

De la Cosa Juzgada en Materia Civil

José Alfonso Abitia Arzapalo

Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal
México, 2003

ANALES DE JURISPRUDENCIA

COLECCIÓN “DOCTRINA”

**EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA Y
DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA DEL DISTRITO FEDERAL**

MAG. JUAN LUIS GONZÁLEZ A. CARRANCÁ

Y LOS CONSEJEROS DE LA JUDICATURA:

DR. SERGIO CASANUEVA REGUART,

LIC. MANUEL DÍAZ INFANTE,

LIC. JUAN ÁNGEL LARA LARA,

LIC. JOSÉ CRUZ LAVANDEROS YÁÑEZ,

LIC. JUAN TZOMPA SÁNCHEZ, Y

LIC. JORGE VALENTÍN VÁZQUEZ CASTELLANOS.

**TIENEN EL HONOR Y AGRADO DE HACER
LLEGAR AL LECTOR LA PRESENTE OBRA,**

PORQUE PUBLICAR LIBROS ES NUESTRA TAREA,

Y

DIFUNDIR CONOCIMIENTO ... NUESTRO COMPROMISO

DE LA
COSA JUZGADA
EN
MATERIA CIVIL

JOSÉ ALFONSO ABITIA ARZAPALO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

DIRECCIÓN GENERAL DE ANALES DE JURISPRUDENCIA Y BOLETÍN JUDICIAL

PRESENTACIÓN

Si la publicación de libros que forman parte de la bibliografía jurídica nacional constituye un motivo de gran complacencia para el H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, ésta todavía se profundiza más si la edición corresponde a un título de la autoría de un notable jurista y probo juzgador como lo fue el ex Juez Tercero de lo Civil de este Alto Órgano Jurisdiccional y ex Ministro de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, don **José Alfonso Abitia Arzapalo**, cuyo magnífico estudio intitulado ***“De la cosa juzgada en materia civil”*** es una muestra palpable de que en nuestro país durante el siglo XX sí se desarrolló, y continúa enriqueciéndose, de manera vigorosa, original y creativa, una auténtica escuela mexicana de Derecho Procesal, feliz ejemplo de lo anterior que ahora se pone a la disposición del distinguido y culto público de nuestra Ciudad, por conducto de la Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial del propio Tribunal Superior.

El señor Ministro don **José Alfonso Abitia Arzapalo** nació el 13 de abril de 1912, en la pequeña población de Badiraguato, estado de Sinaloa, hijo de doña Delfina Arzapalo y don Eligio Abitia. En dicho lugar, nuestro autor cursó sus primeros estudios, los cuales continuaría en esta ciudad Capital en la más que gloriosa *Escuela Nacional de Jurisprudencia* (hoy Facultad de Derecho) de nuestra Máxima Casa de Estudios, en donde obtuvo el título de licenciado en Derecho en el año de 1935.

Al año siguiente ocupó su primer cargo judicial, al desempeñarse como Juez de lo Civil en el estado de Durango; carrera que continuaría otra vez en la ciudad de México en el **H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal**, en donde llegó a ser, entre otros cargos que desempeñó de manera siempre eficiente y honesta, Juez Tercero de lo Civil entre octubre de 1944 a enero de 1951. En abril de 1951 ingresó al Poder Judicial de la Federación como Secretario de Estudio y Cuenta del señor Ministro don Gabriel García Rojas, adscrito primariamente a la entonces Sala Auxiliar y con posterioridad en la Tercera Sala de nuestro más Alto Tribunal nacional.

A partir de ese momento, la trayectoria de don **José Alfonso**, un hombre que definitivamente nació para servir a sus conciudadanos a través de la nobilísima labor de impartir Justicia, siguió un curso ascendente no sólo en lo profesional, sino también en lo académico, debido a que hay que resaltar, por lo que hace al aspecto jurisdiccional, que en enero de 1958 este profundo procesalista mexicano fue designado Juez de Distrito; en enero de 1965, Magistrado de Circuito; y en junio de 1976, Ministro Supernumerario de la Sala Auxiliar de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, siendo posteriormente adscrito a la Tercera Sala como Ministro Numerario en noviembre de ese mismo año, jubilándose el 1 de abril de 1982.

En lo referente a su labor docente, el señor Ministro **Abitia Arzapalo** fue catedrático de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la UNAM, y de Derecho Agrario en la Escuela de Jurisprudencia de Durango; en el ámbito de la doctrina y la investigación, destaca sobremanera la obtención de su doctorado en Derecho en la UNAM en el año de 1954, con la tesis intitulada "*De la cosa juzgada en materia civil*", la cual defendió brillantemente ante un envidiable jurado que constituye una verdadera constelación de juristas mexi-

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

canos, como fueron don Gabriel García Rojas, don Eduardo Pallares, don José Castillo Larrañaga (ex Magistrado Presidente de este **H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal** y ex Director fundador de nuestra revista institucional “*Anales de Jurisprudencia*”), don Ignacio Medina Lima y don Niceto Alcalá Zamora y Castillo.

El texto de dicha tesis profesional, corregido con posterioridad por el propio señor Ministro **Abitia Arzapalo** a instancia del voto particular de su sinodal don Niceto Alcalá Zamora y Castillo, es precisamente la obra que nuestro público, que siempre nos ha favorecido con su preferencia editorial, tendrá la oportunidad de conocer y disfrutar en esta cuidadosa edición facsimilar, la cual se realizó teniendo como base un ejemplar que fuera propiedad del autor, proporcionado generosamente por su hija la señora Magistrada del Segundo Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito, doña Luz Delfina Abitia Gutiérrez, a quien le agradezco cumplidamente la confianza y deferencia que ha depositado en este Alto Tribunal distritofederalense para poder llevar a cabo una impresión y distribución más amplia de la excelente tesis de su señor padre, quien finalmente un 19 de abril pero de 1989 pasara a mejor vida en esta ciudad Capital.

— 0 —

En este libro, que puede ser considerado como una verdadera rareza a la vez que joya de la bibliografía jurídico-procesal mexicana del siglo que acaba de fenercer, don **José Alfonso Abitia Arzapalo** vuelca en los nueve capítulos que lo componen no sólo sus profundos conocimientos doctrinarios en la materia procesal civil, sino también su amplia experiencia como juzgador, y entre la que deseo destacar con especial mención la cita realizada por él mismo sobre un asunto relativo a un juicio ordinario civil de divorcio necesario que le tocó resolver en sus años de Juez de lo Civil, cuya sentencia fuera publicada en nuestra centenaria revista institucional **"Anales de Jurisprudencia"** (Tomo LX, 2^a. Época, págs. 157 a 176), y en la cual ya se puede apreciar y vislumbrar a un impartidor de Justicia que no sólo es un conocedor y aplicador del Derecho en su esfera técnica sino a todo un estudioso de la Ciencia Jurídica, pues en el cuerpo de la misma cita incluso la obra de Cornelutti intitulada **"Sistema de Derecho Procesal Civil"**, por lo que esta sentencia –y muy especialmente su creador– es un claro ejemplo de que las labores de impresión, difusión y lectura de obras clásicas del Derecho, tareas que este Alto Órgano Jurisdiccional ha retomado de manera intensiva en los dos años recientes, siempre han constituido una

necesidad permanente para el avance de la administración de Justicia, así como para la preparación personal y la consecución de mayores éxitos profesionales tanto de los jueces como de los abogados postulantes.

Como un homenaje paralelo a nuestro respetado autor, a continuación se reproduce el magnífico sumario que precediera a esa resolución dictada hace cincuenta y cinco años, para ser más precisos el 1 de julio de 1948, en las páginas de los **“Anales de Jurisprudencia”**, el que a la letra dice:

“PATRIA POTESTAD. CUANDO LOS CÓNYUGES VUELVEN A CONTRAER MATRIMONIO.- *Cuando los cónyuges divorciados vuelven a contraer matrimonio entre ellos mismos, el que había perdido la patria potestad sobre los hijos del primer matrimonio, por sentencia ejecutoria, la readquiere como consecuencia de su segundo matrimonio”.*

— 0 —

El Derecho, independientemente del concepto que se tenga, es un instrumento gubernamental y un medio de control social que carecería de sentido si no gozara de su

característica principal: *la coercibilidad*. Gracias a ella, la norma jurídica vale sobre individuos y diversos grupos sociales. Particularizando, podemos decir que la “cosa juzgada” es el objetivo del jurista cuando una inconformidad derivada de una relación jurídica se ha sometido a ser decidida por la autoridad judicial. Antes de seguir, debemos considerar que son pocas las relaciones jurídicas que culminan en ella, debido a que pasan por un largo proceso que inicia con la conciencia del daño que estima sufrió alguna de las partes de la relación jurídica procesal; continuando con la reflexión de deducir, si le es conveniente o no someter esa lesión de su bien jurídico a la decisión de las autoridades jurisdiccionales, la cual, una vez aceptada, comienza un largo camino con diversas etapas en las que se deben respetar todas y cada una de las garantías que nuestra Constitución Política le confiere al ciudadano, travesía progresiva que culmina con la declaración del derecho por esta autoridad jurisdiccional.

Sin embargo, dadas las facultades que nuestra propia Carta Magna reconoce, salvaguarda y garantiza, deben agotarse las impugnaciones que las leyes secundarias prevén para que esa decisión judicial se eleve al rango de “cosa juzgada”, concepto al que tiende todo procedimiento judicial.

“Cosa juzgada”... no es factible definirla, pues al igual que la norma jurídica, está en constante evolución; lo que hasta hace unos días considerábamos absoluto, ahora sabemos que es aleatorio, imperfecto, relativo y variable, conforme a las circunstancias. De esta manera, don **José Alfonso** nos lleva de la mano desde el conocimiento básico del Derecho hasta el apasionante y mutante concepto de “cosa juzgada”, el cual desarrolla con inigualable maestría y sorprendente sencillez explicativa, y que quedara plasmada en los diversos criterios jurisprudenciales consultables en múltiples obras que actualmente edita nuestro Máximo Tribunal.

A través de ese fascinante devenir doctrinario, el señor Ministro **Abitia Arzapalo** nos encausa, respecto del tema, por las ideas desarrolladas por juristas romanos como Ulpiano y Paulo; el gran pensador alemán de principios del siglo XIX, Savigny; los italianos Migliore, Ugo y Alfredo Rocco (del cual esta Casa de Justicia publicara su opúsculo **“La sentencia civil / La interpretación de las leyes procesales”**), Chiovenda, Redenti, Betti, Cornelutti y Liebmann (autor del libro **“Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada”**, también publicado por este Órgano Jurisdiccional); los alemanes Goldschmidt (cuya obra **“Derecho Procesal Civil”** fuera reeditada recientemen-

te por este Tribunal en su colección “**Doctrina**”), Kisch y Hellwig; el gran maestro francés Laurent; y el mexicano Becerra Bautista, entre muchos otros, y analiza la aplicabilidad de la presunción “*juris et de jure*”, así como los principios “*rebus sic stantibus*”, “*res inter alios acta*”, “*tantum iudicatum quantum ligatum*”, y la “*legitimatio ad causam*”.

— 0 —

Hablar de la institución de la “*cosa juzgada*” es tocar el último concepto jurídico previo a la resolución. No en balde la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dedicado los recientes años a aplicar una gran cantidad de recursos técnicos y materiales para el cumplimiento de sus fallos. Sin embargo, hasta la fecha no sabemos qué hacer con todos, pues aparentemente estamos presenciando el nacimiento de una “*cuarta instancia*”. Un caso lo estamos viviendo con la obtención de un fallo muy conocido, mediante el uso de documentos falsos que, *prima facie*, son válidos, dada la persona que aparece como signante.

A pesar de ello, resulta curioso que la solución de este problema haya sido dada gracias a las exégesis practicadas, hace cincuenta años, por mentes tan preclaras

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

como la del señor Ministro **José Alfonso Abitia Arzapalo**, de quien puede decirse –sin exageración alguna– que ya ocupa un lugar muy destacado dentro de los más importantes procesalistas nacionales del siglo XX; de ahí que el cuidadoso estudio y el consecuente conocimiento que se obtenga de la lectura de esta estupenda obra redituará en múltiples logros, en un tema que revisite no solamente constante actualidad, sino también profunda trascendencia doctrinaria. Los frutos que cada lector coseche con este libro, será el alimento de nuestro Tribunal Supremo en futuros criterios sobre la ejecución de resoluciones judiciales.

MAG. JUAN LUIS GONZÁLEZ A. CARRANCÁ.
*PRESIDENTE DEL H. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA Y
DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA DEL DISTRITO FEDERAL.*

Invierno del 2003-2004.

JOSE ALFONSO ABITIA ARZAPALO

Doctor en Derecho y ex-catedrático de Procesal Civil, de la Universidad Nacional Autónoma de México; ex-Secretario de los Tribunales del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales; ex-Juez 3o. de lo Civil de la ciudad de México; ex-Secretario de Estudio y Cuenta de la H. Sup. Corte de Justicia de la Nación; actual Juez de Distrito; miembro de la Asociación Nacional de Abogados.

**DE LA
COSA JUZGADA
EN
MATERIA CIVIL**

M E X I C O

1 9 5 9

Hecho el depósito que marca la ley.

Copyright 1959.

T E S I S

*que para obtener el grado
académico de doctor en de-
recho, presentó, a la consi-
deración de su jurado, el
licenciado José Alfonso
Abitia Arzapalo.*

*A la memoria de mi madre,
la señora Delfina A. viuda
de Abitia: mujer excepcio-
nal por su virtud y su ca-
rácter. Mi mejor patrimo-
nio, es el tesoro de
su ejemplo.*

*Con admiración y gratitud
a mi maestro, el doctor don
Gabriel García Rojas.*

*Al señor licenciado don
José Castro Estrada: ejem-
plar Juez y amigo.*

Nota de la Casa Editora: El trabajo que se edita fué aprobado con mención honorífica, en el examen doctoral que su autor sustentó el 13 de diciembre de 1954; en el concepto de que, para publicarlo, el licenciado Abitia introdujo las ampliaciones y correcciones que consideró convenientes, en vista de las observaciones hechas por los señores doctores en derecho, integrantes de su jurado, Gabriel García Rojas, Eduardo Pallares, José Castillo Larrañaga, Niceto Alcalá Zamora y Castillo e Ignacio Medina.

ADVERTENCIA

Mi gran afición por el derecho procesal civil me hizo asistir, en el doctorado, al curso superior que, sobre esta materia, estuvo a cargo de mi maestro, el doctor don Eduardo Pallares. Allí germinó en mí la idea de escribir sobre la cosa juzgada en el derecho procesal civil mexicano, atraído no sólo por lo apasionante del tema, subyugado por el interés que deriva de la rica variedad de problemas que en el mismo se plantean, sino también por el hecho de que, en mi país, poco, casi nada, se ha escrito sobre el particular.

Se trata de un esfuerzo que no tiene más pretensión que la de servir de invitación a los señores abogados de México amantes del derecho procesal, a que divulguen sus enseñanzas, sus propias experiencias profesionales, por medio de libros, folletos, conferencias. Particularmente me gustaría que se adentraran en este mismo tema con la profundidad que su propia autoridad les permite.

En lo que a mí respecta, consciente de que más que ninguno otro puedo equivocarme, estaré siempre dispuesto a reconocer los errores que en este trabajo sin duda alguna se contienen. Evidentemente es más fácil criticar que construir. Que me valga el atrevimiento de presentar con todo respeto a los señores integrantes de mi jurado, y luego a los señores postulantes de mi patria, este ensayo del que quizás, en la práctica profesional, pueda resultar alguna utilidad. Que me valga también que no temo a la crítica; por el contrario, la deseo, en tanto que busco sus enseñanzas; con la seguridad de que, con ella, no sólo rectificaré los desaciertos que se me

señalen, sino que muchos estudiosos indiscutiblemente saldrán beneficiados.

No quiero terminar esta advertencia, sin previamente expresar mi profundo y sincero agradecimiento a mis maestros, don Niceto Alcalá Zamora y Castillo, don Gabriel García Rojas, don Eduardo Pallares y don Alberto Vázquez del Mercado, ya por sus eficacísimos consejos o ya por sus orientaciones bibliográficas que tan importante influencia ejercieron en este modesto estudio, el cual sólo cuenta con la presunción de haberse escrito con muy buena voluntad y mucho valor, pues que, dada su notoria pobreza, de otra manera no habría podido ver la luz.

CAPITULO I

- 1.—La justicia en su constante devenir y papel reservado a la sentencia en la realización de la justicia.**
- 2.—La justicia en nuestro derecho. Tipo de justicia de la sentencia.**
- 3.—Qué es la sentencia.**
- 4.—Diversos tipos de sentencias.**

1. LA JUSTICIA EN SU CONSTANTE DEVENIR Y PAPEL RESERVADO

A LA SENTENCIA EN LA REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA.—Desde la antigua filosofía griega, desde Pitágoras hasta nuestros días, se ha tratado de definir lo que es *justicia*. Muchas definiciones se han dado, aunque ninguna ha satisfecho plenamente. Se trata de un concepto que, por ser complejo, como lo es también el concepto mismo del *derecho*, no es definible.

La idea de lo justo y de lo injusto nace con el hombre. Siempre le ha acompañado en su azarosa existencia, como el concepto de lo bueno y de lo malo. Son conceptos que, en su contenido, nunca permanecen inmutables, sino que se han transformado a medida que ha variado la apropiación y utilización, por el hombre, de los instrumentos de producción. Así, verbigracia, en el comunismo primitivo, encontramos un sentimiento de lo que es justo y de lo que es injusto, que resulta diferente del sentimiento que al respecto tenía el régimen esclavista de la sociedad; diferente, a su vez, del que se manifiesta en el régimen feudal; siendo éste distinto del sentimiento de lo justo e injusto de las democracias burguesas, que, a su vez, difiere del de los sistemas socialistas de la sociedad.

Primeramente emerge, con vigor, el principio de la justicia privada, de la justicia por propia mano.

Los pueblos antiguos tienen una idea religiosa de la justicia, y al lado del Dios bueno, que representa a lo justo, su imaginación crea al Dios malo, símbolo de lo injusto. Así, mientras Ormuz representa al Dios justo y bueno, Ahriman simboliza lo injusto, es el

Dios del mal. Zeus, como es sabido, era el árbitro de la justicia eterna, era el padre de todos los bienes y de todos los males; pero si los hombres eran buenos, hacía que sus tierras multiplicaran sus frutos y veía por su felicidad; pero si eran malos, su cólera se desencadenaba y por medio de los huracanes y de las tormentas arrasaba los campos cultivados, y si quería, mandaba el hambre, las enfermedades y la muerte.

Según hace notar el maestro Alcalá Zamora y Castillo, opina Calamandrei, que, en los pueblos primitivos, en aquellos en los que no existe por encima de los individuos, una autoridad superior que decida y que imponga su decisión, es la autodefensa o defensa privada, que se traduce en el empleo de la fuerza material y en la victoria del más fuerte, el único medio de defensa de los particulares, cuando entre ellos no se ha llegado a un arreglo de tipo *contractual*, y opina asimismo que, en el momento en que por encima de los individuos se afirma un principio de autoridad, ésta primeramente ha intervenido para disciplinar o restringir; luego para prohibir cada vez de manera más absoluta, y finalmente para elevar, como sucede en la evolución actual, a la categoría de delito, el ejercicio de la autodefensa o de la defensa privada.

Pero a las ideas expresadas, el mismo maestro Alcalá Zamora, hace la observación de que la autocomposición no puede reducirse al contrato, como medio de evitar la violencia; porque al lado de éste, las partes en conflicto podían hacer uso de renuncias unilaterales, y agrega que tampoco puede ser verdad que la defensa privada haya desaparecido de manera absoluta y ni siquiera que todos los casos de autodefensa ilícita se enjuicien, ni mucho menos que todos se castiguen, puesto que pueden escapar a la represión, bien por prescripción, bien por amnistía, por perdón o por consentimiento, y toda vez que aún se conservan, como casos de autodefensa, la legítima defensa, el estado de necesidad, la venganza resultado de las guerras entre las naciones o del pueblo contra las clases dominantes en un mismo Estado y se conserva también en los conflictos

obrero-patronales, en que cada clase trata de un modo o de otro de imponer soluciones a su adversaria.

Sin embargo, puede afirmarse que, en principio, en los pueblos primitivos con cierto grado de evolución, en aquellos pueblos en los que sus miembros se consideran iguales, los hombres arrebatan a los particulares la venganza privada, substituyéndola por la justicia del talión (venganza oficial) que debe ser aplicada por las autoridades; idea de justicia que consiste, como es sabido, en castigar de la misma manera que se delinque. Los hebreos usaron el talión rigurosamente: ojo por ojo y diente por diente. Los griegos y romanos lo implantaron en los delitos atroces: muerte por muerte, herida por herida. El derecho canónico lo admitió para los que cometían el delito de calumnia, aplicándoles la misma pena que se habría aplicado al calumniado. Y las Partidas lo admiten, como el derecho canónico, contra el acusador que no prueba la acusación (ley 26, tit. 1, Part. 7, y ley 13, tit. 9, Part. 4).

Pero si entonces resultaba lógico este tipo de justicia, tanto por su sencillez como porque desplazaba, en sus lineamientos generales, la venganza privada, se vió con el tiempo cómo resultaba falso de sentido su aplicación tratándose del adulterio, del rapto, de la violación, etcétera. Se vió que dejaba de ser igual, que dejaba de ser talión, cuando al ofensor se causaba un daño mayor que el que él había realizado, y muchas veces perjudicial para el Estado, cuando, por haberse mutilado al delincuente, quedaba inepto para subsistir y, por ende, su sostenimiento a cargo del propio Estado.

Debe entenderse que lo expresado, en realidad, no corresponde a ningún período en estricta pureza, sino que se trata más bien de esquemas en los que se ha tomado como base las notas dominantes; caracteres dominantes que seguramente se fueron mezclando, sucediendo y combinando de la manera más variada. En efecto, no debe entenderse, verbigracia, que la venganza privada haya evolucionado gradualmente hasta su extinción absoluta: porque además de que ya se vió que nunca ha desaparecido totalmente, debe ha-

cerse notar que si bien es cierto que el Derecho romano la prohíbe de manera general (Cfr. Digesto, IX, 2, 45-4 y Dig., XLVIII, 7, 7), y que luego la prohíbe de manera general y absoluta la legislación contemporánea, por influencia del Derecho canónico, también es verdad, en cambio, que la prohibición desaparece en el período medieval y en la edad moderna, en que, por influencia germánica, se puso en boga, por varios siglos, la resolución de gran número de conflictos por medio del duelo y la venganza (véase Proceso, Autocomposición y Autodefensa, del maestro Alcalá Zamora y Castillo, Págs. 57-63, y véase también el Derecho Penal Mexicano, Parte General, tomo I, Págs. 44-57, del maestro Raúl Carrancá y Trujillo).

Aristóteles, llega a un concepto de justicia más evolucionado: dar invariablemente a cada quien lo suyo, según la igualdad. Concepto de justicia que igualmente encontramos en Santo Tomás de Aquino, con el que están de acuerdo los teólogos.

Ambos filósofos estiman que, para ser justos, se debe tratar igual a los iguales, de tal manera que la medida del tratamiento lo da un sentido de proporcionalidad que viene a nivelar las desigualdades: castigar proporcionalmente, verbigracia, los delitos cometidos, y premiar los méritos en la misma medida proporcional.

Aristóteles y Santo Tomás, nos hablan de tres tipos de justicia: de la justicia conmutativa, de la legal y de la distributiva.

Llaman conmutativa, a la que establece relaciones entre particulares, es el tratamiento de igualdad para los iguales. Los hombres son iguales en sus relaciones de derecho, y por eso son tratados en términos de igualdad. La justicia conmutativa rige tratándose del campo de los contratos. Si "A" debe pagar cinco pesos, cumple pagando precisamente esa cantidad y no más ni menos, porque se hiere a la justicia. Trato igual a los iguales; en esto estriba la justicia conmutativa, que, como es fácil comprender, sólo opera en el campo del derecho privado.

Se está en presencia de la justicia legal, cuando las personas

deben ceder algo de lo suyo en bien de la colectividad. Se trata de obligaciones impuestas a los individuos por la ley, con vista a las exigencias de la convivencia en común. El interés del individuo se subordina al interés de la colectividad. La justicia legal se aplica por encima y aun en contra de los intereses privados, que se sacrifican por el bienestar común; bienestar común que es lo que fundamentalmente interesa a este tipo de justicia, la cual queda, por ende, claramente afiliada al campo del derecho público.

Y la justicia distributiva (la segunda en la clasificación aristotélicatomista), cuya justificación teleológica se encuentra en las relaciones entre la sociedad o el Estado y los individuos o ciudadanos, consiste en premiar los méritos, las virtudes o relevancias, y en castigar los delitos o malos comportamientos, en la medida adecuada o proporcional a los propios actos. Es un tratamiento desigual para lo desigual, esto es, adecuado o proporcional al merecimiento o falta cometida, de modo que se da más a quien más merece y a la inversa, resultando, entonces, la injusticia distributiva, cuando se da más a quien merece menos y cuando se da menos a quien merece más. Como la justicia legal, la distributiva forma parte también del derecho público.

Santo Tomás, hace grandes elogios de la virtud de la justicia distributiva, a la que explica como la virtud del jefe, manifestando que su papel es preponderante en todo juicio. También habla de la superioridad de la justicia distributiva sobre la commutativa; pero preferentemente trata sobre esta última, en atención a la época feudal, esencialmente contractual, en que vivió.

Juan de Santo Tomás, comentador de Santo Tomás, nos da la siguiente definición de la justicia distributiva: "Es una especie de justicia estricta y particular, que impone a aquel que distribuye los bienes comunes, la obligación de hacerlo proporcionalmente a la dignidad y a los méritos de cada uno".

Otra definición, es la de J. T. Delos, que dice: "La justicia distributiva asegura al particular una parte del bien común, distribuida

proporcionalmente a su valor como miembro del cuerpo social y al rango que ocupa en la sociedad".

Santo Tomás, en el texto de la Summa, dice: "La justicia distributiva y la conmutativa no se distinguen únicamente por su objeto, uno y múltiple, sino por la naturaleza misma de la deuda que les concierne: deber a alguien un bien común, es diferente que deber a alguien un bien que le es propio". La deuda de la justicia distributiva, según este autor, se refiere a un bien común a repartir entre los particulares, no como precio de un trabajo o de un objeto, sino como recompensa o como obligación de dar según la dignidad, el mérito y la aptitud de cada uno, teniendo en cuenta a los otros que también deben participar en la distribución de esos bienes. Y el derecho de la distributiva, es un derecho fundado en la dignidad y aptitud a los bienes comunes que deben repartirse según una proporción así establecida.

Completa Santo Tomás, las nociones indicadas con antelación, diciendo: "... la justicia distributiva, por sí misma, sólo se ocupa de hacer, de dar una cosa a una persona, a causa de la obligación creada por su dignidad o sus aptitudes, y no en virtud del derecho de propiedad o de un derecho real, sino en virtud de un derecho personal".

Y A. J. Faidherbe, en su obra intitulada "La Justicia Distributiva", infiere de todo lo antes expresado, que, la ley del bien común distribuido, es el fundamento de la justicia distributiva y, precisando aún más, estima también que la justicia distributiva concierne a un derecho y a un deber, fundados no sobre una cosa recibida o dada por otro, sino sobre la razón natural del bien común, es decir, el fundamento tanto del derecho, como de la obligación de la justicia distributiva, es la razón natural del bien común.

Como puede apreciarse de lo dicho, la justicia distributiva consiste en atribuir diferentes bienes a diversas personas, proporcionalmente a su dignidad. Establece el justo medio según la diferente dignidad de las personas a considerar; es decir, para fijar la forma

de igualdad, toma en cuenta las condiciones de las personas, tanto en la distribución de los bienes, como en las cargas que se les impongan. Se basa la justicia distributiva en una proporción geométrica: en tanto que una persona sobrepasa a otra en dignidad, tanto más deberá sobrepasarla en ventajas. Debe haber una proporción entre lo que recibe una persona y lo que reciben los demás participes de la distribución; proporción que, como se ha expresado, se fija en atención a los merecimientos o dignidades de cada quien; pero que, en realidad, resulta difícil de precisar.

El mismo A. J. Faidherbe, afirma que la justicia distributiva es superior a la conmutativa, en virtud de que la primera es la justicia por excelencia, supuesto que atribuye a los particulares los bienes comunes. Y con un sentido conservador, estima que la justicia distributiva debe ser considerada como la guardiana del orden social establecido, con tal de que ese orden haya sido impuesto teniendo en cuenta los principios morales y atribuyendo a cada uno, por un lado, las ventajas y, por el otro, las cargas que merece su lugar en la sociedad, pues que, de no ser así, la distributiva, lejos de ser una virtud conservadora de los valores sociales, sería la promotora del progreso y de las reformas sociales, como efectivamente sucede en la realidad.

J. Delos, indica, en los siguientes términos (tomado de la citada obra de Faidherbe), cómo la distributiva establece el orden y la armonía en la sociedad: "La justicia distributiva se inspira, paso a paso, sucesivamente, en las diversas desigualdades sociales, para substituir al igualitarismo, la idea de proporción y de igualdad humana que persiste bajo las desigualdades sociales, y para garantizar a cada ciudadano condiciones de vida plenamente humanas, en las cuales tenga derecho, en justicia distributiva, a la igualdad natural de las personas".

Al finalizar el siglo XIX, alcanza vigorosos perfiles un nuevo tipo de derecho —aunque con añejas raíces—, con su correspondiente tipo de justicia: el derecho social o, empleando los términos

de que se sirve Luis Josserand para designarlo, podemos decir que es el derecho de protección al débil. Puede afirmarse que la protección de los débiles pierde cada día su carácter de derecho de excepción en la legislación mundial; porque ellos, los débiles, se han lanzado a la conquista del derecho, con el resultado seguro de que los débiles de hoy no serán los débiles de mañana, puesto que las medidas de protección varían con el tiempo y con las circunstancias determinantes de las nuevas situaciones. Tiene el derecho social una innegable función humanizadora. Atiende más que nada al valor que cada quien o que los grupos tienen en el concierto de la sociedad. Debe el legislador de ahora hacer el derecho, sin descuidar ninguna de las complicadas fuerzas creadoras del nuevo sentimiento de justicia. Su política legislativa acusa una tendencia de protección al débil, como producto de la coordinación de las fuerzas en pugna, como medio necesario para la conservación del sistema y como manifestación del sentimiento de la comunidad actual. Veamos algunos ejemplos que encajan en el derecho social:

La mujer, castigada en el derecho romano por la *capitis diminutio*, que la condenaba al sometimiento de la tutela, de la patria potestad, tiene, en la actualidad, en gran parte de los países, iguales derechos que el hombre. En México se han realizado reformas legislativas importantes, que colocan a la mujer en igualdad de derechos civiles y políticos con el hombre. Pero al surgir su emancipación jurídica, política y económica, desaparece la razón de ser de la legislación que la protegía. Los menores, en razón de su especial condición, aunque logren determinadas prerrogativas, son siempre débiles que requieren de protección jurídica; porque son débiles por constitución, por naturaleza. Las personas morales han desenvuelto su capacidad: surgiendo primero a la vida, superando su etapa embrionaria y, finalmente, dejando atrás su menor edad, llegan a constituir poderosa fuerza de la que, con frecuencia, han abusado. De débiles y oprimidas, se han trocado en tremenda fuerza opresora. Como consecuencia de la concentración de capitales y del desarrollo

enorme de la industria y del comercio, se rompe el anterior equilibrio entre el obrero y el patrón, operándose una total dependencia económica y jurídica de aquél a éste. Pero aquél se organiza y surge la legislación que lo protege no sólo contra el patrón, sino también contra los nuevos riesgos que en su trabajo han aparecido. Y el burócrata —que en México cuenta con una ley protectora— y los clientes de grandes compañías, débiles frente a éstas y sumisos a las condiciones que unilateralmente tienen voluntad de imponerles —se sirven del contrato de adhesión—, reclaman también una legislación protectora, como la reclama el peatón contra la utilización de vehículos que, en razón de su mecanismo, son por sí mismos peligrosos.

El derecho social protege al débil, bien en atención a su propia constitución, como acontece con los menores, con ciertas personas morales, etcétera, o bien lo protege no porque su debilidad sea constitutiva, sino porque lo es de manera ocasional o funcional, como sucede con la clase obrera, con pequeños comerciantes e industriales, con los clientes de grandes compañías, con los peatones, etcétera. Pero como justamente lo hace notar Josserand, mientras que la debilidad constitutiva es sistemáticamente reconocida por la ley; la debilidad ocasional, en cambio, es el resultado del libre juego de las fuerzas económicas. Y, por supuesto, las medidas de protección del derecho social, no apuntan directamente al protegido, sino que atacan o tratan de dominar al opresor, para que éste no se aproveche de la flaqueza del contrario (véase "La Protección de los Débiles por el Derecho", de Josserand, publicado en *Anales de Jurisprudencia*, correspondiente a los meses de enero a marzo de 1948).

Es claro que la justicia conmutativa tiene su más vigorosa expresión en los regímenes económico-político-sociales en que los principios liberales se expresan más fuertemente; porque, como es sabido, estatuyendo la tesis liberal en el orden económico-político-social, que los hombres son, por su naturaleza, esencialmente iguales, es obvio que considere que todos tienen idénticos derechos y, enton-

ces, las leyes deben ser iguales para todos, sin importar la situación desigual de los individuos a los que deben regir, esto es, la ley es la misma para el rico que para el pobre, para el audaz e inteligente que para el insano. Es decir: no importan a la ley las desigualdades naturales de los hombres; no importan las desigualdades económicas, psíquicas, morales, culturales. Como consecuencia de que se les mide con el mismo rasero, se considera que, igualándolos (como mera abstracción que en la realidad no existe), todos tienen idénticas oportunidades y, siendo el mismo el punto de partida, deben triunfar e imponerse en la lucha por la existencia, los mejores, los más aptos, los mejor dotados.

Por consiguiente, el Estado tendrá el papel de mero vigilante, de simple policía. Como los hombres son todos libres e iguales entre sí (principios en que encuentra su apoyo la justicia comutativa), el Estado debe concretarse a observar la actividad, en sus más variadas manifestaciones económico-sociales, de los particulares, de modo que la política del *laissez faire, laissez passer*, constituye la suprema regla.

Evidentemente se trata de principios que permiten la conservación y prolongación de la estructura social y económica de lo que hoy se ha dado en llamar *democracias burguesas*, si bien atemperados con un elemental intervencionismo de Estado. En este sistema, los hombres son iguales. Ante la omnipotencia de la ley, son iguales los que lo tienen todo —maquinaria, herramientas, grandes capitales acumulados y en general todos los medios de producción—, a los que no tienen sino la necesidad de vender la única mercancía de que disponen: su fuerza de trabajo. Para la ley no hay ricos ni pobres. A pesar de sus enormes diferencias, todos son como "A" igual a "A". Como todos son libres e iguales, dice con profunda ironía Anatole France, "la ley, en su majestuosa igualdad, prohíbe a los ricos, como a los pobres, mendigar en las calles, dormir bajo los puentes y robar el pan".

Como los hombres son libres y determinan su conducta por su

propia y consciente voluntad, el Estado debe abstenerse de intervenir en ninguna forma en sus relaciones contractuales y debe permitir que se rijan por el siempre justo y sabio principio (?) de que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos. Y por este mismo camino se llega a las justificaciones máximas del sistema liberal, por cuanto que, bajo los principios mal interpretados de libertad, de igualdad y de fraternidad, se justifican todas las contradicciones del régimen capitalista: siendo iguales los hombres e iguales las leyes económico-sociales que los rigen, es natural que el trabajador voluntaria y conscientemente venda su fuerza de trabajo (pactando con el patrón de igual a igual ante la ley) al capitalista; que el primero produzca valores económicos que sólo disfrutará en la medida exigua de su salario; que haya sobreproducción industrial, alimenticia y, en general, de todos los productos y, a pesar de ello, tantos y tantos hombres sin vestidos y sin alimentos que tienen la experiencia de que, desentendiéndose de sus propias necesidades, se han arrojado millones de toneladas de café y de otros productos alimenticios al mar para alimentos de los peces; que, mientras la producción se hace socialmente, colectivamente, la apropiación de los nuevos valores económicos creados, en cambio, es individual, precisamente por los que, aunque no producen esos nuevos valores económicos, son, en cambio, los propietarios de uno de los factores de la producción, del capital, y que, por tener la fuerza económica en su poder, también disfrutan del máximo poder político y jurídico.

Como es sabido, es con la declaración francesa de 1789, cuando toma arraigo en el mundo la tesis liberal, sirviéndole de antecedentes la revolución inglesa, la reforma protestante y la declaración de derechos de Virginia de 1776, inspirada, por su parte, en las nuevas ideas sociales y políticas del siglo XVIII.

Pero cuando esas ideas filosóficas pudieron realizarse en los cuerpos de leyes, en los códigos, se vió entonces, con la marcha interrumpida de los acontecimientos, que el individuo, que sus intereses particulares, no agotaban la máxima expresión de la justicia:

que la justicia conmutativa, en su más pura acepción, sin temperamentos, no era, en realidad, justicia, porque, por encima de los intereses individuales, protegidos con la medida de una igualdad aritmética (el dos es igual a dos), inexistente en la rica y compleja realidad social y humana; por encima, se repite, de los intereses particulares, deben encontrar satisfacción los intereses de la sociedad, permitiéndose, cuando menos, los temperamentos necesarios a los principios del liberalismo.

Se introducen, así, en las diversas legislaciones del mundo, en los códigos políticos que siguieron a la segunda guerra mundial, esos temperamentos jurídicos —si bien no podría decirse que faltaran antes de manera absoluta—, protectores obligados de una justicia distributiva, cuyos principios llevan la pretensión de aliviar los viejos males que aquejan a la humanidad, por cuanto que, corrigiendo al absolutismo liberal, tienen que admitir que no hay justicia sino a condición de tratar en forma desigual a lo desigual, proporcionando justa y equitativa solución a las exigencias particulares mayores o menores de cada caso, dando más a quien más merece y a la inversa, hasta llegar a los regímenes socialistas, en donde la justicia distributiva halla su expresión más completa.

2. LA JUSTICIA EN NUESTRO DERECHO. TIPO DE JUSTICIA DE LA SENTENCIA.—Por lo que a México respecta, cabe observar cómo llega a nuestras tierras la influencia del liberalismo americano y europeo. El malestar económico y social, se resuelve con la lucha armada. Por fin llega la independencia y, con ella, el triunfo de la constitución política individualista. Su historia: 1814, 1824, 1836, 1843, 1847 y 1857, lapso que comprende, en realidad, dos períodos: el primero, que corresponde a la Constitución Política y que llega hasta antes del 43, y el segundo, en el que la Constitución es propiamente individualista política, hasta su mejor exponente: la Constitución

tución de 1857. Se ve que los derechos del hombre son el objeto y el fin del derecho (La Constitución Político-Social, conferencia del maestro Hilario Medina, dictada ante el Congreso Jurídico Nacional, el 26 de septiembre de 1932). Fundamentalmente encuentra su máxima expresión la justicia conmutativa; justicia en la que el hombre se convierte en una mera abstracción, por cuanto que lo iguala, borrando en el papel sus profundas diferencias. Y si todos los hombres son iguales, no tiene el Estado por qué intervenir en beneficio de nadie, porque, si lo hiciera, redundaría en perjuicio de los demás. Entonces debe el Estado abstenerse de intervenir en las relaciones de los particulares. El derecho fundamentalmente debe ser represivo, en virtud de que las normas preventivas serían un obstáculo a la libre manifestación de la voluntad de los hombres en sus diversas actividades, y las normas deben esencialmente ser supletorias de la voluntad de los particulares, porque un derecho imperativo limitaría igualmente la libre expresión del poder de los individuos, y la intervención del Estado en la regulación del patrimonio de los particulares, debe ser preferentemente nula o intervenir lo menos posible, y por lo que respecta a la vigilancia e impulso de la actividad privada, se acepta tan sólo en la medida en que no hiera la libre competencia económica, y sólo admite la substitución de los particulares por el Estado, en determinados servicios y actividades, cuando dichos particulares son incapaces de satisfacerlos con plenitud, bien porque carezcan de un fin económico y falte interés a los individuos para querer su intervención personal, bien por tratarse de una actividad o servicio que, por su carácter superior, requiera la intervención de un organismo también superior: del Estado.

Todas estas abstracciones en las que se hace encajar a los individuos, con sus pseudo igualdades, con sus pseudo libertades, indiscutiblemente conducen a realidades concretas: hay libertad real para los económicamente fuertes; pero no la hay para los pobres; porque, en efecto, la situación económica de los últimos no les permite enviar a sus hijos a las escuelas en que puedan cursar carreras

liberales o de donde puedan salir buenos técnicos, y la cultura, la buena ilustración, las buenas costumbres, la moral, la ciencia y el arte, resultan artículos demasiado caros y alejados de su alcance, y claro está, careciendo de medios económicos, la igualdad resulta un mito (no puede existir igualdad de oportunidades), y es obvio que para ellos la *libertad* no pasa de ser una palabra sin contenido, por cuanto que carecen de libertad para establecer negocios, industrias, comercios, y carecen de libertad para vestir con decencia y para aprender finas maneras y para tener habitación decorosa. Son entes que sólo tienen una libertad: la de vender su fuerza de trabajo, porque, si no lo hacen, perecen de hambre. Viéndolo en sus extremos, a ésto conducen los principios en que descansa la justicia conmutativa.

Pero viene la Constitución de 1917, que, además de ser política, es social. Es una Constitución política, porque habla de la forma de gobierno, de su organización. Es Constitución social, en virtud de que el Estado debe intervenir regulando instituciones. Al lado de los principios de la justicia conmutativa, acusan una mayor intervención que en las anteriores, los principios de la justicia distributiva y de la justicia social. (La Constitución Política Social, conferencia del maestro Hilario Medina, dictada en el Congreso Jurídico Nacional, el 26 de septiembre de 1932).

No sólo encontramos en la Constitución de 1917, de manera más acusada, normas represivas, también existen normas preventivas, en razón de que, si bien con ellas se invade en cierta medida la libertad individual y, por ende, la justicia conmutativa, tal cosa se estima útil y preferible en provecho de los intereses colectivos, del bien común. No sólo existen en ella normas supletorias de la voluntad de los particulares, sino existen también normas imperativas, dirigidas a las propias voluntades a las que deben regir, en caso necesario, aun por medio de la fuerza, esto es, con sacrificio del poder libre de los individuos y por el bien común. Existen asimismo en dicha Constitución, normas —que igualmente se justifican por el

provecho social, así sea en perjuicio del libre juego de las actividades económicas de los particulares — que permiten al Estado la regulación del patrimonio de los individuos, como sucede, verbigracia, con las leyes del trabajo que establecen, regulándolo, un salario mínimo para los trabajadores, el seguro obligatorio; como sucede igualmente con el dispositivo constitucional que estatuye la participación que se debe dar a los trabajadores en los beneficios de la empresa a la que sirven — precepto que hasta la fecha no se ha cumplido —, y tenemos el caso igualmente trascendental en la vida económica del país, del artículo 27 Constitucional y su ley reglamentaria, el Código Agrario, en donde también puede apreciarse cómo el Estado, movido por el fundamental interés de dar satisfacción al bien común, limita el libre juego de las fuerzas económicas, interviniendo en la regulación de la actividad privada, mediante la distribución equitativa de las tierras y aguas comprendidas en el territorio nacional; distribución que persigue el fraccionamiento de los grandes latifundios; el desarrollo de la pequeña propiedad agrícola en explotación; la creación de nuevos centros de población agrícola con tierras y aguas que les sean indispensables, etc. Y por lo que respecta a la vigilancia y fomento de la actividad privada, también el Estado interviene, haciendo justicia distributiva, para impedir que una clase, aprovechándose de sus privilegios económicos, abuse de la otra que se halla a su servicio, como sucede con la ya citada legislación obrera; legislación que vigila la actuación del patrón, y que, con sus disposiciones tutelares, protege a la clase trabajadora. Otro ejemplo de vigilancia y fomento de la actividad privada, en que el Estado limita la actividad particular, con vista a la justicia distributiva, es el caso de la previa autorización a que se refieren los párrafos cuarto, quinto y sexto del artículo 27 de la Constitución de 1917.

Como puede apreciarse, se trata de claros ejemplos de intervención del Estado limitando el libre juego de las fuerzas económicas, son modelos claros de justicia distributiva, que implican el sacrificio

cio de los principios básicos de la comutativa, por cuanto que el Estado interviene hiriendo los clásicos conceptos de libertad e igualdad. Otro tanto sucede en el caso de los impuestos, que, como se sabe, deben ser proporcionales y progresivos. Lo propio acontece con la Asistencia Pública, que encuentra su justificación en el bien común, así como con algunas instituciones del Derecho Administrativo, puesto que este derecho asegura la repartición del impuesto, la ejecución de los servicios públicos, protege los servicios de beneficencia, etc.

Y por lo que respecta al derecho procesal, desde el punto de vista de que los particulares no pueden ellos mismos lograr el cumplimiento voluntario de sus derechos (hay rebeldía para ese cumplimiento) y de que requieren de la intervención del poder del Estado, mediante una sentencia que el propio Estado debe ejecutar, puede hablarse de que la sentencia, al declarar y reconocer tales derechos subjetivos, hace posible la distribución forzada y, por tanto, hace justicia distributiva.

Pero vista la cuestión desde otro ángulo, puede afirmarse que la sentencia realiza el tipo de justicia a que corresponde el derecho subjetivo objeto de la pretensión, del actor o del demandado, que declara o reconoce. Lo que significa que será justicia comutativa o distributiva, según se refiera a una o a la otra el derecho declarado o reconocido.

Del hecho de que en nuestra Constitución vigente, acusen una mayor intervención los principios de la justicia distributiva, se ha pretendido partir para afirmar que se trata de un Código socialista; afirmación totalmente inexacta, porque, como es fácil percibirlo, se trata de un Código político que no encaja dentro del marco de características que comúnmente se asignan a los Estados con organización socialista.

En efecto, por lo que mira a la regulación de la actividad particular por parte de un Estado socialista, es obvio que la misma de-

be realizarse con tendencias opuestas a las que se observan en un Estado con bases individualistas. Mientras que en un Estado liberalista o individualista, hemos visto que se considera lo mejor el libre juego de las actividades económicas de los individuos; en un régimen socialista se suprime dicho libre juego de las actividades económicas de los individuos, por nocivo a los intereses de la colectividad, y en el sistema intervencionista, se ponen determinadas taxativas al libre juego de que se habla. Mientras los Estados individualistas, según se vió, atienden principalmente a las normas represivas y no a las preventivas, en respeto de la libertad de los individuos que no desea interferir, y mientras los regímenes intervencionistas atienden a ambos tipos de normas, según también se explicó; en cambio, los regímenes socialistas estiman que el beneficio social es mayor cuando, en lugar de reprimir con normas represivas los actos perjudiciales a los particulares, mejor los evita mediante normas de tipo preceptivo. Es evidente que nuestra Constitución vigente es intervencionista de Estado y no socialista, porque mientras este último tipo de Constitución impone una intervención absoluta, radical, en el patrimonio de los particulares de los medios de producción, el primero, por el contrario, se basa precisamente en la propiedad particular de los medios de producción. Y no es una Constitución socialista, por último, porque se trata de una ley que no considera al Estado con la capacidad suficiente para substituir a la actividad privada en la producción agrícola e industrial, en el manejo y funcionamiento de las empresas particulares, en la utilización, en fin, de los medios de producción; en tanto que las constituciones de ese tipo, precisamente parten de la base de que el Estado sí tiene dicha capacidad (Derecho Administrativo, de Gabino Fraga Jr., edición Porrua de 1934, Págs. 1-12, y El Orden Público en el Derecho Internacional Privado y el Materialismo Histórico, del que esto escribe).

No puede negarse, sin embargo (cualesquiera que sean las creencias religiosas, filosóficas o políticas que se sustenten), que la ri-

queza, desde los tiempos más remotos, hasta la época actual —hoy más que en el pasado—, ha estado injustamente distribuida: de una parte, demasiada miseria; de la otra, demasiada abundancia. Jesucristo mismo levantó su voz contra tanta injusticia. El expresó que era más fácil que un camello pasara por el ojo de una aguja, a que el rico pudiera entrar al reino de los cielos. Y cada vez que nos habla de caridad, nos hace evocar a la justicia distributiva, en tanto que, al predicarla, refleja su profunda rebeldía en contra de la desigualdad económica de su época: de una parte, demasiada necesidad que no encuentra satisfacción; de la otra, demasiada abundancia con todas las lacras que le son inherentes.

Cada época, pues, ha tenido su propio sistema jurídico, como instrumento de realización de su propio tipo de justicia. Ya se expresó que el derecho de los sistemas socialistas, es diferente del que rige en las llamadas democracias burguesas; que este último es diferente del derecho feudal; que éste es cualitativamente distinto del derecho esclavista, y que éste es diverso, a su vez, al de las normas que regulaban la convivencia en el comunismo primitivo. Y queda establecido que el fallo, mediante el ejercicio de la pretensión sobre la que resuelve, declara el derecho subjetivo materia de dicha pretensión, sirviéndose de la norma de derecho objetivo que aplica como medio o instrumento para lograr la decisión del caso en litigio y la pacificación social, resultando que la sentencia es realizadora, de acuerdo con cada época, del tipo de justicia que en ella prive, hasta llegar, con el transcurso de los siglos, al sistema de los regímenes socialistas, cuyo principio medular, máxima expresión de la justicia distributiva, establece: *exigir a cada quien según su capacidad, y dar a cada quien conforme a sus necesidades.*

3. QUÉ ES LA SENTENCIA.—Pero si la sentencia se ocupa de hacer justicia en el caso en litigio, mediante la declaración o recono-

cimiento del derecho subjetivo objeto de la pretensión, es evidente que, con los expresados términos, bien poco se avanza en la explicación a la que debe llegarse, en primer término, respecto a lo que es la sentencia, y en segundo lugar, respecto a lo que será la materia fundamental de este trabajo: la cosa juzgada.

