excepción, de las típicamente incluidas entre las dilatorias o procesales, no es sino una pretensión incidental, secundaria

o marginal, por la que el demandado se opone al desarrollo de cierto proceso.

La verdad es que Bülow no tenía toda la razón cuando supuso que el actor no podía excepcionarse procesalmente. Si se admite que este fenómeno estriba en la oposición a establecer una relación procesal con determinado sujeto, cierto juez o autoridad, o respecto a una específica vía procedimental. Tanto cabe que el demandado se excepcione, como que lo haga el actor.

Nada tiene de insólito el que sea el actor quien no admita en el juicio al falso procurador, tutor, síndico, albacea, etcétera. Más claro se ve el caso en que el actor se oponga a la reconvencción, o a la inhibición del juzgador pretendida por el demandado, o al cambio de vía, a la ampliación del debate, etcétera.

Ya los códigos distinguen entre las defensas que pueden o deben presentarse al contestar, y los incidentes que pueden surgir en cualquier estado del proceso, específicamente el de nulidad de actuaciones. Pues bien, basta observar que todas las tradicionalmente consideradas como excepciones procesales o dilatorias, abren un paréntesis procesal, para concluir que se trata de verdaderas pretensiones de ineficacia del proceso, que se aducen como proceso eventual o marginal. Si el legislador rechaza la fórmula del artículo de previo y especial pronunciamiento, se verá obligado, inevitablemente, a regular una cuestión previa, a decidir en cuaderno por separado, con o sin suspensión del trámite principal, o, en último extremo, como materia que siendo susceptible de producir un sobrecimiento, se debe estudiar antes de entrar al fondo, al mérito en la sentencia definitiva. Toca al legislador elegir el camino. La doctrina sólo puede señalar los peligros y valorar la técnica empleada, sistematizando los conceptos, en su afán científico de producir una síntesis teórica universal, útil para cualquier derecho positivo.