Es sabido que el derecho procesal forma parte del derecho público, y creo que es función del proceso, desde que se inicia, como ya se apuntaba con anterioridad, lograr la pacificación social (Sistema de Derecho Procesal Civil, de Carnelutti, Ed. Uteha-Argentina, tomo I, Pág. 116); función que en su más alto grado se cumple al resolverse la pretensión deducida en el litigio, mediante la sentencia que tiende siempre a la declaración de la existencia o inexistencia del derecho subjetivo pretendido.

Como correctamente lo señala mi maestro don Gabriel García Rojas, desde que el proceso se plantea, tiene, en efecto, una función: la pacificación social. "Los ánimos caldeados por la resistencia, con el resquemor de la venganza, con el deseo de hacerse justicia por propia mano, al llegar ante el juez, allí deponen su actitud agresiva; el primer efecto del proceso es apaciguar la contienda, es moderar las pasiones. Y va aumentando este efecto a medida que el proceso adelanta, y cuando viene la sentencia a decir la última palabra, ya no solamente dentro del orden social se produce la pacificación, sino que ya se produce de un modo jurídico; ya el Estado... obra... haciendo valer su imperio para apaciguar las pasiones y las contiendas entre los particulares". (Conferencia que pronunció en el Debate sobre el Arbitraje Forzoso, convocado por la Barra Mexicana, publicada en Anales de Jurisprudencia, tomo IV, Núm. 1, correspondiente a enero de 1934, Pág. 691).

La sentencia, pues, buscando la pacificación social, resuelve el litigio decidiendo sobre la pretensión hecha valer, y tiende a actuar el derecho subjetivo, ya absolviendo, ya condenando y en todo caso declarando el derecho que reconoce.

Guasp, en sus Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

tomo I, Págs. 6 y 7, se pronuncia por el punto de vista opuesto, al decir que: "Afirmar que el proceso tiende a la tutela o protección de los derechos subjetivos es, sin duda, una contradicción, puesto que los derechos subjetivos son ya per definitionem, intereses protegidos jurídicamente: ¿cómo puede pedir un demandante algo que en su propia solicitud afirma tener ya?" Contradicción que no existe realmente, porque el hecho de que el derecho subjetivo reciba el amparo del objetivo, no quita que sea la actuación de aquél lo que en el proceso se reclame, resultando la aplicación del derecho objetivo mero instrumento o medio para aquella actuación (véase también el inciso h, del Núm. 2, del Capítulo IV de este estudio).

Decía, pues, que el derecho procesal forma parte del derecho público. En efecto, perteneciendo al derecho público todas las normas que rigen la actividad del Estado y correspondiendo al mismo derecho las normas que regulan las relaciones entre el propio Estado y los ciudadanos, es obvio que, regulando el derecho procesal una de las tres funciones esenciales del Estado —la función judicial— y regulando igualmente las relaciones que de esta función se derivan entre el repetido Estado y los ciudadanos, ha de admitirse, como quedó expresado, que ese derecho corresponde al derecho público.

El derecho procesal precisa el contenido de la función jurisdiccional; integra los órganos de la jurisdicción, y establece las formas que deben observarse en la tramitación de los negocios judiciales, hasta su terminación mediante la ejecución coactiva de la sentencia de fondo.

Regula el derecho procesal la actividad, en el proceso, de los órganos jurisdiccionales. El desenvolvimiento del proceso obedece, en parte importantísima, a las resoluciones del juez o del tribunal. Y los actos procesales precisamente encuentran su exteriorización en dichas resoluciones (aunque aquéllos naturalmente no se agotan en éstas, puesto que, como actos procesales, existen asimismo

los embargos, lanzamientos, remates, notificaciones, etcétera); resoluciones que han sido clasificadas de la siguiente manera: decretos, llamados también proveídos o providencias, cuando son resoluciones de mero trámite; autos, cuando las decisiones no son de mero trámite, es decir, su diferencia con los decretos se apoya en la mayor o menor importancia de las cuestiones que resuelven, y sentencias, cuando resuelven cuestiones interlocutorias o incidentales del proceso, o bien cuando fallan definitivamente el pleito.

La ley primera, título 22, Partida tercera, decía que por sentencia se entiende el "mandamiento que el juzgador faga a alguna de las partes en razón del pleito que mueven ante él".

"Sentencia" es una expresión que, según la doctrina, se deriva del término *sentiendo* o de la palabra castellana *sentir*, pues que, por medio de la sentencia, el juez resuelve el pleito conforme a lo que siente (es la opinión del juez).

Caravantes y Juan Sala, definen respectivamente la sentencia: "Sentencia definitiva (de definire, terminar) es aquella por la que el juez resuelve terminado el proceso, y sentencia interlocutoria (de inter locutio-decisión intermedia) es la decisión intermedia que pronuncia el juez en el discurso del pleito, entre su principio y su fin, sobre algún incidente o artículo, o para preparar la definitiva". "Es la sentencia la legítima decisión del juez sobre la causa controvertida ante él".

En principio, la sentencia debe fundarse en ley y el juez tiene el deber de aplicarla estrictamente; pero es sabido que el pleito puede resolverse conforme a los principios generales del derecho, sólo cuando no puede decidirse ni por el texto de la ley, ni por su espíritu o sentido natural, esto es, por su interpretación jurídica (artículo 14 de la Constitución Federal).

La sentencia resuelve el juicio, es decir, falla sobre las pretensiones que en el mismo se plantean, ya condenando, ya absolviendo al demandado o simplemente declarando el derecho discutido. Al

respecto, el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales, establece que "las sentencias deben ser claras y congruentes con las demandas y las contestaciones y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, condenando o absolviendo al demandado..." Texto que pone de manifiesto que realmente su fórmula es muy poco feliz, ya que, como se acaba de indicar, no sólo existen las sentencias que absuelven o condenan, sino también las meramente declarativas que el dispositivo no contempla o que al menos no contempla de manera expresa y clara. Pero es obvio que, para llegar a la decisión del negocio, debe el juzgador estudiar con absoluta honradez e independencia de criterio, el problema que le fué planteado y decidir a base de un obligado razonamiento lógico, a la luz que resulte del análisis de las pruebas aportadas.

La esencia de la sentencia se integra por su parte dispositiva. Es ésta el acto de autoridad del Estado, y la expresa el órgano jurisdiccional revestido de competencia. La sentencia es imperativa y obligatoria, en principio, una vez que ha quedado firme. Hay casos, sin embargo, en que la sentencia es ejecutiva aun antes de quedar firme, como acontece tratándose de aquella que es apelable en sólo el efecto devolutivo. Autores han expresado que es la *lex specialis*, porque piensan que, cuando falta la norma que resuelve el caso concreto, el juez, con la sentencia, desarrolla una función de integración del derecho, semejante a la función legislativa del poder encargado de legislar, puesto que establece el derecho objetivo válido sólo para el caso de referencia; en tanto que la ley vale para todos los casos de la misma especie, dado que es norma jurídica general. (La Nueva Ley Procesal, de Demetrio Sodi, Págs. 101-119 del tomo I; Principios de Derecho procesal Civil, de Rafael de Pina, Págs. 185-191; Sistema, de Carnelutti, tomo I, página 315 y siguientes; Derecho Procesal Civil, de L. Prieto Castro, tomo I,

página 373 y siguientes, y Derecho Procesal Civil Español, de Manuel de la Plaza, tomo I, página 548 y siguientes).

4. DIVERSOS TIPOS DE SENTENCIAS.—Teniendo en cuenta exclusivamente los efectos procesales de la sentencia, existen las llamadas definitivas o de fondo que, como se ha expresado, son las que ponen término al juicio y las interlocutorias que, como también ya se dijo, resuelven algún incidente o artículo durante el curso del proceso o preparan el pronunciamiento de la definitiva.

Igualmente se distinguen las sentencias pronunciadas en rebeldía de parte, o sea, las que se dictan sin la comparecencia al juicio del demandado citado en forma; de las que se pronuncian en procedimiento contradictorio, es decir, de las que se dictan actuando conjuntamente en el pleito ambas partes.

En razón de la relación de la sentencia con el objeto del litigio, se distingue la sentencia estimatoria, esto es, la que resulta favorable al demandante, de la desestimatoria, o sea, de la que resulta favorable al demandado en tanto que lo absuelve, y una y otra se distinguen de la parcialmente estimatoria, en que ésta, como su nombre lo indica, sólo es favorable en parte para el actor.

Y por último (para no hacer referencia a otras clasificaciones menos usuales en nuestro medio, como aquella que cataloga las sentencias en las diversas especies de cognoscitivas, dispositivas, preservativas, arbitrales, etc.), por sus efectos substanciales o por su contenido procesal, las sentencias se clasifican en sentencias de condena, declarativas y constitutivas.

Como es sabido, la sentencia de condena no sólo declara el derecho, sino que, además, hace posible su ejecución; es decir, además de que declara que existe una ley que impone una obligación o que concede un derecho en una relación jurídica determinada,

permite también que los órganos del Estado hagan efectiva esa obligación o derecho mediante la ejecución de la sentencia.

La sentencia declarativa no contiene condena alguna, sino sólo pone en claro, mediante declaración, la existencia de una determinada relación jurídica o de un hecho que tenga trascendencia jurídica, puestos en duda o discutidos.

Así, pues, mientras la sentencia de condena, en último resultado, tiende a la ejecución forzosa del derecho, o sea, tiene por objeto que las cosas se coloquen en el lugar que conforme al derecho les corresponde, esto es, como dice W. Kisch (Derecho Procesal Civil, página 178), tiene por finalidad que, en el mundo exterior, las cosas se coloquen de acuerdo con el derecho; la sentencia declarativa, en cambio, sólo tiene como objeto hacer la declaración mediante el reconocimiento de la existencia de la relación jurídica violada o discutida, es decir, en esta clase de sentencias sólo se declara lo que es un derecho; mas no se ordena que las cosas sean colocadas conforme al derecho (la sentencia violatoria del derecho, sentencia injusta, infringe el objeto de toda sentencia de condenar conforme al derecho o de declarar o constituir el derecho —véase, al respecto, el inciso "h", Núm. 2, del Cap. IV—).

Y a la sentencia constitutiva la explica Goldschmidt, como la que tiene por objeto obtener la constitución, modificación o extinción de una relación de derecho (Derecho Procesal Civil, traducción del alemán de Leonardo Prieto Castro, Pág. 111). De donde se desprende que la sentencia constitutiva, por esencia, es aquella que produce un estado jurídico que antes de ella no existía.

El propio Kisch expresa, en su Obra acabada de mencionar: "La sentencia condenatoria y la declarativa tienen de común el que se limitan a reflejar la situación jurídica tal como ella es. Junto a ellas, empero, aunque raramente, encontramos otras sentencias, por las cuales el estado jurídico existente no sólo es confirmado, sino que se modifica. La sentencia, verbigracia, que pronuncia el divorcio no se contenta con declarar, sino que, fundándose en la

existencia de este derecho, disuelve para el futuro el matrimonio hasta el momento existente, en virtud de la soberanía judicial... Como se ve, las sentencias de esta clase producen una modificación, introducen una estructura nueva en la situación jurídica existente. No sólo constatan lo que es, sino que constituyen algo nuevo, y por ello se les llama sentencias constitutivas. Las acciones se llamarán también constitutivas". (Véase también el artículo 1o. del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales).

Y refiriéndose Chiovenda asimismo a la sentencia constitutiva, dice: "...basta ver que después de la sentencia existe un estado jurídico que antes no existía o viceversa, para que la sentencia nos parezca lo que inmediatamente obra o produce o constituye aquel efecto... por tener este objeto y este efecto, y no por su naturaleza, la sentencia constitutiva se presenta como figura autónoma. De un lado, acérquese a la sentencia de condena porque prepara un cambio en el estado actual de las cosas. Por otro, acérquese a la sentencia de mera declaración, porque produciéndose el cambio en virtud de la sentencia misma, no es necesario ningún hecho posterior de ejecución; pero la sentencia de declaración declara una voluntad de ley preexistente y no tiene otro efecto que la cesación de la incertidumbre del derecho; la sentencia constitutiva declara una voluntad de ley preexistente que tiene al cambio de otra voluntad de ley y lleva tras de sí este mismo cambio. — Efectos de la sentencia constitutiva. — La sentencia constitutiva, por su propia naturaleza, obra normalmente ex-nunc: los efectos del cambio jurídico sólo comienzan en el momento en que el cambio se produce, lo cual sucede cuando la sentencia tiene valor de cosa juzgada. Sólo en algunos casos, por disposición expresa de la ley, obra ex-tunc, o sea, aunque el cambio no tenga lugar sino con el pronunciamiento definitivo del juez, sus efectos se retrotraen al momento del pronunciamiento no definitivo".

(Véase su obra Derecho Procesal Civil, tomo I, página 210 y siguientes).

Si se atiende, pues, a la naturaleza de la sentencia constitutiva, de acuerdo con la cual, como se ha visto, es dicha sentencia la que crea o de donde se deriva la estructuración de un estado jurídico que antes de ella no existía, fácilmente se explica que la misma, como dice Chiovenda, obre normalmente ex-nunc. Lo que quiere decir que los efectos del cambio sólo empiezan en el instante mismo en que la sentencia los produce, esto es, cuando ha alcanzado la autoridad de la cosa juzgada y no antes, salvo los casos en que la misma ley dispone que esos efectos se produzcan retroactivamente.

Como ejemplo claro de sentencias constitutivas con efectos ex-nunc, puede mencionarse el fallo que concede el divorcio, pues éste disuelve para lo futuro el matrimonio hasta antes de ese momento existente y coloca a los cónyuges en la posibilidad —hasta antes de la sentencia inexistente— de volver a contraer matrimonio, y también puede citarse el caso de las sentencias que prorrogan la duración de un contrato de arrendamiento, puesto que asimismo en este caso no sólo se declara en el fallo una voluntad de ley preexistente, o sea, la voluntad de la ley de que se prorogue el contrato cuando el inquilino se encuentra al corriente en el pago de sus rentas, sino que igualmente es la sentencia la que decreta o constituye dicha prórroga, puesto que antes del fallo sólo se tenía un contrato terminado.

Cita la doctrina, como claro ejemplo de sentencia constitutiva con efectos ex-tunc, a toda aquella que decreta la rescisión de un contrato de arrendamiento, y hay autores que mencionan también, como sentencia de este tipo, a la de nulidad de un acto jurídico, si bien otros estiman que esta sentencia es meramente declarativa (véase también al Derecho Procesal Civil, de L. Prieto Castro, tomo I, Págs. 230 y siguientes y 375 y siguientes; el Derecho Procesal Civil Español, de Manuel de la Plaza, tomo I, Págs. 548 y

luntad de los litigantes obra en la cosa juzgada —lo que en cierto sentido también contradice la tesis de Bülow—, nos lo da la fracción I, del artículo 427 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorio Federales, pues que, de acuerdo con este precepto, causan ejecutoria —y el juez tiene el deber de hacer la declaración de manera oficiosa—, las sentencias consentidas expresamente por las partes o por sus mandatarios con poder o cláusula especial.

Puede afirmarse que, en principio, el caso decidido no cesa de tener su regulación en la ley aplicada por el juez. Pero existen, sin embargo, como lo observa don Niceto Alcalá Zamora y Castillo, los casos de procesos colectivos, en que la sentencia se extiende en su aplicación de manera general a toda la categoría profesional en conflicto, a todos los miembros de esa categoría, aun cuando no hayan sido partes en la contienda laboral. "Esta circunstancia determina que la sentencia colectiva se encuentra a mitad de camino entre la ley y la sentencia del proceso individual: de la primera posee la nota de generalidad... de la segunda tiene la estructura y el contenido... Y cuando esa sentencia (se refiere el autor a la colectiva), establezca una nueva reglamentación del trabajo, con señalamiento de derechos y obligaciones incluso para quienes no hayan tenido intervención alguna en el proceso (por el mero hecho de pertenecer a las categorías litigantes), es indudable que, en dicha hipótesis, de índole netamente constitutiva, habrá sido creadora de derecho". (Proceso, Autocomposición y Autodefensa, del autor citado, Pág. 198).

Y otra excepción que el propio autor señala en que la sentencia crea también derecho, lo es la jurisprudencia, en aquellos países en que la misma es obligatoria. Los casos concretos que se presentan se resuelven por su aplicación, de la misma manera que si se tratase de la aplicación de una norma objetiva creada por el legislador (Obra que se acaba de citar, Págs. 199-201; artículos 193 y 193 bis de la Ley de Amparo, y 6º. transitorio de la propia Ley). De donde resulta que la sentencia sólo por excepción, no como regla, según

CAPITULO II

- 1.—La cosa juzgada en los textos romanos.**
- 2.—Teoría de la presunción de verdad.**
- 3.—Teoría de la ficción de verdad.**
- 4.—Teoría contractualista y quasi-contractualista**
- 5.—Teoría normativa.**
- 6.—Teoría de la Escuela del Derecho Libre.**
- 7.—Teoría materialista.**
- 8.—Teoría procesalista.**
- 9.—Teoría de Binder.**
- 10.—La doctrina italiana:**
 - a).—Opinión de Ugo Rocco.**
 - b).—Opinión de Chiovenda.**
 - c).—Referencia a las opiniones de Alfredo Rocco, Redenti y Betti.**
 - d).—Opinión de Cornelutti.**
- 11.—Opinión del mexicano José Becerra Bautista.**
- 12.—Tesis que se acepta.**

1. LA COSA JUZGADA EN LOS TEXTOS ROMANOS.—Puede decirse que los romanos encontraron la forma de impedir que lo sentenciado pudiera nuevamente revisarse, puesto que prohibieron que la acción deducida pudiera nuevamente plantearse. Sólo una vez podía el Estado resolver determinada controversia judicial, a pesar de que la misma fuera decidida por error. Resuelto un negocio, el mismo no podía nuevamente plantearse con posterioridad. Es que consideraron que la cosa juzgada de la sentencia es la verdad legal (en cambio, en los orígenes del derecho noruego, se desconoce el principio de la cosa juzgada: la sentencia se hallaba siempre abierta a la discusión; pero aquí también surge la necesidad de limitar las posibilidades de crítica de la sentencia, cuando las relaciones sociales se multiplicaron, y especialmente cuando el comercio se hubo extendido).

Ulpiano, decía: "Julianus libro tertio Digestorum respondit exceptionem rei judicatae obstare quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur". (D-XLIV-II-3). Texto que significa que la excepción de cosa juzgada puede hacerse valer en el caso de que surja, entre las mismas partes, la propia cuestión. Y Paulo, con relación a esto mismo, expresaba: "eadem causa petendi, eadem res et eadem conditio personarum". (Libro 44, título 2-12 y 14, del Digesto). Es decir, Paulo establece las clásicas tres identidades: de objeto, sujeto y causa. La distinción de este último fué preferida por los comentadores, porque hallaron falta de precisión en la expresión "quaestio" que se emplea en la distinción transcrita de Ulpiano. Sin embargo, Savigny acepta a Ulpiano, porque

considera que su fórmula sufre menos excepciones y porque estima que está más de acuerdo con los principios inspiradores del derecho romano.

En Roma, la cosa juzgada se circunscribia a la decisión, es decir, a la condena o a la absolución, no al razonamiento del juzgador. Dictada la sentencia, en este derecho era ilícito inquirir acerca de si era verdadera la tutela jurídica que ella concedía. El fin de la *litis contestatio* era la producción de una situación en el proceso que hacía posible la sentencia de fondo e importaba en el demandado el deber de soportar la "condennatio", es decir, agotaba éste su deber con su sometimiento a la sentencia. Los efectos consuntivos de la sentencia, formaban un todo con los efectos consuntivos de la *litis contestatio*, pues ésta y aquélla constituyan los dos estadios integrantes del todo procesal en el derecho romano clásico, cuyos efectos lo eran de la integridad del proceso, esto es, no referibles particularmente a ninguna de sus fases.

Debe decirse que la mente romana no llegó a realizar la distinción entre las excepciones procesales y las excepciones substanciales. No alcanzó a concebir los hoy llamados vicios de actividad en el proceso, integrantes de ese grupo especial de excepciones distintas de las llamadas excepciones de fondo. Sin embargo, como efecto de fallas en la construcción del proceso, llegaron a admitir la invalidez de la sentencia; pero se estaba frente a una nulidad de naturaleza procesal. Así, verbigracia, la falta de capacidad para ser parte o para comparecer al juicio, obligaba en el derecho romano al juez a la absoluta abstención de pronunciar sentencia. La aludida invalidez se apoyaba en la naturaleza *sui generis* de la nulidad romana, no propiamente en la falta de requisitos esenciales del proceso. Hace notar la doctrina que en ellos no existió el contraste substancial-procesal, sino sólo el contraste favorable-desfavorable. Es un derecho en el que, todo lo que es causa de nulidad, evita el pronunciamiento de la sentencia; en el enten-

dido de que, los demás requisitos, incluyendo muchos de carácter procesal, producen el resultado de que la sentencia de fondo sea desfavorable, esto es, alcanzan la consecuencia de que se dese-
time la demanda. Debe decirse que, en este derecho, era supuesto esencial de la sentencia favorable, una válida "constitutio iudicij"; constitutio cuyos requisitos no eran diferentes que los que en el derecho moderno integran una relación procesal válida.

Cuando el demandado producía válidamente su litis contestatio, ésta producía un resultado semejante al de la sentencia válida y generaba igualmente la "exceptio rei in iudicium deductae", puesto que el actor no podía repetir su acción, y si lo intentaba, se le oponía dicha excepción (llamada ahora de litispendencia). Tenía aplicación lo que se acaba de expresar en los casos en los que en el derecho romano, por determinadas circunstancias, no se llegaba a pronunciar sentencia o en los que era nula la dictada. Como resultado de los efectos consuntivos de la litis contestatio, se impedía la reiteración del mismo negocio, con la garantía, se insiste, de la excepción mencionada (véase La Cosa Juzgada, de Emilio Gómez Orbaneja, Págs. 45-53, y la Autoridad de la Cosa Juzgada, de José Becerra Bautista).

2. TEORÍA DE LA PRESUNCIÓN DE VERDAD.—Pues bien, interpretando los autores los fragmentos de Ulpiano, de donde derivan los principios que dan base a la cosa juzgada en el derecho romano ya expuestos con anterioridad, se elaboró la vieja teoría de que la cosa juzgada es una presunción de verdad. Se presume como verdadero y justo lo resuelto por la sentencia. Es una presunción juris et de jure, esto es, que no admite prueba en contrario, en algunas legislaciones, y en otras es, en cambio, una presunción relativa, como en la española (artículo 1251 del Código Civil). Fué este el sistema seguido por el Código de Napoleón, como conse-

cuencia de la grande influencia que el autor de la teoría, Pothier, tuvo en la confección de este Código (véase la Obra citada de Becerra Bautista).

La presunción de verdad de la cosa juzgada descansa lógicamente en una verdadera presunción, es decir, descansa en la opinión general de los ciudadanos, formada presuntivamente, de que el juez falla sin error, conforme a la justicia y a la verdad. La teoría se elabora con la base de esa presunción colectiva del hombre. Los escolásticos ven en la sentencia la definición de un silogismo. Admiten estos procesalistas que la cosa juzgada necesariamente es verdadera; pero lo hacen olvidando que la conclusión del silogismo sólo es verdadera, cuando lo son las premisas en que se apoya. Igualmente admiten que la premisa menor del silogismo es necesariamente verdadera, puesto que, de acuerdo con esta teoría, han de ser ciertos los hechos en que el juez apoya su sentencia. Se llega, así, a admitir que son verdaderos los hechos que en realidad son falsos y a la inversa (Derecho Procesal Civil, de Chiovenda, tomo II, Pág. 414).

Se critica asimismo a la teoría de la presunción de verdad, diciendo que ella descansa en conceptos irreales. Se indica que una verdad formal de la sentencia es, tanto práctica como doctrinalmente, insostenible; que esa verdad formal de la sentencia puede estar reñida con la verdad real, desde el momento en que el juez puede y a veces está obligado a aceptar la comprobación de los hechos obedeciendo a motivos diferentes a esa verdad real, como acontece cuando sobre los propios hechos no llega a surgir controversia alguna (confesión expresa o tácita). De donde resulta que la sentencia a menudo excluye de su decisión un hecho verdadero, a pesar de que el juzgador conozca su verdad real; exclusión que puede derivar de que la parte no lo haya alegado, o como consecuencia de que no se haya cuidado de probarlo.

Igualmente se hace notar que, más que a una necesidad de

verdad, responde la sentencia a una voluntad del Estado. Se dice que la sentencia es lo que la voluntad del Estado quiere que sea la voluntad de la ley en el caso concreto; pero no es lo que el Estado quiere que sea la verdad de los hechos, puesto que a él no interesa esta verdad en razón de los hechos mismos, cuya demostración o investigación deja, por consiguiente, a los particulares. La misión de la justicia, es la actuación del derecho. A la sentencia lo que interesa, entonces, es la actuación del derecho en el caso concreto, no la afirmación de los hechos verdaderos (véase la Obra citada de Gómez Orbaneja, Págs. 55-60, y la Autoridad de la Cosa Juzgada, de Rodolfo Pablo Migliore, Págs. 39-41).

3. TEORÍA DE LA FICCIÓN DE VERDAD.—Posteriormente Savigny, sostuvo que no era exacto que el fundamento de la cosa juzgada fuera una presunción de verdad. Partiendo este autor de la existencia de las sentencias injustas, explica el fenómeno atribuyendo a las definitivas la ficción de que son verdaderas. En su Sistema de Derecho Romano actual, página 168 (edición española de Mesía y Poley), define la cosa juzgada como la "ficción de verdad que protege las sentencias definitivas contra todo ataque y toda modificación"; pero como puede fácilmente apreciarse, su definición rompe con la supuesta conformidad que debe existir entre el fallo y el deber ser positivo. Las sentencias injustas pueden crear un derecho que la ley no reconoce, o pueden extinguir un derecho realmente existente.

Mientras que Pothier, presume como verdadero el contenido de las sentencias injustas —y el de todas las sentencias—; en cambio, Savigny, admite que se trata de un contenido falso, sólo que en su doctrina, en razón de la ficción de verdad, lo falso se torna verdadero. Pero ambas teorías, tratando de explicar el

texto de Ulpiano, coinciden en que la cosa juzgada es el equivalente de la verdad.

La doctrina hace notar, al respecto, que si bien es verdad que la sentencia trata de evitar el error, también es cierto que no la invalidan los que en ella se cometan, puesto que con error o sin error la sentencia produce todos sus efectos, desprendiéndose que no es requisito de su validez el que forzosamente se establezca en ella la concordancia con la verdad. De manera que si de todos modos se producen todos sus efectos, esto es, concordando o no con la verdad, se sigue que las teorías de presunción de verdad o de ficción de verdad, son inútiles para justificar la cosa juzgada. Sólo se justificarían en el caso de que las sentencias no fueran aptas para producir todos sus efectos, sino a condición de que necesariamente concordaran con la verdad; porque si sus efectos sólo pudieran producirse cuando se observara dicha concordancia, entonces si resultaría notoria la necesidad de presumirla o de aceptarla por ficción. Luego resulta inútil acudir al concepto de presunción o al de ficción de verdad para justificar la cosa juzgada (además de la Obra citada de Becerra Bautista, véase la exposición de teorías de la cosa juzgada que se contiene en la Teoría del Fraude del Proceso, de José Lois Estévez y la Autoridad de la Cosa Juzgada, de Rodolfo Pablo Migliore, Págs. 35-39).

4. TEORÍAS CONTRACTUALISTA Y CUASI-CONTRACTUALISTA.—

Debe recordarse que, en el derecho romano, durante el primer periodo de las acciones de la ley, cuando no acostumbraban los magistrados desarrollar el debate del juicio por escrito, se acudía a la forma consistente en que las partes tomaban la precaución de desenvolverlo en presencia de testigos para que, en caso necesario, atestiguaran o proporcionaran la prueba oral sobre los términos de la cuestión litigiosa. Y la invocación que se hacía de este testimonio, constituía entonces propiamente la litis contestación.

En el segundo período de ese derecho, cuando el procedimiento ya se hacia constar por medio de la escritura, subsiste la litis contestación; pero ésta ya no es la solemne invocación de testigos del primer período. En este nuevo período el magistrado entregaba al actor una fórmula en la cual se precisaban las cuestiones sobre las que el juez debía decidir. La litis contestatio, litem contestari, de todos modos representa aquí el momento del juicio correspondiente a aquel en el que, en el período anterior —en el primer período—, se hacia la referida invocación de testimonios.

Pero lo cierto es que en uno y otro período, la litis contestación quedaba integrada con la clausura del proceso delante del magistrado, una vez que las partes contendientes habían fijado definitivamente las cuestiones discutidas.

No proporcionaba el procedimiento romano ningún medio directo para vincular al demandado al proceso; pero de manera indirecta se le obligaba a comparecer, en cuanto que se concedía al actor el derecho de tomar la posesión de sus bienes. Sin embargo, producida la litis contestatio, como antes se ha expresado, quedaba definitivamente fijado el debate, y se podía sentenciar al demandado aunque se hubiese ausentado del pleito.

Con la litis contestatio quedaban perfectamente determinados: las partes litigantes; lo reclamado en el juicio; las excepciones opuestas; el juez del conocimiento, y todas las cuestiones que éste debía decidir, imposibles ya de ninguna modificación no sólo por parte de los litigantes, sino también por parte del juez.

La litis contestación "daba nacimiento a la novación judicial o necesaria. Consistía ésta en que la litis contestatio producía una obligación que Ulpiano denominaba quasi ex contractu; quasi contractual (ver L. 3, párrafo 11 f. f. de Peculio) por medio de la cual las dos partes se obligaban a estar y pasar por lo sentenciado. Dicha obligación subtituía a las relaciones jurídicas que existían entre las

partes antes de la *litis contestatio*, en el sentido de que el demandante no podía hacer valer en un nuevo juicio los derechos originales que tenía contra el demandado. Cuando la acción era personal, el derecho originario del demandante se extinguía por completo con la *litis contestatio*. Si la acción era real, la extinción no se producía de pleno derecho, pero el demandado podía oponer la excepción de *rei in iudicium deductae*, es decir, de cosa ya deducida o hecha valer en juicio anterior". (Tomado del Diccionario de Derecho Procesal Civil, del maestro don Eduardo Pallares, Pág. 341).

De acuerdo con las ideas expuestas, la *litis contestatio* representaba el momento en que se concluía un acuerdo entre ambas partes litigantes; acuerdo que les acarreaba deberes independiente mente de su voluntad. En efecto, debe insistirse en que, al quedar establecida la *litis contestatio* en forma válida, por virtud de sus efectos consuntivos, se implicaba la renuncia del actor a repetir su acción; pero a cambio de su derecho eventual de que se dictara la condena; en tanto que sobre el demandado pesaba la obligación eventual de subordinarse a la sentencia, esto es, se obligaba a someterse a los términos de la condena, resultando que, al mismo tiempo que la *litis contestatio* extinguía un derecho anterior, creaba un derecho nuevo. Pero estos derechos y obligaciones creados con la *litis contestatio*, a la postre, eran modificados por la sentencia que terminaba el debate y que impedía la repetición del propio juicio mediante la excepción de cosa juzgada.

Fundándose Endeman, en esta tradición romana, formuló la teoría de que la cosa juzgada no es sino resultado del vínculo contractual que nace en el pleito; porque al someterse las partes voluntariamente al juicio, con su actitud renuncian realmente a los derechos que pretenden y afirman tener, y ponen de manifiesto su disposición —resultado del contrato judicial cuya integración concluye con la *litis contestatio* en el sentido romano—, de asumir en el proceso una determinada conducta que les lleva al sometimiento a la sentencia aunque sea contraria a sus pretensiones. De esa manera la sentencia

transforma las pretensiones de las partes de un derecho simplemente potencial (la pretensión misma), en un derecho actual. Y por eso se afirma en la teoría que se examina, que la sentencia opera una novación del derecho discutido; porque con ella (con la sentencia), al mismo tiempo que se extingue el referido derecho eventual, se crea el derecho actual, resultando que, por haberse extinguido el derecho discutido, nunca más puede volverse a discutir, dada la imposibilidad de insistir sobre un derecho que ha dejado de tener existencia.

Es evidentemente falsa la teoría de Endeman, porque no es cierto que exista el acuerdo de voluntades que encuentre con plenitud su expresión en la *litis contestatio*; *litis contestatio* que ahora, como es sabido, tiene un significado diferente del que se le dió en el derecho romano.

El derecho clásico español, admitió la solución de que la *litis contestatio* se integra al producirse la contestación de la demanda. En efecto, la ley III, del Tit. X, de la Partida Tercera, decía: "Comenzamiento y rayz de todo pleyto, sobre que deue ser dado juyzio, es quando entran en el por demanda, e por respuesta, denlante del juzgador... En cualquier destas maneras, que desuso deximos, que responsa el demandado a la demanda que le fazen, cumple para ser comenzado el pleyto por demanda, e por respuesta, a que dizan en latín *contestatio*". Por *litis contestatio* ha de entenderse actualmente, siguiendo esa tradición, el "estado que guarda el proceso después de que ha sido contestada la demanda hasta que se pronuncia sentencia definitiva". Y si concretamente en nuestra legislación, la *litis contestación* "sólo existe cuando las partes han formulado sus escritos de réplica y dúplica o se les ha acusado la rebeldia correspondiente cuando no los han presentado", es evidente que, como se apunta con anterioridad, resulta inexacta la teoría de Endeman; porque, en efecto, teniendo en consideración que la *litis contestatio* existe aun en el caso de litigante rebelde que no comparece al juicio, ¿cómo podría afirmarse, para tal supuesto, la existencia de

un convenio, con un ausente, que nunca se ha celebrado realmente? Luego es obvio que la prohibición de volver a sentenciar lo ya juzgado, no sería posible fundamentarla en un contrato que no existe celebrado entre actor y demandado (véase la Obra citada de Berra Bautista y el aludido Diccionario de Derecho Procesal Civil, del maestro Pallares, Pág. 341).

Pero es, además, falsa la teoría de que se trata, porque la función jurisdiccional es siempre una función del Estado, y el proceso en que dicha función se realiza, ya se dijo que es de derecho público, ajeno, por completo, al régimen privado de los contratos (Autoridad de la Cosa Juzgada, de Migliore, Págs. 41-44).

A mayor abundamiento, como justamente lo hace notar el doctor Alcalá Zamora, citando a Couture, "Sólo subvirtiendo la naturaleza de las cosas, es posible ver en el proceso —situación coactiva, en la cual un litigante, el actor, conmina a su adversario, aun en contra de sus naturales deseos, a contestar sus reclamaciones—, el fruto de un acuerdo de voluntades". Con tanta mayor razón es esto exacto tratándose del proceso penal, tan opuesto, por su propia naturaleza, al interés particular que es fuente de los contratos.

Se pensó entonces que, si no era exacta la tesis contractualista, el fenómeno podía explicarse con la teoría cuasi-contractualista. Pero se necesita realmente mucha imaginación para pretender encontrar semejanzas entre la prohibición de volver a fallar lo ya decidido y la gestión de negocios o el pago de lo indebido; mas si se piensa en un cuasi contrato procesal *suigénaris*, debe decirse que se trataría de una categoría procesal que hasta la fecha no ha sido creada. Aparte de que, como la tesis contractualista, gira también la cuasi-contractualista en torno de la noción de la *litis contestatio* que, como ya se vió, no puede explicar las situaciones en que falta el contradictorio. (Proceso, Autocomposición y Autodefensa, de Alcalá Zamora y Castillo, Págs. 115-118).

5. TEORÍA NORMATIVA.— Bülow y otros autores (Merkl, Bachmann, etc.) aceptan el concepto de la sentencia como *lex specialis*.

Bülow quiso adoptar una posición frente a las relaciones entre la norma jurídica y la función judicial. Pero tuvo entonces que investigar lo que es la sentencia en sus relaciones con el derecho material. Enseña que el Estado expresa su última voluntad no en la norma que expide, sino en la sentencia que dicta. La norma no es aún el derecho, sino un simple plan o proyecto de ordenación jurídica que se actúa, que se vuelve realidad en la sentencia que resuelve el caso concreto. Contiene la norma, la guía o el camino que el juez ha de seguir; pero por sí sola no integra el derecho en forma cabal. Es la sentencia judicial la que constituye la norma jurídica perfecta. Si hay lucha entre la norma jurídica abstracta y la sentencia, ésta es la que vence, puesto que es la que al fin impera aun cuando haya sido dictada contra el texto de la ley.

Considera Bülow, que la cosa juzgada es un acto público obligatorio, un acto del Estado, un instituto del proceso que, por ende, es de derecho público. Nunca puede ser un bien privado que se abandone a la libre disposición de las partes. Se sigue, por tanto, que las partes no pueden renunciar a su beneficio, y que el juzgador debe investigarla de oficio, aunque resulte fuera de los autos. Igualmente es consecuencia de lo expresado, que las partes no pueden, de propia voluntad, otorgar a una sentencia la autoridad de la cosa juzgada.

Se critica a la tesis de Bülow, diciendo que el juez es intérprete en su función, no legislador. Se hace notar que no es el juez quien domina al espíritu o voluntad de la ley, sino que es ese espíritu o voluntad de la ley quien domina al juez. Luego no puede ser cierto que pueda atribuirse la función legislativa a que se refiere la teoría. No es verdad que el derecho objetivo se manifieste o se complete con la sentencia, ni que ésta sea equivalente al derecho objetivo. Lo

que realmente se manifiesta en la voluntad del juez a través de la sentencia, es el derecho subjetivo que naturalmente existe ya, que se realiza mediante la aplicación de la norma jurídica o de los principios generales del derecho, no la facultad del juez —que no tiene— de hacer derecho objetivo para el caso concreto. La verdad es que la sentencia no puede crear el derecho, sino sólo reconocerlo o declararlo (véase Derecho Procesal Penal, del Maestro Niceto Alcalá Zamora y Castillo, tomo I, Pág. 188 y ss.).

Por otra parte, si el derecho objetivo, según esta teoría, no surge sino hasta la sentencia, resulta entonces que, como antes del fallo no hay derecho, sino simples juicios hipotéticos o simples proyectos, el derecho objetivo así realizado necesariamente obraría en forma retroactiva, en tanto que se volvería realidad hasta la sentencia; es decir, forzosamente habría de aplicarse a casos nacidos cuando aún no había derecho, esto es, a casos nacidos al amparo de una norma legal —simple proyecto de ordenación jurídica, no derecho— no realizada aún por la sentencia; pero además no podría existir la cosa juzgada, porque mientras ésta se refiere a las partes individualmente, la ley es abstracta, con validez frente a todos.

Igualmente se hace a la teoría, la objeción de que no existe ninguna norma, en ninguno de los ordenamientos procesales, que atribuya al juez la investigación —como pretende la tesis de Bülow—, fuera de lo que resulte de los autos, de la cosa juzgada. Y se dice que ni aun en legislaciones —como la austriaca—, que obligan al juez a considerar oficiosamente la cosa juzgada que resulta de los autos, deja de tener innegable influjo el principio de disposición de las partes, en contraposición a la afirmación ya indicada de Bülow, en el sentido de que la cosa juzgada, por ser un acto público del Estado, jamás puede abandonarse a la libre disposición de las partes (consultense, sobre el tema, Eficacia y Autoridad de la Sentencia, de Liebman, Págs. 62-64 y La Cosa Juzgada, de Gómez Orbaneja, Págs. 61-68).

En nuestro derecho, un claro ejemplo de la influencia que la vo-

luntad de los litigantes obra en la cosa juzgada —lo que en cierto sentido también contradice la tesis de Bülow—, nos lo da la fracción I, del artículo 427 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorio Federales, pues que, de acuerdo con este precepto, causan ejecutoria —y el juez tiene el deber de hacer la declaración de manera oficiosa—, las sentencias consentidas expresamente por las partes o por sus mandatarios con poder o cláusula especial.

Puede afirmarse que, en principio, el caso decidido no cesa de tener su regulación en la ley aplicada por el juez. Pero existen, sin embargo, como lo observa don Niceto Alcalá Zamora y Castillo, los casos de procesos colectivos, en que la sentencia se extiende en su aplicación de manera general a toda la categoría profesional en conflicto, a todos los miembros de esa categoría, aun cuando no hayan sido partes en la contienda laboral. "Esta circunstancia determina que la sentencia colectiva se encuentra a mitad de camino entre la ley y la sentencia del proceso individual: de la primera posee la nota de generalidad... de la segunda tiene la estructura y el contenido... Y cuando esa sentencia (se refiere el autor a la colectiva), establezca una nueva reglamentación del trabajo, con señalamiento de derechos y obligaciones incluso para quienes no hayan tenido intervención alguna en el proceso (por el mero hecho de pertenecer a las categorías litigantes), es indudable que, en dicha hipótesis, de índole netamente constitutiva, habrá sido creadora de derecho". (Proceso, Autocomposición y Autodefensa, del autor citado, Pág. 198).

Y otra excepción que el propio autor señala en que la sentencia crea también derecho, lo es la jurisprudencia, en aquellos países en que la misma es obligatoria. Los casos concretos que se presentan se resuelven por su aplicación, de la misma manera que si se tratase de la aplicación de una norma objetiva creada por el legislador (Obra que se acaba de citar, Págs. 199-201; artículos 193 y 193 bis de la Ley de Amparo, y 6º. transitorio de la propia Ley). De donde resulta que la sentencia sólo por excepción, no como regla, según

pretende la teoría normativa, contribuye a la creación del derecho. Luego, como antes se decía, es falsa la tesis de que se trata.

6. TEORÍA DE LA ESCUELA DEL DERECHO LIBRE.—Sostiene que, si bien la sentencia no es la norma jurídica, sin embargo, en los casos de lagunas legales, debe concederse al juzgador la facultad de hacer la norma jurídica eficaz sólo para el caso concreto.

Se replica a la tesis que, cuando se trata de la aplicación, en los casos de lagunas de la ley, de principios jurídicos abstractos que llenen dichas lagunas —postulado abstracto que sirve de premisa mayor al silogismo—, como realmente se trata de principios que cambian su validez para cada caso, ha de admitirse que, más que de norma de derecho, se trata de la aplicación del arbitrio judicial e incluso de la interpretación, por medio de ese arbitrio, de las normas legales.

7. TEORÍA MATERIALISTA.—Fué sostenida por Wach, Kohler, Schmidt, Neuner y muy especialmente por Pangenstecher, y refutada por autores como Heim, Lent, Goldschmidt y Rosenberg (véase la citada Obra de Tullio Liebman, Pág. 60, nota (11)).

Esta teoría observa la cosa juzgada desde un punto de vista material. Afirma que tiene un contenido material, y que la resolución trasciende fuera del campo procesal, para insertarse en la relación jurídica privada. La cosa juzgada se expresa con la fórmula: "res iudicata ius facit inter partes". Niega la teoría que la sentencia sea norma, según lo afirmara, como se ha visto, la teoría de la "lex specialis", para sostener, por su parte, que es *negocio jurídico*, por cuanto que no es verdad que produzca derecho objetivo, sino derecho subjetivo.

Tiene, sin embargo, de común esta teoría materialista con la normativa, que ambas admiten que la sentencia produce derecho material con efectos fuera del proceso.

En la teoría material, el juez se halla sometido a la sentencia, de la misma manera que se encuentra sometido al derecho positivo. Está sometido a la sentencia, a la que considera como un hecho jurídico material, no procesal. La relación jurídico material declarada en la sentencia, recibe el influjo de ésta. Se trata de un elemento esencial, característico, que en ningún autor falta y, como también lo enseña la teoría procesalista, admite que el juez futuro queda sometido a la autoridad de la cosa juzgada. Que el derecho material recibe influjo innegable de la sentencia, afirma la teoría materialista, se constata con la existencia de sentencias injustas que ponen de relieve ese hecho, puesto que operan un cambio en el aludido derecho: son constitutivas; en el concepto de que aún en estas sentencias, en las constitutivas, es la declaración el objeto de la cosa juzgada. Las sentencias constitutivas tienen, en efecto, dos elementos y efectos: el efecto propiamente constitutivo o modificativo, y el efecto declarativo que es requisito del constitutivo. Pero si a la declaración de certeza se limita el objeto de la cosa juzgada, ¿cómo es que dicha declaración llega a ser inatacable?

Pangenstecher, dice que la sentencia se puede volver inatacable por dos caminos: uno por el que, sin necesidad de mandato especial, la sentencia adquiere la autoridad de la cosa juzgada, y por el otro camino, en cambio, se hace necesaria la existencia de un decreto para alcanzar el propio resultado.

La primera de las soluciones apuntadas en el párrafo que precede, es la que acepta Degenkolb, para quien el fundamento de la cosa juzgada reside en la *declaración misma*. En el caso de sentencia injusta, su declaración vale como constitutiva y es inatacable sólo porque la declaración judicial no puede ser falsa. Considera que la demostración de la declaración, es al propio tiempo la comprobación de su verdad. Partiendo del concepto de la "declaración auténtica"

tica", sostiene que la sentencia vale sólo en razón de dicha declaración, no de su verdad. Esta deriva de aquélla.

Pangenstecher, acepta la solución referida en segundo término. La sentencia vale en todo tiempo y para todo lugar, por virtud de un decreto o mandato que así lo ordena. Aunque admite que la sentencia contiene la declaración del derecho subjetivo, niega que la declaración por sí misma valga. La sentencia por sí misma no es constitutiva. Es el legislador quien, por otro medio, da eficacia a la declaración. Entonces la fuerza de la sentencia deriva de ese "algo" (derivado del mandato del legislador), que no es la declaración misma. Es ese algo que la sentencia produce, no la declaración, lo que le da certidumbre. Es ese algo querido, determinativo, constante y esencial, lo que produce la autoridad de la cosa juzgada. Sostiene que toda sentencia tiene fuerza constitutiva —si bien no es constitutiva por sí misma—, porque no sólo declara la relación jurídica en el caso concreto, sino que dispone que las partes se conduzcan como si la relación declarada existiera efectivamente; razones que igualmente obligan al juez —no sólo a las partes—, a considerar que efectivamente la sentencia regula la relación tal como es, esto es, sin permitirle dudar de su legitimidad. De donde resulta que la sentencia nunca puede ser contraria a derecho: no existen sentencias erróneas. Y como no puede existir contradicción entre lo resuelto por la sentencia y la situación jurídica substancial, entonces el juez está obligado al fallo precedente, *el cual* —según la teoría material—, *puede producir, modificar o extinguir una relación jurídica, esto es, crea derecho subjetivo*.

La autoridad de la cosa juzgada, según Pengenstecher, es semejante al resultado de incontrovertibilidad de un contrato de transacción puramente declarativo de los derechos de cada parte contratante; contrato en el cual, conservándose la situación jurídica anterior, por cuanto que se reconoce en la transacción dicha situación, produce, sin embargo, una situación jurídica diversa, en tanto que aquélla es distinta de la que de la declaración resulta.

Puede verse que, en realidad, no puede hablarse de declaración ahí donde los efectos constitutivos no derivan de ella, sino del acuerdo de voluntades de los que transigen. Pasa que se da el nombre de declaración a cosa diferente: al acuerdo de voluntades de los contratantes que, por la transacción, modifican o constituyen derechos. Quiere decir que se confunde con la realidad, a lo que no es sino apariencia. No se llega a la esencia de la cosa juzgada admitiendo el efecto constitutivo de la sentencia (piénsese particularmente en el caso de la sentencia injusta), puesto que además de que el caso futuro igual puede ser resuelto de manera diferente, debe tenerse en consideración que el efecto constitutivo de la sentencia deriva de la necesidad de la seguridad jurídica, de la necesidad de incontrovertibilidad y de su certeza. De donde resulta que dicho efecto constitutivo es explicado por la cosa juzgada, en lugar de servir para explicarla (Autoridad de la Cosa Juzgada de Migliore, Págs. 44-47).

Se critica a la tesis materialista haciendo notar que el fin del proceso no es crear derecho subjetivo, sino tutelarlo. No es verdad —se dice—, que la sentencia tenga naturaleza negocial, pues que es la voluntad particular, privada —que no se halla en la sentencia—, el elemento esencial para la producción del negocio jurídico; porque si bien es cierto que la sentencia produce efectos que vinculan y obligan a las partes, tales efectos no hacen de ella un negocio jurídico.

Por otra parte, si la cosa juzgada deriva de sólo la declaración y con ésta crea el derecho subjetivo, resulta entonces que debía tener valor para todos, y la verdad es que sólo surte efecto inter-partes.

Además, tampoco enumera la ley a la sentencia como una de las causas capaces de crear, modificar o extinguir una relación jurídica; aparte de que, en el proceso, el vencedor, verbigracia, recibe la propiedad discutida exclusivamente con relación al vencido, lo cual no se reconcilia con el derecho civil en el que, de acuerdo con

la figura de la propiedad, el que tiene el carácter del propietario lo tiene frente a todos. Característica que no se presenta en la propiedad reconocida en la sentencia con autoridad de cosa juzgada, que, como se ha indicado, sólo tiene valor para las partes, puesto que puede venir un tercero mediante tercería excluyente a demostrar que es él el verdadero propietario y no ninguna de las partes del principal; pero nuevamente sin perjuicio de todos los que no han litigado. Se sigue, pues, de todo lo expresado, que la tesis materialista se opone al pensamiento fundamental del sistema tradicional de que el ordenamiento jurídico vale respecto de todos (Obra citada de Gómez Orbaneja, Págs. 69-83).

Refiriéndose Tullio Liebman, a esta teoría, expresa: "... el proceso no produce y no crea derecho, no constituye y no modifica las relaciones jurídicas substanciales de las partes, sino que sólo declara la certeza de ellas, y las actúa; y la eventual modificación que se produce, en caso de error del juez, sobre la situación preexistente, no es querida ni considerada tal por el derecho, ni puede servir para definir la esencia de un instituto jurídico...".

"... la cuestión ha sido mal planteada... En efecto, el problema de saber si la declaración de certeza contenida en una sentencia (sólo acerca de esto se discute) tiene una eficacia modificativa y no meramente declarativa, de las relaciones jurídicas sustanciales, no tiene propiamente nada que ver con la cosa juzgada, constituyendo, en cambio, una cuestión mucho más general, la de la posición y la destinación del proceso en su función esencial y constante frente a la ley en el ordenamiento jurídico. De la respuesta que se dé a esta cuestión, será fácil determinar la naturaleza de los efectos de la sentencia; sobre ellos, pues, cualesquiera que sean, operará la cosa juzgada para hacerlos inmutables. Pero la cosa juzgada, por sí, no es ni "procesal" ni "material". (Eficacia y Autoridad de la Sentencia, Págs. 60-62).

8. TEORÍA "PROCESALISTA".—Fué fundada por Stein y Hellwig y sostenida, entre otros, por Schwartz, Rosenberg, Neuner, Lent, Heim, Goldschmidt y Botiticher. Actualmente esta teoría domina en Alemania.

Como la teoría material, sostiene que el fin último de la cosa juzgada, es evitar sentencias contradictorias sobre el mismo objeto y entre las mismas personas; pero, ¿cómo se logra? Sometiéndose tanto el juez, como las partes, a la primera sentencia.

La autoridad de la cosa juzgada se reduce, en substancia, según Hellwig, a la declaración de certeza que todas las sentencias contienen; declaración de certeza obligatoria e indiscutible que es el efecto principal y característico —según esta teoría—, de las sentencias y con la cual se identifica la cosa juzgada.

Afirma Hellwig, que inclusive las sentencias constitutivas y de condena, contienen igualmente una declaración de certeza, que consiste en la declaración de certeza del derecho a la creación o modificación (sentencias constitutivas) y en la declaración de certeza del derecho a la prestación (sentencias de condena). La cosa juzgada, según este autor, es la fuerza vinculante de la declaración de certeza. El término "cosa juzgada", por tanto, debía substituirse por el de "declaración de certeza", que es el efecto constante de toda sentencia, al cual pueden acompañar los efectos constitutivo y ejecutivo de la sentencia de condena. Se trata de una dirección que toda la doctrina procesalista sigue (Autoridad de la Cosa Juzgada, de Pablo Migliore, Ed. Argentina de 1945, Págs. 47-49).

Hellwig y todos los de su Escuela, admiten que la declaración de certeza sólo alcanza a las partes contendientes, no a los terceros; pero aceptan, en cambio, que el eventual efecto constitutivo de la sentencia, se produce *erga omnes*.

La teoría procesal, como la materialista, afirma que la sentencia produce efectos en la situación jurídica extraprocesal, esto es, en la situación jurídica material; pero sostiene que el sometimiento del juez a la primera sentencia, tiene un carácter estrictamente procesal. El efecto extraprocesal de la sentencia se produce hasta que ha alcanzado la autoridad de la cosa juzgada.

Por virtud de un mandato público, de carácter procesal —dicen Stein y Hellwig—, mandato que para nada toca la esfera jurídica material, el juez está obligado a someterse a la declaración de certeza de la primera sentencia y debe decidir sobre la misma cosa de la misma manera; sometimiento y deber del juez que constituyen la esencia de la cosa juzgada.

A la teoría procesal nada importa la diferencia entre la sentencia justa y la que es injusta, esto es, no le interesa la contradicción eventual de la sentencia con la verdad jurídica. La situación real desconocida para la sentencia —la de todos aquellos casos a los que la resolución no alcanza—, se mantiene subsistente, como sucede, verbiplacita, con los terceros, respecto de los cuales la verdad subsiste sobre la declarada en la sentencia.

Schwartz, dice que "es un principio de derecho público que la misma cosa sea decidida sólo una vez. La prohibición de volver a sentenciar sobre cosas ya decididas es firme, es el fenómeno medular de lo que llamamos cosa juzgada . . ." (tomado de la Obra de Gómez Orbaneja).

Stein niega que exista la prohibición a que alude Schwartz y más aún, afirma que la misma nada tiene que ver con la cosa juzgada. Se trata de una idea —dice—, que es residuo de la consunción del derecho romano. Debe recordarse que el principio de consunción excluye la posibilidad de un nuevo juicio sobre lo mismo ya resuelto en otro anterior, para lograr así, en forma mediata, certidumbre jurídica. En el derecho romano, según se recordará, tanto la *litis contestatio*, como la sentencia, tenían fuerza consuntiva. La consunción procesal, por la *litis contestatio*, se podía hacer valer

por la "exceptio rei in iudicium deductae" (hoy litispendencia). Pero la excepción de cosa juzgada producía asimismo certidumbre jurídica, dando a la sentencia fuerza obligatoria y vinculatoria para lo futuro. La consunción, en Roma, ya se vió que, como fenómeno referido a la sentencia, era un producto no exclusivamente de la *litis contestatio* o de la sentencia, sino del todo procesal. Pues bien, sostiene Stein que no es volver a fallar lo prohibido, sino fallar de otro modo.

Aunque Rosenberg se adhiere a la tesis de Stein y Hellwig, sin embargo piensa, con Schwartz, que fundamentalmente la cosa juzgada excluye todo nuevo proceso sobre lo ya resuelto, puesto que lo ya sentenciado no soporta nueva decisión, de tal manera que si se planteara nuevamente el mismo caso, el juez debe resolver, con base en la cosa juzgada, sin entrar al fondo mismo del asunto. Para él es la cosa juzgada un requisito procesal que el juez debe examinar del mismo modo que se ocupa de cualquier otro requisito procesal. Piensa que carece de interés jurídico todo aquel que nuevamente pide la misma declaración que en otro proceso ya solicitó y obtuvo. Se excluye el segundo proceso como consecuencia de la cosa juzgada, porque, de lo contrario, se trataría de una reproducción del primer procedimiento.

Y Neuner afirma que, aunque exista en el actor un especial interés en obrar, de todos modos no debe hacerlo, esto es, promover el mismo juicio ya decidido, porque *falta un presupuesto procesal*, de la misma manera que sucedería, verbigracia, con el presupuesto de incompetencia del juzgador (véase *La Cosa Juzgada*, de Gómez Orbaneja, Págs. 85-95, y *La Eficacia y Autoridad de la Sentencia*, de Enrico Tullio Liebman, Págs. 31-60).

Critica Tullio Liebman, la tesis expuesta con antelación, diciendo que confundir la cosa juzgada con la declaración de certeza, es confundir el efecto —la declaración—, con la cualidad del efecto, situando a cosas heterogéneas de distinta calidad, en un mismo plano. El efecto declarativo podrá contraponerse con el constitutivo;

pero no con la cosa juzgada que puede derivarse de uno y otro. Hace notar que es fácil imaginar una declaración desprovista de la autoridad de la cosa juzgada. La declaración de certeza saca su fuerza obligatoria o su eficacia jurídica de la naturaleza autoritaria (es la voluntad imperativa del Estado) del acto que le da vida, lo mismo que sucede con las sentencias constitutivas y de condena. De donde resulta que deben distinguirse los efectos de la sentencia, según sea su naturaleza una simple declaración de certeza, constitutiva o de condena, de la cualidad de más o menos inmutabilidad e incontestabilidad con que dichos efectos se manifiestan; pensamiento que Tullio Liembán, precisa de esta manera: "En verdad, todos los posibles efectos de una sentencia (declarativo, constitutivo, ejecutivo), pueden concebirse de un mismo modo, al menos en vía puramente hipotética, como producidos independientemente de la autoridad de la cosa juzgada, sin que por esto desaparezca su esencia o su naturaleza específica. La cosa juzgada es una cosa más que se añade para aumentar su estabilidad, y que tiene valor en cuanto a todos los posibles efectos de la sentencia".

Si se identifica la cosa juzgada con la declaración de certeza, entendiéndola como un efecto de la sentencia, distinto de los efectos constitutivo o de condena, resulta que estos últimos efectos quedan desprovistos de la autoridad del fallo, contrariando la inmutabilidad de que la ley ha querido proveer a toda sentencia. La verdad es que la sentencia adquiere la autoridad de la cosa juzgada para todo su contenido y para todos sus efectos, no sólo para la declaración de certeza.

No se compadece que, para Hellwig, el efecto de declaración de certeza, en tanto que lo identifica con la cosa juzgada, produzca sólo efectos inter partes y que en cambio extienda a los terceros los efectos constitutivos de la misma sentencia; porque resulta contradictorio someter a los terceros sólo respecto de una parte de los efectos de la sentencia —en su parte constitutiva— y no respecto

de todos los efectos de la misma: declarativos y constitutivos; sin contar con el hecho de que igualmente resulta contradictoria la idea de una declaración de certeza con efectos constitutivos, puesto que la sentencia en tanto debe considerarse declarativa, en cuanto que simplemente fija las relaciones jurídicas tal como ellas son antes de la declaración, y no en cuanto que las modifica.

Por consiguiente, es un error definir la cosa juzgada como un efecto de la sentencia e identificarla con el efecto de declaración de certeza, contraponiéndola a los otros posibles efectos de la misma (constitutivos o ejecutivos).

La cosa juzgada corresponde a la expresión de la concreta voluntad del derecho que se manifiesta en los resolutivos de la sentencia, así sea su contenido una mera declaración de certeza o una creación o modificación de la situación jurídica material o la afirmación del derecho de prestación.

La ley concede efectos a la sentencia antes de alcanzar la autoridad de cosa juzgada. Los efectos de declaración de certeza, constitutivos y ejecutivos, pueden producirse antes de que la sentencia alcance la autoridad de la cosa juzgada; porque de otro modo no se entendería que produciéndose desde antes el efecto ejecutivo —lo cual nadie puede negar tratándose de la apelable en sólo el efecto devolutivo—, que es el más importante y grave, en cambio, no se produjeran igualmente todos los otros efectos. Además, Liebman hace notar que la jurisprudencia misma ha reconocido la eficacia de declaración de certeza, desde antes de llegar a alcanzar la cosa juzgada. De otro modo no sería posible imaginar los efectos de la sentencia, con independencia de la cosa juzgada.

En suma, debe aceptarse la opinión de Tullio Liebman, de que la eficacia jurídica de la sentencia, debe distinguirse de la autoridad de la cosa juzgada, aceptando la distinción de Cornelutti, entre imperatividad e inmutabilidad de la sentencia, puesto que ésta es imperativa y puede realizar todos sus efectos, antes de la cosa juzgada.

No es, pues, la cosa juzgada, un efecto de la sentencia, sino algo que se añade a sus efectos, una cualidad de sus efectos que los vuelve inimpugnables e inmutables.

Entonces, al decir Hellwig que la cosa juzgada es el efecto específico de la sentencia —la declaración de certeza que identifica con aquélla—, confunde su efecto normal, la propia declaración, con la definitividad e inimpugnabilidad. La declaración de certeza es, por su propia naturaleza, siempre la misma cosa, sea o no sea inmutable la sentencia, y tiene valor para todas las personas —vale erga omnes, inclusive para los jueces—, por cuanto que dimana de un acto de voluntad soberana (de la voluntad del Estado). Pero para evitar fallos contradictorios, la ley dispone que los efectos de la sentencia, cualesquiera que ellos sean, se vuelvan irrevocables: mas se trata de algo que se agrega a dichos efectos, una cualidad, la inmutabilidad, que ellos adquieran.

Por consiguiente, tratándose de una cualidad constante —una vez adquirida— de la sentencia, la misma se manifiesta no sólo en el propio proceso, sino también para todo proceso futuro, resultando así injustificada la afirmación común de que la cosa juzgada tenga sólo valor en un futuro proceso civil y no en todas las variadas circunstancias o contingencias que puedan presentarse. Llegado el momento, por virtud de la preclusión, la certeza e incontestabilidad de la sentencia se produce directamente, no como consecuencia de que el juez no pueda fallar de modo diferente. Por el contrario, el juez no puede fallar de otro modo, precisamente por haber alcanzado la sentencia, en forma directa, inmutabilidad.

9. TEORÍA DE BINDER.—Combina, Binder, los elementos de la teoría material con los de la procesal, como resultado de su especial concepción de las relaciones entre proceso y derecho.

Afirma que no existe el dualismo proceso-derecho, esto es, que no lo hay entre el derecho y la tutela del derecho. Al derecho pri-

vado se oponía, en el expresado dualismo, un ordenamiento de tutela de ese derecho para su propia conservación. Secundariamente intervenía la tutela, sólo en el caso de que fallara el funcionamiento normal del derecho privado, siguiéndose que la acción es lo posterior, puesto que sólo cuando el derecho es desconocido, acciona su titular y el Estado tiene el deber de protegerlo. Puede expresarse que el aludido dualismo es un concepto que se halla profundamente arraigado en la actualidad.

Los romanos, en cambio, procedieron a la inversa, por cuanto que para ellos la acción es lo primero y el derecho lo posterior. La acción es, en Roma, el elemento productor; en tanto que el derecho es el producto. Lo que quiere decir que, en ellos, la acción viene a ocupar el lugar que, en la actualidad, ocupa el derecho. En efecto, se decía entonces al sujeto: tienes tal acción. No se le decía, como hoy acontece: tienes tal derecho. El ordenamiento jurídico no es, en los romanos, ordenamiento de los derechos. Es ordenamiento de las acciones que sus titulares pueden ejercitar. Estas no son derivadas de los derechos, sino originales y autónomas.

Como se apuntaba con antelación, Binder acepta la identidad del derecho con la tutela jurídica, puesto que sostiene que derecho y tutela no son ordenaciones diferentes, sino la misma cosa contemplada desde ángulos distintos. El derecho es fuerza, dado que lleva la sanción para su cumplimiento en caso de inobservancia voluntaria. El Estado debe responder de ese cumplimiento, toda vez que la fuerza del derecho consiste precisamente en que puede realizarse coactivamente por medio del Estado. La pretensión del actor que ejercita contra el demandado, coincide con la facultad de aquél de reclamar del Estado la tutela. El derecho privado contiene su propia tutela, sin la cual no sería realmente derecho. De donde resulta que la tutela no existe al lado del derecho procesal como cosa diferente del derecho subjetivo. No existe ningún derecho de acción abstracto ni concreto, ni aparte ni junto al derecho subjetivo; porque el derecho material, con el procesal, integran una misma cosa, una misma ordenación jurí-

dica. No existiendo la señalada dualidad, el problema desaparece y cesa la razón de la infundada disputa entre la teoría procesalista y la materialista. Y en tanto que es uno mismo el ordenamiento jurídico, no puede existir una sentencia procesalmente válida que sea substancialmente injusta, puesto que la injusticia sólo es posible en el dualismo entre el derecho substantivo y el procesal. De donde se deriva que, toda sentencia obtenida válidamente desde el punto de vista procesal, necesariamente lo es desde el punto de vista del derecho. Existe siempre conformidad entre la sentencia y el derecho. Sólo es posible evitar la contradicción en la esfera jurídica, si se admite que la situación jurídica material coincide con la sentencia.

Es verdad que la sentencia es fuente de obligaciones; pero eso no quita la identidad que existe entre ella y la relación jurídica material. Resulta entonces inexacto que la sentencia injusta que absuelve al demandado, destruya la acción ejercitada por el actor existente por sí misma. Lo cierto es que, de acuerdo con la unidad o concordancia existente entre la sentencia y el derecho substantivo, si se absuelve al demandado, es en virtud de que no existe la acción. Entre ésta y la sentencia y el derecho material, hay identidad. Luego no puede existir discrepancia entre sentencia y derecho.

En la teoría material si existe, en cambio, el dualismo que en la tesis de Binder desaparece; dualismo por virtud del cual se encierra a la cosa juzgada, dando a la sentencia el efecto negocial de que se hizo referencia, la exigencia de excluir toda incertidumbre entre la propia sentencia y el derecho material. De donde resulta que, aunque por caminos diferentes, una y otra teoría excluyen toda divergencia entre la sentencia y el derecho material.

Para Binder, la sentencia tiene un efecto procesal —no negocial— y es ella un instituto del proceso. De manera que su discutibilidad o indiscutibilidad quedan encerradas exclusivamente en el campo del proceso. Pero al lado de que existe la prohibición procesal de volver a litigar el mismo negocio, existe, al mismo tiempo, el

mandato de que se considere al contenido de la sentencia como derecho; mandato dirigido no sólo a las partes y al juez, sino a todos.

Es así como reconcilia Binder, las dos teorías opuestas: la procesal y la material. Para él, la sentencia no tiene solamente la función procesal a que pretende limitarla la teoría procesalista, sino la función procesal-material que le corresponde en virtud de su propia naturaleza y de la del proceso (resumen de la teoría tomado de la Obra de Gómez Orbaneja).

10. LA DOCTRINA ITALIANA.—De esta doctrina se expondrán brevemente, siguiendo de manera principal a Tullio Liebman (Eficacia y Autoridad de la Sentencia), las opiniones de Ugo Rocco, Chiovenda, Alfredo Rocco, Redenti y Betti, Carnelutti y la propia de Enrico Tullio Liebman, que, a mi juicio, es la más convincente.

a). *Opinión de Ugo Rocco.*—Para exponer este autor la naturaleza jurídica de la cosa juzgada, estudia primero el derecho de acción. Afirma que en la acción se observa un elemento substancial y un elemento formal.

El elemento substancial del derecho de acción, es el interés jurídico de las personas que se dirigen a obtener la intervención del Estado para que declare y haga efectivos, por la fuerza, los intereses protegidos por el derecho objetivo que no se satisfacen, bien por causa de incertidumbre o bien por violación. Este interés nace con la transformación de la defensa privada, de la justicia por propia mano, en jurisdicción como función del Estado. Es un interés distinto y autónomo, secundario, inmutable, abstracto y general, que no puede confundirse con los intereses que forman la esencia de los derechos subjetivos, a los cuales es irreductible.

El elemento formal, es la potestad del particular que, mediante su ejercicio, le permite obtener la intervención también del Estado para que declare y realice coercitivamente los intereses sancionados

por el derecho objetivo. El particular tiene el derecho a la prestación de la jurisdicción del Estado, y éste tiene el deber de cumplir con su función jurisdiccional, decidiendo los casos particulares que se le someten; derecho y deber que se extinguen en forma natural por su ejercicio. De donde resulta que el derecho de acción se extingue con el cumplimiento de la actividad jurisdiccional por parte del Estado, esto es, con la sentencia que adquiere la autoridad de la cosa juzgada; sentencia que precisamente fija el momento en que dicha jurisdicción se cumple.

Expresa Ugo Rocco, que la eficacia de la autoridad de la cosa juzgada, es doble; porque al mismo tiempo que el particular queda obligado a no pretender nuevamente la jurisdicción del Estado y éste tiene el derecho subjetivo de no volverla a prestar; al propio tiempo, se repite, el Estado queda obligado a no volver a prestar la misma jurisdicción, y el particular tiene el derecho de no volverse a someter a ella. Se trata de los efectos procesales de la autoridad de la cosa juzgada.

Manifiesta textualmente el autor: "La función que la sentencia final de fondo (inatacable) ejerce sobre las relaciones jurídicas procesales, puede sacarse del concepto de la sentencia final de fondo inimpugnable, en cuanto momento procesal del cumplimiento de la prestación jurisdiccional. Tal función es doble: extingue el derecho de acción y de contradicción en el juicio, e impide que el derecho mismo, precisamente por haberse extinguido, pueda revivir y, por lo mismo, ejercitarse de nuevo (*ne bis in idem*). —La sentencia final de fondo e irrecusable marca necesariamente el punto en que el Estado ha agotado su función (*functus officio*) y queda, por ende, liberado de la obligación de la jurisdicción civil. Y en esta función extintiva de la acción y del proceso civil por obra de la sentencia final de fondo e inatacable, encuentra su fundamento jurídico y su justificación el instituto de la cosa juzgada, que representa justamente el momento extintivo de la acción civil, el fin natural de ella, después de que ha desenvuelto y consumado, a través del pro-

ceso, el curso de su vida..." (Derecho Procesal Civil, de Ugo Rocco, traducción de Felipe de J. Tena, Pág. 320).

Es insuficiente la teoría de Ugo Rocco, porque no es exacto que se extinga con la sentencia que ha alcanzado la autoridad de la cosa juzgada, únicamente la acción que ha sido ejercitada, sino que lo cierto es que, algunas veces con el ejercicio de la acción, se extinguén igualmente otras acciones que no se hicieron valer —luego no es verdad que la acción se extinga solamente mediante su ejercicio—, como sucede cuando existen varias acciones contra una misma persona, respecto de una misma cosa y que provienen de una misma causa, en que, como es sabido, deben intentarse unidas en la misma demanda, porque, de no hacerse así, el ejercicio de una sola de ellas o el de varias, extingue a todas las otras, a pesar de que éstas ni desenvolvieron ni consumaron en el proceso —son acciones no ejercitadas que se extinguén— el curso de su vida. Es un caso en que la jurisdicción se agota respecto de tales acciones, no obstante que, con relación a las mismas, nunca ha sido prestada por el Estado (artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles).

Además de lo que se acaba de expresar, la insuficiencia de la teoría de Ugo Rocco, así como la de las demás expuestas, se desprende del contenido mismo de la tesis de Tullio Liebman, en la cual más adelante se insistirá. Pero especialmente critica este autor la definición de cosa juzgada formulada por Rocco, diciendo: "de la falta de supervivencia, en la sentencia moderna, de la fuerza creativa del derecho, propia del iudicatum del proceso romano clásico, deriva la insuficiencia de la definición de la cosa juzgada como causa de extinción del derecho de acción. La autoridad de la cosa juzgada no impide solamente la nueva proposición de la acción, sino también cualquier juicio diferente sobre la misma relación, aún cuando se deduzca en un nuevo proceso en vía meramente pre-judicial". (Obra citada, Pág. 67; véase la crítica de Migliore a esta teoría, Autoridad de la Cosa Juzgada, Págs. 52-67).

b). *Opinión de Chiovenda.*—Cosa juzgada en sentido subs-

tancial es, según Chiovenda, "la indiscutibilidad de la esencia de la voluntad concreta de la ley afirmada en la sentencia". (Definición tomada de su Derecho Procesal Civil, tomo II, Pág. 78; véase también "Acerca de la Cosa Juzgada", de José Chiovenda, traducción de D. Alberto Vázquez del Mercado, Revista "Jus", tomo XV, n. 87, Págs. 323-334).

Refiriéndose Tullio Liebman, a esta definición, dice que la misma se debilita cuando su autor afirma que el transcurso de los términos de impugnación convierte a la sentencia en definitiva, derivándose que "*la declaración de la voluntad de ley que la misma contiene llegue a ser indiscutible y obligatoria para el juez en cualquier futuro juicio*" (transcripción tomada de la Obra de Liebman, Pág. 65).

Sostiene, con razón, la doctrina que seguimos, que la fórmula de Chiovenda *limita la cosa juzgada a la declaración de certeza* que en la sentencia se contiene, y que se identifica, además, a la cosa juzgada, con la indiscutibilidad y obligatoriedad de la misma declaración, siendo que la obligatoriedad, que es efecto de la sentencia, lo es de todo el pronunciamiento, no sólo de la declaración; obligatoriedad que se produce independientemente de la indiscutibilidad de la cosa juzgada.

Señala Liebman, que posteriormente definió Chiovenda la cosa juzgada, como "*la afirmación indiscutible y obligatoria para los jueces de todos los futuros juicios, de una voluntad concreta de ley, que reconoce o desconoce un bien de la vida a una de las partes*". (Definición que el citado autor dice haber tomado de Istituzioni, tomo I, Pág. 341).

El propio Liebman, indica que la definición que se acaba de transcribir comprende, integrando la cosa juzgada, elementos heterogéneos que, en realidad, no se conjugan entre sí para constituirla, puesto que, de acuerdo con dicha definición, forman parte de ella: la afirmación de una voluntad de ley que constituye el

contenido de la sentencia y que no es verdad sea parte de la cosa juzgada; la obligatoriedad de la sentencia que es el efecto de ésta o uno de sus efectos y que tampoco constituye parte de la cosa juzgada, y la indiscutibilidad o inmutabilidad del fallo, que es cualidad del efecto aludido.

Por considerar muy interesante la aguda crítica de Tullio Liebman, a la teoría de Chiovenda, a continuación se transcriben los siguientes párrafos de su Obra:

"Es, evidentemente, cierto que contra esta dirección mental (contra la opinión de Carnelutti, de que "la inmutabilidad de la decisión responde, no ya a su carácter imperativo, sino a su función declarativa"), ha reaccionado vigorosamente Chiovenda, pero desde el momento en que también él contempla en la cosa juzgada el efecto de la sentencia, y éste a su vez consiste en la afirmación de una voluntad concreta de ley, esto es, en la producción de certeza en torno a su existencia, igualmente su definición termina por llevar, de una manera necesaria, la cosa juzgada a la declaración de certeza realizada por el juez (cita la obra de Chiovenda, *Istituzioni*, Núm. 15, y especialmente la Pág. 341). De esta manera, también el autor que, más que ningún otro, ha tratado de desligar la cosa juzgada de sus vínculos con la resolución de las cuestiones lógicas del proceso para conducirla al elemento imperativo, al acto de voluntad contenido en la sentencia, no puede ver en la cosa juzgada sino una producción de certeza indiscutible.

"Por muy diversas que sean, pues, las fórmulas destinadas a explicar este misterioso instituto de la cosa juzgada, todas la hacen equivaler, en último análisis, a la creación de una irrevocable declaración de certeza". (Págs. 32-33).

c). *Referencia a las opiniones de Alfredo Rocco, Redenti y Betti.*—Hace ver Enrico Tullio Liebman, que el primero habla de la "eficacia obligatoria de la sentencia con respecto a otro proceso"; que se refiere el segundo, a un vínculo de los órganos

jurisdiccionales a considerar como verdadera la regulación de la relación resultante del fallo, y que finalmente el tercero alude a la "fuerza vinculante" y al "valor normativo" para el juez de la sentencia, respecto del proceso futuro sobre el mismo objeto, por cuanto que este autor define la cosa juzgada como "la fuerza vinculante que la providencia jurisdiccional ejerce en cuanto decide irrevocablemente acerca de la existencia de la razón hecha valer en juicio. La misma consiste en el valor normativo que tal decisión asume como regla ya indiscutible para las partes en las relaciones entre ellas y como criterio obligatorio para el juez en cualquier juicio futuro sobre el mismo objeto". (Definición de Betti tomada de la nota (21) que se halla al pie de la Pág. 66 de la Obra de Tullio Liebman).

Comentando las aludidas opiniones, nuestro autor dice: "todas estas definiciones denuncian, en una misma falta de claridad, la acumulación de dos elementos heterogéneos confundidos y mezclados en un concepto único; de manera que la intuición de la verdad no consigue abrirse camino a causa de la tradición inveterada que no permite distinguir las dos cosas bien diversas que son la eficacia y la autoridad de la sentencia". (Eficacia y Autoridad de la Cosa Juzgada, Págs. 66-67).

d). *Opinión de Cornelutti.*—Para este autor, el proceso tiene la función de crear derecho, con el mandato concreto de la sentencia, al que considera "lex specialis".

Con relación a lo que se acaba de expresar, dice Cornelutti: "Hay casos en que el conflicto de intereses se halla ya compuesto por una norma material, pero la composición no puede efectuarse por obra del disentimiento de las partes; por el contrario, median casos en que el conflicto no está previsto por una norma material, sino por una norma instrumental, que atribuye al juez el poder de componerlo mediante un mandato concreto... en nuestro ordenamiento jurídico la primera de esas hipótesis representa la regla y

la segunda, la excepción. Ahora bien: según que se produzca una u otra, el proceso servirá a dos fines distintos: *el acertamiento ("acertamento") de un estado jurídico ya existente o bien la constitución de un estado jurídico que todavía no existe...* Conforme a este criterio, el proceso se diferencia en declarativo y dispositivo...

"Cuando por no existir una norma material, una norma instrumental, consienta al juez el poder de componer un conflicto de intereses, la finalidad a que sirve el proceso es muy diferente: entonces no se acierta ("acerta") un estado jurídico preexistente, sino que se forma *ex novo un mandato concreto para la composición de un conflicto que no está directamente regulado por el derecho. Aquí, por tanto, el juez no declara, sino que crea derecho...* A esta segunda forma se le suele denominar proceso constitutivo, pero yo prefiero llamarla proceso dispositivo..." (Sistema, Ed. Argentina, UTEHA, en español, Págs. 157-158, del tomo I).

Con relación al mismo tema, más adelante de su Obra, señala más concretamente: "Si se presume que la ley regula el caso particular como lo haya decidido el juez, entonces la eficacia de la decisión es tan intensa como la de la ley. La decisión sería una *lex specialis...* Aspecto distinto de la misma cuestión, es el de saber si la decisión produce derecho... El valor creador de derecho de la sentencia dispositiva es indudable. Y otro tanto debiera decirse de la sentencia declarativa, que si no crea *ex novo*, integra el mandato, contribuyendo así a crear el derecho". (Págs. 323 y 326 del mismo tomo).

En otro aspecto, para este autor la imperatividad de la sentencia, equivale a la cosa juzgada substancial, cuando establece: "La imperatividad de la decisión se llama también cosa juzgada... La imperatividad de la decisión representa, precisamente, la cosa juzgada material..." (tomo citado, Págs. 323 y 324).

Igualmente sostiene Cornelutti, que la preclusión de las impugnaciones, constituye la cosa juzgada formal: "Sin embargo, como

la eficacia de la sentencia no es únicamente esta de ser imperativa, y también su otra especie de eficacia se llama así, es necesario distinguir, mediante un atributo, ambas especies de eficacia, o sea una y otra cosa juzgada. Esta distinción se consigue contraponiendo la cosa juzgada material de la cosa juzgada formal... La inmutabilidad de la sentencia se traduce en una prohibición al juez de volver a decidir el litigio ya decidido (*ne bis in idem*). Esta es, en realidad, una eficacia procesal de la decisión, que completa su eficacia material, y a ella, en antítesis con la cosa juzgada material, se le da el nombre de cosa juzgada formal... Esto quiere decir que la cosa juzgada formal es el efecto de la preclusión del derecho a provocar el cambio de la decisión, o sea de impugnarla. Y así como la cosa juzgada material se traduce en un efecto imperativo, la cosa juzgada formal se manifiesta en un efecto preclusivo... Por consiguiente, si el juzgamiento no se convierte en formal sino en un determinado momento del proceso, o sea cuando queda excluida la posibilidad del reexamen del litigio..." (Págs. 323, 324, 351 y 353 del mismo tomo).

Con razón, pero en contradicción con los resultados a que llega, admite también que la sentencia es eficaz e imperativa aun antes de ser inmutable: "Si, en fin, nuestro ordenamiento jurídico... consiente a la decisión la imperatividad pese a no haber alcanzado aún firmeza... Se verá, en efecto, que antes de alcanzar firmeza la decisión adquiere fuerza definitiva; ahora bien: si imperatividad y ejecutoriedad de la decisión son asimismo dos formas diversas de su eficacia..." (tomo citado de la Obra de Cornelutti, Pág. 333). "...la cosa juzgada material y la cosa juzgada formal no son dos fases sino dos fases de lo juzgado, de manera que la imperatividad se puede tener sin y antes de la inmutabilidad" (transcripción tomada en su Obra por Tullio Liebman, Pág. 68, de Funzioni, n. 15, de Cornelutti).

El material recogido del pensamiento de Cornelutti, es obvio

que proporciona elementos suficientes para formarse un juicio crítico del modo como el indicado autor entiende la cosa juzgada.

Es inexacto que la sentencia cree derecho ni aun en el caso de la sentencia que llama "dispositiva", esto es, del fallo que resuelve un conflicto que no está previsto por una norma material, puesto que, como se vió al hacer referencia al pensamiento de la Escuela del Derecho Libre, en los casos de lagunas de la ley, los mismos se deciden mediante la aplicación de los principios generales del derecho que el juzgador deriva, merced a su arbitrio judicial y de una labor de interpretación, de las normas legales. La sentencia no crea derecho, sino lo aplica. El juez interpreta las leyes que aplica, no las hace. Esta labor está reservada al legislador. De donde resulta, pues, falso que la decisión sea *lex specialis*.

Como es sabido, la eficacia natural y constante de la sentencia, consiste en su imperatividad, por cuanto que es acto emanado de la autoridad del Estado. La sentencia es imperativa aunque todavía se halle sujeta a posibles reformas. Lo que quiere decir que su imperatividad se produce independientemente de su inmutabilidad. Luego también este autor, al identificar la cosa juzgada sustancial con la imperatividad de la sentencia, identifica la eficacia de ésta con aquélla, no obstante que él acepta que la decisión es eficaz e imperativa aun antes de ser inmutable. De donde resulta, según se ha visto, que siendo la definitividad de todos los efectos de la sentencia, la cualidad que constituye la cosa juzgada, esa eficacia imperativa de que habla Cornelutti, mientras no se vuelva inmutable, no es verdad que sea cosa juzgada; porque de lo contrario, se atribuiría autoridad de cosa juzgada a la decisión, con antelación al momento real en que la alcanza.

Por otra parte, tampoco es cierto que la inmutabilidad, como simple preclusión de los medios de ataque contra la sentencia, constituya cosa juzgada; porque con ella sólo se protege formalmente a la sentencia, esto es, únicamente en el propio proceso ante el mismo juez o ante el juez de control.

La inmutabilidad o definitividad de la decisión, para que sea cosa juzgada, ha de entenderse no en el referido sentido formal de preclusión de los medios de impugnación, sino en el sentido substancial ya explicado de definitividad de todos los posibles efectos de la sentencia (declarativos, constitutivos o ejecutivos); definitividad que, según se recordará, es susceptible de manifestarse no sólo en el mismo proceso, sino en cualquiera otro y en las mil variadas contingencias que puedan presentarse; definitividad que evite, además, la pluralidad de procesos sobre el mismo objeto y entre las mismas personas, y no solamente la pluralidad de sentencias en el mismo proceso que se encarga de evitar la cosa juzgada formal.

Es verdad que Carnelutti, para definir la cosa juzgada, invierte los términos de las demás teorías examinadas, puesto que mientras que para éstas la autoridad de la cosa juzgada es la eficacia de la sentencia; en cambio, para aquél, la eficacia de la sentencia es la autoridad de la cosa juzgada; mas es claro que, a pesar de la aludida inversión de los términos, se trata de la formulación del mismo desacuerdo (*Eficacia y Autoridad de la Sentencia*, de Enrico Tullio Liebman).

11. OPINIÓN DEL MEXICANO JOSÉ BECERRA BAUTISTA.—Opina que no se puede volver a dictar sentencia sobre el mismo objeto y para las mismas personas, porque al actuarse por la autoridad jurisdiccional del Estado la norma en su expresión coercitiva, sancionadora, dicha autoridad agota su facultad de aplicar sanciones. Si la obligación del Estado consiste en aplicar una sanción cuando la ley no es observada, una vez aplicada la sanción definitivamente, esto es, cumplida la obligación, la misma se extingue y desaparece la facultad del Estado de imponer, para el mismo caso, otra sanción. Si con la sentencia firme el derecho objetivo se ha actuado —me-

diente la aplicación de la sanción—, desaparece la materia para que nuevamente se pretenda lo que ya se cumplió.

Como puede apreciarse, también en esta tesis se confunde la autoridad de la cosa juzgada, con la eficacia sancionadora y ejecutiva de la sentencia, y ya se vió ampliamente que la cosa juzgada no debe confundirse con ninguno de los efectos de la decisión (declarativos, constitutivos o de condena). Escapan, además, del concepto de cosa juzgada de Becerra, todas las sentencias simplemente declarativas en que no se acude al órgano jurisdiccional del Estado para que aplique sanciones, sino solamente para que defina el derecho dudoso de las partes.

Igualmente cabe la observación de que la sanción que el Estado ha de aplicar a la parte que ha incumplido el precepto jurídico, no se consuma en la cosa juzgada; sino con la ejecución de la sentencia. La obligación incumplida no se satisface con la imposición de la sanción en la sentencia que ha alcanzado definitividad, sino con su ejecución; pero aún habría que hacer notar que la realización de la sanción —ejecución de la decisión en que se aplica—, es efecto de la sentencia que no constituye cosa juzgada.

Y por último, como antes ya se expresó, existen acciones que se agotan, no por su propio ejercicio, sino por haberse intentado otra u otras provenientes de la misma causa, en contra de la misma persona y respecto del mismo objeto, esto es, existen casos en que, sin haberse cumplido la obligación del Estado de prestar la jurisdicción, se extingue, sin embargo, dicha obligación, dada la extinción de la acción, en este caso, sin su ejercicio (Art. 31 del Cód. de Proc. Civ. ya invocado).

12. TESIS QUE SE ACEPTA.—De lo que se ha expresado debe, pues, inferirse, que es necesario distinguir la eficacia de la sentencia, de su inmutabilidad.

La eficacia de la sentencia es el mandato que declara, consti-

tuye o que condena al cumplimiento de una relación jurídica. Pero el mandato puede ser modificado como consecuencia de la pluralidad de instancias y recursos, o puede ser desconocido y contradicho por sentencia de otro juez en proceso diferente. Para evitar esto y en razón de un interés político y público, el Estado reviste legalmente de inmutabilidad al mandato con el que concluye el proceso, una vez precluidos todos los medios de impugnación.

Siguiendo, pues, el orden de ideas que se ha venido exponiendo, Tullio Liebman llega a la conclusión —justa y fundada a mi juicio—, de que la cosa juzgada puede definirse como “la inmutabilidad del mandato que nace de una sentencia”. Inmutabilidad que, como se ha expresado, no debe confundirse con su definitividad formal (inimpugnabilidad de la decisión por preclusión). Es una cualidad especial, “más intensa y más profunda, que inviste el acto también en su contenido y hace así inmutables, además del acto en su existencia formal, los efectos, cualesquiera que sean, del acto mismo”. De donde resulta que, “la eficacia natural de la sentencia, con la adquisición de esta ulterior cualidad, se encuentra, pues, intensificada y potenciada, porque se afirma como única e inmutable formulación de la voluntad del Estado al regular concretamente el caso particular decidido”. De donde se colige con claridad que el instituto de la cosa juzgada pertenece al derecho público (Págs. 70-72, de la Obra citada).

Habiendo llegado, pues, a determinada conclusión respecto a lo que es la cosa juzgada, en los capítulos subsecuentes se le estudiará concretamente a la luz de los textos de ley de nuestro derecho positivo, debiendo advertirse que nuestro Código de Procedimientos Civiles, al igual que el Código Civil español (Art. 1251), se adhieren a la tesis de presunción de verdad, inspirados en el Código de Napoleón; Código que, a su vez, recoge de los glosadores medievales (intérpretes de los textos romanos) dicha presunción, según la cual, como se recordará, la sentencia se presume cierta.

CAPÍTULO III

- 1.—La cosa juzgada como presunción.**
- 2.—Inmutabilidad de los efectos de la sentencia.**
- 3.—Cosa juzgada formal, cosa juzgada material y preclusión.**
- 4.—Explicación de la cosa juzgada.**

1. LA COSA JUZGADA COMO PRESUNCIÓN.—De acuerdo con nuestro Código de Procedimientos Civiles (artículos 91 y 422), la cosa juzgada tiene la presunción de que la sentencia fué pronunciada de acuerdo con la ley, con conocimiento de causa y por juez legítimo, con jurisdicción para dictarla. Se trata de una presunción *juris et de jure*, que no admite prueba en contrario, salvo naturalmente las excepciones previstas en la misma ley que después se estudiarán (véase también el artículo 354 del Código Federal de Procedimientos Civiles). Es evidente que el juez puede equivocarse, o aun puede resolver de mala fe lo contrario a la verdad que conoce; pero previendo esto, la ley establece los diversos recursos e instancias, los cuales, una vez agotados, dejarán ver que la posibilidad de nuevos errores no desaparece.

Sin embargo, es necesario poner fin al litigio, porque si no se hiciera así con el pretexto de los errores, los pleitos serían interminables y el mundo sería verdadera maraña en sus relaciones jurídicas, no habría un derecho cierto, se paralizaría el comercio, y la vida civil, la familia y el hogar, serían fuente constante de bajas pasiones y de conflictos nunca terminados.

Por eso es que se afirma que la cosa juzgada es base de la armonía social; pero es sólo una presunción de verdad, no verdad absoluta puesto que ésta puede ser diversa de aquélla, por cuanto que la presunción no siempre corresponde a la verdad comprobada. Es necesario, no obstante, poner un límite a los pleitos, antes que permitir que los mismos se vuelvan eternos. Se establece, entonces,

la autoridad de la cosa juzgada, de acuerdo con la cual, las sentencias se tornan *inmutables*, de modo que se hace imposible repetir los negocios ya resueltos en causas anteriores; pero si tal cosa se pretendiera, se haría valer la *exceptio rei iudicatae*.

En suma, se dice que la autoridad de la cosa juzgada se justifica por razones de oportunidad, de utilidad social, por la necesidad de poner fin a la indagación judicial y de evitar fallos contradictorios. Debe subrayarse que la autoridad de la cosa juzgada fundamentalmente evita que se dicten sentencias contradictorias y, como consecuencia, la repetición de los procesos. Se logra, entonces, con ella, la economía de la jurisdicción que, como Gómez Orbaneja hace notar, es fin del Estado y política procesal.

2. INMUTABILIDAD DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA.—Tradicionalmente se ha considerado que la cosa juzgada se manifiesta como un efecto de la sentencia (desde el derecho romano), o como el conjunto complicado de las consecuencias que derivan de la sentencia. Enrico Tullio Liebman, como se ha visto, ha demostrado que la cosa juzgada no es el efecto o un efecto de la sentencia, sino una cualidad o modo de ser o modo de manifestarse de los efectos de la sentencia, argumentando que todos sus efectos posibles, sólo pueden ser declarativos, constitutivos o ejecutivos, y que los mismos se producen independientemente de la autoridad de la cosa juzgada, la cual es una cosa más que se añade a dichos efectos, aumentando así su estabilidad.

Los efectos de la sentencia, se repite, pueden producirse todos y, en efecto, se producen, aun antes de que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada, por cuanto que se puede ejecutar luego que se pronuncia, en todos los casos en que, conforme a nuestro derecho, es apelable en sólo el efecto devolutivo. Lo que evidencia

cuán fácil es imaginar los efectos de la sentencia con independencia de la cosa juzgada, y cómo dicha sentencia es imperativa desde luego y puede producir todos sus efectos, con anterioridad e independientemente de que alcance la autoridad de la cosa juzgada.

La cosa juzgada, se insiste, es una cualidad especial de los efectos de la sentencia y no un efecto de la decisión. Los efectos de la sentencia, por virtud de la cosa juzgada, se vuelven definitivos, inmutables e incontestables; pero ésto, esencia de la cosa juzgada, no es efecto de la sentencia, sino cualidad de sus efectos.

Pero sea efecto de la decisión o cualidad de los efectos de la sentencia —se ha aceptado en este trabajo que es cualidad—, lo cierto es que, de cualquier manera, la cosa juzgada tiene, en su esencia, el carácter de definitividad o mejor dicho de inmutabilidad que le atribuye el autor citado. Por virtud de este carácter, los dispositivos de la sentencia ya no pueden variarse en ningún otro juicio ni en ninguna otra circunstancia que tal cosa tuviera por objeto, se vuelven inmutables. Y se vuelven inmutables cuando, resuelto el fondo jurídico del negocio (sentencia de fondo, definitiva del juicio, no sentencias interlocutorias), precluyen las impugnaciones que, en su contra, podían ejercitarse, haciéndose, por ende, inatacables en el procedimiento mismo del juicio.

En efecto, la cosa juzgada substancial —manifiesta José Chiovenda—, contiene en sí misma la suma preclusión de toda cuestión ulterior al volverse definitiva la sentencia. Es vinculante para todo juicio futuro; esencia que es ajena a la preclusión.

Refiriéndose a la sentencia de competencia, dice que sólo produce cosa juzgada formal, no substancial; porque se consuma exclusivamente dentro del proceso, nunca fuera de él. Lo que quiere decir que la cosa juzgada formal sobre la competencia no vincula a otros jueces, a quienes sí vincula la cosa juzgada substancial. Esta da lugar a conflictos de juicios; en tanto que aquélla sólo pude dar margen a conflictos de actividad en el proceso. De manera que si el juez se declara competente, está obligado a sentenciar en

el fondo, no en virtud de la cosa juzgada substancial que aún no se produce, sino de la preclusión que cierra un estadio del procedimiento; pero sin que por ello el juez se vea impedido, si se le promueve nuevamente el propio proceso, de declararse incompetente o que otro juez lo haga (Cosa Juzgada y Competencia del autor citado, traducción del Lic. D. Alberto Vázquez del Mercado, Revista Jus, tomo XV, n. 88, Pág. 367).

Lo expresado por Chiovenda respecto de la sentencia de competencia para afirmar que no produce cosa juzgada substancial, puede decirse también para toda sentencia interlocutoria que, como aquélla, se consuma exclusivamente dentro del proceso y vinculan sólo al juez de la causa.

3. COSA JUZGADA FORMAL, COSA JUZGADA MATERIAL Y PRECLUSIÓN.—Es sabido que un sistema procesal discrecionalmente puede establecer o no la división de la causa en fases, y que a cada fase —cuando se hallan establecidas— corresponde la adopción de determinadas medidas en el proceso. Así, puede verse que el procedimiento romano-canónico, se integraba con ocho a quince fases. Empezaban las fases —expresa R. W. Millar—, por el término “ad dicendum contra commissionem” (impugnación de la autoridad del juez), y concluían con el periodo “ad producendum omnia instrumenta, acta et munimenta” (el plazo para presentar todo el material), seguido por la “conclusio in causa formal”; en el entendido de que, como las leyes no establecían expresamente la articulación del sistema, tenía aplicación el principio del orden consecutivo discrecional.

Existiendo el sistema de fases, puede regir el principio de que cada acto del procedimiento debe realizarse necesariamente en la fase que le corresponde; es decir, entonces se está frente a la exis-

tencia de lo que se llama fases preclusivas; porque obra el principio de la preclusión que, en mayor o menor escala, rige en todos los sistemas; *principio conforme al cual, la parte que, por cualquier circunstancia, no actúa —verbigracia, no ofrece sus pruebas durante el respectivo periodo de ofrecimiento— dentro del término prescrito, se ve precluida o, lo que es lo mismo, pierde el derecho de actuar después.* O como Chiovenda enseña: "Todo proceso, cual más cual menos... para asegurar la precisión y la rapidez en el desenvolvimiento de los actos judiciales, pone límites al ejercicio de determinadas facultades procesales, con la consecuencia siguiente: fuera de esos límites esas facultades ya no pueden ejercitarse". (Instituciones de Derecho Procesal Civil, traducción de E. Gómez Orbaneja, Ed. 1954, hecha en Madrid, tomo III, Núm. 353, Pág. 300). El principio de la economía procesal explica y sirve de base al de preclusión.

Es característica del principio de preclusión, el que en él se implique el principio llamado de eventualidad o de acumulación eventual, que asimismo se designa principio de ataque y defensa global, de acuerdo con el cual las partes deben, en cada fase del proceso, presentar en forma simultánea y no sucesivamente, todos los elementos procesales que a cada fase corresponda, aunque pudieran ser incompatibles entre sí y aunque la presentación de alguno de los elementos, hiciera ya innecesaria la presentación de los otros. Todos los indicados elementos deben presentarse *in eventum*; esto es, previendo que alguno o algunos se consideren improcedentes o ineficaces, es que se aportan todos.

"Heilfron y Pick, Lehrbuch des Zivilprozessrechts (2a. Ed., I, 457). "El principio de la acumulación eventual es aquel según el cual el juicio se divide en un cierto número de fases, dentro de cada una de las cuales las partes deben presentar todo el material de que han de servirse dentro de ella, para no quedar precluidas de hacerlo. Por consiguiente, han de aducir *in omnem eventum* también el

material que se proponen usar sólo como línea de agresión o defensa secundaria, es decir, en caso de necesidad".

"Von Bar en Von Hiltzendorff's Eneyklopaedie der Rechtswissenschaft (1882, I, 737). Este principio dispone "que todos los medios de ataque y defensa tendientes al mismo fin deben presentarse de una vez y ser usados en la fase apropiada, aun cuando uno o varios de tales medios sólo adquieren importancia en caso de no dar resultado el primero (principal) con el que van combinados". (Párrafos tomados de la obra de R. W. Millar, El Procedimiento Civil, Pág. 97).

La preclusión por fases se encuentra desde la antigua historia procesal, tanto en el procedimiento germánico como en el romano.

En el procedimiento germánico cada fase quedaba cerrada mediante un fallo que precluía para las partes respecto de todas las cuestiones de que el mismo se ocupaba. Y aun cuando el número de fases fué variable en este derecho, tres, sin embargo, fueron constantes, a saber: aquella en que se determinaba si las partes habían acudido, con derecho, al tribunal; aquella en que se resolvía a cuál de las partes correspondía el derecho de suministrar la prueba y en que se emitía "la famosa sentencia probatoria que resolvía los casos antes de su examen", y, por último, aquella en la que la prueba se controlaba y en que se decidía si había tenido éxito.

En el derecho romano, cuando en la legis actio el pretor terminaba el examen *in iure*, quedaba establecido que, al negar el demandado el derecho del demandante, habría de desarrollarse la controversia dentro de ciertos límites, y en el sistema formulario, cuando el pretor daba la fórmula al actor, la controversia quedaba definitivamente determinada sin posibilidad de ulterior modificación. Pero después de la desaparición de la distinción entre *ius* y *iudicium*, con excepción de las defensas dilatorias, las partes pudieron presentar nuevas alegaciones y pruebas mientras el fallo no se hubiera dictado, cayendo en el sistema contrario, esto es, en el principio de la unidad de la causa o de libertad procesal, en que las partes

pueden libremente presentar sus alegaciones y pruebas hasta el momento en que la sentencia se dicta; es decir, cayendo precisamente en el principio de libertad procesal que excluye no sólo al de la acumulación obligatoria de que se ha hablado, sino también al de la preclusión obligatoria fundada en fases procesales.

En el derecho romano-canónico, existe la regla de que las excepciones dilatorias debían acumularse; pero la omisión de actuar dentro del plazo señalado para cada acto procesal —incluso en las dilatorias— no traía aparejada una preclusión absoluta. La "Clementina Saepe" introdujo una forma de procedimiento sumario que eliminó los plazos fijos.

Y si es verdad que en el derecho canónico imperaba ya la regla de que las excepciones dilatorias debían acumularse: en el procedimiento civil común alemán, en su esquema originario, influenciado por las ideas germánicas sobre segmentación y preclusión procesal, se establece por primera vez el requisito de que todas las excepciones o defensas, cualquiera que fuera su índole —perentorias o dilatorias— debían formularse a la vez o simultáneamente bajo pena de preclusión; principio que, obedeciendo a la idea de evitar demoras del procedimiento, igualmente se aplicó a la prueba.

Pero inspirados en la mencionada "Clementina Saepe". tanto en el procedimiento francés, como en el sistema alemán actual, no existen fases rígidas en el procedimiento. Particularmente en este último, no se encuentra "ninguna fase destinada exclusivamente a una finalidad determinada, en forma de no poder servir a ninguna otra". (Véase Procedimiento Civil —citado ya— de R. W. Millar, Págs. 95-117). Sin embargo, la preclusión no es absolutamente desconocida en este derecho, pues se observa, fundamentalmente, en los casos de interposición de recursos.

Se desprende claramente de lo que se acaba de expresar que, conforme al principio de preclusión, cuando la parte no actúa por cualquier circunstancia dentro del término prescrito para cada fase,

pierde el derecho de actuar después (véase también el Diccionario de Derecho Procesal Civil, del maestro Pallares, Pág. 384-386).

"Detengámonos a examinar la institución acabada de mencionar, o sea lo que denominan los autores italianos: preclusión... D'Onofrio sostiene que la idea general de la preclusión es dada por la palabra misma: representa la condición de una determinada actividad que no puede desarrollarse por un obstáculo jurídico que se opone a su libre desenvolvimiento. La preclusión, según este autor, es un concepto puramente negativo: no crea nada, sólo impide que una determinada situación jurídica trate de substituirse por otra... la preclusión es aplicable a cualquier acto procesal; por ejemplo, debido a ella, pasado el término para alegar, no puede alegarse en la misma instancia; citadas las partes para sentencia, no pueden verificarse aquellos actos que preceden a esta situación jurídica". (La Autoridad de la Cosa Juzgada, de José Becerra Bautista, revista La Justicia, n. 103, de 15 de mayo de 1938, Pág. 2747).

Sentado lo anterior, debe decirse que la cosa juzgada en sentido formal, sólo opera hasta que se produce la preclusión de las impugnaciones contra la decisión; preclusión que asimismo es condición para la existencia de la cosa juzgada en sentido material.

De allí que la doctrina moderna distinga la cosa juzgada formal, de la cosa juzgada material, entendiendo que, mientras la primera está llamada a operar exclusivamente en el proceso, por cuanto que consiste, como se acaba de indicar, en la inimpugnabilidad de la sentencia (se aplica también a todas las resoluciones susceptibles de adquirir firmeza), en su certeza jurídica, ya que, con la realización de ciertos actos o con el transcurso de los términos se extingue (queda precluso, dice Chiovenda) el derecho de realizar determinados actos procesales que podían haberse verificado durante dichos términos; en cambio, la cosa juzgada material, teniendo por base esta inimpugnabilidad de la sentencia dentro del proceso (preclusión), su firmeza o inmutabilidad debe ser respetada fuera del proceso, en cualquier otro procedimiento en que se pretendiera

promover exactamente el mismo pleito, esto es, los efectos de los dispositivos de la sentencia devienen definitivos y obligatorios para el juez en cualquier juicio futuro en que se pretendiera reiterar lo ya fallado en dicha sentencia, así como en cualesquiera otras circunstancias o contingencias que puedan presentarse.

Expresando en su esencia estas mismas ideas en otros términos, dice el maestro Alcalá Zamora y Castillo: "...llega un momento en que es inimpugnable y entonces alcanza autoridad o fuerza de cosa juzgada en sentido formal o externo; si además resulta jurídicamente indiscutible (o inmutable al decir de otros) el pronunciamiento judicial que el fallo contenga, entonces adquiere fuerza de cosa juzgada en sentido material o interno. La primera es el presupuesto de la segunda, y el significado de ambas puede condensarse así: cosa juzgada formal, igual a inimpugnabilidad; cosa juzgada material, igual a indiscutibilidad. Por lo general coinciden los dos sentidos de la cosa juzgada; pero existen juicios en los que sólo se produce el primero". (Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, 1945, tomo III, Pág. 247).

Claros ejemplos en nuestro derecho de cosa juzgada formal —sin que la haya en sentido material—, nos los dan los artículos 461 y 486 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales vigente, que respectivamente establecen: "La sentencia debe declarar si ha procedido o no la vía ejecutiva y si ha lugar o no a hacer trance y remate de los bienes embargados y pago al acreedor, decidiendo también los derechos controvertidos. Si la sentencia declarase que no procede el juicio ejecutivo, reservará al actor sus derechos para que los ejercite en la vía u forma que corresponda". "Si en la sentencia se resolviere no haber lugar al juicio hipotecario, se reservará al actor sus derechos para que los ejercite en la vía y forma que corresponda..." Puede apreciarse, en efecto, que son casos de sentencias que, tornándose inimpugnables por preclusión de las impugnaciones que podían hacerse valer en su contra, sin embargo, su autoridad se agota en el proceso mis-

mo, en cuanto que se permite la reserva de los derechos del actor para que los ejercite en la vía y forma correspondientes. Y como Chiovenda lo advierte (*Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo III citado, No. 356, Págs. 306 y 307), puede haber preclusión limitada a un grado del juicio, en cuyo caso se contrapone no sólo a la cosa juzgada material, sino a la preclusión definitiva que pueda darse a la cuestión al continuarse el pleito, como sucede tratándose de la sentencia apelable de primera instancia, en que la preclusión se produce respecto del juez que la dicta; mas no respecto del superior (véase, además, *Principios de Derecho Procesal Civil*, de Chiovenda, tomo II, Págs. 357-361, 417 y 418; la *Sentencia Civil*, de Alfredo Rocco, Pág. 244, y el *Tratado Teórico, Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, de Hugo Alsina, tomo II, Págs. 556-583).

Con relación a la doctrina que se acaba de expresar, ya se decía con antelación que la inmutabilidad de la sentencia, para que sea cosa juzgada en sentido substancial, ha de entenderse no en el señalado sentido formal de preclusión de los medios de impugnación, sino en el sentido substancial explicado de definitividad de todos los posibles efectos de la sentencia; definitividad que, como quedó establecido en su oportunidad, es susceptible de manifestarse no sólo en el mismo proceso, sino en cualquiera otro y en todas las circunstancias que puedan presentarse.

Chiovenda dice que, si no se quiere confundir la cosa juzgada sustancial con la formal, debe verse que la segunda se refiere a una relación jurídica que se consuma en el mismo proceso (artículo 364 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que se refiere a resoluciones incidentales), limitando su obligatoriedad a la relación procesal en la que se ha producido; pero sin vincular al juez en procesos futuros, ya que no se trata de conflictos de sentencias fuera del proceso, sino de conflictos de actividades dentro del mismo proceso; en tanto que, tratándose de la autoridad de la cosa juzgada material o substancial, la obligatoriedad de la sentencia, la inmuta-

bilidad de su eficacia, está precisamente llamada a operar en los procesos futuros (restricción injustificada, pues ya se vió que es susceptible de operar en todas partes), siendo típicos casos de conflictos de sentencias y de regulación de relaciones que se consuman interprocesos (es aplicable la propia observación) y no en un mismo proceso.

Siguiendo igualmente estas ideas, Alsina manifiesta que, la inmutabilidad de la sentencia definitiva, supone la preclusión de su impugnabilidad (se vuelve inimpugnable). En su contra no se pueden ya hacer valer los recursos que la ley establece (cuando se dejó pasar el término sin interponerlos), o cuando por haberse hecho valer en su oportunidad el correspondiente recurso y por haberse resuelto el negocio en definitiva, la sentencia ya no admite la interposición de ningún otro recurso y lo resuelto no puede revisarse más, no puede ser objeto de ninguna nueva discusión. La cosa juzgada material —dice también Alsina—, produce efectos fuera del proceso (por nosotros quedó aceptado, con Tullio Liebman, que los produce también en el proceso y frente a toda posible contingencia); en tanto que la preclusión produce efectos exclusivamente dentro del proceso (aserción exacta): hace progresar el procedimiento, por cuanto que impide el retroceso de los actos procesales por la firmeza que éstos adquieren por la preclusión. De manera que, mientras que la cosa juzgada material implica la terminación del proceso; en cambio, la preclusión, sólo opera en tanto que se trata de procesos en desenvolvimiento (el ya mencionado Tratado Teórico Práctico de Der. Proc. Civ. y Comercial, de Hugo Alsina, Ed. Buenos Aires, 1941, tomo I, Págs. 262 y ss.).

4. EXPLICACIÓN DE LA COSA JUZGADA.—Expresado lo anterior, se está ya en aptitud de explicar lo que es la autoridad de la

cosa juzgada. Se halla en todo acto de voluntad de la soberanía del Estado, cuando dicho acto regula en forma obligatoria e *inmutable* las relaciones jurídicas que le son sometidas en juicio, mediante el ejercicio de la pretensión correspondiente, siendo necesario que exista —en el caso de que la cosa juzgada se haga valer como excepción—, entre la relación jurídica resuelta con sentencia de fondo y aquella que de nuevo se plantee, identidad de todos sus elementos: sujetos, objeto y causa jurídica; en el concepto de que el elemento que concierne a la calidad de los litigantes a que igualmente se refiere la ley, como después se verá con detenimiento, no integra realmente un elemento diverso al relativo a la identidad de las partes (artículo 422 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales, y artículo 1252 del Código Civil español).

Como puede apreciarse, nuestro actual Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales, tomando como más lejano antecedente la distinción tripartita de Paulo, seguida y ampliamente explicada por los clásicos Laurent, Toullier y Tuozzi, establece que, para que exista la cosa juzgada, es necesario que haya, entre ambos pleitos, identidad de cosas, causas y personas.

Sin embargo, importa hacer notar que, comentando Ramón Palacios el artículo 354 del Código Federal de Procedimientos Civiles en vigor, considera que, siguiendo el precepto, aunque de manera inconsciente, la tesis de Allorio —igualmente Migliore, Bibiloni y otros se apartan de las clásicas tres identidades—, en el mismo se ignora el sistema de las tres identidades. En efecto, expresa nuestro autor: “El Código Federal de Procedimientos Civiles, ignora la triple identidad, siguiendo inconscientemente la tesis de Allorio. El Art. 354 contiene una fórmula bastante discutible sobre el non bis in idem, poniendo así un punto de obscuridad, favorable a los ignorantes, para acogerse al pensamiento de Laurent y rechazar la na-

turaleza oficiosa de la prohibición..." (La Cosa Juzgada, páginas 215-216).

Migliore, como ya se apuntaba, critica también la doctrina de las tres identidades —como lo hace Allorio—, manifestando que ésta sólo da reglas vacías y discutibles. Sostiene que no se puede determinar si se está frente a la cosa juzgada, con sólo la simple comparación de los tres elementos: sujeto, objeto y causa, sino que es menester determinar la identidad no de estos elementos, sino de la esencia o substancia de lo ya decidido con lo que de nuevo se pretenda en distinto juicio. De donde resulta que, aunque sean distintos alguno o algunos de los elementos de las tres identidades en el pleito resuelto, respecto de los que concurren en el nuevamente planteado, la cosa juzgada de todos modos se constituye, si se trata, en uno y otro negocio, de la misma controversia, considerados ambos litigios desde el punto de vista de la substancia. Lo que no quiere decir que, las identidades de personas, objeto y causa, en el proceso comparativo, no constituyan normalmente elementos de capital importancia en la determinación de la cosa juzgada; pero ésta debe determinarse, al fin y al cabo, en cada caso, a base de tomar en consideración todas las diversas circunstancias caracterizantes, examinadas con prudente arbitrio y sano criterio.

Transcribiendo Migliore, a Bibiloni, dice: "La doctrina de las tres identidades ha sido objeto de serias objeciones. Bibiloni en su nota al Art. 534 del anteproyecto de reforma al Código Civil, expresa: "Pero si se ha reproducido en el artículo citado el principio romano fundamental, de la "eadem cuestio", no se han adoptado las disposiciones particulares que el mismo Digesto (44,º) contiene, y que han inspirado el artículo 1351 del Código de Napoleón, imitado por varios Códigos. Después de establecer éste que la cosa juzgada no tiene lugar sino sobre lo que fué objeto del juicio (*eadem cuestio*), dispone cómo se ha de reconocer esa identidad, y la exige

en la de la cosa, en la causa de la demanda, en la de las partes, y en la de las calidades en que obraron. Pero basta leer las extensas, y no pocas veces contradictorias explicaciones de los más autorizados intérpretes de aquel Código para comprender cuán exactas eran las observaciones de Maynz que no veía en tales condiciones de identidad, sino reglas vacías, y discutibles, que envuelven simples tautologías, y no realidades legislativas (*Droit Romain I*, 569) así se dice que ha de haber identidad: a) de cosa; b) de causa. Pero, cuando se trata de saber lo que es cosa, se nos dice que es *corpus, quantitos, jus*" (*Demolombe*, 3o., No. 100). De modo que si reivindica, como heredero de un propietario, un inmueble —*corpus*— y el demandado opone que desconoce el carácter invocado de heredero, la sentencia que desestima la acción porque reconoce la legitimidad de la objeción opuesta, no constituye cosa juzgada, en una nueva demanda en que se reclama una suma de dinero —*quantitas*— que el mismo demandado debía al mismo causante de quien el actor se dice heredero. Pero es de evidencia que la primera sentencia resolvió la cuestión controvertida, de que el actor no era heredero, y si el nuevo litigio en que se plantea la misma objeción pudiese ser resuelto de otro modo, habría contradicción entre las dos sentencias. ¡*Corpus, quantitas, distintos y, sin embargo, eadem questio!*

"Ciento es que los comentadores del Código de Napoleón tratan de salvar el escollo refiriendo el objeto a la causa, pero, observa Bibiloni: "El Código de Napoleón dice que para saber cuándo hay un mismo objeto de litigio, es menester que exista: identidad de cosa, identidad de causa, identidad de persona, identidad de carácter. Por medio de estas cuatro identidades necesarias, se encuentra el resultado buscado. Nuestros comentadores nos dicen ahora que para saber si hay identidad de cosa —y lo repetirán todos, al explicar cuando ocurre la identidad de causa— debe buscarse si existe identidad de cuestión. Si comparadas las dos demandas se en-

cuenta "eadem questio", entonces se sabrá que hay identidad... de cosa e identidad de causa. Siempre vuelven para decidir sobre la identidad, al medio fundamental: comparar las dos cuestiones. Si son idénticas hay cosa juzgada. Si no lo son, no la hay. No les sirve el criterio que les da el Código de Napoleón: la suma de cuatro identidades no da el total buscado. Al contrario, el total les sirve para encontrar los sumandos. Podemos por consiguiente, concluir con ellas, y con la primera comisión redactora del Código Alemán: la coincidencia de la acción deducida con una antes desestimada, será reconocida por la comparación del contenido de la sentencia en la extensión que constituye cosa juzgada, con el de la nueva demanda. Reconocer la coincidencia, es materia de lógica jurídica. La Ley no puede dar ni siquiera puntos de apoyo". (Autoridad de la Cosa Juzgada, véanse las Págs. 159-171).

Pero no se puede estar conforme con la opinión de Palacios, en el sentido de que se aparte el artículo 354 del Código Federal de Procedimientos Civiles de la tesis de las tres identidades, por las siguientes razones fundamentales:

El precepto sigue, en realidad, el mismo sistema del Código Federal de Procedimientos Civiles, abrogado en 1909, en cuanto que también éste, en su artículo 392, dispone que "la cosa juzgada es la verdad legal". Pero, además, debe decirse que es —el artículo 354—, en su texto, una copia literal del artículo 621 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales de 1884, en cuanto que ambos expresan: "La cosa juzgada es la verdad legal, y contra ella no se admite recurso ni prueba de ninguna clase, salvo en los casos expresamente determinados por la ley"; dispositivo que no hace sino reproducir los conceptos de nuestro primitivo Código de Procedimientos Civiles de 1872, que establece que la sentencia ejecutoriada es la decisión dada por juez competente y que debe respetarse por todos como cosa juzgada, *en virtud*

de ser verdad legal contra la que no se admite recurso ni prueba de ninguna clase, salvo en los casos expresamente exceptuados por la Ley.

No puede discutirse que nuestras leyes se inspiraron en el Código de Napoleón, e inclusive en su más lejano antecedente, las leyes 19, 20 y 21, tit. 22, Partida 3a., refiriéndose a las cuales expresa Joaquín Escriche: "La cosa juzgada se presume verdadera, y la ley le da el carácter de irrevocabilidad, no admitiendo a las partes a probar lo contrario, porque de otro modo los pleitos jamás tendrían fin... De aquí viene la máxima del derecho romano: *Res juricata pro veritate habetur...* La autoridad de la cosa juzgada no tiene lugar sino precisamente con respecto a lo que ha sido objeto del juicio. *Es necesario que la demanda se instaure sobre la misma cosa, por la misma causa, contra las mismas partes y con la misma calidad:* Inspiciendum est, dice la ley romana, *an idem corpus sit, quantitas eadem, idem jus, eadem causa petendi, et eadem conditio personarum*". (Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Págs. 520-521).

Interpretando nuestra H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, tanto el artículo 392 del Código Federal de Procedimientos Civiles abrogado, como el 621 del de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales de 1884, con toda razón a mi juicio, siempre entendió que, aunque dichos preceptos no lo digan de manera expresa, de todos modos la cosa juzgada debía examinarse acudiendo al principio de las tres identidades (Semanario Judicial de la Federación, tomo XXI, Pág. 730; tomo XXXIV, Pág. 1040; Informe del año de 1932, Pág. 288; tomo XIX, Pág. 533, y tomo XXXV, Pág. 1154).

Atendiendo, pues, al hecho de que el artículo 354 del repetido Código Federal en vigor, no se aparta del sistema del artículo 392 del Código de la misma materia anterior; teniendo en cuenta que

el primero de los citados preceptos no es sino una copia servil del artículo 621 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales de 1884; que en el Código Federal de Procedimientos Civiles en vigor, nada hay que acuse la intención de que el legislador hubiese querido apartarse del sistema del precepto que copió, y el hecho de haberlo reproducido, pone en claro, por el contrario, que su propósito fué continuar el sistema de la doctrina y leyes en que se inspiró; teniendo en consideración que la fuente de origen de dicho precepto se encuentra, como se vió, en el Código de Napoleón y en la ley de Partida citados, y que la doctrina, intérprete de tales leyes, siempre ha reconocido que se trata de la cosa juzgada dominada por el sistema de las clásicas tres identidades, es obvio que de todo ello se sigue, como se apuntaba con anterioridad, que, aunque expresamente no se diga en el texto, es este el sistema de nuestra Ley Federal. De donde evidentemente resulta equivocada la opinión de Palacios, en el sentido señalado de que el artículo 354 siga inconscientemente la tesis de Allorio; porque es la verdad que se trata de una tesis que los autores de nuestras leyes reproducidas en el texto actual no podían seguir ni consciente ni inconscientemente, en cuanto que, por ser posterior dicha tesis, la misma era francamente anacrónica a nuestros códigos procesales de 1872 y de 1884, de donde, como quedó constatado, tomó el sistema la ley en consulta.

Nada podría objetarse, en cambio, si el juicio de nuestro autor que quedó comentado, lo hubiese reservado para el sistema que sigue el Proyecto de Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales formulado en 1948, cuyos autores si se inspiraron en la doctrina de Allorio, no sólo porque sus preceptos para nada se acuerdan de la clásica presunción de verdad, sino porque, al hablar de que la cosa juzgada excluye "cualquier resolución nueva sobre la misma relación jurídica" y al hablar igualmente de que "la cosa juzgada estará limitada al mismo negocio o rela-

ción jurídica que fué objeto de la sentencia", son tan claros sus términos, que no hace falta sino acudir a su interpretación gramatical y lógica para admitir que su espíritu se mueve dentro de la idea de apartarse de la teoría de las identidades, para despejar la cosa juzgada tomando como base las circunstancias caracterizantes de que habla Migliore; circunstancias caracterizantes que permiten dilucidar, en este sistema, si substancialmente se está, en el pleito terminado por sentencia y en el nuevamente planteado, frente al mismo negocio o relación jurídica (artículos 333 y 334).

CAPITULO IV

INMUTABILIDAD DE LA COSA JUZGADA:

- 1.—*Los recursos extraordinarios y la inmutabilidad de la cosa juzgada:*
 - a).—*La inmutabilidad de la cosa juzgada y el recurso de apelación extraordinaria.*
 - b).—*La inmutabilidad de la cosa juzgada y el juicio de amparo.*
- 2.—*Inmutabilidad de los efectos de la sentencia y exceptio rei judicatae.*
¿Puede invocarla el juez de oficio?
 - a).—*Opinión de Chiovenda.*
 - b).—*Opinión de Francisco Cornelutti.*
 - c).—*Opinión de James Goldschmidt.*
 - d).—*Opinión de W. Kisch.*
 - e).—*Opinión de Ugo Rocco.*
 - f).—*Opinión de Francisco Laurent.*
 - g).—*Opinión personal: la excepción de cosa juzgada no puede hacerla valer de oficio el juzgador.*
 - h).—*Opinión personal: la excepción de cosa juzgada no puede hacerla de oficio el juzgador. Crítica de la doctrina de Ugo Rocco.*
 - i).—*Opinión personal: la excepción de cosa juzgada no puede hacerla valer de oficio el juzgador.*
- 3.—*Cuando el mismo caso es fallado dos veces por sentencias contradictorias que han alcanzado la autoridad de la cosa juzgada, ¿cuál de ambas debe prevalecer?*
- 4.—*¿La cosa juzgada es inmutable aunque cambien las circunstancias que se tuvieron en cuenta al dictarse la sentencia de fondo?*
 - a).—*Opinión de Francisco Cornelutti.*

b).—*Opinión de Enrico Tullio Liebman.*

c).—*Opinión de José Lois Estévez.*

d).—*Opinión personal.*

e).—*Referencia de un caso concreto.*

f).—*Los casos de jurisdicción voluntaria, comprendiendo en éstos la ausencia y presunción de muerte.*

5.—*¿La cosa juzgada es inmutable cuando es obtenida fraudulentamente?*

Planteamiento de la Cuestión.

a).—*Opinión de Francisco Cornelutti.*

b).—*Opinión de José Lois Estévez.*

c).—*Sistema de nuestro derecho. Antecedentes.*

d).—*Conclusiones.*

6.—*Otras nulidades e ineeficacias.*

INMUTABILIDAD DE LA COSA JUZGADA

En relación con el tema materia de este Capítulo, *inmutabilidad de la cosa juzgada*, se evidenciará que, al decir la explicación contenida en el número inmediatamente anterior, que la decisión del Estado debe ser *immutable*, con ello no quiere indicarse que la expresión deba entenderse en términos absolutos, según con toda claridad se irá desprendiendo de la exposición que se realizará en los números subsiguientes, ya que, como Chiovenda lo advierte, el mismo ordenamiento jurídico quiere también que la relación procesal cerrada ya mediante la cosa juzgada, excepcionalmente pueda ser impugnada y destruída, de igual manera que, en el campo del derecho substantivo, pueden ser impugnados y destruidos, por las partes mismas o por terceros, los actos jurídicos realizados, como sucede en materia de matrimonio, contratos, testamentos, etc. (Instituciones de Derecho Procesal Civil, tomo III, No. 387, Pág. 380 y s., Ed. española de 1954, traducción de E. Gómez Orbaneja). Y es que existen situaciones en que resulta más perjudicial a la dignidad del Estado y a los fines de la ley —en razón de la gravedad de los factores que han intervenido en la obtención o constitución de la sentencia—, la conservación de la cosa juzgada que su destrucción.

1. LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS Y LA INMUTABILIDAD DE LA COSA JUZGADA.—Se empezará por el análisis de la apelación ex-

traordinaria, a propósito de la cual se hará referencia a los recursos llamados en España de audiencia o rescisión, de revisión y de casación, para terminar con el examen de nuestro importantísimo juicio de amparo, indebidamente llamado por algunos "recurso de amparo".

a). *La inmutabilidad de la cosa juzgada y el recurso de apelación extraordinaria.*—Los artículos 717 al 722 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales, respectivamente establecen:

"Art. 717.—Será admisible la apelación, dentro de los tres meses que sigan al día de la notificación de la sentencia: I.—Cuando se hubiere notificado el emplazamiento al reo, por edictos, y el juicio se hubiere seguido en rebeldía; II.—Cuando no estuvieren representados legítimamente el actor o el demandado, o siendo incapaces, las diliqencias se hubieren entendido con ellos; III.—Cuando no hubiere sido emplazado el demandado conforme a la ley; IV.—Cuando el juicio se hubiere seguido ante un juez incompetente, no siendo prorrogable la jurisdicción.

"Art. 718.—En los casos a que se refieren las tres últimas fracciones, el juez se abstendrá de calificar el grado y remitirá inmediatamente, emplazando a los interesados, el principal al superior, quien oirá a las partes con los mismos trámites del juicio sumario, sirviendo de demanda la interposición del recurso, que debe llenar los requisitos del artículo 255.

"Declarada la nulidad, se volverán los autos al inferior para que se reponga el procedimiento en su caso.

"Art. 719.—Este mismo recurso se da de las sentencias pro-nunciadas por los jueces de paz y será tribunal de apelación el juez de primera instancia que corresponda, o siendo varios, el que elija el recurrente y en su silencio el de número inferior.

"Art. 720.—La sentencia que se pronuncie resolviendo la apelación extraordinaria, no admite más recurso que el de responsabilidad.

"Art. 721.—Cuando el padre que ejerza la patria potestad, el tutor o el menor en su caso ratifiquen lo actuado, se sobreseerá el recurso sin que pueda oponerse la contraparte.

"Art. 722.—El actor o el demandado capaces que estuvieren legítimamente representados en la demanda y contestación, y que dejaron de estarlo después, no podrán intentar esta apelación".

La apelación extraordinaria comprende, en cuanto al tratamiento de la materia que le es propia, según se constatará en su oportunidad, dos situaciones diferentes, a saber: 1a., cuando se hubiese notificado el emplazamiento al reo por medio de edictos, y se hubiese seguido el juicio en su rebeldía, y 2a., los siguientes casos de las tres últimas fracciones del artículo 717: cuando no estuvieren representados legítimamente el actor o el demandado o siendo incapaces, las diligencias se hubiesen entendido con ellos; cuando no hubiere sido emplazado el demandado conforme a la ley, y cuando el juicio se hubiese seguido ante juez incompetente, en el caso de no tratarse de jurisdicción prorrogable.

Me parece que, en realidad, *no se está en presencia de un verdadero recurso tratándose de la apelación extraordinaria*, puesto que no es su objeto confirmar, revocar o modificar la resolución impugnada; además de que, por el contrario de lo que acontece en los recursos, la apelación extraordinaria no es la continuación de las instancias precedentes, sino que lo cierto es que, aunque llamada recurso, hablando propiamente se trata de un juicio sumario, en el que la demanda que lo inicia debe llenar los requisitos de toda demanda (artículo 718 y 255). Participo de la opinión de que se está frente a un juicio sumario dado por la ley para obtener no sólo la declaración de nulidad de la sentencia, inclusive cuando ésta ha al-

canzado la autoridad de la cosa juzgada, sino también la nulidad de la instancia, a fin de que todo el procedimiento sea repuesto.

Sus antecedentes históricos se remontan, en el derecho español, al antiguo incidente de nulidad que, como es sabido, podía hacerse valer, bien por acción directa o bien por vía de apelación.

Sobre el particular, dice el Conde de la Cañada, que así lo entendieron Covarrubias, Vantius, Altimar, Scacia, Hevia Bolaños, etc. "La nulidad, pues, de la sentencia, puede intentarse como acción directa sola, o como acompañada de la apelación". (*Instituciones Prácticas de los Juicios Civiles*, así Ordinarios como Extraordinarios, tomo I, Págs. 216 y ss.).

La ley XII, del título XXII, Partida tercera, expresa, en lo conducente:

"...queremos decir en quantas maneras el juicio non es valedero por razón de la perfona del Judgador,... e por razón de fu perfoneria, quando aquel que dieffe el juicio fueffe atal ome a quien defendieffe las Leyes defte nueftro Libro que non deve judgar... Eſſo mifmo decimos que fería, fi alguno judgaffe non le feyendo otorgado poderio de lo facer. E otrofi, fería dado el juicio como non devía, quando el Judgador lo dieffe eftando en pie,... o fi fueffe dado juicio contra otro non feyendo emplazado primeramente que lo vinieffe a oir,... o fi el Judgador dieffe juicio eftando afentado en tierra fuera de fu juridicción en que non ovieffe poderio de judgar, o fi dieffe juicio fobre cofa fpiritual que devieffe fer judgeda por Santa Iglefia. Ca por cualquier deftas razones que fueffe dado juicio non fería valedero. Eſſo mifmo decimos, que fi el juicio fueffe dado contra menor de veinte y cinco años, o contra loco, o defmemoriado non eftando fu guardador delante que lo defendieffe: ca tal juicio non le deve valer, fueras ende fi lo dieffen a pro dellos. Otrofi decimos, que fi fueffe dado contra fiervo de otri non eftando y fu Señor que lo amparaffe que non deve valer, fueras ende fi fueffe dado en razón de tenencia de alguna cofa que él tenía en nome de fu Señor de que él era echado, o defapoderado,

o si fuese dado sobre alguna otra razón en que el fiervo pudieffe por si demandar, o defender en juicio fin otorgamiento de fu Señor, aſſi como dicen las Leyes deſte nueftro Libro... Ca entonce tal juicio eſte valdría, e non fe puede defatar por razón que dixeffen que fuera dado non eſtando fu Señor delante".

En el actual derecho español, puede mencionarse como *equivalente en cierta forma, en cuanto a su finalidad*, a nuestro artículo 717 transcritto con anterioridad, en sus tres primeras fracciones, el recurso que allá es conocido con el nombre de "audiencia o rescisión", puesto que, lo mismo que nuestra apelación extraordinaria, se concede en respeto de la necesidad de la debida audiencia bilateral en el juicio, con el objeto de anular la sentencia final dictada en perjuicio del que la recurre, cuando éste ha sido condenado sin ser oído. *Es un recurso excepcional, "para el que se exige, con carácter general, que no se trate de sentencias carentes del efecto de la cosa juzgada*, porque siendo de tal clase, la cuestión sobre que han resuelto, puede verse antes en un juicio ordinario". (Derecho Procesal Civil, de Prieto Castro, tomo II, Pág. 420).

El recurso de audiencia es el recurso típico que procede en los juicios tramitados en rebeldía del demandado, esto es, es procedente cuando el pleito ha agotado sus trámites con ausencia de esa parte, a quien la sentencia no se notificó de manera personal, y a quien, por ende, resulta imposible aprovechar los plazos para interponer los de apelación o casación (Arts. 773 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española: Obra y tomo citados, Pág. 422).

Hace notar el propio Prieto Castro, que, tanto el recurso de audiencia o rescisión, como el de revisión, no son verdaderos recursos, puesto que la posibilidad de acudir a los recursos propiamente dichos —y en los de audiencia y revisión no acontece de este modo—, implica que el juicio está aún pendiente por no haber adquirido la sentencia el carácter de cosa juzgada, sino se trata de remedios especiales que la ley concede para atacar precisamente la cosa juzgada.

En lo que respecta particularmente al de revisión, también sirve, en efecto, de medio para sacrificar la cosa juzgada, porque, como dicho autor señala, persiguiéndose con ese remedio procesal, algunas de las formas del dolo procesal, "es más útil a la comunidad y al prestigio de los Tribunales, reconocer la injusticia que aferrarse a la idea de la llamada "santidad de la cosa juzgada". (Obra y tomo citados, Pág. 414).

En efecto, los artículos 1796 y 1797 de la ley de Enjuiciamiento Civil española, expresan, respectivamente: "Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: 1o. Si después de pronunciada se recobraren documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado. 2o. Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos, o cuya falsedad se reconociere o declarare después. 3o. Si habiéndose dictado en virtud de prueba testifical, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio, dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia. 4o. Si la sentencia firme se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta". "El recurso de revisión sólo podrá tener lugar cuando hubiere recaído sentencia firme".

La revisión se introdujo en España, por primera vez, en la Ley aún en vigor de 1881, quien la tomó de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 18 de junio de 1870. "La razón de este recurso en materia criminal —expresa don Emilio Reus—, la daba la citada Ley provisional de 18 de junio de 1870, en el preámbulo que la precedía. El principio de revisión no cede en desdorso del poder judicial que nunca se enaltece más que cuando repara errores. La *santidad de la cosa juzgada* es una necesidad social, a cuya sombra ha nacido el principio universal de derecho de que las ejecutorias firmes son una verdad en el orden legal; pero cuando hay una verdad legal que está en contradicción con otra verdad legal, necesario es declarar cuál de ellas ha de prevalecer. En este caso, la justicia, en su más

alta expresión, que está sobre todas las teorías, por autorizadas que sean, y sobre todas las ficciones del derecho escrito, exige imperiosamente que, el que siendo inocente ha sido juzgado y sentenciado como criminal, tenga una reparación tan solemne y justa que, desde luego, haga cesar su penalidad, y ya que no pueda borrar los padecimientos sufridos, demuestra a la faz del mundo que el fallo fué inmerecido. Estas mismas aplicaciones pueden hacerse en la materia civil, puesto que unos mismos errores son inherentes a toda clase de procesos, y porque el principio de justicia ha de influir precisamente y de igual manera que en lo criminal". (Ley de Enjuiciamiento Civil, Ed. mexicana de 1886, tomo IV, Pág. 149-150).

Creo interesante señalar que en México, en materia penal, el indulto necesario procede, entre otros motivos, por causas semejantes a los casos de procedencia del recurso de revisión en España (artículos 614 del Código de Procedimientos Penales y 94 del Código Penal, ambos del Distrito y Territorios Federales); causas entre las cuales particularmente me interesa resaltar la de la fracción I, del citado artículo 614, que dice: "Cuando la sentencia se funde en documentos... que después de dictada fueren declarados falsos en juicio". Dispositivo que seguramente de alguna manera influyó —así como el español correspondiente: párrafo 2o., del artículo 1796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, en el actual artículo 531 del Código de Procedimientos Civiles, que igualmente permite hacer valer, contra la sentencia con autoridad de cosa juzgada, si bien por vía de excepción, entre otras, "*la de falsedad del instrumento*". De manera que, atendiendo a los antecedentes, al respecto, de este artículo, contradictorio por cierto (véase el número 4, inciso d), de este Capítulo), creo que la excepción de falsedad sólo procede siempre que la misma falsedad hubiese sido declarada por sentencia definitiva, y a condición de que no se hubiere podido invocar en el proceso civil, bien por haberse declarado con posterioridad a la cosa juzgada civil, o bien porque, aunque declarada con anterioridad, sin embargo, la parte interesada no pudo invocarla por

ignorar el hecho; porque, evidentemente, sólo entonces se presenta al juzgador la necesidad a que se refiere don Emilio Reus de, por hallarse en presencia de dos verdades legales contradictorias, tener que resolver cuál de ambas debe prevalecer: ¿ha de prevalecer la sentencia que partió de la base de que el documento es válido, o vale la que lo ha declarado falso? (véase más adelante el Núm. 6, del Capítulo VIII). Además de que es obvio que resulta absurdo pensar que la excepción pudiera alegarse después de un año de que la sentencia civil alcanzó la autoridad de la cosa juzgada, en las situaciones en que ha existido la posibilidad de hacerla valer antes del pronunciamiento de dicha sentencia.

Pues bien, a semejanza de aquellos casos que entre nosotros se pueden invalidar por vía de apelación extraordinaria, en España puede hacerse lo propio mediante el recurso de audiencia o rescisión, y así como en nuestro Código de Procedimientos Civiles, por vía de excepción, se puede atacar la cosa juzgada que se apoye en documento o documentos falsos, en la madre patria puede hacerse mediante el recurso de revisión. Pero mientras que en España los recursos de audiencia y de revisión sólo son utilizables contra las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada; entre nosotros esto es cierto en los casos de instrumentos falsos (artículo 531), y, con las limitaciones que después se precisarán, tratándose de la apelación extraordinaria. En cambio, en lo que respecta al recurso extraordinario de casación —en vigor en México hasta el Código de Procedimientos Civiles de 1884, Código en el que fué suprimido en el año de 1919—, tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, como en nuestro Código Procesal abrogado, con dicho recurso únicamente es procedente impugnar sentencias definitivas ya irrecuperables ordinariamente, pero sin autoridad de cosa juzgada (véanse los Arts. 698 y 705 de nuestro Código de 1884, y 1689, 1690 y ss. de la Ley española).

Volviendo, pues, especialmente a la materia propia de la apelación extraordinaria, citaba, como antecedente histórico de la mis-

ma, el antiguo incidente español de nulidad, que lo mismo podía intentarse por acción directa que mediante el recurso de apelación.

En México, el incidente de nulidad por vicios del procedimiento, se estableció por primera vez en la Ley de 23 de marzo de 1837, y de aquí pasó a la de 4 de mayo de 1857. Fue un procedimiento que permitió, por vía de excepción, que la sentencia pronunciada no perjudicara a los que no hubiesen litigado, o a los que no hubiesen sido representados legalmente. (Anales de Jurisprudencia, tomo XXIII, Pág. 657).

Después de estas leyes, siguiendo a don Demetrio Sodi, se tiene que:

"Nuestro Código de Procedimientos Civiles de 15 de agosto de 1872 creó el recurso de casación refundiendo en él la nulidad por vicio en el procedimiento y consignando en el artículo 1600 lo siguiente: "Aunque no se haya interpuesto el recurso de casación, los que no han litigado, pueden pretender por vía de excepción que la sentencia no les perjudique".

"En el artículo 1601 de ese Código se estableció: "Lo dispuesto en el artículo anterior se observará también respecto de los que no hayan sido representados legítimamente".

"El Código de 1872 fue reformado por el de 1880 y en la exposición de motivos se dijo: "se suprimieron los artículos 1600 y 1601, porque sin necesidad de consignarlo en la ley, ya se sabe que la sentencia daña o aprovecha a los que han litigado, de manera que para los que no han intervenido en el juicio es res inter alios acta; y porque de la misma manera es obvio que los que no han sido legalmente representados en el juicio, son tan extraños como si de ningún modo hubieren intervenido".

"En el Código de 84, solamente quedó el artículo 97 que nos dice que las notificaciones que se hicieren en forma distinta de la prevenida por la ley serán nulas y la parte agraviada podrá promover ante el mismo juez que conozca del negocio, el respectivo incidente sobre declaración de nulidad de lo actuado, desde la no-

tificación hecha indebidamente". (La Nueva Ley Procesal, tomo II, Págs. 214-215).

Bien sabido es que el emplazamiento del demandado al juicio, señala el nacimiento de la relación procesal. Pero es menester que esa notificación se haga llenando los requisitos exigidos por la ley, porque, de lo contrario, la misma carece de validez, resultando que, por ser nula la base, lo es también todo el proceso que en esa base se sustente.

Por tratarse igualmente de un presupuesto procesal, también es nulo el proceso seguido por juez incompetente, cuando su jurisdicción no es prorrogable (sabemos que sólo es prorrogable la jurisdicción por razón del territorio, y aquella en que, conociendo el Tribunal Superior de apelación contra interlocutoria, resuelta que sea, las partes estén de acuerdo en que conozca de la cuestión principal: artículo 149).

En cualquiera de las situaciones a que se refieren los dos párrafos que preceden, no podría negarse que no ha existido juicio válido; porque evidentemente son elementos de constitución del proceso verdadero, tanto el emplazamiento al juicio, como la competencia. Faltando cualquiera de éstos, el juicio es irrelevante. La relación procesal entre actor y demandado, a través del juez competente, no llega a nacer realmente: falta un presupuesto fundamental de constitución. Por eso la instancia y el fallo son nulos, así éste haya pasado en autoridad de cosa juzgada. "El recurso de apelación extraordinaria, al nulificar la sentencia firme, la priva de la autoridad de la cosa juzgada que pudiera tener", dice con toda razón don Eduardo Pallares (Diccionario de Derecho Procesal Civil, página 56).

Pero se observa que, mientras que las sentencias en los casos de las tres últimas fracciones del artículo 717, son susceptibles de causar ejecutoria y, por ende, de pasar en autoridad de cosa juzgada (artículo 426), por no haberse interpuesto en su contra el recurso ordinario, naturalmente previa la tramitación del incidente

respectivo (artículos 427, fracción II y 428); en cambio, tratándose de los casos de juicios en rebeldía en que el demandado hubiere sido emplazado por edictos, la cosa juzgada no puede producirse mientras pueda hacerse valer la apelación extraordinaria; porque son sentencias que no causan ejecutoria y, por tanto, que no pueden ejecutarse (artículo 644), sino hasta pasados tres meses de su notificación (el mismo plazo que la ley da para interponer el recurso: artículo 717). y puesto que, como es sabido (citado artículo 426), no hay cosa juzgada mientras la sentencia no cause ejecutoria.

En conclusión, pues, puede decirse que si la apelación extraordinaria prospera, los efectos de la sentencia que con motivo de aquélla se pronuncie, consisten en reponer, por vía de nulidad, todo el procedimiento impugnado, inclusive la sentencia que, en su caso, hubiese adquirido la autoridad de la cosa juzgada; autoridad cuya *inmutabilidad* se ve de esta suerte limitada (véase el No. 6 de este mismo Capítulo IV).

b). *La inmutabilidad de la cosa juzgada y el juicio de amparo.*—Sobre esta cuestión, el señor Lic. don Ignacio Burgoa, afirma que los artículos 426 y 427 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales y el 356 del Procesal Federal, han incurrido en el absurdo de considerar, como cosa juzgada, a la resolución impugnada mediante amparo, cuya validez constitucional está pendiente de decidirse, y en vista de ello, piensa que "se debería legalmente considerar como sentencia ejecutada, como cosa juzgada o verdad legal, no sólo aquella contra la que no se pudiera ya entablar ningún recurso, medio de defensa o de impugnación ordinarios, sino respecto de la cual no procediera... un conducto extraordinario como es el juicio de amparo". (El Juicio de Amparo, Págs. 518 y 519, Ed. Porrúa 1950).

Coincidiendo con este punto de vista, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha dicho que, "aunque es verdad que el amparo no es una tercera instancia ni por tanto un recurso, sino un juicio constitucional autónomo, cuya materia está constituida por

cuestiones jurídicas del todo diversas de las que lo son en el juicio del que emana el acto reclamado, puesto que en éste la autoridad judicial decide sobre los derechos y obligaciones controvertidos por las partes, y en aquél lo que se juzga es si los actos de dicha autoridad son o no violatorios de las garantías constitucionales invocadas por la quejosa; aunque es verdad también que la autoridad responsable juega en el amparo el papel de parte demandada, mientras que en el juicio ordinario funge como órgano de justicia, y aunque es también cierto, por último, que en el caso concreto y de conformidad con el texto expreso de la fracción II, del artículo 426 del Código de Procedimientos Civiles de Coahuila (igual al 426 de la misma materia del D. F.), las sentencias de segunda instancia constitutivas del acto reclamado en el amparo directo, constituyen cosa juzgada puesto que causan ejecutoria por ministerio de ley; sin embargo, debe decirse que, atento al principio de la jerarquía de las leyes, propio de nuestro régimen federal, por virtud del cual la Constitución y las leyes federales están supraordenadas a las locales, de tal manera que aun cuando conforme al texto expreso del precepto del Código Procesal, las sentencias de segunda instancia causan ejecutoria por ministerio de ley y constituyen la cosa juzgada, lo cierto es que estableciendo nuestra Constitución Federal, que como se sabe es la ley suprema de toda la Unión, el juicio de amparo directo contra tales sentencias, de ello resulta que no es dable, bajo ningún concepto, que se pueda considerar que las repetidas sentencias tengan la certeza y autoridad de la cosa juzgada, puesto que contra ellas existe el medio de impugnación constitucional del amparo, y de ahí que la disposición contenida en el artículo 268 del Código Civil de Coahuila (igual al del mismo número del Civil del D. F.), tenga necesariamente que entenderse, en cuanto a la expresión que usa de que no podrá promoverse el divorcio por la causal que el propio precepto establece, "sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia", que tal sentencia no puede ser otra que la que, en definitiva, esta-

blece la cosa juzgada, o sea la de amparo, cabiendo, inclusive, con relación a ella, la distinción de que si la misma niega la protección constitucional, a partir de su notificación es cuando debe computarse el término de los mencionados tres meses, puesto que es a partir de su pronunciamiento cuando queda firme la resolución de segunda instancia, en tanto que cuando dicha sentencia concede el amparo, la fecha de la iniciación del cómputo será hasta cuando la autoridad responsable, en cumplimiento de la de amparo, que como se sabe establece el reenvío, dicte y notifique una nueva, dejando sin efecto la suya y ajustándose a los términos de la ejecutoria de la Corte. Y siendo ello así, es evidente que los términos a que se refieren los artículos 268 y 278 del Código Civil, no deben computarse a partir de la fecha de la sentencia de segunda instancia, sino a partir de la fecha en que la Suprema Corte niegue el amparo y quede notificada su ejecutoria por conducto de la responsable". (Ejecutoria de 7 de mayo de 1958, dictada en el amparo directo 3492/1957, promovido por Genoveva Vara de Vázquez, y en sentido semejante, las ejecutorias de 10 de marzo de 1950 y de 2 de diciembre de 1954, pronunciadas, respectivamente, en los amparos directos 7288/945/2a., Antonio Carmona Piña y 2342/954/2a., promovido éste por Félix Galindo; en el concepto de que la síntesis que precede de la ejecutoria de que se trata, está copiada del Boletín de Información Judicial, correspondiente al 2 de junio de 1958, Núm. 130, Págs. 336-338).

Considero, al respecto, conforme a lo que es actualmente nuestro sistema jurídico, que las sentencias definitivas que son reclamadas mediante el juicio constitucional, no por ello pierden la autoridad de la cosa juzgada que han adquirido de acuerdo con la Ley Procesal (cuando la suspensión no se hizo valer o ésta fué negada), ni pierden tampoco la posibilidad de adquirirla, cumplidos los requisitos que señala dicha Ley. Baso esta afirmación, en lo siguiente:

Primero.—Existe ley expresa de acuerdo con la cual causan

ejecutoria por ministerio de ley (con la limitación que proviene de la suspensión en materia de amparo, a que después se hará referencia), entre otros casos, las sentencias dictadas en segunda instancia (artículo 426, fracción II, del Código de Procedimientos Civiles). No existe ningún precepto que estatuya que tales resoluciones no causen ejecutoria, excepcionalmente, en el caso en que se interponga amparo en su contra; luego, aun en el supuesto de que dicho juicio de garantías se haya hecho valer, debe considerarse que la ejecutoria reclamada en el amparo, es sentencia ejecutoria, y por ende, cosa juzgada.

Segundo.—Es evidente que, si el amparo se concede, siendo sus efectos restitutorios, tal cosa equivale a una declaración de nulidad del acto reclamado, y entonces es claro que habrá de influir substancialmente en la resolución reclamada, puesto que la deja sin efecto.

Pero, ¿qué diferencia habría entre esto y el caso en que en un juicio de nulidad de otro juicio (cuya sentencia ha causado ejecutoria y en donde el amparo no se haya interpuesto) se dicta sentencia favorable a la nulidad reclamada? ¿No aquí también la sentencia que se dicta influye no sólo en la sentencia del otro juicio, sino en todo el procedimiento? ¿Podría decirse, sin embargo, que aquí la sentencia definitiva, mientras no se dicta la que la nulifica, no es sentencia ejecutoriada, y por ende, la verdad legal?

Es claro que la sentencia en el juicio de nulidad de otro juicio, influye tanto en éste, como influye en el acto reclamado la sentencia de la Corte que concede la protección de la justicia federal. En ambas situaciones se restituyen las cosas al estado que tenían antes. El juicio cuya nulidad se solicita, es diverso de aquel en que dicha nulidad se reclama. También son juicios diversos el de garantías y aquel en que se dicta el acto reclamado.

Por tanto, tratándose de juicios diferentes, es obvio que la resolución reclamada en el amparo, debe conservar su propia situación de sentencia ejecutoriada, y por eso, de cosa juzgada, mientras

su condición no sea cambiada por la sentencia de amparo que se dicte, de la misma manera que, por tratarse también de juicios diversos, conserva su calidad de sentencia ejecutoriada la que se dicta en el negocio cuya nulidad se reclama, mientras tal nulidad no se pronuncia.

Es que no se trata de simples recursos, en cuyo caso la sentencia recurrida no causa ejecutoria entre tanto el recurso ordinario interpuesto no se resuelve. Se trata, se repite, de juicios diferentes que, aunque unos influyen en los otros en los términos expresados, conservan, sin embargo, sus sentencias, el carácter de cosa juzgada mientras no sean modificadas. Y si es verdad que desde el punto puramente doctrinal, pudiera discutirse si más bien no se trata de un verdadero recurso, en el amparo directo, por ciertas analogías que con aquél han podido encontrarse, aun cuando señalando también sus diferencias, tratando de discernirlo como un recurso especial; si tal cosa es verdad, repito, no cabe ninguna duda de que, de acuerdo con nuestra Ley de Amparo y la jurisprudencia de la Corte, se trata, según se le denomina expresamente, de juicio y no de recurso: del juicio de amparo.

Contiene, es verdad, modalidades determinadas que lo diferencian substancialmente de los demás juicios; pero ello no quiere decir que tales circunstancias le hagan perder su calidad de juicio. No necesariamente los juicios deben tener las mismas características. La modalidad de la suspensión en el juicio de garantías, verbi gracia, que vincula al amparo con la resolución reclamada, suspendiendo los efectos de ésta, se debe tan sólo a la necesidad de conservar la materia del juicio constitucional, o bien a la de evitar perjuicios de difícil reparación, es decir, se trata de una modalidad especial que responde a las necesidades y finalidades, así como a la naturaleza misma del juicio de amparo, cuyo objeto final no es otro que determinar si el acto reclamado es o no conforme a la Constitución.

Por consiguiente, se puede establecer que, siendo el amparo

un juicio especial que tiene por objeto determinar si el acto reclamado es o no violatorio de la Constitución y no un simple recurso, es claro que, toda sentencia ejecutoria reclamada en dicho juicio, mientras el amparo no se conceda, se conserva en las mismas condiciones, es decir, con todo su vigor y con la misma fuerza ejecutoria y, por tanto, con autoridad de cosa juzgada (ideas tomadas de un proyecto de sentencia —fue aprobado— presentado por mí en la Segunda Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales, siendo Secretario Auxiliar de la misma, y véase el Semanario Judicial de la Federación, tomo XVIII, página 357).

Tercero.—Mi maestro don Eduardo Pallares, sobre este mismo tema, en interesante, aunque breve estudio, "Las Sentencias Ejecutorias y el Amparo" (estudio que puede leerse en su libro "La Vía de Apremio...", Págs. 203-206), sostiene un punto de semejante al expuesto con anterioridad. Dice, en efecto, en lo conducente:

"Las sentencias ejecutorias y el amparo.—La Tercera Sala del Tribunal Superior del D. F., sostiene la tesis de que la interposición del juicio de amparo en contra de una sentencia impide que ésta sea ejecutoria... Dice: "...que las sentencias pronunciadas por los jueces... no han quedado firmes, puesto que en los juicios de divorcio en que ambas sentencias fueron dictadas, los demandados interpusieron respectivamente el de garantías que les correspondía, alegando violación de las individuales..."

"Esta resolución es importante porque aunque incidentalmente toca una difícil situación procesal, o sea la relativa a los efectos que produce la simple interposición del amparo con respecto a las sentencias que, de acuerdo con la ley procesal común, son ejecutorias.

"El punto no es tan sencillo como parece a primera vista por las siguientes razones:

"a).—De acuerdo con lo que previene el Art. 426 del Código

de Procedimientos Civiles del D. F., causan ejecutoria por ministerio de ley, las sentencias de segunda instancia, las cuales por esta razón, por si mismas *y sin más trámites tienen la fuerza de la cosa juzgada.*

"La misma autoridad tienen las de primera instancia que no hayan sido recurridas; pero es necesario declaración judicial para que puedan convertirse en ejecutoria.

"Supongamos que se interpone el recurso de amparo contra una sentencia de segunda instancia, en tal circunstancia se plantea el siguiente problema: *¿la interposición del amparo quita a la sentencia de que se trata el carácter de ejecutoria?...*

"Ni el Código de Procedimientos Civiles, ni la Ley de Amparo, ni menos la Constitución General de la República, autorizan a sostener que por el hecho puro y simple de la demanda de amparo la sentencia deja de ser ejecutoria. Me fundo en lo siguiente:

"a).—Los Arts. 426 y 427 del Código de Procedimientos Civiles que determinan cuáles son las sentencias ejecutorias, lo hicieron sin subordinar este carácter a la posibilidad de que los agraviados pueden hacer valer el... amparo. Según el primero de estos artículos es ejecutoria la sentencia de segunda instancia, por si misma y sin que sea necesario esperar los quince días dentro de los cuales la parte agraviada puede interponer el juicio de garantías.

"Indudablemente que los autores del Código sabían que de acuerdo con nuestra Constitución, las sentencias de segunda instancia pueden ser nulificadas por medio del... amparo. A pesar de ello,... no subordinaron la ejecutoriedad a la interposición del amparo ni menos a sus resultados definitivos.

"En otras palabras, no establecieron relación entre los requisitos que deben llenarse para que sea ejecutoria una sentencia y la probable interposición del juicio de garantías. Pudieron haber dicho: *no causan ejecutoria las sentencias de segunda instancia contra las cuales se haga valer el... amparo mientras no se decida éste.*

No lo hicieron por razones de peso y, sin embargo, eso que no hicieron es precisamente lo que ha resuelto la Tercera Sala.

"Concluyo pues, esta primera parte de mi exposición en el sentido de que, en el Código de Procedimientos Civiles no hay disposición alguna que apoye la tesis de que vengo hablando.

"b).—¿La habrá en la Constitución o en la Ley de Amparo? Tampoco existe ninguna disposición expresa que resuelva la cuestión, pero hay que tener en cuenta las disposiciones concorrentes a la suspensión definitiva del acto reclamado y distinguir según se haya pedido o no dicha suspensión.

"Si no ha sido solicitada, la demanda de amparo por sí misma y la tramitación del juicio de garantías no despojan a la sentencia de su ejecutoriedad. No existe precepto alguno del cual pueda inferirse este efecto substancial tan grave. Por el contrario, si se obtiene la suspensión definitiva y ésta no sólo concierne a la ejecución misma del fallo sino también a todos los efectos que puedan dimanar de la dicha ejecutoriedad, entonces no cabe duda de que mientras esté en pie la suspensión, la sentencia no puede considerarse como ejecutoria; pero este efecto no dimana de la sentencia de amparo ni de la simple tramitación del juicio sino de las consecuencias propias de la suspensión definitiva del acto reclamado . . .

"d).—Finalmente, si en definitiva se otorga el amparo, la sentencia que lo haga no quita a la sentencia su ejecutoriedad, hace más que eso, la nulifica porque, de acuerdo con aquélla, deben volver las cosas al estado que se encontraban antes de que se pronunciara el fallo, o lo que es igual, éste deja de existir jurídicamente".

Debe, pues, admitirse que, si la suspensión se niega o no se hace valer, la autoridad de la cosa juzgada que la sentencia adquiere, no se pierde por la sola interposición del juicio constitucional, aunque, a partir de ese momento, por su vinculación con el resultado del amparo, quedará sujeta, para el caso de que éste se

conceda, a los efectos restitutorios que le son propios, o sea, para repetir los conceptos de Kohler y Mortara, quedará sujeta a condición resolutoria (*Instituciones de Chiovenda*, tomo III, Núm. 391, Ed. de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954).

Se trata de un ligamen o vinculación de la cosa juzgada con el amparo, que, como rectamente lo advierte el doctor y maestro, don Ignacio Medina, no rompe con el principio de seguridad jurídica que a aquélla sirve de justificación; tanto más que, para emplear sus mismas expresiones, "la cosa juzgada está sujeta en todo caso a limitaciones y que, por sus propias características, es relativa, tanto, que nuestros ordenamientos procesales, al consagrarse su apoyo en una presunción *juris et de jure*, o en una afirmación de verdad legal, dejan siempre abierta la puerta de su relatividad, al decir, ad exemplum, el Código Federal de Procedimientos Civiles, "salvo los casos expresamente determinados por la ley". Mas no debe incurrirse en confusión. Esos casos expresamente determinados a que allí se alude, son aquellos que las leyes de igual jerarquía han previsto, como ocurre en los supuestos del artículo 93 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios; mas hay otros que, sin estar previstos en leyes de la misma jerarquía, han de admitirse porque suscitan el problema de la validez de la norma individualizada en la sentencia, frente a los imperativos de la Ley Suprema. En otras palabras, el ejercicio de la acción de amparo contra las resoluciones judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada, viene a colocar a éstas en situación de conexión y de relatividad temporal con el juicio de garantías, comprometiendo su validez, al suscitar el conflicto entre la norma individualizada en ellas y las garantías consignadas en el artículo 14 de la Ley Suprema. Es, pues, una relatividad en función... de jerarquía de normas". (Su bello estudio *La Sentencia Civil Impugnada en Amparo en el Derecho Mexicano*, publicado en Italia en 1957).

Pero para finalizar este punto, se me ocurre interrogar: ¿Con-

siste, acaso, la relatividad de la cosa juzgada, en que deba considerarse que ésta desaparece por el sólo hecho de la interposición del amparo? Bien está que admitamos que la relatividad de que se habla se funde en la diversa jerarquía de las normas. Si se tratase de conflictos de leyes; si en la Ley de Amparo o en la Constitución hubiese algún precepto que despojase a la sentencia, en las condiciones señaladas, de la cualidad de la cosa juzgada, entonces, claro está, por la mayor jerarquía de estas leyes, prevalecería lo por ellas dispuesto en contra de lo establecido por la ley ordinaria. Mas no sólo no existe tal oposición, sino que inclusive resulta que, conforme a la Ley de Amparo, cuando éste se interpone, se siguen produciendo todos los posibles efectos de la sentencia reclamada, es decir, según el caso, sus efectos ejecutivos, constitutivos, declarativos o de condena, salvo, *naturalmente*, que se concediese, en el juicio de garantías, la suspensión de tales efectos. Lo que significa que, a menos que se trate de la salvedad aludida, la sentencia continúa siendo ejecutoria, y por ende, conservando, como se ha explicado, la calidad de cosa juzgada. Ciento es también que, como lo expresa nuestra H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, el amparo, aunque juicio especial, es asimismo un medio impugnativo de la sentencia reclamada; pero otro tanto acontece con el juicio diverso de nulidad de la sentencia obtenida fraudulentamente, puesto que se trata también de un medio para combatirla, y no se ocurre pensar que, sólo por la interposición de este juicio, la cosa juzgada que se combate desaparezca o siquiera se suspenda, mientras el juicio de nulidad está pendiente de resolverse. Debe insistirse, no existe ningún precepto que disponga la cesación de la cosa juzgada ya producida conforme a las leyes ordinarias (no lo hay en estas leyes ni en la Constitución ni en la Ley de Amparo), por el sólo hecho de que se promueva el juicio constitucional; como tampoco existe ningún artículo que ordene la cesación de la cosa juzgada producida igualmente conforme a las leyes ordinarias, por el hecho de que se hubiese intentado en juicio ordinario separado

la nulidad de esa cosa juzgada y de todo el proceso, verbigracia, por tratarse de un proceso fraudulento. La relatividad consiste en que la cosa juzgada, desde el momento en que el juicio de amparo se promueve, queda naturalmente condicionada a que no se conceda la protección federal reclamada, pues que, si se otorgase, como ya se explicó con anterioridad, por virtud de los efectos restitutorios de la sentencia que concede el amparo, dicha cosa juzgada se resuelve, y consiste asimismo en que también se ve condicionada por los efectos propios de la suspensión del fallo reclamado, cuando esa suspensión se concede. En suma, la cosa juzgada no se superedita, conforme a nuestras leyes, por la existencia de juicios diversos para combatir la sentencia en que se produce; pero naturalmente otra cosa sería si el amparo no fuese juicio sino recurso.

Cuarto.—Afirma con anterioridad que la solución adoptada sobre la cuestión que se analiza no puede ser otra que la de considerar que la cosa juzgada que la sentencia adquiere, no se pierde por la sola interposición del juicio de garantías, desde el momento en que el amparo no es un recurso sino un juicio especial. Se impone, pues, que examine con mayor detenimiento, por qué el amparo no es recurso sino juicio.

Recordaré que la Ley Reglamentaria de 1861, designó al amparo simplemente con la expresión "juicio", precisamente como lo llamó el artículo 102 de la Constitución Federal de 1857.

La Ley de 1869 —dice don Emilio Rabasa—, comienza a considerar el amparo como recurso, prefiriendo generalmente esta designación; cosa que igualmente hace la Ley de 1882, puesto que también casi siempre le da el nombre de recurso; "pero en seguida, lo que parecía resultado no intencional del concepto que de esta clase de procesos se había ido formando, se sometió a especial consideración, y fué deliberada resolución llamar siempre "juicio" al amparo en el Código Federal de Procedimientos Civiles, y ha quedado legalmente resuelto, que es siempre y en todo caso un juicio". (El Art. 14. Estudio Constitucional, Pág. 160).

Expresa el propio Rabasa, que el juicio no se inicia sino intentando una acción, para reclamar un derecho que se afirma, de tal manera que empieza con la demanda y concluye con la sentencia que causa ejecutoria; en tanto que el recurso se deduce para impugnar una resolución, la cual debe revisarse, con el objeto de lograr que se corrija la mala aplicación de la ley. De manera que el recurso forma parte del juicio, y empieza con la reclamación del error cometido y termina con la sentencia, que no necesariamente da fin al juicio.

Considera don Emilio Rabasa, que, entendidas así las cosas, el amparo puede ser un juicio o un recurso. Es juicio, cuando con él se reclama la violación de cualquier artículo de la Constitución que no sea el 14, y afirma que es recurso, cuando se reclama la violación de este precepto. El amparo juicio se inicia con la demanda de garantías en que se intenta la acción para obtener la reparación del derecho violado, y termina con la sentencia que recae. El juez ordinario que ejecuta la sentencia de la Corte, sólo cumple la resolución; pero ya no examina la acción que la sentencia federal resolvió. Otra cosa acontece cuando se reclama la violación del citado artículo 14. Sus puntos de vista, al respecto, textualmente son los siguientes:

"...y entonces el procedimiento federal tiene toda la naturaleza y todos los caracteres del recurso; el pretexto es una violación, pero como el oficio de la Suprema Corte, es examinar si la ley ha sido o no exactamente aplicada, es de mera revisión, y tiene por objeto enmendar la mala aplicación de la ley en los procedimientos comunes; la resolución de la Corte no fenece el juicio, porque no resuelve definitivamente sobre la acción intentada, y los tribunales comunes, continuándolo, siguen sobre la misma materia en que intervino la justicia federal. Hay simple recurso cuando se hace mera revisión, siempre que una autoridad se propone justamente la misma cuestión que se propuso la que dictó la resolución reclamada; el juez común dice: la ley X se aplica de tal modo en el presente

caso; la justicia federal se pregunta si la ley X se aplica efectivamente de tal modo en aquel caso, y resulta de esta manera el amparo tan revisión que, por su esencia, no se distingue en nada del recurso de apelación". (Obra citada, Págs. 161-162).

Para Rabasa, pues, el amparo es recurso sólo en el caso del artículo 14, y en todos los demás casos de violación de garantías, es juicio.

En su cátedra de garantías y amparos, mi maestro don Mariano Azuela, si bien en tesis general admite la distinción de Rabasa del amparo como juicio y como recurso, sostiene que, en ambas situaciones, en todo caso se está en presencia de un juicio especial y de un recurso también especial, puesto que, como juicio, tiene notas específicas que lo distinguen de los juicios del derecho común, y como recurso, también tiene características que lo distinguen de los recursos ordinarios.

Visto como juicio —expresa—, el amparo tiene un "aspecto político" que deriva del carácter de derecho público de la garantía individual violada y de la Constitución en que se hallan dichas garantías. Deriva su "aspecto político" del hecho de que la controversia que en el juicio se plantea, no es una controversia entre particulares, sino se trata de conflictos que surgen entre la autoridad responsable y un particular, respecto a la existencia o inexistencia de violaciones constitucionales. El juicio de amparo, por su finalidad, resuelve sobre la eficacia o ineficacia del acto reclamado, examinando si ese acto es o no es conforme a la Constitución Federal.

Considera el maestro Azuela que el amparo, visto como recurso, sólo lo es en cuanto que la autoridad judicial federal analiza el mismo problema jurídico que estudió el tribunal de alzada; en él se dilucida también si el acto reclamado es o no conforme a la ley que lo debe regir, teniendo en cuenta, en principio, las mismas pruebas que tuvo en consideración la responsable. Pero mientras que tratándose del recurso ordinario, el superior, previo el estudio

de si el acto se halla o no ajustado a la ley aplicable, directamente resuelve confirmando, modificando o revocando la resolución recurrida; en cambio, en el amparo, esto no se hace, sino que, previo estudio —conforme a los conceptos de violación reclamados—, de si el acto se encuentra o no apegado a la ley aplicable, se concede o niega la protección federal solicitada, y si el amparo se concede, la responsable pronuncia entonces nueva resolución en la que, respetando las bases de la ejecutoria federal, decide absolviendo o condenando en cumplimiento del fallo pronunciado por la Corte. Lo que quiere decir que la sentencia de la justicia federal no termina el asunto jurídicamente, toda vez que no se termina sino hasta que la autoridad responsable ha cumplimentado cabalmente esa resolución (versión taquigráfica de Armando Calvo M., de su Curso de Garantías y Amparo, que impartía en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de esta Ciudad, correspondiente al año de 1932, Págs. 111-121, del tomo II).

Pues bien, me adhiero a la opinión —sostenida brillantemente en la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, por mi maestro don Gabriel García Rojas—, de que el amparo es un juicio extraordinario y no un recurso, por las siguientes razones fundamentales:

De la Colina, define el recurso: "Se llaman recursos los medios que se acuerdan a los litigantes para hacer dejar sin efectos las resoluciones que les perjudican, sea por el mismo juez que las dictó, sea por el superior". (Definición tomada de la Obra de Manuel Ibáñez Frocham, Los Recursos en el Proceso Civil, Pág. 23. Ed. Buenos Aires de 1943).

Para Prieto Castro, técnicamente hablando, los verdaderos recursos son "los medios de impugnación que persiguen un nuevo examen del asunto ya resuelto, ante un organismo judicial de categoría superior al que ha dictado la resolución que se impugna". En seguida agrega este autor que "la nota característica del recurso en sentido propio es el llamado efecto devolutivo, o sea el paso del negocio a otro Tribunal (superior), yendo precisamente

indicada tal nota en la etimología de la expresión "recurso". (Derecho Procesal Civil, tomo II, Núm. 501).

Observa Manuel de la Plaza, que la técnica reserva el nombre de recursos a los medios de impugnación por virtud de los cuales el que se considera agraviado por la sentencia, acude al superior para que fiscalice lo hecho por el inferior y modifique o revoque dicha sentencia. (Derecho Procesal Civil Español, 3a. Ed., Vol. I, Pág. 607).

La definición que de los recursos da Jaime Guasp, es ésta: "Una pretensión de reforma de una resolución judicial, dentro del mismo proceso en que dicha resolución judicial ha sido dictada". Y señala, como característica de los recursos, los siguientes: que son a instancia de parte; que se trata de pretensiones que persiguen que la resolución impugnada sea sustituida por otra; que se deducen en el mismo proceso del cual forman parte, de tal manera que si se deducen en proceso aparte y diverso y persiguen dejar sin efecto o que se modifique la resolución impugnada, no se trata de verdaderos recursos, y pone de relieve que su objeto no es declarar la nulidad de la resolución recurrida, sino, como antes se indica, sustituirla por otra. (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, tomo I, Págs. 1039 y ss.).

En México, el recurso propiamente dicho, con el cual se pretende asimilar el juicio de amparo, es el de apelación, si bien algunas veces se quiere asimilarlo al de casación; pero evidentemente no es semejante al recurso de apelación, ese juicio especial, porque:

1o. El recurso (siempre me estaré refiriendo al de apelación), significa continuación de instancias precedentes. El amparo —me he de referir siempre al directo— no es esto, sino una única instancia de naturaleza constitucional.

2o. En el recurso, el superior resuelve el caso en ulterior grado. Las autoridades que conocen del amparo, no son el superior en el sentido jerárquico del recurso, esto es, no son el superior que conoce del mismo caso en la instancia o grado subsiguiente, sino

el superior en única y definitiva instancia; característica derivada de la naturaleza de la jurisdicción que ejerce como órgano de control constitucional.

3o. En el recurso, el inferior devuelve al superior la jurisdicción que este mismo le había delegado. En el amparo, no hay devolución de jurisdicción, sino jurisdicción propia e indelegable.

4o. En el recurso, en consecuencia, el superior goza exactamente de la misma jurisdicción que el inferior. En el amparo, en cambio, se trata de una jurisdicción diferente y única, no ordinaria, sino constitucional.

5o. La sentencia del superior, en el recurso, produce el efecto de confirmar, modificar o revocar la sentencia impugnada. La ejecutoria de amparo produce el efecto inherente a la declaración de que el acto reclamado es o no contrario a las garantías individuales públicas consignadas en la Constitución Federal.

6o. Mientras que la sentencia del superior, en el recurso, substituye simplemente a la del inferior, pues no hay reenvío; en cambio, en el amparo, cuando se concede, sus efectos son semejantes a los de una declaración de que el acto reclamado es nulo; puesto que establece a cargo de la autoridad responsable la obligación de restituir las cosas al estado anterior a la realización de dicho acto: hay reenvío.

7o. El recurso se deduce en el mismo proceso del cual forma parte, y se tramita conforme a la ley ordinaria. El amparo no se interpone en el mismo proceso, sino en proceso con finalidades propias y de naturaleza diferente, y se tramita conforme a la ley de índole especial y de más elevada categoría, esto es, conforme a la Ley Federal de Amparo.

8o. El amparo, como todo juicio, empieza por demanda; demanda en la que se deducen tantas acciones, como número de conceptos de violación fundados se hacen valer; en el concepto de que, igualmente como todo juicio, termina con sentencia. La promoción en la que se interpone el recurso, no es verdadera demanda,

sino escrito en que se señalan los errores que se consideran cometidos en la sentencia recurrida; no es instrumento para deducir acciones, sino medio de impugnación de resoluciones que ya decidieron sobre las acciones de derecho común ejercitadas.

9o. El proceso del amparo termina siempre decidiendo sobre las pretensiones de violación de garantías deducidas, con la ejecutoria de la Corte que la autoridad responsable debe simplemente cumplir; porque si bien es cierto que en los casos de exceso o defecto de ejecución, se acude al recurso de queja, evidentemente se procede así no porque el proceso de garantías no haya terminado con la sentencia, sino precisamente para que ésta se cumpla en sus propios y naturales alcances. La sentencia en el recurso, en cambio, no necesariamente pone fin al proceso, el cual puede continuar por sus propios pasos hasta su terminación con sentencia definitiva, que examina las pretensiones de fondo entabladas. El juez ordinario que ejecuta el fallo de la Corte, como antes digo, lo cumple simplemente; pero nunca examina más las pretensiones constitucionales decididas por la justicia federal; de lo contrario, no se trataría verdaderamente de procesos terminados.

10o. En el recurso, las partes del proceso en la instancia inferior, son las mismas que en la superior, y nunca es parte en el grado subsiguiente la autoridad que pronunció la sentencia recurrida (también es así en la casación). En el amparo, las partes no son las mismas que en el juicio ordinario, puesto que en él no se dirimen los conflictos que entre los particulares surgen, sino se resuelven los que se suscitan exclusivamente entre los particulares y las autoridades.

11o. En el recurso, es factible la recepción de nuevas pruebas, con apoyo en las cuales la sentencia recurrida puede ser modificada o revocada. En el indebidamente denominado recurso de amparo, la Corte debe examinar sobre la existencia o inexistencia del acto reclamado y sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad, tomando exclusivamente como base las pruebas que se

rindieron ante la autoridad responsable y que ésta tuvo en cuenta al dictar su fallo.

12o. El objeto de las pruebas aportadas en el recurso, al igual que el de las rendidas en la instancia inferior, es justificar las pretensiones deducidas en el pleito; en tanto que, en el amparo, su finalidad no es comprobar las pretensiones del juicio ordinario, sino otras con vida propia y de distinta esencia deducidas en el proceso de garantías; concretamente, su objeto es demostrar la existencia del acto reclamado y su inconstitucionalidad.

13o. Mientras que el juicio de amparo, como correctamente lo observa mi maestro Azuela, tiene un aspecto político que deriva del carácter de derecho público de la garantía individual violada y de la Constitución de que las garantías integraran parte; el recurso, en cambio, es evidente que carece en lo absoluto del señalado aspecto político; sólo es medio para revisar la justa o injusta aplicación de las leyes ordinarias.

14o. Y cabe observar, por último, que, en el recurso, la revisión de si la sentencia recurrida hace o no exacta aplicación de la ley ordinaria, *es fin en sí mismo* (inclusive es así en la casación), puesto que es eso lo que con él se trata precisamente de determinar. En el juicio de amparo, en cambio, esa revisión es sólo medio para determinar si hay o no violación de garantías. De manera que, ni siquiera en el único aspecto en que suele asemejárseles, puede hablarse propiamente de que haya entre ellos identidad.

Finalmente, haciendo ahora un estudio comparativo y especial entre el juicio de amparo y el recurso extraordinario de casación, podemos afirmar que es imposible que aquél, como algunos pretenden, pueda asimilarse a éste, según lo ha demostrado mi maestro don Gabriel García Rojas, en sus múltiples intervenciones en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las ideas que al respecto referiré y que hago mías, las tomé de sus aludidas y diversas intervenciones. Con el apoyo, pues, de sus sólidos conceptos y au-

toridad, estoy absolutamente convencido de que debe sostenerse que:

Entre el amparo y la casación existe una diferencia radical, nacida de su naturaleza diferente. En efecto, la casación tiene, como principal función, la que llama Calamandrei nomofiláxica (de nomos-ley, y filaxos-custodio), o sea, la conservación de la ley y su inalterabilidad, a fin de reducir a la unidad las interpretaciones y la jurisprudencia.

Es la casación un recurso instituido en, por y para el derecho objetivo, es decir, es un recurso para la preservación, para la conservación y para la estabilidad de este derecho, constituyéndose en un control jurídico de las decisiones de los tribunales.

Este control jurídico se explica en esta forma: los jueces, como órganos encargados de aplicar la ley, pueden hacerlo de manera diversa por diversa manera de interpretación de la misma, y si los jueces controlan la actividad jurídica de los particulares, la casación sirve para controlar a los controladores. Razón por la cual de las Cortes de Casación se ha dicho que "custodian a los custodios" (*custodian ipsos custodes*).

Para alcanzar la magnitud de la importancia de esta función controladora de la casación, hay que asistir a su gestación en su país de origen: Francia. En este país, por una reacción de la Revolución contra el antiguo derecho, se establece, como única fuente del derecho, la ley escrita. Y como una reacción contra la proliferación de ordenanzas, leyes y privilegios que variaban de una provincia a otra y hasta de un municipio a otro, en perjuicio de los derechos no protegidos por privilegios, se propendió con todas las fuerzas a establecer la unidad de la legislación. Y por temor a la formación de interpretaciones y jurisprudencia locales anárquicas, se encarriló el recurso de casación encomendando a un órgano central y único, a la Suprema Corte de Casación, la conservación de esa unidad.

La Asamblea Constituyente de cinco de julio de 1790, se-

guida por la Ley sobre organización judicial de diecisésis de agosto del mismo año, afirmaron el siguiente principio: "las leyes civiles serán revisadas y reformadas por los legisladores y se hará un código general de leyes simples, claras y apropiadas a la Constitución". Pero cuando se comprendió que eran indispensables los tribunales para interpretar y aplicar las leyes, entonces fué cuando se cayó en la cuenta de crear un órgano supremo que controlara y diera unidad a las interpretaciones judiciales. Se erigió, de esta manera, a la ley, en una deidad, y a la Corte de Casación, en la sacerdotisa encargada de cuidarla y de decir cómo se la venerara.

Fijada así la finalidad esencial de la casación y en parangón con nuestro juicio de amparo, puede afirmarse que éste no tiene por objeto conservar la unidad de las interpretaciones judiciales, esto es, se halla muy lejos de ser su función esencial reducir a la unidad la interpretación de leyes disímbolas, como necesariamente han de ser las de un Estado organizado federalmente. Tampoco el amparo erige a la ley común en una deidad a la que hay que conservar escrupulosamente y frente a la cual deban sacrificarse los derechos primordiales de los ciudadanos, consagrados por la Constitución. Pero es lo cierto que en el amparo encontramos también una deidad, porque lo es, para el juez federal, la Constitución, que fundamentalmente dispone que todo el orden jurídico debe cimentarse en el respeto de los derechos humanos.

En efecto, podemos afirmar que nuestro artículo 14 de la Constitución coloca, en el pedestal que en Francia se erigió por la devoción a la ley por la ley misma, a los derechos subjetivos, que es a los que hay que atender para protegerlos, sin que exista la preocupación, en lo más mínimo, nomofiláxica.

De este gran principio, tienen que derivarse multitud de consecuencias, a saber:

Ia. Si en la casación hay una equivocación sobre el número del artículo de la ley, según ha llegado a sostenerse, el recurso será improcedente; en tanto que, tratándose del amparo, poco importará

que se cite correcta o incorrectamente el texto violado, si consta a la jurisdicción federal el derecho subjetivo que se vulneró.

IIa. Grave error es suponer que la suplencia de la queja debe prohibirse de manera absoluta en materia civil, mercantil y administrativa y que, por tanto, el tribunal federal no puede corregir los errores de derecho que el quejoso haya cometido o cubrir las omisiones en que haya incurrido en la cita de preceptos legales. Lo cierto es que la prohibición de la suplencia de la queja, consiste exclusivamente en que los juzgadores no aduzcan hechos que las partes no alegaron ni probaron, ni trastornen o modifiquen los invocados; porque naciendo los derechos subjetivos de los hechos jurídicamente relevantes, si éstos, debidamente comprobados, generan derechos humanos, el tribunal sabe en qué derechos y en qué leyes o principios jurídicos se apoyan. Es regla de jurisprudencia universal que los tribunales invoquen de oficio el derecho congruente a la pretensión fundada en hechos probados: "jura novit curia" o "da mi hi factum, jus tibi dabo" (dame los hechos, yo te daré el derecho).

IIIa. Yerra gravemente la Ley de Amparo vigente cuando ha pretendido, separándose del espíritu de la Constitución, imitar en su artículo 166, de manera extralógica, el recurso de casación, con todos los inconvenientes que semejante imitación produce en la práctica, así como, verbigracia, la dificultad con que tropiezan las personas de mediana educación jurídica para promover el juicio constitucional. Los requelorios casacionistas, "conceptos de violación", requieren una formación técnica muy poco común. Se aleja, pues, de la mayoría del pueblo mexicano, el acceso al juicio constitucional tan protector, desvirtuándose, así, la función primordial para la que fué creado. Sólo un juez federal se da cuenta de la inmensa mayoría de demandas deficientes, a las que se llega a estimar, desoyendo las voces casacionistas, por la presión incontenible del precepto constitucional del artículo 14, que protege derechos humanos a quien los tenga, sin que sea preciso que quien los

reclame invoque los artículos de la ley con tal precisión que, si cometiera un lapsus en el número del artículo o en el nombre del código, debiera ver perecer sus derechos, como acontecía con el primitivo derecho romano, en el que, quien no empleaba las frases sacramentales de las fórmulas o de las estipulaciones, encontraba cerrada la puerta de la justicia.

IVa. Teniendo a la casación como modelo, el juez federal tendrá que negar, con imperdonable error, la protección y el amparo a quien, teniendo derecho evidente, no haya sabido invocar el principio jurídico o la norma adecuada y, en cambio, protegerá con su autoridad el despojo, el fraude y la inmoralidad, convirtiéndose, así, en un automática, como el juez de las ordalías.

Va. Hay una función en los tribunales que no está consagrada en las leyes ni en la Constitución; pero que tiene una eficacia admirable en la realización de la justicia y que se ejerce por procedimientos técnicos variados: se le llama sencillamente "interpretación", pero sería más propio calificarla y mentarla como "interpretación pretoriana".

Desde 1923, el profesor Perreau, de la Facultad de Derecho de Toulouse, en una obra brillantísima, "Técnica de la Jurisprudencia en Derecho Privado", se dedicó a seguir paso a paso, sin interrupción, el camino de las decisiones judiciales y a espiar, delatar y ordenar, la variedad de procedimientos por los cuales los tribunales llegan a realizar su fin: *asegurar un poco de justicia entre los hombres* (palabras que Francisco Geny emplea en el prefacio de la Obra del profesor Perreau). La llamada interpretación, la emplean los tribunales para hacer justicia, unas veces, restringiendo el alcance del texto de la ley, y otras, amplificándolo, a fin de seguir la inspiración justiciera recomendada por las leyes antiguas y modernas.

Boistel, autor del famoso Curso Elemental de Filosofía del Derecho, sostiene las mismas ideas en una conferencia que dictó a los

estudiantes de derecho de Grenoble: "¿Habéis tenido oportunidad de hacer una observación que me sorprendió cuando dejé la clase de lógica y vine a estudiar derecho, observación cuya exactitud he tenido después la ocasión de comprobar frecuentemente? ¿No habéis observado cuán difícil es formarse un método absoluto y general para discutir las cuestiones controvertidas de la jurisprudencia? ¿No os ha admirado ver cómo los autores de mayor estima aparecen tan poco constantes y tan poco acordes consigo mismos en sus procedimientos lógicos? Aquí se les ve condonar los argumentos a contrario; allá aplicarlos sin escrúpulos, apartando un argumento por analogía que había triunfado en otro lugar. En una parte los trabajos preparatorios tienen una autoridad absoluta y a veces prevalecen aun sobre el texto del Código; pero esto no impide que en otras circunstancias se les rechace sin compasión, que se rechace también los precedentes históricos, se desechen los argumentos sacados de ciertas disposiciones de ley, para edificar todo un sistema sobre bases fragilísimas, como sobre una palabra del Código, el sitio de un artículo, etc. No acabaría nunca si quisiera revelar todas las contradicciones de este género. Mas, ¿es crítica lo que hago? Si tal fuera, sería sangrienta; pero respeto demasiado a mis maestros y tengo mucha fe en las fuerzas del espíritu humano para creer en tal olvido de todas las reglas de la lógica. Lo que intento es explicar y conciliar esas contradicciones aparentes, es encontrar... un guía más seguro en el que confien por completo los juriconsultos, a pesar de la inexactitud de las formas y de la debilidad de sus argumentos. Pues bien, ese guía supremo que cada quien sigue, quizás sin darse cuenta, es... el tipo de justicia que está presente en el espíritu de todos... Porque se llega a discutir con la idea preconcebida del fin que se quiere alcanzar, preocupándose poco del valor de los argumentos de detalle con tal de que lleguemos a satisfacer esa necesidad de justicia, que es uno de los tormentos nobles del alma humana..."

También Renard, en su obra *Le Droit, la Justice et la Volon-*

te, Pág. 68, participa de las opiniones expresadas, cuando con profundo sentido y conocimiento del problema, dice: "¡Jóvenes futuros abogados! Desconfiad de la ciencia libresca y de la retórica. Tratad primeramente de convencer al juez de que tenéis a vuestro favor, no la legalidad, sino el derecho justo; inclinadlo a que anhele en su fuero interno el poder daros la razón. Hasta después proponeadle una forma jurídica apropiada. En resumen, acomodando las palabras de Pascal, podéis decir que para tener éxito, lo primero que se necesita es hacer amable vuestra tesis y lo segundo, probar que es jurídica".

Francisco Gorphe, en su magnífico estudio psicológico y judicial sobre Las Decisiones de Justicia, publicada en 1952, saca algunas conclusiones en su investigación sobre la esencia de la función pretoriana de la jurisprudencia, que es a la que se ha venido haciendo referencia: "El arte de juzgar requiere el espíritu de finura (l' esprit de finesse), unido al espíritu geométrico, aun en la aplicación de los principios de derecho. Debiendo el juez someter sus razonamientos al rigor lógico, piénsese desde luego con Goethe, "que nada es más ilógico que el abuso de la lógica". Debe mostrar sagacidad, prudencia y sobre todo buen sentido. Descartes veía en el buen sentido, la facultad de juzgar bien y de distinguir lo verdadero de lo falso. El buen sentido práctico sabe adaptar la razón a las circunstancias variadas de la vida. Sabatier, que era experimentado abogado en la Corte de Casación, recuerda este buen sentido como "la sal de la tierra", y añade: "Para andar con facilidad en una ciencia tan sutil, tan compleja y tan ondulante como la ciencia jurídica y sobre todo la ciencia jurídica aplicada, se necesita no solamente una razón sana, sino también una razón flexible, mezcla de razonamiento sólido y razonamiento ingenioso, mucha amplitud de espíritu para percibir las ideas generales, al propio tiempo que minucias para descender hasta los matices extremos de las ideas particulares, una adhesión firme a los principios y una cierta inclinación por las excepciones, un gran

fondo de lógica y ciertas faltas a ella. Cuando trato de representarme en forma tangible ese espíritu necesario a un jurisconsulto, me figuro un tipo de instrumento de precisión rara, de sensibilidad infinita, con el cual se analizan y se miden las acciones humanas". (Pág. 41).

Hablando el propio Gorphe, de la evolución de la jurisprudencia francesa con motivo de la responsabilidad extra-contractual y apoyándose en la obra de Husson, intitulada *Le Transformations de la Responsabilite*, dice: "En su análisis minucioso y penetrante de la jurisprudencia francesa sobre la responsabilidad, el profesor Husson con su espíritu filosófico, pone de relieve el papel decisivo de la representación del fin que se ha de alcanzar o del sentimiento del resultado que se quiere obtener. Es un sentimiento de justicia que comprende conocimientos confusos susceptibles de depurarse sucesivamente, representaciones más o menos definidas del fin que se busca. El esfuerzo para descubrir la solución jurídica del problema planteado, es orientado por ese sentimiento a grado tal, que las premisas del razonamiento pueden establecerse precisamente para justificar la solución requerida por las necesidades prácticas o por las exigencias de la equidad. Para esto no es necesario crear principios nuevos, basta con escoger entre las reglas ya existentes, la que hay que aplicar a los hechos analizados". Más tarde el mismo autor, después de un análisis cerrado sobre los procedimientos de la jurisprudencia, asienta: "Se ve que aun en las aplicaciones del derecho, siempre que puede funcionar la noción de justicia, los jueces intentan juzgar como hombres, impulsados por sentimientos que inspiran las miserias materiales y morales y experimentan una satisfacción cuando, por medio del derecho, pueden mitigar éstas. Sin embargo, a diferencia de los profanos, los jueces no se dejan arrastrar por reacciones espontáneas, dominan sus emociones idealizando sus sentimientos bajo el imperio de los principios directores; no olvidan que lo que conceden a una de las partes, es en detrimento de la

otra y que la justicia se mantiene en un equilibrio compensatorio. Adviértase, pues, cuan importante es que el sentimiento de justicia figure en las nociones definidas". (Págs. 55 y 57 de la Obra citada).

En Alemania, el profesor de la Universidad de Friburgo, Adolfo Schönke, muerto prematuramente en la plenitud de su vigor intelectual, en su Derecho Procesal Civil, traducción de Prieto Castro y sus alumnos, de 1950, dice: "Las leyes procesales no han de ser un obstáculo por el que se frustre el derecho material de una parte... Lo que interesa al derecho procesal de hoy es una resolución justa e imparcial; el acogerse a normas de derecho procesal, no debe ser un obstáculo en el camino de la pronta realización del verdadero derecho". (Pág. 21).

Vla. Las conclusiones que de todo esto se derivan —siguiendo como lo he hecho hasta aquí a mi maestro García Rojas, con la cita de la interesantísima doctrina consultada que el mismo invoca—, son las siguientes:

Conforme a nuestro sistema jurídico, el casacionismo sería un obstáculo para la protección del verdadero derecho y para hacer justicia. Es el casacionismo contrario al espíritu del artículo 14 de nuestra Constitución y contrario al espíritu del Congreso Constituyente de Querétaro que, al consagrar definitivamente el amparo en materia judicial, lo quiso hacer de pronta, expedita y fácil tramitación y al alcance del pueblo.

La propia casación francesa ha tenido que separarse del carácter estricto original, para poder avanzar y hacer avanzar tan maravillosamente a la jurisprudencia y al derecho jurisprudencial francés.

Debe propugnarse porque nuestro pseudo casacionismo en el amparo judicial se transforme, con el mejor y más vigoroso de los apoyos que puede ofrecérsele, la Constitución, en el modo de ha-

cer triunfar la justicia y verdad real sobre la verdad formal; porque no creemos que hayan muerto tantos mexicanos en el curso de nuestra transformación social, para que los ciudadanos defiendan sus derechos ante los tribunales vistiéndose de frac y calzándose los guantes blancos que requiere la casación francesa que, en desventaja frente a nuestra Ley Fundamental, carece de un artículo 14 que, como se ha expresado, protege al derecho substancial por el derecho mismo y no a la norma objetiva por la norma misma.

Si se pasa, pues, de cualquier verdadero recurso al juicio de amparo, de todo lo expresado con antelación puede apreciarse que varian no sólo las partes, el juez y el tipo de la jurisdicción, sino asimismo la forma del procedimiento y, en cierta forma, la materia de lo que se discute.

Por consiguiente, creo que queda plenamente demostrado que, como antes decía, el amparo es un juicio ciertamente extraordinario; pero nunca un recurso.

En consecuencia, como también expresaba, la sentencia reclamada en el amparo, no por eso pierde la cualidad de cosa juzgada que hubiere adquirido, ni la posibilidad de adquirirla posteriormente, llenados los requisitos que señala la ley procesal; mas sin perjuicio naturalmente, conforme a lo explicado, de lo que pueda derivar de la aplicación de las disposiciones de la suspensión en el amparo (tuve asimismo a la vista, en este estudio, la conferencia dictada por el señor Ministro don Felipe Tena Ramírez, en la Junta de la Asociación de Funcionarios Judiciales, el dia 21 de julio de 1953, publicada en la revista El Foro, Cuarta Epoca, Núm. 2, correspondiente a octubre-diciembre de 1953, que se intitula: *El Amparo de Estricto Derecho: orígenes, expansión, inconvenientes*).

2. INMUTABILIDAD DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA Y EXCEPTIO REI JUDICATAE. ¿PUEDE INVOCARLA EL JUEZ DE OFICIO?

Decía con antelación que no debe entenderse como absoluta la afirmación de que la decisión del Estado, para que sea cosa juzgada, debe ser *inmutable*. ¿Querrá acaso significarse con ello, que una vez dictada la sentencia definitiva que resuelve el fondo del negocio y que pasa a la autoridad de la cosa juzgada, la misma es perpetua en el sentido de que en ningún caso puede ya volverse a resolver en otro juicio la misma cuestión? ¿No existirá la posibilidad de volver a sentenciar el mismo asunto, en otro procedimiento, si no se hace valer por parte legítima la *exceptio rei judicatae*? ¿O es que el juez puede examinarla de oficio, por considerar que no se trata de una excepción propia, sino de una mera defensa que, como la de pago, puede examinarse aunque no se haga valer? ¿O es que es cierto que la jurisdicción del juez se agota con la sentencia definitiva que resuelve sobre la acción planteada, de modo que, por carecer de ella, ya no puede volver a resolver sobre el mismo negocio?

a). *Opinión de Chiovenda.*—Con relación a este tema, Chiovenda, en su obra, Principios de Derecho Procesal Civil, tomo II, páginas 420 y 421, manifiesta:

"Discútese también mucho si la excepción de cosa juzgada es una excepción en sentido propio (las que pueden sólo revisarse a condición de que las partes las hagan valer), o si el juez debe de oficio, relevar la sentencia precedente (¿cosa juzgada relativa o absoluta?). En el derecho común viene considerada como una propia excepción y la doctrina francesa acepta este concepto, que también domina en Italia. En Alemania, las nuevas corrientes dominantes en la consideración del proceso, y en particular, el concepto de que el juez interviene como sujeto activo en la relación procesal y no puede ser obligado a prestar la decisión más que una vez, han hecho acoger, con la doctrina, el concepto contrario (el concepto encuéntrase en Almendigen, "Metafísica del Proceso" Civ., Cit., Pág. 173 —nota del mismo autor—). Mientras en el Código Civil Alemán fué suprimido el párrafo que en el proyecto re-

inicia esta excepción a iniciativa de la parte, y la naturaleza de la excepción quedó así objeto de discusión; en el reglamento procesal austriaco afírmase expresamente que el juez puede elevarla de oficio.

"También en Italia el concepto de que la cosa juzgada tenga carácter absoluto cuenta hoy con varios defensores. Las partes pueden renunciar a los efectos de la sentencia, no pretender, aun estando conforme, una nueva decisión sobre una relación ya decidida".

b). *Opinión de Francisco Cornelutti.*—La decisión no sólo tiene imperatividad en el sentido de que obliga a los litigantes, sino que, como consecuencia de que el juez no sólo tiene el poder, sino también la obligación de decidir, resulta que, como la decisión precisamente constituye el cumplimiento de tal obligación, la misma decisión es obvio que produce el efecto de extinguir dicha obligación ("Sistema de Derecho Procesal Civil", tomo I, páginas 321 y 322).

De ahí que, si la obligación de decidir del juez, se extingue con su cumplimiento (con decidir), no existiendo ya obligación de resolver una vez que ha decidido, el juez debe negarse, de oficio, a sentenciar el mismo negocio que antes ya resolvió, por cuanto que al extinguirse su obligación, se extingue concomitantemente su jurisdicción.

c). *Opinión de James Goldschmidt.*—La significación de la fuerza material de la cosa juzgada, reside en que el juez está obligado en todo el proceso futuro que se promueve, a la decisión que se contenga en su sentencia; principio que se expresa con la fórmula de que lo que se reconoce con la fuerza material de la cosa juzgada, no puede controvertirse de nuevo, y lo que se desestima con fuerza material de cosa juzgada, no se puede volver, con éxito, hacer valer. Y posteriormente agrega que la fuerza material de la cosa juzgada debe ser tenida en cuenta de oficio; pero que la parte interesada tiene que probarla en caso de duda (véase "Derecho

Procesal Civil", páginas 387 y 388, traducción al español de Leonardo Prieto Castro, de la segunda edición alemana).

d). *Opinión de W. Kisch.*—A la misma conclusión llega W. Kisch (véase su libro "Elementos de Derecho Procesal Civil", traducción de la cuarta edición alemana de L. Prieto Castro, página 258), cuando dice que si alguien, cuya demanda no ha sido estimada por ser infundada, vuelve a presentarla nuevamente, es *absuelto en ella una vez más apenas el tribunal tenga conocimiento de la resolución anterior, ya sea de oficio, o a través de la excepción de la cosa juzgada propuesta por el demandado* (igual opinión sustentan una serie de prestigiados autores, tales como Enrico Tullio Liebman, en su citado libro "Eficacia y Autoridad de la Sentencia", y citados en esta misma obra por su autor, Savigny, "Sistema", tomo VI, número 281 y siguientes; Windscheid, "Paud", 9a., Ed., Núm. 130, Págs. 661 y ss.; Stein Jonas, en "Kom m.", n. II, 2 al número 322; Hellwing, "System", Pág. 768 y ss., etc., etc.).

e). *Opinión de Ugo Rocco.*—Cuando nos referimos a la tesis de este autor que explica la cosa juzgada (véase el número 10, a), del Capítulo II), con relación al tema que ahora se estudia, dijimos que él sostiene que existe cierta categoría de derechos conforme a la cual el particular puede exigir la prestación de la jurisdicción del Estado, y que el Estado tiene el deber de prestarla, a fin de que aquel pueda gozar de los bienes, cosas o servicios que constituyen dicha categoría, respecto a la cual vale también el principio, común a todas las obligaciones, de que el cumplimiento de las mismas sufre el efecto de extinguirlas.

Expresamos también que Rocco, coloca dentro de la aludida categoría, el derecho de las personas al cumplimiento de la prestación jurisdiccional por parte del Estado, o sea, el derecho de acción. El cumplimiento es causa de extinción del derecho de acción; cumplimiento que se manifiesta por la prestación de la función jurisdiccional, que obra como causa que libera al Estado de la obligación de prestar nuevamente dicha función para el mismo caso.

Y se pregunta: ¿cuándo puede decirse que el Estado haya cumplido la obligación de la jurisdicción civil? Cuando el Estado —agrega—, ha dictado sentencia final y de fondo que declara y resuelve la relación jurídica concreta que le ha sido sometida por vía de acción; pero sólo cuando dicha sentencia —por haberse ejercitado los recursos correspondientes o por haber transcurrido los términos relativos sin haberse hecho uso de tales recursos—, se vuelve inatacable. Se marca, entonces, el momento procesal del cumplimiento de la prestación jurisdiccional; cumplimiento que tiene la virtud de extinguir el derecho de acción y de contradicción en el juicio, y que evita, por lo mismo que la extingue, el que la misma pueda revivir y que pueda ser nuevamente ejercitada. Y el Estado, habiendo agotado su función, queda por ello mismo liberado de prestar de nuevo la jurisdicción civil.

En suma, manifiesta que la acción se extingue, una vez que ha sido cumplida la prestación de la actividad jurisdiccional y, por consiguiente, cuando nuevamente se promueve el mismo juicio ya decidido por sentencia anterior con autoridad de cosa juzgada, el juez debe elevarla de oficio (Ramón Palacios participa de esta opinión —*La Cosa Juzgada*, Págs. 169 y ss.—).

f). *Opinión de Francisco Laurent.*—Por inspirarse nuestras disposiciones fundamentalmente en el derecho español y francés, haremos breve referencia a la doctrina de Laurent, sobre el particular:

Este autor expresa que toda sentencia produce excepción de cosa juzgada; excepción que puede ser opuesta por el actor o por el demandado, cuando cualquiera de ellos pretende promover en contra del otro el mismo negocio. Es una excepción de orden público, por cuanto que la presunción de verdad que la ley da a las sentencias (presunción de verdad por cuanto a su legitimidad, establecida, según se vió, por nuestro artículo 91 del Código de Procedimientos Civiles), es base del orden social; pero es de interés privado, en lo que respecta a que las partes pueden renunciarla y

por cuanto a que el juez no tiene por qué invocarla si no se le propone por parte legítima.

Establece que puede darse vida a una excepción en interés público y, no obstante, admitir que los particulares pueden renunciar los beneficios económicos, privados, que de ella derivan a su favor, con lo cual no se perjudica el interés general. Así, aquel que renuncia a la prescripción ganada, esto es, a sus efectos, o sea, al derecho que de ella le resulta, renuncia a un derecho privado, lo que no evita que la excepción de prescripción se encuentre establecida en interés general, constituyendo, con la cosa juzgada, bases sólidas del orden social, bases que dan firmeza al derecho y que ponen término a los litigios. Estando la cosa juzgada apoyada en una probabilidad de verdad o de legitimidad, la realidad puede reñir con lo que se encuentra establecido en la sentencia, y siendo así, no habría razón para no admitir a la parte legítima su derecho a renunciar un pseudo derecho que le concede la sentencia; pero que la realidad y su conciencia misma le niegan. Puede suceder, verbigracia, que el juez, bien por error o incluso con mala fe, reconozca un derecho que no existe (un derecho real o cualquier derecho personal). La ley, sin embargo, establece una presunción *juris et de jure*, en el sentido de la legitimidad del derecho reconocido; es una ficción, porque la verdad es, en el caso del ejemplo, que tal derecho no existe, ni nunca ha existido. Y es obvio que, aunque la presunción de verdad se halle establecida en provecho general, los directamente interesados pueden renunciar los beneficios que, a su favor y exclusivamente a su favor, se derivan de la cosa juzgada y, haciéndolo así, es claro que no se ataca o hiere absolutamente nada que sea derecho público, por cuanto que la parte y sólo ella pierde, con su renuncia, bienes pecuniarios, bienes jurídicos que sólo a ella interesan (nada pierde el Estado, ni la sociedad, con la renuncia de que se habla).

Si los derechos que se pierden con la renuncia al ejercicio de

la cosa juzgada, son sólo derechos de particulares, el juez no tiene por qué invocarla de oficio.

Alude Laurent, a una sentencia muy bien fundada de la Corte de Orleans (de 23 de julio de 1841), en donde, con agudeza, se hace notar *que la excepción de cosa juzgada lleva implícita el ejercicio de una verdadera demanda que, por consiguiente, sólo debe ser formulada por la parte a quien aproveche; parte que, por el hecho de interponerla, se torna, a su vez, en demandante*. De modo que, si el juez la hiciera valer de oficio, lo que haría, en realidad, sería introducir en el juicio una demanda que no le había sido propuesta, una reclamación que llevaría al triunfo a una de las partes, sin que ella la hubiera invocado, constituyéndose, así, en su defensor oficioso en perjuicio de los intereses de la contraria y con desdoro también de la austерidad e imparcialidad de que todo juez debe estar investido.

Pues bien, como lo sostiene la sentencia arriba citada, debe de aceptarse que, el oponer excepciones en el fondo, equivale a la interposición de una demanda en contra del actor, para obtener una sentencia negativa, esto es, que libre al demandado de las prestaciones que se le exigen. El mismo Ugo Rocco, en su obra citada, Págs. 165 y 166, dice:

"El derecho de obrar que compete al demandado, se llama derecho de contradicción (excepción o defensa); no constituye un derecho diverso del derecho de acción, sino sólo un diverso aspecto de este mismo aspecto que resulta de la diversa posición que en el proceso asumen los sujetos activos de la relación procesal.

"La pretensión del demandado no es, por lo tanto, substancialmente diversa de la pretensión análoga del actor frente a los órganos jurisdiccionales.

"En el proceso de conocimiento, consiste aquella en la facultad de exigir, obligatoriamente de dichos órganos, la declaración mediante sentencia de las relaciones jurídicas concretas deducidas en juicio.

"Tal pretensión asume una forma antitética a la pretensión del actor, de modo que frente a la acción, que tiende a la declaración positiva, el demandado contrapone una acción encaminada a la declaración negativa, y viceversa. Sobre esta base nosotros definimos el derecho de excepción o de defensa como un derecho de acción, y decimos que es el derecho subjetivo público, abstracto y complejo, que compete a todo individuo frente al Estado".

Verdaderamente no puede negarse que resulta muy discutible la tesis que sostiene que la acción se extingue con su ejercicio —se vió antes que hay casos en que la acción se extingue sin haber sido ejercitada—, y que, extinguiéndose, en el caso de que la misma volviera a promoverse, teniendo en cuenta que se ejercitaba una acción extinguida, inexistente, el juez tendría que concluir, de oficio, que el actor no había probado su acción, porque de lo extinguido, de la nada, ningún derecho puede derivar.

g). Opinión personal: la excepción de cosa juzgada no puede hacerla valer de oficio el juzgador.— A mi juicio, y según se desprende de lo anteriormente expuesto, debe considerarse que la acción que de nuevo se hace valer se extingue, sólo si parte legítima interpone la excepción de cosa juzgada; pero no se extingue, si dicha excepción no se hace valer. Y por ser un derecho privado lo que se renuncia con no hacer valer la excepción, se sigue que el juez no la puede invocar de oficio.

Más aun: supongamos que fuera verdad que la acción queda extinguida con su ejercicio; pero también es verdad que el derecho (derechos reales, derechos personales, etc.) se extingue por la prescripción ganada con el transcurso del tiempo y, sin embargo, ya se vió que, para que la prescripción opere, es necesario que la misma se haga valer, que se invoque por parte legítima, sin que el juez la pueda elevar de oficio (*Hechos y Actos Jurídicos*, de Henoch D. Aguiar, tomo V, No. 126, Pág. 466, Ed. argentina TEA de 1952).

De igual manera, por ser aplicables las mismas razones, se-

gún quedó demostrado, aún cuando se aceptara que efectivamente la acción se extingue una vez que ha sido dictada sentencia de fondo que alcanza la autoridad de la cosa juzgada, para que surta efectos dicha extinción, es menester que se haga valer la excepción (de cosa juzgada) por parte legítima, sin que el juez tenga facultades para invocarla oficiosamente, porque, como quedó establecido, se constituiría en defensor de la parte a quien la excepción aproveche.

Pothier manifiesta que la obligación civil rechazada en la sentencia que adquiere la autoridad de la cosa juzgada, puede quedar como obligación puramente natural, subsistente, por no estar cumplida, mientras no sea rechazada.

Laurent, refiriéndose al tema, reconociendo que es la opinión generalmente aceptada, dice que es verdad que las partes interesadas pueden renunciar el beneficio de la prescripción y el de la cosa juzgada; que la renuncia de la excepción, surte el efecto de que la acción siga su curso coligiéndose de ello que la obligación es más que natural, ya que queda como lo que fué, esto es, como obligación civil, y que la doctrina tiene razón cuando establece que el que cumple la obligación civilmente extinguida, no puede repetir, y más aún, que debe deducirse del cumplimiento voluntario, la renuncia tácita de la excepción, y concluirse que la obligación civil revive con todos los efectos que la ley le da (Principios de Derecho Civil Francés, traducción y Ed. mexicanas de 1897, tomo XVII, Págs. 22 y 23).

h).—Opinión personal: la excepción de cosa juzgada no puede hacerla valer de oficio el juzgador. Crítica a la doctrina de Ugo Rocco.—La doctrina de Ugo Rocco, no podría explicar por qué razón, si la acción se extingue con su ejercicio (cuando la sentencia alcanza la autoridad de la cosa juzgada), sin embargo, en el derecho italiano que el autor estudia, cuando la excepción de cosa juzgada no fué hecha valer y se produce nueva sentencia en el mismo negocio, que, a su vez, alcanza la autoridad de la cosa

juzgada (conflicto de sentencias), se considera que la sentencia que debe cumplimentarse es la segunda y no la que primeramente se dictó. Y entonces, ¿cómo de la nada, de una acción extinguida; pueden derivarse efectos válidos? (artículos 494, No. 5 y 517 No. 8 del Código de Procedimientos Civiles Italiano de 1865).

En efecto, en relación con esta cuestión, expresa Tullio Liebman:

"Y menos aún se puede reconocer a Merkl haber explicado qué es la cosa juzgada, pues ha olvidado considerar el verdadero problema de la cosa juzgada, el cual no consiste en la posibilidad mayor o menor de reforma de la sentencia, sino en la eventualidad de una segunda sentencia sobre el mismo objeto; ahora bien, la emanación de una sentencia diferente, sin anular directamente la validez de la primera sentencia, haría, sin embargo, surgir precisamente aquel conflicto que la cosa juzgada está llamada a excluir, *conflicto que en general nuestro derecho positivo resuelve a favor de la segunda sentencia* (arg. ex-arts. 494 N. 5 y 517 N. 8 Cód. Proc. Civ.) (14. (14) Conforme Chiovenda, Princíppi, pág. 900)". (Véase la Pág. 64 de la Eficacia y Autoridad de la Sentencia, de Tullio Liebman).

Y con relación a esto mismo, Cornelutti sostiene el propio punto de vista, cuando dice:

"En cambio, puesto que la revocación prevista por el número 5 del Art. 494 puede estar asimismo preclusa, la hipótesis de pugna entre dos decisiones firmes puede producirse, aun cuando muy raramente, y cuando ello suceda, se traducirá necesariamente en un límite a la imperatividad de la primera decisión, que se extingue por efecto de la segunda; para conciliar la eficacia igual de dos decisiones distintas sobre el mismo litigio, no existe más medio que el de admitir que la primera vincula en tanto no sobrevenga la segunda". (Sistema, tomo I, Pág. 360, y en el mismo sentido Chiovenda, Instituciones de Derecho Procesal Civil, No. 402).

Ha de insistirse, pues, en la pregunta: ¿cómo de una acción

extinguida —según la tesis de Rocco—, pueden derivar efectos válidos, al grado de que la primera sentencia pierde su eficacia cuando sobreviene la segunda?

A mayor abundamiento, no me parece muy exacto que la acción vaya dirigida contra el Estado, persiguiendo fundamentalmente el propósito de que el Estado cumpla con su obligación de prestar a los particulares, cuando éstos se lo pidan, la jurisdicción civil, ya que resulta evidente que el objeto de la acción es más bien obtener el reconocimiento o cumplimiento del derecho desconocido o violado en el caso concreto, y para llegar a ese objetivo, se hace necesario un medio idóneo: la intervención del Estado prestando la jurisdicción.

Se impone admitir, entonces, que, aun cuando es verdad que el derecho de acción es un derecho subjetivo que trata de actuar el derecho desconocido o violado en el caso particular (Núm. 3 del Cap. I), realmente se está en presencia de un derecho de garantía, accesorio del derecho principal al cual protege, explicándose el caso de las sentencias injustas, mediante la admisión de que, en tales situaciones, no se llega al cumplimiento del objeto que se persigue con el ejercicio de la acción (hacer justicia), sino que, por el contrario, se viola dicho objeto. Y si se respetan las sentencias injustas, ya se vió que obedece a que, siendo las sentencias producto de la apreciación subjetiva del hombre, ser imperfecto, incapaz de llegar a verdades absolutas, es obvio que tengan que participar de sus propias imperfecciones: vicios, errores, debilidades, ignorancia jurídica o simple insuficiencia de medios técnicos jurídicos del juez, etc., al lado de sus aciertos: buenos juicios, inspirado por su propia sensibilidad para captar la justicia, un sentido ampliamente humano, máxima sensibilidad para el discernimiento de los aspectos positivos y negativos de los problemas que se le planteen; pero también obedece, como decía al principio de este trabajo, a la necesidad de dar fin a los conflictos, en bien de la estabilidad social y jurídica, porque, de lo contrario, el resultado sería el caos en las

relaciones jurídicas de los hombres: en el comercio, en la vida civil, en la familia, etc.

i). *Opinión personal: la excepción de cosa juzgada no puede hacerla valer de oficio el juzgador.*—El punto de vista de que el juez no puede, de oficio, introducir en el pleito la cosa juzgada, lo he venido sosteniendo a partir de un proyecto de sentencia —proyecto que fué aprobado—, que presenté a la H. Segunda Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales, siendo Secretario Auxiliar de esa Sala, por los años de 1941 y 1942; punto de vista que posteriormente seguí sosteniendo sin interrupción durante seis años y medio que estuve a mi cargo el Juzgado Tercero de lo Civil de la capital de la República. En ese proyecto, digo lo siguiente:

"A).—El artículo 81 de nuestro Código de Procedimientos Civiles, establece: "Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y las contestaciones y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Cuando éstos hubieren sido varios, se hará el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos".

"De acuerdo con el precepto transscrito, es evidente que no se debe resolver o sentenciar, con base en hechos o causas de pedir, o tomando en cuenta defensas o excepciones que no se hicieron valer en los escritos que fijan la controversia; el demandado sólo puede defenderse de los hechos fundatorios de la acción que se hacen valer oportunamente en el pleito, mas no puede hacerlo respecto de los hechos que no se invocan; de la misma manera, la parte actora, a su vez, sólo puede defenderse de las excepciones o defensas oportunamente invocadas por la contraparte, mas no puede tampoco hacerlo respecto de aquellas defensas o excepciones que asimismo no se hayan invocado durante el pleito. En consecuencia, si como en el caso particular, el inferior declara proceden-

te la cosa juzgada tomándola en consideración oficiosamente, es obvio que con ello hizo nugatorio el derecho de defensa de la actora por lo que respecta a la aludida cosa juzgada.

"A mayor abundamiento, igualmente en razón de la imparcialidad que el juez debe mantener con relación a las partes litigantes, por ningún motivo debe tomar en cuenta, al dictar su fallo, sino aquellos hechos base de la acción o aquellas defensas o excepciones que ante él hubieren sido expuestos por las partes interesadas; de lo contrario, le faltaría el carácter de neutral que debe de tener, constituyéndose, aun sin quererlo, en defensor de una de las partes (véase el Semanario Judicial de la Federación, tomo III, página 410; tomo XVIII, página 1212; tomo XX, página 215; tomo XXXIII, página 565; tomo XX, páginas 223 y 665, y tomo XIV, página 1415, y véase asimismo los "Comentarios a la Última Ley de Enjuiciamiento Civil Española", de Manresa y Navarro, tomo II, páginas 127-129).

"Es verdad que el C. Juez *a quo*, para justificar el análisis oficioso de la cosa juzgada, en lo conducente, expone: "Como el juez no puede ser obligado a decidir el mismo asunto más que una sola vez, puede y debe invocar la cosa juzgada de oficio, y como ella es la verdad legal y en su contra no debe admitirse prueba alguna, no debe entrarse al examen del fondo de este negocio por quedar establecido que ya hay cosa juzgada, pues de otro modo habría necesidad de apreciar las pruebas rendidas para justificar la procedencia de la acción pudiendo darse el caso de llegar a una conclusión contraria a lo establecido por la sentencia cuya copia certificada exhibió el señor D. C., lo que iría en contra de la administración de justicia y de la fuerza que deben tener todas y cada una de sus resoluciones".

"Pero la Sala estima que si bien es exacto que la anterior apreciación del inferior corresponde a sistemas que han seguido, sobre el particular, derechos extranjeros, a los cuales se refieren los respectivos comentaristas, tales como Kisch y Chiovenda, tal sistema,

sin embargo, no es el que a este respecto ha seguido nuestro Código de Procedimientos Civiles.

"Así vemos que en su artículo 261, el Código de Procedimientos Civiles establece, en lo conducente: "Si se opusiera como única excepción la cosa juzgada, a petición del demandado se podrá continuar y decidir el pleito sumariamente". De donde se infiere que si es preciso, para que el juez del conocimiento pueda ocuparse de ella, que la excepción de cosa juzgada sea opuesta por el demandado, cosa que se corrobora con la circunstancia que igualmente se desprende de tal precepto, en el sentido de que, si es la única excepción opuesta, entonces el juicio puede continuarse y decidirse *sumariamente*, esto es, siguiendo la tramitación del juicio sumario. Y si es necesario, como se acaba de ver, para decidir la cosa juzgada, cuando menos la tramitación sumaria del juicio, quiere ello decir que el juzgador no puede hacerla valer de oficio y que debe decidir sobre ella, dando a la parte que perjudica, las debidas oportunidades para su defensa, así sea por la vía sumaria".

Pero, por si no fuese bastante lo anteriormente expresado, me llena de satisfacción haber encontrado que, la tesis expuesta con anterioridad, por mí admitida, encuentra eficaz respaldo en la autorizada opinión de nuestro maestro nacional don Jacinto Pallares, quien, en documentado e interesantísimo estudio, sostiene también que la cosa juzgada no puede hacerse valer de oficio por el juzgador, porque, como justamente hace notar: "Toda excepción se funda en un hecho, y la cosa juzgada puede, por las alegaciones de uno de los litigantes, por las pruebas que rinda, por las observaciones jurídicas que haga valer en los términos legales, quedar completamente desvirtuada en el terreno de los hechos y en el terreno del derecho. Cuando, pues, uno de los litigantes no viene a alegar esa excepción, ni jurídicamente ni por medio de pruebas, ¿no es evidente que si el juez toma en cuenta esa excepción, procede alevosamente en el orden moral y violando garantías terminantes en el orden legal, privando a uno de los litigantes de toda audiencia, de toda defensa,

de toda prueba, de toda alegación para desvirtuar esa excepción?"

A su vez, don Jacinto Pallares, en apoyo de su opinión, cita la doctrina de prestigiados autores, tales como la de Ernesto Bretón (*Elements constitutifs de la chose jugée*), la de Lacombe, Favre, Merlin y Gaston Griolet, también la de Toullier (*Droit Civil français*, tomo 5o., 5a. parte), Dalloz (*Chose jugée*, Cap. 2o., Sec. 3a., Par. 2), la de Xamar (de Ofic. Judic. et advocat, Pars. 1o., 2o., q. Núms. 141 y 151), la de Bartolo (In. l. eum qui, Par. qui ita vero moneo tibi unum dubium), la de Jacobo Cancerio (Var. Resolut, Part. 3a., Cap. 7o. Núm. 8), la de Gregorio López, en la glosa a la ley 6, Tít. 10, Part. 4a. (Cap. Dilect., Tit. 52) y la de Giurba (Dec. Nov., en su Dec. 14, Núms. 5 y 8), y termina sintetizando su punto de vista, con estas conclusiones, a mi juicio definitivas: que la excepción de cosa juzgada no puede suplirse de oficio por los jueces, y "que si las partes entran al fondo de una cuestión decidida por otra sentencia ejecutoriada, se entiende que renuncian la excepción de cosa juzgada, porque de lo contrario sería engañar a su colitigante, obligándolo a rendir pruebas, a invertir los gastos y molestias en un juicio, bajo el concepto de que se iba a discutir el fondo del negocio, cuando la parte alevosamente se reservaba volver sobre una excepción que opuesta en tiempo hubiera podido ser discutida en audiencia de ambos litigantes". (Véase su estudio "Excepción de Cosa Juzgada", publicado en la Revista Foro de México, Núm. 10, correspondiente a enero de 1954, Págs. 30 y siguientes).

3. CUANDO EL MISMO CASO ES FALLADO DOS VECES POR SENTENCIAS CONTRADICTORIAS QUE HAN ALCANZADO LA AUTORIDAD DE LA COSA JUZGADA, ¿CUÁL DE AMBAS DEBE PREVALECCER? (Véase el caso relativo a las relaciones e influencias entre dos sentencias con autoridad de cosa juzgada, en el Cap. VIII).—Sobre esta cuestión,

puede darse cualquiera de las siguientes tres soluciones: 1a., bien puede prevalecer la primera sentencia; 2a., bien puede considerarse que la que debe prevalecer es la segunda, y 3a., bien puede adoptarse, finalmente, un sistema mediante el cual ambas sentencias contradictorias deban someterse a un procedimiento de revisión; procedimiento que servirá de medio para determinar cuál de ambas decisiones ha de valer, o bien que, por considerarse que ninguna de las dos deba prevalecer, en él se pronuncie nueva sentencia que sea la que valga en definitiva y que deje sin efectos las anteriores.

En el inciso h), del número 2 inmediato anterior, ya se vió que, según el sistema italiano y de acuerdo con las opiniones de Carnelutti y de Tullio Liebman, en caso de conflicto de sentencias contradictorias, ambas con la autoridad de cosa juzgada, se extingue la primera sentencia por efectos de la segunda (en igual sentido Chiovenda, *Instituciones*, No. 402).

Planiol y Ripert, en su Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, traducción cubana de Mario Díaz Cruz, dicen sobre este particular: "En caso de contradicción entre dos sentencias inconciliables, la última cronológicamente, vencerá, ya que se supone que las partes han renunciado el beneficio de la primera de ellas". (Véase el tomo VII, página 898).

Demolombe, que mi maestro don Eduardo Pallares transcribe en su estudio "Un Caso Insólito", publicado en el periódico El Universal, de 10 de enero de 1950, dice: "Agreguemos que cuando dos sentencias pronunciadas en última instancia son contrarias entre sí, procede "requete" civil en favor de los que han sido partes o han sido debidamente citados... Ahora bien, ¿qué acontece cuando se produce esa contradicción de los dos juicios? La respuesta es fácil. El primero triunfa del segundo, si éste es casado o revocado como consecuencia del recurso de casación o de la "requete" civil. (Merlin, *Cuestiones de Derecho. Contrariedad de dos sentencias*). El

segundo prevalece sobre el primero, si las partes no han usado de los recursos extraordinarios, porque entonces el segundo fallo no es susceptible ya de ser atacado. "Según una jurisprudencia constante —dice la Corte de Casación—, el último fallo se convierte irrevocablemente en ley de las partes, cuando no ha sido atacado en un término que comienza a contarse desde el dia de la notificación hecha a la persona o en su domicilio, sin que pueda hacer valer ningún fallo anterior".

Al mismo maestro Pallares, le parece lógico que, tanto en la legislación francesa como en la italiana, valga la segunda sentencia; porque en ambas legislaciones existe un recurso para atacar la segunda sentencia ejecutoria que se halle en contradicción con la primera (en el derecho italiano, la revocación: Art. 395, fracción V, y en el francés, la "requete" civil). De manera que, si no se hace uso del recurso, el segundo fallo precluye y se vuelve inatacable. Se entiende, entonces, que las partes se han conformado con esa sentencia y que han renunciado los derechos que derivan de la primera decisión.

Pero estima el propio maestro Pallares, que, en nuestro derecho, no puede darse esa solución, en virtud de que no contamos con ningún recurso que pueda servir para atacar el segundo fallo que ha causado ejecutoria o para atacar la ejecutoria de la Corte; además de que esa solución destruiría, por su base, la inmutabilidad de la cosa juzgada, contra la cual no debe admitirse recurso ni prueba en contrario; aparte de que se estaría frente a una solución que indudablemente abriría el camino a una cadena de fallos que se destruirían sucesivamente. Lo que es contrario, piensa, al carácter irrevocable e inmutable de la cosa juzgada; a la estabilidad y firmeza de los juicios, y al principio de la economía del proceso (véase su citado estudio "Un Caso Insólito").

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, también ha sostenido que, "si existen dos sentencias ejecutorias contradictorias res-

pecto de la misma cuestión jurídica, debe prevalecer la que es primera en tiempo, ya que no es posible concebir que existan dos verdades legales contradictorias". (Semanario Judicial de la Federación, tomos XVIII, Pág. 1326; XVI, Pág. 2358; LIX, Págs. 1458 y siguientes y Pág. 3454, y tomo LX, Págs. 316 y siguientes).

Pues bien, me parece que en nuestro derecho carece de apoyo serio la tesis sustentada por nuestro más alto Tribunal y por mi maestro don Eduardo Pallares, principalmente por lo siguiente:

1o.—Porque, como ya se vió en el número anterior, la cosa juzgada, para que surta su eficacia en el nuevo juicio promovido sobre el mismo negocio ya resuelto, es menester que se haga valer como excepción al contestar la demanda y *nunca después*, a no ser que fuese excepción superveniente (artículos 260 y 261 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales en vigor y 567 del abrogado).

2o.—Porque, como consecuencia, si se deja pasar el término para oponer excepciones y no es opuesta la de cosa juzgada, debe entenderse —según también se hizo ver con anterioridad—, que ésta se renuncia. Lo que quiere decir que los litigantes pasarán necesariamente por el resultado del nuevo pleito, esto es, habrán de someterse a su sentencia, aunque ésta modifique la situación jurídica creada por el primer fallo. Expresado en otros términos, puede afirmarse que la primera decisión sólo vale mientras no sobrevenga la segunda. Jacobo Cancerio, a cuya opinión acude, sobre el particular, don Jacinto Pallares, en su citado estudio "Excepción de Cosa Juzgada", expresa, a mi entender con razón: "La verdad en la cuestión propuesta es que no vale una sentencia dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, entre las mismas personas y sobre las mismas cosas, pero sólo cuando la parte contradice el juicio y opone la excepción de cosa juzgada. Pero si la parte no contradice y rinde pruebas, y permite y consiente que se conozca en juicio sobre la justicia o injusticia de la sentencia, será válida la que se dé contra

otra pasada en autoridad de cosa juzgada". (Pág. 35 de la citada Revista).

3o.—Porque, como de manera certera señala el mismo maestro Pallares senior, si la parte interesada renunció a la cosa juzgada, y admitió, al no oponer la excepción, que se entrara de nuevo al fondo del asunto, dejando, con su silencio, que su contraria rindiera pruebas y que pasara por los largos trámites y molestias del nuevo juicio, resulta obvio que la naturaleza del sistema supone que no podrá invocarse más la cosa juzgada; porque, evidentemente, lo contrario sería supeditar la suerte del actor a la mala fe del demandado que, pudiendo oponer la excepción, alevosamente permite el desarrollo cabal del juicio, con la premeditada y maligna intención de que, terminado éste por sentencia, hará valer hasta entonces, con burla de su contraparte, del juez y de la tramitación seria de los negocios, la cosa juzgada que pudo invocar oportunamente con audiencia de ambos litigantes.

4o.—Porque, además, lo contrario a la solución propuesta significa ir en contra del principio de la economía procesal. Y entonces, ¿qué objeto encerraría la prohibición legal al juez de hacer valer la cosa juzgada oficiosamente? Si la excepción desde un principio aparece demostrada en autos, ¿para qué obligar al juzgador a tramar inútilmente un procedimiento que carecería de eficacia cuando, ya terminado el juicio, se permitiera al afectado, a su capricho, hacer valer la excepción, invocando la eficacia de la primera sentencia sobre la última? Y a mayor abundamiento, si ha de permitirse que arbitrariamente el interesado pueda excepcionarse invocando la eficacia del primer fallo sobre el segundo, ¿no es evidente que resulta ilógico y contradictorio que la ley limite la interposición de las excepciones, cualquiera que sea su naturaleza —luego la cosa juzgada se halla incluida—, a nunca después de la contestación de la demanda? Y más aún, ¿en qué quedaría el derecho de audiencia sobre la materia de la cosa juzgada a que se refiere el artículo 261 citado?

5o.— Porque siendo cierto que el maestro Eduardo Pallares, encuentra lógico que en el Derecho italiano y en el francés prevalezca —cuando no se interpone el recurso correspondiente—, la segunda sentencia sobre la primera, en virtud de que existen en tales derechos, respectivamente, los recursos de revocación y la "requete" civil, que sirven para atacar el segundo fallo que ha causado ejecutoria y para hacer prevalecer la primera sentencia, y niega, en cambio, que en México pueda adoptarse la propia solución, porque nosotros no contamos con ningún recurso que pueda servir para atacar el segundo fallo, y porque se destruiría la inmutabilidad de la cosa juzgada, aparte de que se abriría el camino a una cadena de fallos que se destruirían sucesivamente; porque siendo verdad que esto opina el maestro Pallares, repito, pienso que, además de que sus razones no destruyen las por mí expuestas con anterioridad, si se acepta, como personalmente lo hago en este trabajo, por aplicación de los textos legales y de la sabia doctrina de su padre, don Jacinto, la misma solución de los derechos francés e italiano, podemos afirmar, sin temor de incurrir en error, que, con ello, no se destruye más que en estos sistemas el principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada que, según se demuestra en este trabajo, no tiene el carácter absoluto que don Eduardo le atribuye. En efecto, la solución se reduce al fin y al cabo, tanto en nuestro derecho como en aquéllos, a lo mismo: vale la primera sentencia mientras no sobrevenga la segunda con autoridad de cosa juzgada. El conflicto de sentencias contradictorias con autoridad de cosa juzgada, se resuelve en favor de la que se pronuncia en último término. Y en lo que respecta a la cadena de fallos a que alude que se destruirían sucesivamente, me parece que el peligro desaparece con sólo el hecho de que la parte interesada haga valer oportunamente la excepción, puesto que nadie, de sano juicio, se expondría a promover nuevos pleitos sabiendo que su labor será infructuosa y que, en castigo de su mala fe, seguramente sería condenado al pago de las costas.

6o.— Porque, a lo que se acaba de expresar, puede agregarse que

el sistema italiano y francés de los recursos referidos para combatir la segunda sentencia y hacer prevalecer la primera, significan, a mi entender, un camino más largo que, en nuestro derecho, no podría justificarse, atendiendo a lo que se expresa en el inciso siguiente y a que pugna con el multicitado principio de la economía del proceso.

7o.—Porque, si la parte interesada tuvo la oportunidad del segundo juicio en el que pudo oponer la excepción de cosa juzgada, y en ese juicio pudo probarla con la amplitud concedida por los términos procesales, y alegar sobre ella oportunamente; si además tuvo la oportunidad de la defensa de la segunda instancia para insistir en la procedencia de la excepción, y si, por último, pudo afirmarla y reclamar su procedencia por la vía del juicio de amparo, y, sin embargo, no lo hizo por haberla renunciado con su silencio, es incuestionable que resulta demasiado exigir un recurso más para ventilar de manera especial cuál de las dos sentencias debe prevalecer, pudiendo afirmarse que, en realidad, no podría llamarse inaudita o indefensa a la parte que, en tales condiciones, resulta perjudicada de aceptarse la solución propuesta en este trabajo.

8o.—Y porque, finalmente, teniendo en consideración que es principio universalmente aceptado que la ley posterior deroga a la anterior, resulta incuestionable, a mi entender, que militan las mismas razones para aceptar también, en materia de sentencias, que la posterior deja sin efectos a la anterior, exactamente como sucede, durante la tramitación del proceso, entre proveídos contradictorios: nadie discute que el último que ha adquirido firmeza, deja sin efectos al anterior o anteriores que lo contradicen.

4. ¿LA COSA JUZGADA ES INMUTABLE AUNQUE CAMBIEN LAS CIRCUNSTANCIAS QUE SE TUVIERON EN CUENTA AL DICTARSE LA SENTENCIA DE FONDO? ¿Debe acaso entenderse que la autoridad de la cosa juzgada es inmutable, en el sentido de que la misma es perpe-

tua, por cuanto que no pueda variarse ni aun en el caso de que cambien las circunstancias que a la sentencia hayan servido de base?

Me parece, al respecto, que la solución, según se verá con amplitud en el curso de este estudio, es la siguiente: se trata de una inmutabilidad indefinida en el tiempo y condicionada a la subsistencia de las circunstancias que al fallo hayan informado.

Nuestro artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales, en su segundo párrafo establece: "Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afecten el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente".

Sin duda que la solución que este precepto da para las sentencias de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad e interdicción, se sustenta en la naturaleza de la vida misma y en la manera de ser de la sociedad, que marcha dialécticamente viendo siempre a las nuevas circunstancias, buscando solución a los nuevos problemas, para encontrarla atendiendo a las particulares exigencias de las realidades de cada momento o de cada época. Precisamente, en función de las circunstancias cambiantes y de la equidad, el precepto en cuestión permite al juez variar sus resoluciones con una ductilidad capaz de acomodarlas o de readaptarlas a las nuevas exigencias y circunstancias. Se considera, entonces, que tales sentencias se encuentran provistas de la cláusula *rebus sic stantibus*.

En seguida se hará referencia a las interesantes opiniones, sobre este tema, de Francisco Cornelutti, de Enrico Tullio Liebman y de José Lois Estévez; se expondrá un caso concreto que se me presentó en mi vida profesional, y se terminará con breve alusión a los casos de jurisdicción voluntaria, entre los cuales deben considerarse incluidos los de ausencia y presunción de muerte.

a). *Opinión de Francisco Cornelutti.*—Manifiesta este autor, sobre el particular, que le parece indudable "que de esas disposiciones singulares cabe extraer el principio de la revisibilidad de las decisiones que regulen una situación continuativa, cuando sobrevenga un cambio importante en el estado de hecho... La cuestión es análoga a la que se presenta en materia de contratos, como la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, y en mi opinión ha de ser resuelta del mismo modo: cuando por vía de interpretación no queda inferir que el juez haya limitado su disposición a la permanencia de un determinado estado de hecho, ha de reconocerse que la prohibición de una nueva decisión del litigio por parte de cualquier juez, expresa un principio general cuya derogación no puede ser *productae de consecuentes*. No quiere ello decir que por vía distinta de la analogía no quepa satisfacer, dentro de ciertos límites, la necesidad de acomodar la decisión al nuevo estado de hecho, en los casos ahora recordados o en otros de la misma especie: como ya he indicado, esa vía es la de la interpretación de la decisión, la cual conduce a entender que el juez quiso disponer a condición de que no cambie fundamentalmente el estado de hecho..." ("Sistema de Derecho Procesal Civil", tomo I, Págs. 357 y 358).

Es evidente, pues, que en los tipos de sentencia a que se refiere nuestro artículo 94 transcrita (sentencias que Cornelutti denomina dispositivas), aunque la cosa juzgada se forma igual que en las demás sentencias (excepto en la jurisdicción voluntaria en que, según se verá, no hay cosa juzgada), ella tiene valor mientras permanezcan invariables las circunstancias que sirvieron de base a la decisión; pero reclama un cambio o modificación en el momento en que varíen dichas circunstancias, dándose naturalmente, una constante proporción y correlación, entre el cambio de las circunstancias y el de la decisión.

b). *Opinión de Enrico Tullio Liebman.*—¿Significa lo ante-

rior —pregunta Enrico Tullio Liebman— (véase su obra citada, Págs. 42-44), una atenuación de los efectos de la cosa juzgada? Y a mi juicio, contesta con razón: "Me perece que no. En un cierto sentido, todas las sentencias contienen implicitamente la cláusula *rebus sic stantibus* (la misma opinión la sustenta Savigny, en su "Sistema", tomo VI, Pág. 378), en cuanto la cosa juzgada no impide en absoluto que se tengan en cuenta hechos ocurridos con posterioridad a la emanación de la sentencia: por ejemplo, si el deudor paga la suma debida, la condena pierde todo valor".

Hace notar que lo mismo ocurre en los casos que estudia (los que se prevén en nuestro artículo 94), por cuanto que, encontrándose la sentencia determinada por las circunstancias particulares del caso, se impone la variación de la decisión adaptándola a las nuevas circunstancias. Pero justificadamente agrega que es lo mismo que ocurre en todas las sentencias, toda vez que todas excluyen una diversa valoración del caso concreto, mientras el mismo permanezca invariable. Lo específico de las sentencias que se analizan (sentencias dispositivas) está en la naturaleza *sui géneris* de las relaciones que regulan, integrada por elementos esencialmente variables, de manera que nuevos hechos producen la necesidad de buscar la adaptación de la decisión a los mismos; adaptación que podrá significar desde una simple modificación cuantitativa de la anterior sentencia, hasta la substitución total de su contenido, de modo que la primera decisión pierda todo su valor.

c). *Opinión de José Lois Estévez.*—La interesante opinión de José Lois Estévez, sobre el tema que me ocupa, es también en el sentido de que la cosa juzgada es, aun para las partes, *rebus sic stantibus* y que, por ende, debe permanecer incólume el conjunto de relaciones de hecho para conservar la estabilidad de lo decidido; porque si bien la cosa juzgada cierra el antes, ella no clausura el después. Lo que quiere decir que, si cambian las condiciones de hecho en que se apoya la sentencia, ésta es susceptible de transforma-

ción, como sucede claramente en negocios de alimentos, de patria potestad, etc. (Teoría del Fraude en el Proceso, Págs. 134-164).

d). *Opinión personal.*—Pues bien, corroborando la tesis —a la que no es posible dejar de adherirse—, de que la cosa juzgada lleva implícita la cláusula *rebus sic stantibus*, ya se vió, siguiendo a Tullio Liebman, que la condena pierde todo valor si el deudor paga la suma debida; la pierde asimismo si, a pesar de la sentencia, las partes convienen en transigir el punto decidido; también cuando la parte condenada adquiere, contra la que obtuvo, un crédito compensable; cuando ambas partes deciden posteriormente someter la cuestión a la decisión de árbitros, o acuerdan novar la obligación, o bien cuando interviene quita, espera o pacto de no pedir, así como cuando las partes llegan a cualquier arreglo que modifique la obligación; además de que el fallo pierde igualmente todo valor, en el caso de que posteriormente se descubra la falsedad del instrumento.

Pero todo lo que se expresa en el párrafo que antecede, sólo acontece siempre que concurran los requisitos que se mencionan en el artículo 531 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales, que expresa: "Contra la ejecución de las sentencias y convenios judiciales no se admitirá más excepción que la de pago si la ejecución se pide dentro de ciento ochenta días; si ha pasado ese término, pero no más de un año, se admitirán además las de transacción, compensación y compromiso en árbitros; y transcurrido más de un año, serán admisibles también la de novación, la espera, la quita, el pacto de no pedir y cualquiera otro arreglo que modifique la obligación y la de falsedad del instrumento, siempre que la ejecución no se pida en virtud de ejecutoria o convenio constante en autos. Todas estas excepciones, sin comprender la de falsedad, deberán ser posteriores a la sentencia, convenio o juicio y constar por instrumento público, por documento judicialmente reconocido o por confesión judicial..." (véase el número 1, inciso a), de este Capítulo).

Como puede observarse de la lectura del artículo transcrita,

debe decirse, como justamente lo anota el maestro don Eduardo Pallares, que el mismo incurre en notoria contradicción, "porque, por una parte, enuncia las excepciones que pueden oponerse contra la ejecución de una sentencia ejecutoria y de un convenio... y luego agrega que no proceden dichas excepciones cuando la ejecución se funde en sentencia ejecutoria o en un convenio judicial". (Diccionario de Derecho Procesal Civil, Pág. 183).

e). *Referencia de un caso concreto.*—Quiero hacer referencia, por considerarlo interesante, a un caso particular que resolví en el Juzgado Tercero de lo Civil del que fui titular, por sentencia de primero de julio de 1948, publicada en el tomo LX, 2a. época, de Anales de Jurisprudencia, Págs. 157-175.

Se trata de un juicio de divorcio. La esposa demandaba a su cónyuge, además del divorcio, el ejercicio de la patria potestad sobre sus tres hijos. Antes estos mismos cónyuges habían sido divorciados de su primer matrimonio (celebrado entre ellos mismos), por sentencia que alcanzó la autoridad de la cosa juzgada, que resolvía que la patria potestad sobre los dos hijos de ese matrimonio, correspondía al padre (el tercer hijo nació del segundo matrimonio celebrado entre las mismas partes). Entonces el demandado en el juicio por mí resuelto (actor en el otro juicio de divorcio), opuso la excepción de cosa juzgada, por lo que respecta al ejercicio de la patria potestad de sus dos primeros hijos, por cuanto que la primera sentencia que los había divorciado, ya había resuelto que a él correspondía dicha patria potestad. Mi sentencia desestimó la pretensión del demandado, razonando de esta manera:

"...repitiendo la interrogación: ¿es posible modificar la situación creada en materia de patria potestad por una sentencia que haya causado ejecutoria?... (en este punto de la sentencia transcribo la doctrina de Carnelutti, ya referida con anterioridad). Si bien en el derecho italiano, como es sabido, no existe el divorcio, ya que, de acuerdo con esa legislación, lo más que se permite es la separación definitiva de los cónyuges, sin embargo, como puede apreciar-

se, de acuerdo con la doctrina transcrita (la sentencia se refiere a la doctrina de Cornelutti), tratándose de patria potestad, si puede y debe modificarse la sentencia ejecutoria que la haya resuelto, cuando los motivos o causas que la hayan inspirado, hayan variado, toda vez que, como expresa el invocado autor, debe entenderse que al resolver el juez sobre la materia de que se trata, sin duda lo hace condicionando la imperatividad de su resolución a la circunstancia de que no cambien los hechos que la hayan motivado, de modo que, por el contrario, el juez debe y puede modificar la ejecutoria anterior si sobreviene un cambio importante en el hecho que le sirve de causa o motivo... ¿Debe considerarse que este nuevo matrimonio operó un cambio importante en la situación jurídica creada con motivo del primer divorcio en el que se declara cónyuge culpable a la hoy actora y en el que se concede la patria potestad a "X" (se cita en la sentencia el nombre de la persona) sobre las dos niñas mencionadas con antelación? A juicio del suscrito Juez, sin duda que sí se operó ese cambio importante, por lo que respecta a la patria potestad sobre dichas niñas, con el hecho de que sus padres hayan vuelto a contraer matrimonio. En efecto: ¿quién podría negar que, como consecuencia de este nuevo matrimonio, la madre, real y positivamente volvió a ejercer sobre las indicadas niñas la patria potestad?... Como consecuencia del repetido nuevo matrimonio, la madre readquirió, sobre sus hijas, el ejercicio de la patria potestad, no sólo teórica y jurídicamente, sino también en la realidad, mediante su ejercicio cotidiano, toda vez que, como consecuencia del segundo matrimonio, el hogar conyugal antes destruido, ha quedado rehecho, los padres vuelven a vivir juntos en el propio hogar y en compañía de sus hijos, ejerciendo ambos sobre ellos —¿qué duda cabe?— el derecho y obligación de que las niñas vivan a su lado, de educarlas, de corregirlas y castigarlas con mesura, de tener la responsabilidad de su guarda personal y de exigirles honra y respeto, etc. (artículos 411 y 412-435 del Código Civil)... en el mismo instante en que los propios padres se vuelven a casar, cual-

quiera de éstos que haya perdido la patria potestad, la readquiere, por cuanto que, con el nuevo matrimonio, desaparecen las causas que habían originado su pérdida...

"Y por si no fuese bastante todo lo expuesto con antelación, debe hacerse referencia al argumento definitivo que deriva del texto mismo del artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles, precepto que, adoptando la solución propuesta, seguramente por las razones apuntadas, que tanto pesan, ha dispuesto que las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, etc., pueden alterarse y modificarse cuando, como en el caso, hayan cambiado las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente".

f). Los casos de jurisdicción voluntaria, comprendiendo en éstos la ausencia y presunción de muerte.—En esta materia, nuestra legislación ha seguido tradicionalmente a la española. El Código de Procedimientos Civiles en vigor del Distrito y Territorios Federales, en sus artículos 893, 896 y 897, tomados de los artículos 1358, 1365, 1366 y 1367 del de 1884, a su vez tomados, con ligeras modificaciones, de los artículos 1811, 1817 y 1818 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, reproducidos esencialmente en los artículos 1207 y en las reglas 7a. y 8a. del artículo 1208 de la Ley de 1855, expresan:

"Art. 893.—La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas".

"Art. 896.—Si a la solicitud promovida se opusiere parte legítima, se seguirá el negocio en procedimiento sumario siempre que la oposición no se funde en la negativa del derecho del que promueve el negocio de jurisdicción voluntaria. En tal caso se substanciará el pleito conforme a los trámites establecidos para el juicio que corresponda.

Si la oposición se hiciere por quien no tenga personalidad ni interés para ello, el juez la desechará de plano. Igualmente desechará las oposiciones presentadas después de efectuado el acto de jurisdicción voluntaria, reservando el derecho al opositor".

"Art. 897.—El juez podrá variar o modificar las providencias que dictare sin sujeción estricta a los términos y formas establecidas respecto de la jurisdicción contenciosa.

No se comprenden en esta disposición los autos que tengan fuerza de definitivos y contra los que no se hubiere interpuesto recurso alguno, a no ser que se demostrara que cambiaron las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción".

Pues bien, refiriéndose don José Vicente y Caravantes a esta cuestión, comentando los preceptos de la Ley española de 1855, dice, en lo conducente:

"8. La jurisdicción se distingue, atendida su propia naturaleza, en contenciosa y voluntaria.

"9. La jurisdicción contenciosa es la que ejerce el juez sobre intereses opuestos y contestaciones contradictorias entre particulares, determinándolas con conocimiento legítimo de causa o por medio de la prueba legal.

"10. La jurisdicción voluntaria es la que ejerce el juez sin las solemnidades de juicio, por medio de su intervención en un asunto, que o por su naturaleza o por el estado en que se halla, no admite contradicción de parte, o como dice la Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 1207, son actos de jurisdicción voluntaria, todos aquellos en que sea necesario o se solicite la intervención del juez, sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas..."

"11. Diferéncianse, pues, según estas definiciones, la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria: 1º., en que la primera se ejerce *inter nolentes*, esto es, entre personas que tienen que acudir a juicio contra su voluntad por no hallarse de acuerdo sobre sus pretensiones respectivas, mientras que la segunda se ejerce *inter vo-*

lentes, es decir, entre personas que se hallan de acuerdo sobre el acto que se ejecuta o a solicitud de una sola persona a quien importa la práctica de algún acto en cuya contradicción no aparece interés de tercero; 2o., en que la primera se verifica con conocimiento legítimo de causa o con sólo conocimiento informativo...

"12. Acerca de la primera diferencia, debe advertirse que no desnaturaliza, sin embargo, la jurisdicción contenciosa, la circunstancia de que se encuentren ambas partes de común acuerdo sobre lo que el juez determine... pues según Voet, basta para que un acto se entienda de jurisdicción contenciosa, que la decisión judicial dada sobre materia sujeta a litigio, tenga que llevarse a efecto en caso de que se resistiere a ello alguna de las partes, no obstante su conformidad en un principio.

"13. No sucede lo mismo respecto de la jurisdicción voluntaria: desde el momento en que aparece contestación de parte; desde el instante en que a la solicitud promovida se hace oposición por alguno que tenga personalidad para formularla, se convierte en contencioso el expediente, y debe sujetarse a los trámites establecidos para el juicio a que corresponda. Véase el artículo 1208 núm. 7, de la Ley de Enjuiciamiento Civil...

"14. ...en los actos de jurisdicción voluntaria puede el juez decidirse por los datos y noticias personales que tenga; en la jurisdicción contenciosa está obligado a juzgar según lo que resulte del proceso, *secundum allegata et probata...*" (Tratado Histórico, Crítico-Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil, tomo I, Pág. 132-133).

Chiovenda, manifiesta:

"La jurisdicción civil supone, pues, en una parte la expectación de un bien respecto de la otra, sea este bien una prestación, sea un efecto jurídico. Esto falta en la jurisdicción voluntaria, *no se dan dos partes, no hay un bien garantizado contra otro, una norma de ley para actuar contra otro, sino un estado jurídico que sin inter-*

vención del Estado no podría nacer o desarrollarse o se desarrollaría imperfectamente...

"...la constitución o desarrollo de estados jurídicos que tienen lugar en la jurisdicción voluntaria no actúa un derecho que corresponda a "A" contra "B". No es, pues, carácter de la jurisdicción voluntaria la falta de contradictorio, sino la falta de dos partes. También la jurisdicción contenciosa tiene procedimientos sin contradictorio, pero no sin dos partes: puede tomarse una resolución jurisdiccional inoída parte, pero siempre contra o frente a una parte a la cual debe comunicarse para que pueda cumplirse o ser impugnada. En la jurisdicción voluntaria se dan uno o varios solicitantes, pero no partes..."

"La diferenciación entre actos de jurisdicción voluntaria y contenciosa tiene una gran importancia práctica: la resolución de jurisdicción voluntaria, ... *por si no produce cosa juzgada...* en el campo de la jurisdicción voluntaria, la falta de reclamación no hace definitiva la resolución de la autoridad inferior... En cambio el acto jurisdiccional por excelencia, la sentencia, lleva consigo la calidad de cosa juzgada. Esto, incluso cuando pueda fácilmente modificarse por cambiar las circunstancias, que cambian el fundamento de la cuestión decidida". (Principios de Derecho Procesal Civil, tomo I, Págs. 366-369).

Carnelutti, está de acuerdo en que en la jurisdicción voluntaria no existe litigio, sino que el juez actúa "junto al interesado o a su representante, y no en medio de dos contendientes". (Sistema, tomo I, página 279).

Manuel de la Plaza y L. Prieto Castro, se muestran conformes en que no existe en la jurisdicción voluntaria ni la invariabilidad de las resoluciones, ni, por ende, la fuerza de la cosa juzgada (del primero, Derecho Procesal Civil Español, 3a. edición, tomo I, páginas 129 y ss., y del segundo, el tomo I, de su Derecho Procesal Civil, Págs. 75-76).

A mi juicio, de acuerdo con los textos transcritos de nuestra ley procesal civil, no existe, en efecto, en materia de jurisdicción voluntaria, litigio, no hay partes con intereses opuestos, sino actos inter volentes. De manera que, en el instante mismo en que algún interesado se presenta al procedimiento negando el derecho del solicitante, deja de ser jurisdicción voluntaria y se torna en contençiosa (artículo 896).

No existiendo juicio, lógica consecuencia es que sean revocables las resoluciones que se dicten, esto es, que no exista la inmutabilidad de esas decisiones y, por consiguiente, que no alcancen la autoridad de la cosa juzgada material, sino sólo la cosa juzgada formal, puesto que son susceptibles de tornarse inimpugnables en el propio procedimiento por vía de preclusión, cuando se trata de autos con fuerza de definitivos; en tanto que, tratándose de simples providencias, como lo expresa el artículo 897, pueden variarse o modificarse sin la traba de la preclusión a que se acaba de aludir.

Ahora bien, participando precisamente de la naturaleza de estas decisiones las que se pronuncian en los casos de declaración de ausencia y de presunción de muerte a que se refiere el Título Undécimo del Código Civil (artículos 697, 708 y 711), se sigue que tampoco estas últimas producen la autoridad de la cosa juzgada material, en cuanto que, fuera del procedimiento, carecen de impugnabilidad y son de suyo revocables, razón por la cual, como justamente lo hacen notar Manresa y Reus, debe considerárseles como materia propia de la jurisdicción voluntaria. (Ley de Enjuiciamiento Civil, tomo V, Págs. 7-8; véase también el Sistema... de Cornelutti, tomo antes citado, Pág. 350).

5. ¿LA COSA JUZGADA ES INMUTABLE CUANDO ES OBTENIDA FRAUDULENTAMENTE? PLANEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—¿Es po-

sible impugnar la cosa juzgada por las mismas partes del pleito o por terceros que en él no han intervenido?

Es evidente que las sentencias constituyen actos de valoración jurídica que el juez del conocimiento realiza. Una vez que determina el tipo del problema que se le ha planteado, procede a seleccionar de todas las normas que pudieran aplicarse, aquella que considera que es la que debe resolver el caso concreto; selección que practica llevado por un sentimiento de justicia, vigilando que la norma de derecho aplicable se realice con plenitud en la sentencia, de la misma manera que debe cuidar celosamente que dicha norma no contradiga los preceptos constitucionales.

Una vez dictada la sentencia que resuelve el problema planteado, adquiere la autoridad de la cosa juzgada cuando causa ejecutoria, convirtiéndose en una sentencia *inmutable*; pero ya se vió que la inmutabilidad de la sentencia no debe entenderse en términos absolutos, puesto que existen los casos, a los que ya se hizo referencia, en que, por haber variado las circunstancias substanciales que sirvieron para fijar el sentido de la sentencia, es posible cambiarla mediante el ejercicio de la acción o excepción correspondientes; pero, además, la *inmutabilidad* de la sentencia tampoco debe entenderse en el sentido de que valga *erga omnes*, sino sólo *entre partes*, esto es, para quienes intervinieron en el juicio como actor o demandado debidamente legitimados, desprendiéndose de lo expresado que no alcanza a los terceros que no hayan sido partes.

Las sentencias son susceptibles, pues, de ser modificadas en determinadas situaciones. Pero, ¿quiénes pueden atacar la autoridad de la cosa juzgada? ¿Puede hacerlo un tercero? ¿Pueden impugnarla las partes mismas? ¿Puede combatirse la autoridad de la cosa juzgada cuando se ha obtenido fraudulentamente? ¿Podría en tal caso nulificarse la sentencia, no obstante no existir texto expreso que autorizara dicha nulidad?

a). *Opinión de Francesco Cornelutti.*—Expresa este autor que el elemento característico del fraude es el fin, puesto que se desvía el proceso de su objetivo natural, ya que debiendo perseguirse con él la realización de la justicia, se desenvuelve fraudulentamente.

Hace notar que el fraude procesal puede resultar, bien de la actitud de una sola de las partes o bien de la actitud de ambas.

Señala que, en todo caso de auténtica contradicción, cada parte busca, más que la realización de la justicia, su propio beneficio, y que no sería posible suponer una lucha, sin admitir el empleo en ella de la astucia en mayor o menor grado. En todo proceso, entonces, se encuentra más o menos el germen de una conducta fraudulenta; conducta que no alcanza a lograr la descomposición del proceso, como consecuencia de la naturaleza y de la especial bondad del sistema. Pero al mismo tiempo que la auténtica contradicción lleva el germen del fraude, es ella la mejor garantía de la limpieza del proceso. Puede decirse que no toda tentativa de la parte para que se le conceda lo que pide, aun sabiendo que carece de justificación, es fraude, puesto que, para que éste se constituya, es menester determinada intensidad y calidad del medio elegido. De ahí que en el proceso, lo mismo que acontece en los contratos, hay que tener en cuenta el dolus bonus y el dolus malus, y procurar distinguir —aunque no sea cosa fácil—, el momento en que se pasa del uno al otro, esto es, precisa discernir la astucia lícita del litigante, del engaño ilícito; en la inteligencia de que el mejor remedio en contra de este último y, por ende, del fraude, es, como antes ya se expresó, la contradicción.

Siguiendo a Cornelutti, puede establecerse que, mientras el fraude unilateral no traspasa normalmente los límites permitidos; en cambio, el fraude bilateral —aquel en el que ambas partes conciernen cometerlo—, es siempre un fenómeno patológico del proceso. En él no existe contradicción verdadera, sino aparente.

El principio dispositivo que vincula al juzgador con la actividad de las partes, facilita el fraude procesal, puesto que, debiendo necesariamente ajustarse a la iniciativa de los interesados, el juez debe considerar el caso conforme a lo que resulte de los hechos aducidos,

de lo que las mismas partes hayan expresado y de las pruebas que éstas hayan aportado, aunque a él —al juez— conste lo contrario. Y es claro que si el principio se justifica tratándose de asuntos de interés exclusivamente particular, otra cosa sucede cuando se trata, verbigracia, del estado civil en que, como Cornelutti hace notar, para evitar el fraude sería conveniente la independencia del juez en la determinación de los hechos, facultándosele, por ejemplo, para emprender el libre examen de los familiares de los litigantes, quienes "tendrían el deber de suministrar al juez, que los interroga de oficio sin control de las partes y sin formalidades, las informaciones que puedan servir para darle a conocer el ambiente de la litis".

Puede suceder que de común acuerdo ambos cónyuges, demande uno al otro la nulidad de su matrimonio (Cornelutti se refiere concretamente al caso Pecoraino: la esposa demanda la nulidad de su matrimonio apoyándola en afirmaciones y pruebas falsas; nulidad que obtiene sin contradicción del marido), y que el cónyuge demandado confiese la demanda, no obstante que sean falsos los hechos constitutivos de la acción. Evidentemente se trata de un procedimiento en fraude de la ley. Una de las partes se arrepiente. ¿Carece de acción para demandar la nulidad de ese juicio? ¿Ha de imponerse a las partes la responsabilidad de la forma que adoptaron, a pesar de tratarse de un proceso fraudulento?

Cornelutti piensa que ha de tenerse en consideración que, en realidad, en el ejemplo propuesto, no sólo incumbe a las partes que la sentencia sea justa, sino fundamentalmente al orden público. Son las partes, ciertamente, quienes se encuentran colocadas en mejor situación para lograr la reparación de la lesión de ese interés; pero entonces el interés de ellas debe ser medio, no fin.

Me parece tan agudo y tan exacto su punto de vista, que considero vale la pena transcribir sus párrafos siguientes:

"También aquí debe venir a aclarar las ideas la consideración del fin público del proceso civil, cuya creciente experiencia me hace sentir cada vez mejor su valor. Que la sentencia sea justa no es un asunto que sólo a las partes afecte; acaso incluso que les ataña en absoluto; es, por el contrario, un asunto de interés público. Se sirve, para el control, de las partes, porque son el más sensible índice de la injusticia, y por tanto el instrumento más fácil para pedir su reparación; no para otra cosa. Por consiguiente, el interés de la parte se considera como un medio y no como un fin; no se puede pensar en privar a la parte de la impugnación como en un castigo por haber participado en el fraude: *en tal caso se castiga no a la parte, sino a la sociedad entera.*

"Se castiga sobre todo a los terceros, contra los cuales en el noventa y nueve por ciento de las veces se dirige el fraude. Se dirá que esta reflexión vale para atribuir la impugnación al tercero, no a la parte. Pero, ¿por qué no también a las partes, si la impugnación de éstas aprovecha también a aquél? Tanto más cuanto que, por los medios de que dispone la parte, casi siempre su impugnación es prácticamente más eficaz.

"Finalmente, ¿por qué no se ha de tomar en cuenta el sufrimiento de la parte que se ha arrepentido del fraude? Que se la haya sacrificado (se refiere a la esposa en el caso Pecoraino) a un contrario interés digno de tutela, se comprendería, sobre todo al interés público; pero aquí el sacrificio se haría en pura pérdida, ya que el interés público reclama la impugnación, no se opone a ella".

No se discute, pues, que la acción pueden intentarla los terceros perjudicados con el fraude; pero, como Cornelutti lo hace notar de manera incontestable, ¿por qué también no se concede a las partes si el tercero igualmente se beneficia? ¿Por qué razón no ha de valer su arrepentimiento? ¿Por qué ha de ser el interés público

el sacrificado? (véase, de este autor, *Contra el Proceso Fraudulento*, en sus Estudios de Derecho Procesal, tomo II, Págs. 67-79).

b). *Opinión de José Lois Estévez.*—Cuantas veces se intente la utilización anormal del proceso, debe considerarse quebrantado el principio de la obligatoriedad de la forma, con la consiguiente nulidad de los actos. Con justificación absoluta expresa este autor que, aun fuera de lo que establezca el derecho substancial, el fraude procesal resulta terminantemente prohibido, aunque no exista precepto que expresamente lo diga, toda vez que contradice violentamente todo el sistema procesal. La esencia del sistema jurídico reaprueba el fraude procesal. Para comparecer en juicio debe existir el derecho, deben realmente existir los supuestos previstos en la norma positiva, es decir, los supuestos de la norma deben corresponder a la realidad. Antes de la sentencia el fraude no se consuma. Entonces, el objeto del recurso contra el fraude, ha de ser la sentencia. El fraude debe seguir las vicisitudes de la decisión y debe quedar sujeto al mismo régimen de recursos, si bien es la acción de nulidad, el medio más generalizado y comodo para combatirlo. En el derecho español, el fraude se puede combatir: mediante el recurso de apelación; mediante la casación por quebrantamiento de forma; mediante el de revisión, destinado específicamente a dirimir el dolo y el fraude procesal (artículo 1796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Este recurso puede ser intentado por el perjudicado en la sentencia definitiva o sus causahabientes; pero no por el tercero contra quien el fraude va dirigido —en caso de dolo bilateral en el proceso—, en virtud de que éste carece de la legitimación activa para interponerlo, y se puede combatir el fraude, finalmente, mediante la acción de nulidad (artículo 4o. del Código Civil).

El fraude procesal supone el fraude a la ley. Destituye al proceso de su fin normal, esto es, de la actuación del derecho; pero

queda afectado de nulidad absoluta. El momento consumativo de la maniobra fraudulenta debe ser anterior a la litis iniciación; porque si sólo afecta a actos procesales concretos, habrá dolo, no fraude. "Pues bien, brota, como resultado de todo esto, la falta de correlación entre la sentencia y la litis a decidir. Si el proceso tiene como misión actuar una pretensión fundada y ésta es consecuencia inmediata de un conflicto intersubjetivo de intereses, entonces, evidentemente, para que un proceso exista, jurídicamente se requiere la existencia real de un conflicto de esta naturaleza. En virtud de este principio, cuando la litis no es real, sino el resultado de una convención clandestina entre las partes —fraude bilateral—, o cuando la litis prevenida mediante artificiosa preconstitución circunstancial, no responde a un contenido fáctico objetivo o despeja al proceso de su fin institucional —fraude unilateral—, entonces el proceso carece de causa y, al faltarle uno de los requisitos esenciales, es de derecho irrelevante: jurídicamente no existe. Por tanto, la resolución jurisdiccional desprovista de una verdadera litis carece de substancialidad y es, de consiguiente, nula de pleno derecho. Podrá, con carácter provisional, producir los efectos jurídicos que se derivan directamente de su forma, pero una vez acreditada la falta de causalidad eficiente, todo efecto útil debe ser rescindido. Ha de quedar a salvo, por consiguiente, el ejercicio de la acción de nulidad que debiera borrar o paralizar la eficacia del proceso en su totalidad.—Una vez señalada esta insuficiencia existencial del proceso fraudulento, el resultado es indudable: la cosa juzgada está imposibilitada de producirse, pues le habrá faltado uno de los elementos indispensables, que es, precisamente, el presupuesto fundamental de su constitución: el desenvolvimiento de un proceso real". (su obra. Teoría del Fraude en el Proceso Civil, Págs. 160-161).

Tratándose de la nulidad por fraude, nulidad absoluta según Lois Estévez, expresa el mismo autor que teóricamente el ejercicio de esta acción debía ser universal, atribuible a cualquiera; pero que

lo impide la teoría de la legitimación ad causam, puesto que activamente legitimados están sólo los interesados en la composición de la litis, cuyo número es limitado. Otro límite al ejercicio de la acción es la prescripción. Ciento que, por ser nulidad absoluta, debía ser imprescriptible; pero prescribe, verbigracia, cuando lo discutido son derechos reales sobre bienes inmuebles, en tanto que no se requiere ni la buena fe ni el justo título. Y señala que un límite más al éxito de la acción de nulidad del proceso y su sentencia, es la intervención de terceros de buena fe.

No obstante tratarse de una nulidad absoluta, no puede decirse que la acción sea perpetua; pero mientras no sea ejecutada la sentencia, la excepción de nulidad se puede alegar contra el defraudante perpetuamente (Obra citada, Págs. 134-164).

c). *Sistema de nuestro derecho. Antecedentes.*—Hace referencia Hevia Bolaños, a las causas que podían hacer de la sentencia dictada, una sentencia nula. Indica que la nulidad podía ejercitarse tanto como acción en juicio por separado, como por apelación. En efecto, en las páginas 97 y 98 de su Curia Philípica, números 12, 13, 14 y 15, puede leerse lo siguiente:

“12.—Es nula la sentencia dada por falsos testigos, escrituras falsas ó falsedad de Abogado, ó Procurador, ó por otra cualquiera falsedad, ó por cohecho dado al Juez y averiguándose, se ha de revocar, y dar por ninguna, aunque de ella no haya sido apelado, pidiéndose dentro de veinte años de cómo se dió, y notificado, y no después: mas aunque haya habido esta falsedad en la causa, no se habiendo dado la sentencia por ella, no es nula, ni se vicia, como consta de unas leyes de Partida. Y proceda también en sentencia de Arbitros, según otra ley de ella.

“13.—Asimismo es nula la sentencia dada en la causa en que haya nulidad notoria, y manifiesta, que evidente, notoria y manifiestamente consta de los mismos autos, ó de defecto de citación, ó jurisdicción: las cuales nulidades, por ser perpetuas, se pueden pe-

dir en cualquier tiempo perpetuamente, aunque de la sentencia no se haya apelado; y constando de ellas, se ha de retractar, revocar y dar por ninguna: y procede, aunque se pida contra tres sentencias conformes, como consta de unas leyes de Partida; y además de otros muchos, lo resuelven Acevedo y Gutiérrez, aunque esto no ha lugar contra las sentencias dadas en las Audiencias Reales Supremas, según una ley de la Recopilación.

"14.—Las demás nulidades, que hubiere en la causa para anular la sentencia, se han de pedir dentro de sesenta días de como se expidió y notificó, y no después; sino es por vía de restitución de privilegiado, que la tenga, y procede, ora se pida por vía de acción, o de excepción, como consta de una ley de la Recopilación, y lo traen Acevedo, y Covarrubias.

"15.—La causa de la nulidad se ha de pedir y tratar, no se habiendo apelado de la sentencia, ante el mismo Juez que la dió; y habiéndose apelado de ella ante el superior, si se interpuso la apelación de la nulidad principalmente, y si no simplemente por incidencia de la Causa principal; sino es que se reservó en la apelación la nulidad, diciendo: que se apelaba de la sentencia, salvo el derecho de la nulidad, que entonces de ninguna manera se puede tratar de ella ante el superior principal, ni accesoriamente, sino ante el inferior que la dió; y tratándose por vía de ejecución, se ha de tratar ante el Juez que conoce de la Causa, según una ley de Partida, y Acevedo. Y se ha de tratar la Causa de la nulidad ordinariamente en contradictorio Juicio con la Parte contraria siendo oída sobre ella, según una Ley de Partida. Y contra la sentencia dada sobre la nulidad, no se puede pedir otra nulidad, aunque se pueda apelar o suplicar de ella, y de la sentencia sobre ello dada en grado de apelación, ó suplicación, no hay recurso de nulidad alguna, como lo dice la ley de la Recopilación en la cual dice Acevedo, que con la nulidad se puede tratar de lo principal".

El Conde de la Cañada, refiriéndose al mismo tema, expresa:

"Pruébanse claramente las dos partes de la proposición antecedente, del epígrafe de la citada ley 2, tit. 17, lib. 4 de la Recop., que es el siguiente: "Cuando se puede alegar excepción de nulidad contra la sentencia". No habla la ley de la nulidad intentada por vía de acción, y seria porque en esto concibió que no podia ofrecerse duda; y así sólo fué a remover la que podría motivarse en cuanto a la excepción, según la opinión de aquellos autores que la tienen por perpetua.

"La letra de la ley dice en su principio lo siguiente: Si alguno alegare contra la sentencia, que es ninguna, puédalo decir hasta sesenta días desde el día que fuere dada la sentencia... Las palabras de alegar y decir de nulidad comprenden en su propia y natural significación la que se intenta por acción o por excepción" ("Observaciones Prácticas Sobre los Recursos de Fuerza", del citado autor, tomo II, Pág. 421, edición de México de 1851).

Las leyes de Partida claramente establecen la nulidad de los juicios contra derecho, contra las buenas costumbres y los seguidos contra natura; también establece la nulidad de aquellos juicios en que la parte demandada hubiere sido emplazada ilegalmente; la de aquellos en que el juzgador conoce no obstante carecer de jurisdicción; la de los juicios seguidos contra los menores de edad, locos o desmemoriados, sin oír a quien los represente legalmente, y ordena asimismo la nulidad de los pleitos resueltos sirviendo de base falsos testimonios o cualquiera otra falsedad, o dados por dinero o debido a corrupción del juzgador de cualquier tipo, etc.

Las leyes 12 y 13 de la Partida tercera, título XXII, establecen, en lo conducente:

"...queremos decir, en quantas maneras el juzgio non es valledero, por razón de la persona del Judqador, o por que lo da de otra guisa que non deue... E otrosi sería dado juzgio como non deuía... o si el juzgio fuese contra natura, o contra el derecho de les leyes deste libro, o contra buenas costumbres... o si fuese dado

juyzio contra otro, non seyendo emplazado premeramente que lo viniessen a oyr... E otrosi, todo juyzio que fuese dado por falsos testigos, o por falsas cartas, o por otra falsedad cualquier; o por dineros, o por don con quien ouiese corrompido el Juez; maguer contra quien fuese dado non se alzasse del, puedelo desatar quando quier, fasta veinte años, prouando que en juyzio primero fuera dado por aquellas prueyas, o razones falsas..."

Las propias leyes de Partida (ley 20, Partida tercera, título XXII), asimismo contienen el principio aún vigente de que la cosa juzgada sólo aprovecha o perjudica a las partes; pero de ninguna manera a los terceros ajenos al pleito: *res inter alios judicatae alteri neque nocere neque prodesse potest.* En efecto, en la ley invocada se expresa, en lo conducente: "Guisada cosa es, e derecha, que el juyzio que fuere dado contra alguno, non empeza a otro..." El principio de que se trata fué recogido del derecho romano (véase el n. 2, del Capítulo VI de este estudio).

Con relación a nuestro derecho, cabe expresar que, siguiendo, sobre el particular, la vieja tradición española de que se ha hecho referencia, siempre ha concedido acción a los terceros extraños al juicio para reclamar la nulidad de las sentencias que les perjudican y ha permitido que se excepcionen en su contra.

Los artículos 1600 y 1601 del Código de Procedimientos Civiles de 1872, estatuyen que, tanto *los que no han litigado, como los que no han sido debidamente representados en juicio,* pueden, aunque no hayan interpuesto casación, excepcionarse contra las sentencias que les perjudique.

En la Exposición de Motivos del Código de Procedimientos Civiles de 1880, dice don José María Lozano, en la página 177, número 467:

"Igualmente se suprimieron los artículos 1599, 1600 y 1601: el primero por contener un precepto inútil, el segundo, porque sin necesidad de consignarlo en la ley, ya se sabe que la sentencia

daña o aprovecha a los que han litigado, de manera que para los que no han intervenido en el juicio es *res inter alios acta*, y el tercero, porque de la misma manera es obvio que los que no han sido legítimamente representados en el juicio, son tan extraños como si de ningún modo hubieran intervenido".

Es interesante igualmente hacer notar que, el artículo 85 de la Ley de cuatro de mayo de 1857, expresa que tanto los que no han sido legítimamente representados, como los que no han litigado, pueden excepcionarse contra las sentencias que les cause perjuicios; excepción que pueden hacer valer a pesar de que no hayan interpuesto el recurso de nulidad.

Siguiendo al Código de Procedimientos Civiles de 1880, el de 1884 no contiene tampoco ninguna disposición que expresamente aluda al problema de que se trata. Sin embargo, nunca se estimó que tal cosa fuera obstáculo para que los terceros pudieran excepcionarse contra la autoridad de la cosa juzgada que les causaba perjuicios.

Y el Código de Procedimientos Civiles en vigor (todos los citados ordenamientos corresponden al Distrito y Territorios Federales), además de que introduce el derecho para apelar a favor del tercero no litigante que cree haber sido agraviado, restituye claramente el principio de los invocados artículos 1600 y 1601 del Código de 1872 y del artículo 85 de la también citada Ley de 4 de mayo de 1857, por cuanto que, tomando como base que los juicios son *res inter alios acta*, establece que el tercero puede excepcionarse contra la sentencia firme, si bien no puede hacerlo tratándose del estado civil; en el concepto de que esta salvedad desaparece si el tercero alegare colusión de las partes para perjudicarlo (artículos 93 y 689).

Por lo interesante del problema, en seguida haré referencia a la penetrante opinión de Eduardo J. Couture, que puede consultar-

se en su magnífica obra, "Estudios de Derecho Procesal Civil", tomo III, Págs. 405-416.

¡Debe admitirse que procede la reclamación de la anulación o revocación de las actuaciones judiciales, incluyendo a la sentencia definitiva, cuando las mismas se realizan en fraude de terceros que no han intervenido en el pleito?

Couture, indica que puede hablarse de tres principales formas de oposición en el derecho comparado:

Una de estas formas es lo que se llama *oposición por recurso*, cuyo origen parece encontrarse en el antiguo derecho español, de donde pasa a algunos sistemas americanos: Al Código chileno, en su actual artículo 980; al de Colombia de 1931, en su artículo 542, inc. 4o. Aunque inspirándose en diversa fuente, también lo tiene el Código del Brasil, y lo tiene asimismo un Código no americano, el de China de 1935, en su artículo 492, que introduce en su sistema el recurso de revisión. La jurisprudencia chilena viene sosteniendo que, los motivos que han dado vida al recurso de revisión, sirven también para admitir juicio por separado.

Otra de las formas es la *intervención en el juicio* de los sistemas italiano y francés. Atendiendo a su naturaleza, se trata de acciones autónomas, si bien de tal manera vinculadas al anterior juicio, que pueden integrar con él una auténtica unidad procesal en lo que respecta a materias de competencia, personalidad, etc. Se trata de acciones que, a su vez, permiten oposición, apelación y casación. "Son procesos —expresa el autor repitiendo a Chiovenza— sobre un proceso, a los cuales la ley asigna, como presupuestos, muchos de los presupuestos del proceso clausurado".

Y la tercera forma de oposición, la *revocación por acción autónoma*, tiene su origen en el derecho romano. Este derecho tenía una rica variedad de medios para atacar las sentencias alcanzadas con fines fraudulentos. Se trata de sentencias que se obtenían mediante actividades dolosas, valiéndose algunas veces de documentos falsos, otras de soborno de los testigos, colusión del procurador, etc.

El perjudicado, entonces, podía utilizar la *exceptio doli* contra la *actio judicati*; la *restitutio in integrum* contra la misma acción; la *replicatio doli* contra la *exceptio rei judicata*, y subsidiariamente podía valerse de la *actio doli*. Estos medios de defensa pasaron posteriormente a las leyes de Partida, según se constató con anterioridad cuando se transcribió lo conducente de las leyes 12 y 13, del título XXII, de la Partida tercera. Y posteriormente pasaron los propios medios de defensa a las leyes 2 y 10, del Título 17, del Libro 4 de la Recopilación; en la inteligencia de que actualmente encontramos la acción revocatoria, autónoma en su ejercicio, en el Código de Procedimientos Civiles del Brasil de mil novecientos treinta y nueve, en sus artículos 798 y 800.

Couture se interroga si la acción revocatoria o juicio de nulidad proceden aún en las legislaciones que carecen de disposiciones especiales, y da una respuesta aguda y definitiva:

"Contemplada en su fondo mismo, la doctrina de la acción revocatoria no es otra cosa que la extensión al campo del derecho procesal civil, de ciertos principios simplísimos y muy antiguos en materia de fraude a los terceros."

"Preferimos, pues, contestar, socráticamente, con nuevas preguntas:

"¿Qué es el proceso fraudulento, sino un negocio fraudulento realizado con instrumentos procesales? ¿Qué diferencia existe entre una ejecución fraudulenta y colusoria realizada con ánimo de disminuir el patrimonio del deudor, y la enajenación dolosa que da mérito a la acción pauliana? ¿Qué variantes esenciales existen entre el juicio tendiente a hacer desaparecer un estado civil (como por ej., una filiación natural) y el delito de suposición o supresión de estado civil previsto expresamente por la ley penal? ¿Qué alteración de fondo existe entre la confesión de la demanda obtenida de un demandado incapaz y los actos que dan origen al delito de circunvolución de incapaces?"

"Sólo diferencias de forma y no de fondo existen entre esos casos. Una envoltura de carácter procesal, preparada casi siempre con la finalidad de asegurar la eficacia del fraude, separa una situación de otra.

"Así miradas las cosas, debe concluirse que no puede el intérprete hallar un obstáculo en las formas, cuando el fondo está constituido por un acto declarado ineficaz por textos expresos de la ley civil o penal.

"Chiovenda ha dicho en claras y muy vigorosas palabras que, "allí donde falte una norma expresa que discipline la oposición del tercero, como en el campo de las sentencias arbitrales, se admitirá la pauliana según las normas ordinarias. (Chiovenda, Istituzioni, t. 2, p. 586)".

"De eso se trata, exactamente, frente al problema a estudio.

"Una legislación que no tiene normas expresas que disciplinen la oposición del tercero, debe acudir a los principios generales de represión del fraude civil, para evitar que las formas procesales sean para él un mandato de impunidad.

"La acción revocatoria no es, pues, otra cosa que la extensión al campo del derecho procesal, de los principios de la acción pauliana".

Categóricamente puede afirmarse, pues, que las formas procesales seguidas con el objeto de defraudar a tercero, son nulas por aplicación de los principios de la acción pauliana.

Sin embargo, sobre el particular, la H. Suprema Corte, en jurisprudencia por fortuna ya interrumpida, número 714, a mi entender sin una justificación consistente, ha establecido: "Una vez terminado un juicio por sentencia ejecutoria, no es posible legalmente pretender su nulidad por medio de otro juicio autónomo". (Último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, publicado en el año de 1955).

d). Conclusiones.—Teniendo en debida cuenta, pues, todo

lo que ha quedado expuesto, se justifican, a mi juicio, las siguientes conclusiones:

1a.—Normalmente la sentencia sirve para lograr la composición de la litis y para hacer justicia mediante la actuación del derecho. El proceso fraudulento sirve para violar la ley, en tanto que persigue un fin que ella prohíbe.

2a.—El fraude procesal bilateral existe cuando ambas partes litigantes utilizan el juicio, de común acuerdo, para alcanzar un fin vedado por la ley. Propiamente no existe contradictorio. Bajo la falsa apariencia de la contención, las partes son realmente colaboradoras. La sentencia es resultado del concurso del dolo de ambas partes, es decir, no existe dolo de una de las partes frente a la otra.

3a.—El fraude procesal unilateral se produce cuando el actor o el demandado (no existe el concurso de voluntades de ambas partes), realizan la maquinación fraudulenta, engañando al juez para lograr un fin que la ley prohíbe. El actor, verbigracia, logra el fin que se propone siguiendo juicio a espaldas del demandado: bien por haberse coludido con el representante infiel de éste para perjudicarle, o bien por haber logrado la tramitación del proceso con falso emplazamiento. El demandado se autoembarga y logra, en juicio fraudulento, la adjudicación de sus bienes a falso acreedor, en perjuicio de tercero. En el fraude unilateral tampoco existe auténtica contienda; pero, como acontece en los casos a que el primer ejemplo se refiere, puede haber dolo de una de las partes frente a la otra, cosa que nunca sucede en el fraude bilateral.

4a.—Son, pues, elementos de fraude: a).—La voluntad unilateral o bilateral que decide cometerlo. En caso de acuerdo de voluntades, éste puede concertarse antes o después de iniciado el proceso, puesto que su contenido es la sentencia; b).—La existencia de un proceso, y c).—La persecución de un fin ilícito: la violación de una ley imperativa o prohibitiva, bajo la falsa apariencia de su actuación.

5a.—El proceso fraudulento puede perjudicar: generalmente a tercero, a alguna de las partes, al fisco o a la ley.

6a.—Deben considerarse legitimados para el ejercicio de la acción de nulidad: a).—La parte misma, cuando la impugnación no sólo a ella aprovecha, sino al propio tiempo beneficia al tercero perjudicado o bien al interés público, y b).—Los terceros perjudicados.

7a.—Según la materia de lo discutido, la prescripción limita el ejercicio de la acción de nulidad, y la acción se limita asimismo, en los términos de la ley substantiva, por la buena fe de tercero (artículos 799, 1152 fracción III, 1155 y 3007 del Código Civil).

8a.—La excepción de nulidad se puede hacer valer perpetuamente contra el defraudante.

9a.—La sentencia del proceso fraudulento se encuentra afectada de nulidad absoluta, en cuanto que le falta el presupuesto constitucional más esencial: la existencia de un proceso real.

10a.—Y finalmente, no existiendo un proceso real, ni sentencia que resuelva verdaderamente un litigio, falta base para que se produzca, con validez, la cosa juzgada.

En mi experiencia profesional he conocido de casos en que el demandado está representado por el mismo actor, y, claro está, se ha guardado muy bien de oponer las excepciones o defensas que a su representado podían favorecer, obteniendo, por supuesto, sentencia favorable, no sólo en fraude de tercero, sino en perjuicio del propio demandado. Es claro que la acción de nulidad pueden intentarla ambos perjudicados: el tercero y el demandado. No puede negarse tampoco a este último la acción, porque, no habiendo tenido una verdadera oportunidad de defensa en juicio, la solución contraria violaría, en su perjuicio, las garantías individuales públicas consignadas en los artículos 14 y 16 de la Constitución de la República (en el análisis de estas cuestiones tuve a la vista, además, un estudio del licenciado Antonio Gómez Robledo, La pau-

liana contra sentencias que son efecto de fraude de las partes, publicado en la Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, tomo III, número 12; un estudio del maestro don Alberto Vázquez del Mercado, de 30 de agosto de 1951, con relación al amparo número 85/932, promovido por Redo Cia. Sucrs., S. C. P., así como el proyecto de ejecutoria de dicho amparo, formulado por mí con el carácter de Secretario de Estudios y Cuenta de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, adscrito al señor Ministro don Gabriel García Rojas; también la Autoridad de la Cosa Juzgada de Migliore, Págs. 185-188; el estudio del mencionado señor Lic. Vázquez del Mercado, "La cosa juzgada y la defensa de los acreedores quirografarios", publicado en Anales de Jurisprudencia, tomo 33, n. 2, de abril de 1941, y Proceso, Autocomposición y Autodefensa, de Alcalá Zamora y Castillo, Págs. 177-179).

6. OTRAS NULIDADES E INEFICACIAS.—Además del caso estudiado de la sentencia fraudulenta, en que, como se acaba de ver, la cosa juzgada se encuentra afectada de nulidad, existen otras situaciones en que en la sentencia y la cosa juzgada puede haber nulidad, que tanto puede derivar de la sentencia misma como de defectos básicos de la conformación de la relación procesal. Así, será nula la sentencia pronunciada por quien no es juez, o por el juez que carece de jurisdicción, como acontece con la pronunciada por el juez de paz invadiendo la jurisdicción del de primera instancia, o con la dictada por el juez civil ordinario con invasión de jurisdicción correspondiente al juez de distrito o al fuero de guerra. También será nula la cosa juzgada, cuando la sentencia recaiga en un proceso en que sea falso el emplazamiento practicado, como cuando con error es emplazado un homónimo del demandado, o cuando el juicio se tramita contra persona muerta sin emplazamiento del al-

bacea que represente a la sucesión, o cuando no se sigue contra el representante del menor o incapacitado sino contra éste directamente. En el concepto de que las nulidades de la cosa juzgada porque el emplazamiento sea defectuoso; porque no estuviesen legítimamente representados el actor o el demandado; porque las diligencias se hubiesen entendido directamente con el incapaz, o porque, en fin, el juicio se hubiese seguido ante juez incompetente, son nulidades que asimismo pueden reclamarse mediante apelación extraordinaria, según se explicó en el número 1, a), de este mismo Capítulo IV (artículos 717 y 718 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales). Y la cosa juzgada será ineficaz, finalmente, cuando los dispositivos de la sentencia, por ser contradictorios, se destruyen entre sí (véase el número 5, del Capítulo V), o cuando siendo constitutiva, su materia sea de imposible constitución, o cuando fuese imposible física o jurídicamente la prestación sobre la que recaiga la sentencia de declaración o de condena, o cuando el contenido de la sentencia fuese indeterminable en ninguna forma o incomprensible (Chiovenda, Instituciones, número 378).

CAPITULO V

- 1.—¿Qué parte de la sentencia es la que adquiere la autoridad de la cosa juzgada?**
- 2.—Para fijar el alcance de los resolutivos, a veces es menester acudir a los escritos de las partes que fijan la controversia.**
- 3.—Casos en que, por ser imposible dictar sentencia de fondo, se absuelve de la instancia.**
- 4.—Casos en que la sentencia omite resolver sobre algún punto del debate y casos en los que resuelve excediendo las cuestiones del litigio.**
- 5.—Casos de contradicción entre los resolutivos y la motivación o en los dispositivos entre sí.**

1. ¿QUÉ PARTE DE LA SENTENCIA ES LA QUE ADQUIERE LA AUTORIDAD DE LA COSA JUZGADA? Decía con anterioridad que la cosa juzgada podía explicarse manifestando que ella se encuentra en aquellos actos de soberanía del Estado que regulan en forma obligatoria e inmutable las relaciones jurídicas que le son sometidas en juicio, mediante el ejercicio de la pretensión correspondiente, y que para el caso de que se hiciera valer como excepción, era necesario que, entre la relación jurídica resuelta con sentencia definitiva y aquella que de nuevo se planteara, existiera identidad de todos sus elementos: sujeto, objeto y causa jurídica; pero ¿qué parte de la sentencia concretamente adquiere la autoridad de la cosa juzgada?

Como es sabido, las sentencias se integran con dos partes: una de ellas que contiene la fundamentación de hecho y de derecho en que se hace descansar la resolución del juez, y la otra, formada por los dispositivos o puntos resolutivos de la sentencia que, como su nombre lo está indicando, deciden el litigio.

Debe recordarse que, en la primera época del derecho romano, la sentencia se dictaba sin motivación, pero ésta se introduce en el período extraordinario. Tampoco existió el sistema de la motivación en la Edad Media, en cuanto que la decisión se integraba solamente con los dispositivos. Ramón Palacios, en su obra *La Cosa Juzgada*, Pág. 62, transcribe la siguiente versión: "Dícese que Raúl Spifana, bajo Enrique II, fué el primero en alzar la voz contra esta forma desafortunada de juzgar a modo de oráculo, y a él se unió más tarde Bacon". (Nota (15) de la citada página). En

Francia se vuelve obligatoria la motivación hasta 1790. Se introduce igualmente, según dato tomado por el autor aludido, en el Código Napolitano con la Ordenanza de 1774.

Pues bien, Jofré, Savigny y Allard, sostienen, entre otros autores, que la autoridad de la cosa juzgada se extiende a los motivos de la sentencia, en virtud de que los mismos forman parte integrante de ella. "Jofré, refiriéndose a este punto, transcribiendo a Savigny y Allard, expresa que la parte dispositiva, tomada separadamente del fallo, no dicen nada. "Si el demandado por el cumplimiento de una obligación opone varias excepciones, y el juez acepta algunas y lo absuelve, la parte dispositiva no tendrá otra cosa que la absolución sin expresar las excepciones que han sido aceptadas, y las que han sido rechazadas. La misma incertidumbre se encuentra, si bien en grado menor, en la sentencia condenatoria. Si a la demanda por cobro de dinero el demandado opone la compensación, y el juez la rechaza, la parte dispositiva de la sentencia contendrá sólo la condenación al pago, sin expresar que la cantidad reclamada en la compensación, no era debida ni liquida, ni suficiente para que la compensación procediese. Para conocer, pues, bien el pensamiento del juez, agrega Savigny, es necesario examinar los motivos en que se funda, sin lo cual la excepción de cosa juzgada opuesta en un juicio posterior, no podría ser aceptada ni rechazada. De ahí se deduce que la autoridad de la cosa juzgada se extiende aun a los motivos de la sentencia, entendiéndose por tales, los elementos que forman la relación del derecho litigioso, y de la sentencia que pone fin a la litis, porque tales elementos una vez constatados por el juez forman parte de la sentencia misma. De aquí surge el distingo entre motivos objetivos y subjetivos. Pertenecen a la primera categoría las razones que envuelven la verdadera decisión, o sea, la preliminar decisión del punto controvertido, que después se traduce, como natural y lógica consecuencia, en la parte dispositiva... Pertenecen a la segunda clase aquellas consideraciones de hecho o de derecho que determinan al juez a afirmar o

negar los elementos objetivos". (Tomado de la Autoridad de la Cosa Juzgada, de Migliore, Págs. 173-175). Y transcribiendo este mismo autor a Savigny (Pág. 196 de su Obra citada), dice más adelante: "Pertenece a Savigny este pensamiento: "La parte dispositiva, tomada separadamente de los motivos del fallo no dicen nada. Para conocer el pensamiento del juez es indispensable examinar los motivos en que se funda, de lo contrario, la excepción de cosa juzgada opuesta en un juicio posterior no podría ser susceptible de aceptación o de rechazo. Es así evidente, que la autoridad de la cosa juzgada se extiende a los motivos de la sentencia. es decir, a los elementos que forman la relación de derecho litigioso y del fallo que da fin a la litis, ya que, comprobados por el juez esos elementos, forman parte integrante de la sentencia propiamente dicha. Pero claro está que no ha de tratarse de las razones de orden subjetivo que concurren a elaborar la convicción del juez respecto de los puntos o cuestiones que analiza, sino de los elementos objetivos que con auxilio de los subjetivos logra comprobar. Obtienen la autoridad de la cosa juzgada los elementos objetivos del fallo —concluye el eminentе jurisconsulto—, no así los subjetivos". (Transcripción que toma Migliore, del Derecho Romano de Savigny, tomo VI, No. 292).

Sin embargo, lo cierto es que la doctrina dominante acepta que la cosa juzgada radica únicamente en los resolutivos de la sentencia y no en su motivación, si bien admite atemperaciones al principio, en cuanto que conviene en que a veces es útil y necesario acudir a dicha motivación, para alcanzar, por interpretación, la latitud de los términos de los resolutivos oscuros o equívocos; interpretación de la que puede resultar bien una ampliación o bien una restricción de los dispositivos; pero sin que quiera decir que sea permitido, bajo el pretexto de interpretar la parte resolutiva de la sentencia, ampliar o modificar su justo alcance, haciendo prevalecer la motivación sobre la decisión (véase las Obligaciones, de Larombiere, tomo V, párrafo 18, Art. 1351; también a Manzini, su

Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo IV, No. 460, Pág. 517, Ed. de 1953 EJEA, correspondiente a la traducción al español de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, y a Henoch D. Aguiar, Hechos y Actos Jurídicos, tomo V, No. 121, Pág. 114, Ed. Argentina TEA, 1952).

Con relación a este problema, expresa Chiovenda: "Esta exclusión de los motivos de la sentencia, de la cosa juzgada, no se debe entender en sentido formalista, de manera que pase en autoridad de cosa juzgada tan sólo lo escrito en la parte dispositiva de la sentencia. Por lo contrario, para determinar el contenido de la cosa juzgada es por demás necesario remitirse a los considerandos, para poder identificar la acción en razón de la causa petendi". (Tomado de la citada Obra de Migliore, Pág. 172).

Nuestra H. Suprema Corte de Justicia, ha sentado jurisprudencia en el sentido de que la materia de la sentencia ha de deducirse de toda ella, especialmente de los decisarios en relación con su motivación; motivación de donde lo mismo puede resultar una restricción de los términos de los resolutivos que una ampliación: bien porque aparezca que algunos puntos no han sido resueltos ni expresa ni tácitamente, no obstante la amplitud de los decisarios, o bien porque, a pesar de que los resolutivos sean omisos en algún aspecto, sin embargo, su definición cabal aparece del conjunto de la sentencia. (Apéndice al tomo 97 del Semanario Judicial de la Federación, tesis No. 50).

Igualmente se admite por la doctrina y por la jurisprudencia que la resolución puede ser implícita; pero siempre que claramente se desprenda de los dispositivos expresos de la sentencia, esto es, de modo que, aunque implicitamente, aparezca de la parte decisiva de la sentencia, sin lugar a dudas, la voluntad resolutiva del juez (Carnelutti, Sistema, tomo I, Pág. 317).

2. PARA FIJAR EL ALCANCE DE LOS RESOLUTIVOS, A VECES ES

MENESTER ACUDIR A LOS ESCRITOS DE LAS PARTES QUE FIJAN LA CONTROVERSIA.—Igualmente pueden presentarse ocasiones en que, para poder fijar el alcance preciso de la parte resolutiva del fallo, como medio de interpretación de la misma, sea necesario no sólo acudir a su motivación, sino también a los escritos de las partes que fijan la controversia, antento al principio: *tantum iudicatum quantum litigatum*, requiriéndose para ello, naturalmente, que los dispositivos sean dudosos u obscuros, pues que si son claros, aunque excedan lo debatido por las partes, debe admitirse que alcanzan la autoridad de la cosa juzgada, si la sentencia no se recurre (tomo citado de la Obra de Cornelutti, página 318).

3. CASOS EN QUE, POR SER IMPOSIBLE DICTAR SENTENCIA DE FONDO, SE ABSUELVE DE LA INSTANCIA.—Existen igualmente casos en que, debiendo dictarse sentencia de fondo que resuelva la relación planteada, el juez se ve imposibilitado de hacerlo, porque falte, por ejemplo, alguno de los presupuestos procesales, tales como la competencia o la falta de personalidad o de representación de alguna de las partes (se promueve, verbigracia, el juicio directamente por el menor, debiendo estar representado por un tutor especial o por los padres en el ejercicio de la patria potestad), o porque, tratándose de un caso de litisconsorcio pasivo necesario y propio (verbigracia, la acción de nulidad que requiere la intervención no sólo de los contratantes del acto nulo, sino también la de sus causahabientes o la de sus causantes, en su caso, para que les pare perjuicio la sentencia), no hayan sido oídos todos los que integran dicho litisconsorcio y, de dictarse la sentencia de fondo, la misma alcanzaría, en sus efectos, a personas que no han litigado, con violación del precepto Constitucional que lo prohíbe, etc., etc.

En todos esos casos, lo único que se puede hacer, es dictar sentencia, no de fondo, sino, en atención al estado de las actua-

ciones, sentencia que absuelva a la parte demandada de la instancia; resolución que, si bien puede adquirir autoridad de cosa juzgada formal (mediante la preclusión), no puede adquirir autoridad de cosa juzgada substancial, puesto que, como se indica, no resuelve el fondo del negocio; razón por la cual, resulta obvio, la propia demanda puede nuevamente proponerse llenando los requisitos que faltaban.

4. CASOS EN QUE LA SENTENCIA OMITE RESOLVER SOBRE ALGÚN PUNTO DEL DEBATE Y CASOS EN LOS QUE RESUELVE EXCEDIENDO LAS CUESTIONES DEL LITIGIO.— También puede acontecer que el fallo contenga alguna omisión sobre algún punto objeto del debate. El juez puede, de oficio o a petición de parte, dentro de los términos que indica el artículo 84 de nuestro Código de Procedimientos Civiles vigente (artículo 223 del Código Federal de Procedimientos Civiles), llenar la omisión; pero si no lo hace y la sentencia no se recurre y alcanza la autoridad de la cosa juzgada, ¿puede promoverse nuevamente el punto omitido en juicio exíntegro?

No, opinan algunos autores, en atención a que el juez, al resolver en el fondo, con ello ha agotado su jurisdicción en ese procedimiento y, por tanto, no puede nuevamente conocer. De modo que, o las partes reclaman al mismo juez que se llene la omisión, o recurren la sentencia ante el superior, o bien se conforman, en su perjuicio, con sus términos dispositivos omisos; pero sin que puedan ya repetir la controversia (en la parte en que la sentencia es omisa) ante ningún juez, puesto que, según lo hace notar esta doctrina, obedeciendo el orden de las jurisdicciones a un innegable interés público, el mismo no puede ser violado o modificado a voluntad de las partes, y porque, además, se opone a ello la autoridad de la

cosa juzgada alcanzada por el fallo en sus términos defectuosos, y se opone también el principio —podría agregarse— de la economía procesal (Francisco Laurent, tomo XX, Págs. 42-54, y Tratado de las Pruebas, de Ricci, tomo II, Págs. 406-420, edición en español).

Citando a Manzini, Ramón Palacios hace notar que la cosa juzgada no se forma sobre lo disputado, sino sobre lo disputado y juzgado, y que los casos patológicos en que el fallo se sale de estos límites, por minus o excesos, se entiende: que, en los primeros, no hay decisión, y que, en los segundos, existe decisión sin litigio (*La Cosa Juzgada*, Pág. 66).

Sobre este particular, nos parece decisiva la opinión de Carnelutti: "Se explica así que el artículo 1351 del Código Civil advierte que "la autoridad de la cosa juzgada no intervendrá sino respecto a lo que haya formado la materia de la sentencia", o sea de las cuestiones resueltas. Es más un límite lógico que jurídico de la cosa juzgada: si la decisión consiste en la solución de cuestiones, y algunas de éstas no han sido resueltas, no hay por qué hablar respecto de ellas de eficacia de la decisión, sino de que *no existe ahí decisión*. Si, por ejemplo, el litigio entre Ticio y Cayo en cuanto al disfrute de la herencia de Sempronio presenta dos clases de cuestiones, unas relativas a la validez del testamento a favor de Cayo y otras a su capacidad para suceder, pero Ticio pide y el "tribunale" pronuncia el juicio sólo acerca de la primera, queda fuera del juzgamiento el litigio acerca de las cuestiones relacionadas con la capacidad de Cayo, precisamente porque respecto a éstas, *no sólo no opera la decisión, sino que no existe*". (*Sistema*, tomo I, Pág. 317). Y agrega más adelante: "...no existe juzgamiento cuando, pese a haber mediado demanda, el juez haya omitido juzgar, si existe, en cambio, el juzgamiento cuando, aun sin demanda, el juez se haya excedido al juzgar". (Pág. 318 del tomo citado).

No tienen, pues, razón Laurent, ni Ricci, porque, no habiendo

existido el juzgamiento respecto de las cuestiones omitidas, es claro que la jurisdicción no pudo agotarse, porque esto sólo sucede con la sentencia que decide los puntos del debate y, en el supuesto de que se parte, ésta no la hubo respecto de las cuestiones no resueltas, y, por ende, tampoco puede existir la autoridad de la cosa juzgada, porque, repitiendo a Manzini, ella sólo opera con relación a lo disputado y juzgado, no donde la decisión no existe; pero sí existe, en cambio, porque sí existe el juzgamiento, cuando, como Carnelutti lo expresa, el juez ha excedido en el fallo los límites de la demanda. Pero siendo verdad lo acabado de expresar, el artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales, establece, sin embargo, las limitaciones que derivan de su texto, o sea, que la acción o acciones relativas a las cuestiones no resueltas en la sentencia, no podrían proponerse de nuevo en juicio separado, si se refieren a las mismas partes y objeto del proceso y proviniesen de la misma causa; porque si con el ejercicio de unas, se extinguieren las acciones no deducidas, ha de aceptarse que, cuando menos con igual razón se extinguieren también si, habiéndose deducido, el actor se conforma con la sentencia no recurrida que omite su resolución. Huelga aclarar que, las limitaciones de que se habla, se refieren exclusivamente a la extinción de las acciones por su falta de ejercicio o porque habiéndose ejercitado, la parte que las dedujo se conforma con la sentencia que omite resolverlas, esto es, son limitaciones que no apuntan para nada a la cosa juzgada, puesto que, como se ha demostrado, ésta no llega a producirse en la hipótesis contemplada.

5. CASOS DE CONTRADICCIÓN ENTRE LOS RESOLUTIVOS Y LA MOTIVACIÓN O EN LOS DISPOSITIVOS ENTRE SI.—Puede acontecer que exista contradicción entre la motivación y lo resuelto en la sentencia. Para estas situaciones, es a mi juicio correcta la solución

siguiente de Tuozzi, que propone Palacios: "Cuál sea la razón por la que el dispositivo prevalezca sobre los motivos, es fácil de comprender: el mandato, cualquiera que sea, prevalece siempre sobre las razones que lo han inspirado; si aquél tiene eficacia también sin éstos, debe tener eficacia también contra éstos, porque en ambos existe la misma razón". Es buena la solución, naturalmente, siempre que la contradicción no sea conciliable por la interpretación, la cual puede revelar que aquella es sólo aparente.

Y cuando la contradicción existe entre los decisorios mismos de la sentencia, nuevamente Palacios se acoge, con razón, a la juiciosa opinión del propio Tuozzi, según la cual ha de admitirse que, en tal caso, no existe propiamente sentencia; porque si los dispositivos, por ser contradictorios entre sí, se destruyen recíprocamente, es claro que nada queda de ellos: no hay decisión (Obra citada de Palacios, Pág. 71, y en el mismo sentido Chiovenda, *Instituciones*, tomo III, No. 378).

CAPITULO VI

COSA JUZGADA: IDENTIDAD DE COSAS. CAUSAS. PERSONAS Y CALIDAD CON QUE ESTAS LITIGAREN:

- 1.—*Texto de nuestro artículo 422 del Código de Procedimientos Civiles.*
- 2.—*Antecedentes lejanos en el derecho romano y en las leyes de Partida. Antecedente directo.*
- 3.—*Identidad de las cosas.*
 - a).—*El principio pars in toto est.*
 - b).—*El principio totum in parte non est.*
- 4.—*Identidad de causas.*
 - a).—*Opinión de M. Eduardo Bonnier.*
 - b).—*Opinión de Caravantes.*
 - c).—*Opinión de Francisco Laurent.*
 - d).—*Opinión de Sergio Costa.*
 - e).—*Opinión de Emilio Gómez Orbaneja.*
 - f).—*Opinión de Chiovenda.*
 - g).—*Opinión de Ugo Rocco.*
 - h).—*Conclusiones que se aceptan.*
 - i).—*Causas posteriores a la fijación del debate.*
 - j).—*¿Qué cuando las sentencias designan con nombre distinto a la acción?*
 - k).—*Cómo se resuelve en nuestro derecho este problema.*
- 5.—*Identidad de las personas de los litigantes. Texto de nuestro artículo 422 y antecedente en el derecho romano.*
 - a).—*Opinión de Chiovenda y crítica de su tesis.*
 - b).—*Opinión de Ugo Rocco. Crítica de la opinión de Ugo Rocco.*
 - c).—*Crítica de la Opinión de Ugo Rocco por el maestro Eduardo Pallares.*
 - d).—*Tesis de Enrico Tullio Liebman que se acepta.*
 - e).—*Conclusión respecto al concepto de parte.*
 - f).—*El caso de solidaridad de las prestaciones.*
 - g).—*El caso de las prestaciones indivisibles.*
- 6.—*Identidad de la calidad de los litigantes.*

COSA JUZGADA: IDENTIDAD DE COSAS, CAUSAS, PERSONAS Y CALIDAD CON QUE ESTAS LITIGAREN

1. TEXTO DE NUESTRO ARTÍCULO 422 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.—Nuestro artículo 422 del Código de Procedimientos Civiles, textualmente expresa: "Para que la presunción de cosa juzgada surta efectos en otro juicio, es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concurra identidad en las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueren.

"En las cuestiones relativas al estado civil de las personas y a la validez o nulidad de las disposiciones testamentarias, la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros aunque no hubiesen litigado.

"Se entiende que hay identidad de personas, siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior o estén unidos a ellos por solidaridad o indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigirlas u obligación de satisfacerlas".

Como puede verse de la transcripción que antecede, para que haya cosa juzgada, es necesario que entre ambos pleitos exista identidad de cosas, de causas, de las personas de los litigantes y de la calidad con que los litigantes se presenten en ambos juicios.

Del texto de nuestro artículo 422, claramente se desprende que la cosa juzgada aprovecha y perjudica tanto a la parte actora como a la parte demandada, de manera que cualquiera de ellas

puede hacerla valer como excepción en el nuevo juicio que se pretendiera entablar.

2. ANTECEDENTES LEJANOS EN EL DERECHO ROMANO Y EN LAS LEYES DE PARTIDA. **ANTECEDENTE DIRECTO.**—Tales requisitos se exigían ya por los jurisconsultos romanos, cuando se trataba de la cosa juzgada: “12. Paulo; Comentarios al Edicto, Libro LXX.—Cuando se duda si tiene lugar o no esta excepción (se refiere a la excepción de cosa juzgada), se ha de mirar si es la misma cosa.—13. Ulpiano; Comentarios al Edicto, Libro LXXV. — La misma cantidad, el mismo derecho.—14. Paulo; Comentarios al Edicto, Libro LXX.—También si la causa de pedir es la misma, y la misma la condición de las personas: si no se verifican todas estas cosas, será distinta la causa. Se ha de entender que es el mismo cuerpo respecto de esta excepción, no quando absolutamente es distinta la cantidad o la calidad sin aditamento ni diminución alguna, sino quando la utilidad es la misma, según la común opinión”. (El Digesto, edición española en castellano y latín de 1874, Libro 44, Título 2).

En las leyes 19, 20 y 21, Tit. 22, Partida 3a. y en la regla XXXII, Tit. 34, Partida 7a., era también requisito indispensable, para que se produjera la excepción de cosa juzgada, que existiera identidad de *cosas*, de *causas*, de las *partes* y de la *calidad* con que lo fueren; elementos de identidad que, finalmente, se reproducen en el artículo 1252 del Código Civil Español en vigor de 1889, de donde seguramente los tomó de manera directa nuestro artículo antes transscrito, puesto que, a semejanza del nuestro, establece: “Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueren...”

En seguida se hará un breve análisis de todos los señalados requisitos que son necesarios para que exista la cosa juzgada.

3. IDENTIDAD DE LAS COSAS.—No es poco común que los señores litigantes confundan, en la práctica, la cosa, con la causa, no obstante que se trata de cosas diversas. Es obvio que el mismo objeto puede ser demandado varias veces cuando la causa de pedir es diversa. Que se haya reclamado la entrega de una cosa como propietario, no impide que la misma se demande después por donación, por concepto de usufructo, etcétera. Pero tampoco puede oponerse la cosa juzgada cuando lo que se demanda es distinto de lo que se reclamó en otro juicio. La cosa juzgada sólo tiene aplicación respecto del mismo objeto que ha servido de materia al pleito anterior. Es de interés público que los juicios no se hagan interminables, así como dar fijeza a las relaciones jurídicas. Por eso el derecho ha establecido la excepción que deriva de la autoridad de la cosa juzgada de las sentencias. De allí que no se permitan dos pleitos para resolver sobre la misma cosa; pero también es de interés general la protección del derecho de defensa, y este derecho se violaría si se prohibieran debates sobre cosas que no han sido materia de discusión con anterioridad.

La cosa juzgada se ha dicho que debe ser *inmutable*; pero siempre que verse sobre la cosa que ha sido juzgada y no sobre cosa diferente, esto es, sobre lo que se ha reclamado, sobre lo que se ha tenido oportunidad de contradecir y de justificar y sobre lo que ha versado la decisión. Se puede afirmar que la cosa juzgada es la misma, cuando la segunda sentencia, dada sobre lo que ha sido discutido, como lo hace notar Laurent, destruye o modifica en todo o en parte lo que ha sido resuelto en la primera. Y no habrá identidad de cosa juzgada, cuando la primera sentencia no se contradice con la segunda, es decir, si ésta deja subsistente en todas sus partes la primera.

Una misma cosa, con el transcurso del tiempo, es natural que sufra modificaciones, aumentos o disminuciones, y no por eso podría negarse que la cosa permanece siendo la misma; principio que se acepta desde el derecho romano.

La identidad de la cosa, pues, no se mira en su literalidad absoluta. Los autores hacen notar que la identidad puede ser física o puede ser intelectual. Cuando se trata de un objeto, la cuestión se presenta más fácil en cuanto a su identificación; pero cuando, verbigracia, de lo que se trata es de una persona moral, es obvio que no se debe exigir una identificación que comprenda absolutamente a todos los elementos que la componen.

a). *El principio pars in toto est.*—Desde el derecho romano se aplica el principio, en esta materia, que se expresa: *Pars in toto est, es decir, "la parte está comprendida en el todo"* (Digesto, L. 44, Tit. II-7); principio que Pothier, M. Colmet de Santerre y Toullier, admiten como aplicable a todas las cosas, ya se midan o se cuenten, y a todos los derechos..

Si en una primera sentencia se ha resuelto sobre el todo de la cosa: objeto, cantidad o derecho, y luego se pretende, en nuevo juicio, reclamar parte de esa cosa, procede la excepción de cosa juzgada, en virtud de la aplicación del aludido principio: *Pars in toto est*.

Es claro que el principio no puede ser admitido en términos absolutos, sino atendiendo a la infinita variedad de circunstancias que determinan en cada caso el objeto, para que, de esta suerte, pueda señalarse si se está o no en el caso de que la parte se comprenda en el todo; porque se estima que, cuando los litigantes, durante el juicio, han tenido la oportunidad de discutir, probar y alegar sobre el todo, implicitamente han hecho el debate igualmente respecto de cada parte que lo compone, y establecida así la identidad de la cosa entre el todo y la parte, en interés general,

mediante la excepción de cosa juzgada, se evita la reproducción de múltiples litigios, siempre, naturalmente, que, en efecto, se establezca claramente la aludida identificación, porque, de lo contrario, se atentaría contra la legítima defensa (derecho supremo de las partes), dejando sin base ese interés de la sociedad de que se ha hablado, dado el principio de que no puede hablarse de interés general cuando se atropella o se hiere el derecho.

Así, por ejemplo, si reclamo la entrega de un lote de ganado vacuno, es evidente que allí se va discutiendo también la entrega de cada animal que lo forma, incluso los que nazcan después de la demanda, esto es, durante el desarrollo del litigio. Procedería la excepción si posteriormente, por haberse negado la entrega del lote de ganado, pretendiera en otra demanda la entrega de determinados animales de ese mismo lote. En cambio, si primero es reclamada la reinvindicación de una finca rústica, nadie podría negarme que posteriormente demandara el usufructo, el uso o la habitación de la propia finca; porque si bien se trata de desmembramientos de la propiedad, no podría dudarse que realmente se está en presencia de derechos evidentemente distintos, aunque, desde un punto de vista abstracto, todos ellos considerados dentro del derecho de propiedad; derechos todos estos que, incluso, pueden tener su fundamento en causas o títulos diversos.

Si se reclama el pago de cincuenta mil pesos, existe la posibilidad de que el juez establezca que sólo se ha probado tener derecho al pago de diez mil pesos, y puede condenar al demandado a que cubra esta suma, con apoyo en que, en la petición de lo más se comprende la petición de lo menos. Cuando se desestima totalmente lo reclamado, por la misma razón de que en la petición de lo más ha quedado comprendida la reclamación de lo menos y puesto que el debate comprende a todas las partes del todo, es obvio que posteriormente no puede exigirse el pago de cantidad menor; pero si se exige, debe prosperar la excepción de cosa juzgada.

b). *El principio totum in parte non est.*—Al lado del principio *Pars in toto est*, los comentaristas pensaron en su correlativo, o mejor dicho, en el mismo principio, pero formulado a la inversa: *Totum in parte non est*; principio éste que resulta inexacto aun para las ciencias físicas, puesto que, cuando el todo se integra con partes iguales u homogéneas, es claro que lo que se afirma como verdadero de una de las partes, vale en la misma forma respecto de las demás y respecto de todas las partes. El método inductivo, como sabemos, nos lleva de la observación de los casos particulares semejantes, a la formulación de la ley o leyes que comprenden a todos los casos, esto es, va de lo particular a lo general, formulando leyes que explican tanto el caso concreto, como todos los demás casos semejantes.

Bonnier, en lo que respecta al principio *Totum in parte non est*, distingue tres situaciones diferentes, a saber:

1a.—Cuando la primera sentencia ha resuelto sobre sólo una parte, que es distinta del todo que se reclama en una segunda demanda, en cuyo caso, por tratarse de objetos o derechos totalmente diversos entre sí, es obvio que carece de aplicación el repetido principio de que *Totum in parte non est*. Así, verbigracia, cuando se ha demandado primero el usufructo, es claro que después se puede reclamar la propiedad de la misma cosa, en atención a que la parte que primero fué reclamada, es totalmente diferente del todo que, en forma abstracta, la comprende: el derecho de usufructo es distinto del derecho de propiedad.

2a.—Cuando la primera sentencia resuelve sobre una parte del todo; pero sin prejuzgar nada sobre la integridad de la cosa, en cuyo caso, quedando sin debate la totalidad, no habiendo sido ésta objeto de discusión alguna, resulta claro que se puede demandar la diferencia entre la parte que en el primer juicio se reclamó y el todo; pero con exclusión de la parte ya juzgada por la senten-

cia anterior. Y así, por ejemplo, cuando se ha resuelto que no se es propietario de la tercera parte de un inmueble, nada se ha juzgado respecto a si se es o no propietario de las otras dos terceras partes, siempre, naturalmente, que dichas dos terceras partes no hayan sido materia de discusión en el litigio.

3a.—Y cuando la primera sentencia, al resolver sobre la parte del todo, resuelve implícitamente sobre el todo, por cuanto que lo prejuzga; hipótesis en la cual evidentemente opera la cosa juzgada con relación al todo, según se ha venido reconociendo desde el derecho romano. En efecto, sobre esta cuestión, Africano, Cuestiones, Libro IX, decía: "Litigué contigo sobre que tenía facultad para levantar mis casas hasta diez pies: después digo que la tengo para levantarlas veinte: sin duda obstará la excepción de cosa juzgada. Pero si vuelvo a decir que tengo derecho para levantarlas otros diez pies, obstará esta excepción; porque no puede tener derecho a lo más el que no lo tiene a lo menos". (Digesto, L. 44, Tit. II-26).

Así, verbigracia, si se demanda —expresa Bonnier—, con base en un vale, por préstamo, el pago de diez mil pesos, es obvio que posteriormente no se puede reclamar el pago de cincuenta mil pesos con apoyo en el mismo vale y por razón del mismo préstamo (véase "Tratado de Pruebas", de Bonnier, Págs. 272-273; la obra invocada de Laurent, tomo XX, Págs. 81-83, y la obra citada de Ricci, tomo II, Págs. 424-440).

4. IDENTIDAD DE CAUSAS.—Como lo hace notar el maestro Eduardo Pallares, en su "Tratado de las Acciones Civiles", páginas 97-100, la causa es uno de los elementos más importantes de la acción, y debe aplicársele el principio de causalidad que rige para todos los fenómenos y para todas las ciencias. De allí que todo fenómeno jurídico necesariamente deba tener una causa y, por consiguiente, la pretensión igualmente debe tenerla.

a). *Opinión de M. Eduardo Bonnier.*—Estima este autor que el significado de la palabra *causa* no carece de analogía con el que presenta en materia de obligaciones, y dice, como lo hiciera posteriormente Roberto de Ruggiero (véase "Instituciones de Derecho Civil", volumen I, traducción de la cuarta edición italiana, páginas 280-287), que "la causa de una obligación es lo que determina inmediatamente el consentimiento, por oposición a los motivos que no ofrecen más que una influencia remota."

Ruggiero, refiriéndose a la causa en los negocios jurídicos, manifiesta que entre las representaciones psíquicas que determinan las acciones humanas, se puede distinguir la que funciona como la determinante de la acción, de los demás motivos que le acompañan. De todas las razones o motivos que concurren para la realización de los negocios jurídicos, el derecho sólo toma en cuenta el que se halla más próximo a la acción, por ser el que la determina, por ser el que material y jurídicamente constituye la razón misma de su existencia, no los demás motivos que también se presentan, más lejanos, que, si bien han tenido alguna influencia en la decisión de la voluntad, no significan la razón definitiva que la haya determinado y, por tanto, que haya justificado y decidido el negocio. La razón determinante de la voluntad y del negocio jurídico, esa razón más próxima de que se habla, es la *causa jurídica*: en la compraventa, donación, arrendamiento, lo es, para una de las partes, el precio, el objeto que se da, la renta que se recibe, y para la otra, la cosa comprada, la liberalidad, el uso y goce de la cosa que se recibe en arrendamiento. Las demás razones que se ha dicho son las más lejanas, son los *motivos* o causas psíquicas impulsivas de la acción. La causa es constante, por cuanto que es esencial en el negocio jurídico: sin ella, no se produciría el efecto perseguido. Los motivos, son la razón accidental, ocasional, que, aunque sirven de impulso original a la decisión de la voluntad, ellos mismos son incapaces de producir efecto alguno en el derecho.

b). *Opinión de Caravantes.*—Sobre este problema, en su obra citada, el maestro Pallares transcribe la opinión de Caravantes, según la cual, "no basta en toda clase de acciones determinar la causa próxima de ésta, es decir, el derecho o título que se tiene en la cosa, y en virtud del cual se pide; verbigracia, el título del legado, compraventa, donación, prescripción, arrendamiento, etcétera. Esta necesidad de expresar la causa próxima y remota, sólo rige cuando se pide por acción personal, mas no cuando se demanda por acción real. Así, en el primer caso, no basta que se reclame de Pedro tal cosa por acción personal o porque se obligó a ello, o porque se tenía más derecho a dicha cosa; verbigracia, pido a Pedro mil duros que me debe, sino que es necesario añadir la clase de obligación por qué los debe, y de aquí dimana o nace este derecho que tenemos a la cosa; verbigracia, pido a Pedro mil duros que me debe por causa de mutuo o de venta, etcétera. Al contrario, cuando se entabla la acción real, basta decir que se pide la cosa por tener derecho a ella, esto es, el dominio; verbigracia, pido tal cosa porque me pertenece por razón de dominio, y que se condene a Pedro que la posee, a que la restituya o entregue, sin que sea necesario añadir que me pertenezca el dominio por razón de legado, tradición, prescripción, etcétera".

c). *Opinión de Francisco Laurent.*—Sin embargo, me parece que, sobre este tema, resulta más aguda, vigorosa y convincente la opinión de Laurent; opinión que, de la mejor manera que me sea posible, procuraré extractar a continuación:

Montpellier —según expresa Laurent—, define la causa como "el hecho jurídico que forma la base directa e indirecta del derecho o del beneficio legal que una de las partes hace valer por vía de acción o de excepción"; definición que, en su contenido, distingue lo que se dió en llamar la *causa próxima*, de la *causa remota*.

La razón de la exigencia de la identidad de causas, es la misma que se tuvo para exigir la identidad de cosas, esto es, la necesidad de poner fin a los pleitos y de dar firmeza al derecho una vez

que se ha decidido, impidiendo la renovación de dichos pleitos; pero de ninguna manera impedir la promoción de otros nuevos, con objetos o causas que antes no han sido dilucidados ante los tribunales, porque, como ya se vió, se viola el derecho de defensa.

Hace notar que la tesis de las causas próximas y remotas entreda tanto el problema, que sus expositores confunden cosas diferentes: la *causa* con el *derecho* en que se funda la demanda, y confunden también la *causa* con el *objeto*.

Define la *causa* diciendo que "es el hecho jurídico que constituye el fundamento del derecho". Entonces, si se reivindica un inmueble, allí aparecen como una misma cosa el objeto que se reclama (la propiedad), con el derecho demandado (también la propiedad); pero difieren de la causa o del hecho jurídico que constituye el fundamento del derecho, por cuanto que, mientras el derecho es un elemento constante (la propiedad), la causa generadora del derecho, es variable: puede ser el contrato de compraventa, la donación, la dación en pago, etc., etc. Luego, si se demanda la propiedad, sirviéndose el actor de la compraventa como causa del derecho, posteriormente puede otra vez demandarla, si fracasa la primera, sirviéndose de otra de todas las causas que pueden ser su fundamento: la donación, la permuta, etcétera, por cuanto que, no podría alegarse que en las distintas situaciones fuera la misma causa. De donde se infiere que no debe confundirse, de ninguna manera, la *causa* con el *derecho*; por que si bien es elemental su distinción, sin embargo, los confunde la teoría de la causa próxima y remota.

También suele confundirse la *causa* con los *medios* de prueba del derecho. Así, ya se vió que la *causa*, cuando se reclama el derecho de propiedad, es el hecho o acto jurídico en que dicho derecho se funda (compraventa, donación, mutuo, adjudicación, etcétera); en tanto que los *medios*, serían los instrumentos de que habría necesidad de valerse para justificar el derecho: el documento en que consta la compraventa, la donación o el mutuo, etcétera, los testigos, la confesión judicial, las presunciones, etcétera, de que se pue-

de disponer para acreditarlo. De modo que, si se ha desestimado mi demanda de propiedad, me impediría la cosa juzgada volverla a intentar, si pretendiera apoyar mi nueva reclamación en un nuevo medio que en el primer juicio no pude o no quise hacer valer, como si habiendo presentado un documento que se ha estimado insuficiente, después pretendiera reforzar la prueba con testigos, copias fotostáticas, confesión, etcétera.

Y también observa el autor, cómo a menudo se confunde el objeto con la causa, no obstante tratarse de conceptos jurídicos tan diferentes. Refiere un caso particular: el objeto de la demanda, es obtener que se rebajen las aguas de un lago inferior, para que las aguas del estanque del actor puedan correr. Se dicta sentencia desestimatoria de la demanda. Veinte años después, el mismo actor promueve nueva demanda en que se reclama el propio objeto (se rebajen las aguas del lago inferior), para obtener ahora el desagüe completo de la laguna del actor. El actor sostiene que la causa es diferente en ambos juicios, por cuanto que, en la primera demanda, había solicitado el desagüe para que las aguas de su laguna pudieran correr; en tanto que, en la nueva demanda, para obtener el desagüe completo de su laguna; esto es, confunde el motivo psicológico que a él le determinaba a demandar (su deseo, en un caso, de que corrieran las aguas, y en el otro, de obtener el desagüe completo de su laguna) en uno y otro juicio, con la causa por la que reclamaba y que era la misma en ambos pleitos: demandaba con base en la pretensión de que había a su favor una servidumbre, por virtud de la cual, las aguas de su laguna debían pasar por las del lago inferior.

Luego analiza, con amplio espíritu crítico, la teoría que distingue la causa *próxima* de la *lejana*. Se vale del ejemplo comunmente usado en la doctrina: se demanda la nulidad de un testamento, con base en que uno de los testigos es menor de edad, y en la sentencia no prospera dicha reclamación. Luego se vuelve a deman-

dar la misma nulidad en otro juicio, con apoyo en que otro de los testigos era extranjero. Y pregunta: ¿se tratará de la misma causa?

Refiere Laurent, que Dalloz confiesa que, si se toma como base el concepto de *causa* comunmente aceptado, entonces tiene que admitirse que no existe la misma *causa*. En seguida alude a la opinión de Toullier, quien estima que la causa en ambos casos, es la misma, a saber: *un vicio de forma* (menor de edad de uno de los testigos en un caso; el ser extranjero otro de los testigos, en el segundo pleito; pero existiendo para ambos la categoría común: *vicio de forma*). De modo que, para Toullier, el *vicio de forma* que constituye la causa, es el mismo en ambas situaciones, y lo que difiere es el *medio*, o sea, en el ejemplo, la causa de la causa o *causa remota*: en un juicio, la causa del *vicio de forma*, es decir, la causa de la causa (*causa lejana*), la constituye el testigo menor de edad, y en el otro juicio, la causa del *vicio de forma*, la integra el haber un testigo extranjero.

Después expresa que Mercadé, es quien mejor expone la teoría, puesto que ese autor manifiesta que la causa determinante de la nulidad que se demanda, en ambos juicios, o sea, la causa próxima, es el *vicio de forma*, toda vez que, lo que determinaría la nulidad, sería precisamente el *vicio de forma* del testamento; esto es, el testamento sería nulo por su irregularidad en la forma. De modo que, dicha irregularidad constituiría el motivo más próximo de la nulidad, es decir, la causa; en tanto que, la causa del *vicio de forma*, la razón mediata, más lejana, a la que denomina *medio*, sería, en un caso, la menor edad del testigo y, en el otro, su calidad de extranjero. Pero el *medio*, en tanto que es la causa de la causa (*causa lejana*), es también él mismo causa. Y la causa próxima, en tanto que constituye la última e inmediata razón de la pretensión, resulta también siendo un *medio*.

Laurent, entonces, hace notar que, así como en física se llama nube a la neblina en la que no se está, y se llama neblina a la nube en que se está, así se llama *causa* al *medio* que motiva inmediata-

mente la pretensión, y se llama *medio* a la causa remota. De donde sólo resulta un embrollo con la teoría que pretende distinguir la causa *próxima* de la *lejana*, por cuanto que llega el momento en que no se sabe lo que es *causa* ni lo que es *medio*, puesto que tanto la causa se convierte en medio, como el medio se convierte en causa.

Nos dice que, el primero que nos habla de la *causa próxima*, es el romano Neratius, "causa proxima actionis" (véase también a Bonnier, Obra citada, página 274); pero como encuentra que la expresión por sí sola nada explica, termina el mismo Laurent por destruirla.

En efecto, señala que Mercadé confiesa que la teoría es poco natural y nada equitativa; que el vicio de forma en que se apoya la segunda demanda, es absolutamente diverso del vicio en que se basa la primera; que el vicio de forma sometido al segundo juez, no fué sometido al primero, y que ni siquiera pensaron en él ni el juez ni el demandante, no obstante lo cual, se afirma que hay cosa juzgada respecto de un punto que antes no ha sido planteado, ni discutido entre las partes y se sostiene que el mismo fué resuelto, a pesar de que el juez ni siquiera lo pensó. De donde necesariamente se sigue que, aunque Mercadé no lo diga, se llega a lo mismo a que llegó Dalloz con franqueza, esto es, a que, en realidad, se trata de distintos vicios de forma y, por ende, de diversas causas. Sin embargo, Mercadé insiste en justificar que se está en presencia de la cosa juzgada, expresando que debe ceder el interés privado, al interés general; porque, de lo contrario, si pudieran invocarse todas las nuevas causas, los juicios serían interminables, se destruiría la cosa juzgada y, por tanto, una de las bases del orden social. Entonces, para evitar que los negocios se perpetúen, para evitar que los pleitos se multipliquen, la causa de la cosa juzgada debe limitarse exclusivamente a la *causa próxima*, y las *causas lejanas* deben considerarse no como *causas*, sino como *medios*.

De acuerdo —manifiesta Laurent—, en que el interés del individuo debe ceder ante el interés general; pero para ello, es preciso que la ley lo establezca expresamente, sin que esté permitido al intérprete el hacerlo si la misma ley no lo faculta. La tesis, al sostener que la causa es la misma, por cuanto que en ambos casos se trata de un *vicio de forma*, tiene que partir de una ficción que sólo al legislador compete formular, no al intérprete, es decir, parte de que, al examinarse el vicio de forma que consiste en determinar si el testigo es menor de edad, debe igualmente considerarse examinado cualquier otro vicio de forma, todos los posibles vicios de forma; pero no debe partirse de ficciones que la ley no autorice expresamente, debe examinarse llevando por base la verdad, y, por consiguiente, debe analizarse, para determinar si hay cosa juzgada, *si es lo mismo lo que ha sido pedido a ambos jueces, si es igual en ambos juicios lo que en ellos se ha discutido*. En el primer juicio, la base de la demanda es que el testigo es menor de edad. Esto es lo único que se ha discutido en él. Es el hecho único que sirve de fundamento al derecho; luego es la causa. En el segundo pleito, el único hecho que ha servido de base del derecho, consiste, en que el testigo es extranjero, y sólo sobre esto ha versado el debate: es también la causa de la acción. Luego no podría afirmarse que dos hechos diversos, puedan ser una misma causa y, por tanto, que haya cosa juzgada. Así, si el primer pleito decide que el testigo es menor, y el segundo resuelve que es o no extranjero, en ningún caso puede haber contradicción entre ambas sentencias; porque han determinado sobre hechos diferentes, sobre causas distintas. El texto de las leyes ignora la distinción entre la *causa próxima*, sólo habla de identidad de *causas* como elemento para que exista cosa juzgada. Luego, si la ley no establece, al respecto, ninguna distinción, tampoco el intérprete puede establecerla, según el principio conocido de acuerdo con el cual, cuando la ley no distingue, no se debe distinguir. En donde no puede existir ninguna posibilidad de que se den dos sentencias contradictorias, igualmente no

puede haber posibilidad de que exista la cosa juzgada.

Tampoco es verdad que los juicios se hagan perpetuos, que se vuelvan interminables; porque lo que con la cosa juzgada se pretende, es evitar la indecisión del litigio, que el mismo litigio, no otro distinto, se vuelva interminable; mas no trata de evitar que se promuevan juicios diversos, cuyas causas o hechos jurídicos que sirven de fundamento al derecho, sean diferentes. Con la cosa juzgada se evita, ya se ha indicado, que se dicten sentencias contradictorias; pero no que se promuevan varios juicios, cuando existan varias causas que sirven de base al derecho.

Asimismo se ha dicho que no se debe violar el derecho de defensa, bajo el pretexto de un interés público; porque es obvio que no puede existir este interés cuando se obra contra derecho. Si en el ejemplo analizado se determinara que había cosa juzgada, con base en que en ambos juicios existía la misma causa: un vicio de forma, en realidad se estaría resolviendo, ya se vió, con base en una ficción que la ley no autoriza; porque la verdad es que ambas demandas se fundamentan en hechos diversos, no discutidos ante el juez. Se trata de un vicio de forma, el invocado en el segundo pleito, que, durante la tramitación del primero, ni el juez ni el demandante conocían. ¿Y cómo, entonces, podría afirmarse que hubiera lo cosa juzgada? ¿Cómo hacer para que pudiera darse contradicción alguna entre las sentencias que se dictaran en ambos negocios? ¿Cómo para poder aceptar que lo discutido en ambos juicios era lo mismo? ¿Y cómo hacer, en fin, para poder entender que no se estaba en presencia de hechos jurídicos diversos, como fundatorios del derecho? Por otra parte, ¿por qué razón no ha de admitirse el derecho de insistir sobre la nulidad, cuando el vicio es de forma, si en cambio —como lo hace notar Laurent—, se admite insistir cuando se trata de una nulidad de fondo? Y si lo que se pretende evitar son los abusos, debe considerarse que el peor de todos los abusos sería la denegación del derecho de defensa y, por consiguiente, la denegación de la justicia.

d). *Opinión de Sergio Costa.*—Según este autor, la causa pediente es el fundamento o razón de la pretensión y el más delicado elemento de la demanda —no la norma de ley que se invoca—, puesto que la acción se identifica por los hechos concretos que hacen que actúe la voluntad de la ley y no por la norma abstracta, derivándose que el cambio o la designación equivocada de la norma aplicable, no cambia la causa de pedir.

En cuanto a los hechos aducidos en juicio, sólo tienen importancia los hechos jurídicos, y no la tienen los simples motivos, que pueden cambiarse a condición de que los hechos permanezcan idénticos, los cuales, integrando la causa de pedir, deben ser invocados y acreditados por el actor, sin que al juez le sea permitido substituirlos o introducirlos de manera oficiosa.

Cuando intentada una acción de extremos más amplios, verbigracia, la *actio mandati*, no agote el actor esos extremos; pero aporte, en cambio, los elementos suficientes de otra de contenido más limitado, como la de enriquecimiento ilegítimo o la gestión de negocios, a ésta se ve entonces reducida la de mandato. Con razón expresa que, cuando las acciones tienen algún elemento secundario común, no existe identidad entre ellas, como no la hay por ese sólo hecho entre la petitoria y la posesoria; pero si el elemento común es substancial, es decir, que da individualidad a la acción, entonces realmente lo que difiere es sólo su designación.

En las acciones de condena, la causa de pedir se fija *identificando la prestación debida*; identificación que se hace, tratándose de derechos absolutos, con sólo la afirmación de la relación jurídica, esto es, diciendo exclusivamente que se es propietario, usufructuario o que se disfruta la servidumbre; en tanto que, tratándose de obligaciones, la identificación se realiza no sólo con la afirmación de la relación jurídica, sino invocando también el hecho que dió vida a dicha relación (ya se vió que Laurent destruye la tesis que, con relación a la cosa juzgada, distingue la causa próxima de pedir de la remota).

Con relación a las acciones constitutivas, verbigracia, las de nulidad o de rescisión, refiere justamente que existen tantas acciones como son los hechos que las originan. Así, la acción de nulidad, puede indiscutiblemente generarse porque el acto jurídico se haya celebrado con error, bien con violencia o existiendo falta de edad suficiente en el otorgante.

Y en las declarativas, por último, la causa de pedir se fija en igual forma que en las de condena, es decir, identificando el bien de la vida que se afirma o que se niega.

Expresa asimismo que la causa petendi es un elemento de la demanda, y que todo cambio de la primera implica una modificación en la segunda. De ahí que la causa de pedir no pueda variarse ni en primera ni en segunda instancias; porque, insistiendo, la variedad de causas importa diversidad de demandas, no obstante que lo pedido sea lo mismo (Causa Petendi, de Sergio Costa, traducción del maestro Alberto Vázquez del Mercado, en la Revista Jus, tomo XV, número 86, Págs. 263-270).

e). *Opinión de Emilio Gómez Orbaneja.*—En el ejercicio de la acción, la pretensión se hace valer relatando el actor los hechos en los que la apoya, sin que sea menester emplear términos técnicos (artículo 2o. de nuestro Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales). La deducción de las consecuencias jurídicas de esos hechos sometidos a la calificación del derecho objetivo, toca al juez realizarla; pero estima que si llegare el actor a realizar esa calificación, no podía ella obligar al juez, en tanto que no es a las partes a quien corresponde la actividad decisoria, sino exclusivamente al juez, quien goza de absoluta independencia en la aplicación del derecho al caso concreto.

La parte actora presenta los hechos de donde pretende derivar el derecho. El juez examina todo ese material de hechos bajo todos los posibles puntos de vista jurídicos; análisis que verifica no sólo como un derecho, sino también como una obligación, sin importar

que el actor presente, con los hechos, la estimación jurídica que considere pertinente, justa o equivocada, o que inclusive no presente punto de vista jurídico alguno. Puede el actor, verbigracia, designar el acto jurídico que pretende exigir, con un nombre que no le corresponde. Sin embargo, acreditados los hechos, el juez debe sacar las consecuencias jurídicas que resulten y denominar el acto como sea correcto (véase, de este autor, *La Cosa Juzgada*, Pág. 34-36).

f). *Opinión de Giuseppe Chiovenda.*—¿En qué relación se encuentra la sentencia con la litis que ella decide? La “sententia debet esse conformis libello”, decían los viejos autores. La aplicación de la ley ha de hacerse en los límites de la demanda, porque los juicios no proceden de oficio; relación entre sentencia y demanda que sirve de salvaguardia a los intereses de los litigantes contra la arbitrariedad. El actor tiene el derecho de que se juzgue sobre su demanda y, para renunciar al juicio, precisa de la conformidad del demandado, con lo que se tutela el interés de éste dirigido a que se declare sin fundamento la demanda. Con cuánta razón hace notar que la parte actora, una vez presentada su demanda, no puede ya modificarla; porque el demandado debe saber, desde que aquella se plantea, la materia y el alcance de la controversia. El interés del demandado se protege con la prohibición al actor de cambiar su demanda. La autoridad de la cosa juzgada sólo se forma en relación con lo que, de acuerdo con la demanda, se falla en la sentencia. Por supuesto, no es permitido que la cosa juzgada se haga valer como excepción respecto de otras demandas no consideradas en la sentencia. Si existe la excepción de cosa juzgada, hay identidad de las acciones deducidas en ambos pleitos y, por tanto, no existe la excepción de cambio de la demanda. La regla “ne eat iudex ultra petita partium”, tiene no sólo el alcance de que el juez debe mantenerse dentro de los límites fijados en la demanda, sino también de que no debe introducir nuevos hechos oficiosamente,

aunque ellos no impliquen cambio de la demanda. El actor no puede separarse de la demanda inicial; pero el juez tampoco debe hacerlo. Ha de existir identidad entre lo pedido y lo resuelto; identidad que debe referirse no sólo al objeto, sino también a la causa petendi. *De ahí que no debe fallarse con base en un hecho o causa jurídica no invocada.*

La causa petendi, la constituye un hecho o un conjunto de hechos idóneos para producir efectos de derecho, esto es, que ponen en actividad al precepto jurídico. Tales hechos —todos coinciden en esto— no pueden variarse, porque se modificaría la causa de pedir. El cambio de motivos no modifica la causa petendi. Cuando se reclama un derecho, deben afirmarse y probarse por el actor *los hechos de que ese derecho nace*. El juez, de oficio, debe cuidar que, en efecto, tales hechos fueron afirmados y comprobados. Pero cuando en la demanda no se invocan los hechos que generan el derecho reclamado, sino otros, el juez, teniendo que ocuparse en la sentencia sólo de la causa de pedir invocada, tiene que concluir que esa causa equivale a la inexistencia del derecho reclamado.

Siguiendo a Chiovenda, puede establecerse que, en principio, puede el juez de oficio tener en consideración los hechos extintivos del derecho; porque la presencia de hechos extintivos significa, en realidad, la inexistencia actual del derecho, excepto tratándose de la prescripción que, si bien no puede hacerse valer de oficio, ello se debe a la naturaleza especial de ese derecho, puesto que se le considera como una excepción propia que debe necesariamente oponerse para ser estudiada por el juzgador. En efecto, el actor debe probar la existencia del derecho reclamado y si aparece demostrada su extinción, el juez, aun cuando la excepción extintiva no se haya opuesto, debe concluir que el actor no acreditó su acción, toda vez que no puede estimarse que, ahí donde el derecho se ha extinguido —por pago, novación, remisión, verbigracia—, pueda haberse comprobado su existencia. Y es claro que, al pro-

ceder de tal suerte el juzgador, de ninguna manera se ocupa de otra cosa que no sea precisamente de la causa petendi invocada por el actor.

Con certero juicio analiza el caso de los hechos impeditivos del derecho, y manifiesta que existen algunos que no impiden de manera absoluta su nacimiento, ni impiden que éste —el derecho—, produzca efectos jurídicos, como acontece, por ejemplo, con las nulidades relativas, que, por lo mismo, no pueden examinarse de oficio. Si el acto de que se trate es impugnable por una razón o causa, el juez no puede ocuparse de otra no hecha valer, y si lo hace, su sentencia falta a la congruencia exigida por la ley entre lo pedido y lo sentenciado.

Existen otros hechos, en cambio, que impiden de manera absoluta la existencia actual de la acción, como sucede, verbigracia, con los casos de extinción del contrato o acto jurídico en que aquella se funde (se reclama, v. gr., el divorcio y en el juicio se comprueba que el matrimonio se declaró nulo por sentencia ejecutoria anterior), ya que con base en la nada jurídica ningún derecho puede reclamarse. El examen debe realizarlo el juzgador oficiosamente, sin faltar a la congruencia, porque es elemento del derecho afirmado, la comprobación del acto jurídico en que se apoya, de suerte que, si por haberse extinguido éste no se justifica, al cumplirse con la exigencia de analizar si el actor probó su acción, ¿cómo podría, en la sentencia, concluirse que ésta se acreditó?

Siguiendo la opinión unánime de la doctrina, establece que *la acción se individualiza por los hechos, y no por el precepto jurídico*. El juez no puede variar, por otros, los hechos en que la reclamación se apoya, cuando con ello se individualiza una acción distinta no hecha valer. Puede el juez examinar —al igual que las partes en sus escritos posteriores—, todos los posibles puntos de vista jurídicos, sin que por ello se cambie la causa de pedir, puesto que *la acción, se repite, no se individualiza por la norma que pueda ser*

aplicable, sino por el hecho de donde nace. Como Gómez Orbaneja, señala que el juez debe oficiosamente ocuparse de todos los posibles aspectos jurídicos, de manera que si la parte actora cita preceptos inaplicables o erróneamente interpretados, el juzgador se encargará de apoyarse exactamente en los dispositivos del caso, con la exigencia de recoger los hechos fundatorios tal como son y de no variar el objeto reclamado. Lo que quiere decir que, si se demanda por concepto de servicios profesionales prestados en determinada causa, no se va a conceder por conceptos de servicios prestados con ocasión diferente.

Como Sergio Costa, nos habla Chiovenda de que, cuando la acción se compone de varios elementos constitutivos, todos estos deben afirmarse y comprobarse; pero si resulta acreditada otra acción de contenido menor, el juez puede oficiosamente pasar de una acción a la otra, lo mismo que las partes, y agrega que, cuando las acciones sólo tienen un elemento en común, mas se trata de un elemento que les da individualidad, puede también pasarse de una acción a la otra sin faltar a la congruencia.

La regla no ultra petita, impone la identidad substancial de las demandas de las partes, con la sentencia. Los jueces sólo pueden ocuparse de los hechos alegados por las partes y no de los no invocados, aunque de las actuaciones aparezcan demostrados, pues ha de admitirse —observa con razón—, que las partes mismas son los mejores intérpretes y guías de sus propias defensas y que son ellas quienes mejor conocen los hechos que a su causa conviene afirmar. En otros términos, quiere decir que el juez no debe actuar como defensor, sino sólo como juez. En consecuencia, no debe invocar el hecho no afirmado. Si lo hace, aun sin quererlo se constituye en defensor de alguna de las partes, en tanto que su actitud le beneficia. Viola el principio del trato igual a las partes. Y además, ¿qué oportunidad deja al perjudicado para defenderse de los hechos introducidos a la discusión por el juez? (véase Sobre la

Regla "Ne eat Iudex Ultra Petita Partium", de Chiovenda, traducción del maestro Alberto Vázquez del Mercado, revista "Jus", tomo XVIII, Núm. 102, Págs. 33-56).

g). *Opinión de Ugo Rocco.*—En lo que toca al problema de la causa, que se estudia, puede decirse que este autor substancialmente acepta la misma solución propuesta por Chiovenda, que se acaba de exponer, en cuanto que expresa:

"Así, pues, incumbe a la parte plantear el problema, que puede reducirse en los siguientes términos: si un determinado hecho o un estado de hecho existente, da lugar a una relación jurídica determinada. El juez debe limitarse a resolver este problema. Y en esto estriba el concepto de la correlación entre la demanda y la sentencia: en que la relación jurídica que el juez afirma o niega, debe ser la misma que la indicada por la parte. —Y puesto que las dos relaciones jurídicas consideradas, la relación que es objeto de la sentencia y la que lo es de las conclusiones, son idénticas, necesario es que tengan todos los elementos comunes: iguales los sujetos entre los que median los derechos subjetivos y las correspondientes obligaciones en que consisten, e igual el hecho o causa jurídica de que derivan.—El segundo punto, consiste en que el juez debe juzgar sobre la base de todos los elementos de hecho que le han proporcionado las partes, y exclusivamente sobre esa base... Precisamente por ese principio (se refiere el autor al principio de disposición de las partes), debe encomendarse al interesado la preparación de los elementos idóneos para convencer al juez de la existencia del hecho: queda excluida por regla general, la iniciativa del juez para la busca de tales elementos. Por eso vale el aforismo "Judez iudicare debet secundum allegata et probata". (Véase su tratado de Derecho Procesal Civil, traducción del licenciado Felipe de J. Tena, Pág. 292).

h). *Conclusiones que se aceptan.*—Teniendo, pues, en consideración, todo lo expuesto con antelación respecto a la causa pendiente, me parece que son admisibles las siguientes conclusiones:

1a.—La causa a la que la ley se refiere se constituye por el hecho o hechos jurídicos que sirven de fundamento al derecho que se demanda, no por los simples motivos.

2a.—En la discusión relativa a la causa próxima y a la remota, debe aceptarse la solución propuesta por Laurent. Verbigracia, tratándose de la acción reivindicatoria, la causa es, como en toda acción, el hecho o hechos jurídicos que dan vida al derecho de propiedad: la compraventa, la donación, etc. En consecuencia, no habrá cosa juzgada si en el primer juicio se entabla la acción reivindicatoria con base en la compraventa; en tanto que en el segundo con base en la donación.

3a.—Debe haber exacta correspondencia entre la sentencia y la demanda; correspondencia que no sólo se refiere al objeto, sino también a la causa de pedir, esto es, a los hechos jurídicos base del derecho reclamado (artículos 81 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales; 222 del Código Federal de Procedimientos Civiles, y 1327 y 1329 del Código de Comercio).

4a.—Por consiguiente, a la sentencia no puede servir de base ningún hecho comprobado ajeno al debate. Al juzgador está prohibido introducirlos oficiosamente.

5a.—Cuando el derecho reclamado existe, pero engendrado por hechos jurídicos distintos a los invocados en la demanda, aunque comprobados en autos, tiene que absolverse al demandado.

6a.—Los hechos extintivos del derecho, como elementos de la acción, en principio, debe considerarlos el juez de oficio (no la prescripción, por ser ésta una excepción propia que no puede examinarse sino a condición de que se oponga), tales como el pago, la remisión de la deuda, la novación, etc.

7a.—La pretensión no se individualiza por el precepto aplicable, sino por el hecho que la genera. El juez debe fundar su fallo en los preceptos aplicables, aun cuando las partes hayan designado otros que no corresponden o no hayan designado ninguno.

8a.—Cuando se acredita una acción de contenido menor a la designada en la demanda, debe el juez conceder conforme a la acción demostrada, porque aparte de que en la petición de lo más queda comprendido la petición de lo menos, no importa el nombre que se le dé (sobre el nombre de la acción se insistirá de manera especial en número siguiente); pero siempre que el derecho se desprenda de los hechos afirmados.

9a.—Y finalmente, cuando la acción se individualiza con los hechos afirmados en la demanda; pero se individualiza asimismo otra diferente, el juez puede pasar libremente de una a la otra, sin faltar a la congruencia.

i). *Causas posteriores a la fijación del debate.*—Pero todavía, sobre el tema, suele discutirse si vale la autoridad de la cosa juzgada de la sentencia, con relación a causas o hechos jurídicos que fundan el derecho, que nacen con posterioridad a los escritos que fijan el debate. El problema realmente ni siquiera debía plantearse, en virtud de que, en tal supuesto y atendiendo a lo expuesto con antelación, no podría haber base para afirmar que se tratara de la misma causa, cuando precisamente se trata de causas nacidas posteriormente, ignoradas al tiempo de la formulación del libelo. Evidentemente no podría existir, para estas situaciones, cosa juzgada.

j). *¿Qué cuando las sentencias designan con nombre distinto a la acción?*—En la traducción de la obra de Bonnier, que se ha venido citando, sobre el tema que se acaba de plantear, se hace referencia a dos interesantes sentencias de dieciocho de octubre de mil ochocientos sesenta y siete y de cuatro del mismo mes y año. En la primera de esas sentencias, puede leerse lo siguiente: "que no por variarse el nombre de una acción, puede calificarse de distinta en su naturaleza y esencia para los efectos de cosa juzgada, cuando es idéntica la razón en que se funda e igual el objeto a que se dirige, y son unas mismas las personas interesadas en su decisión". Y en la segunda de las aludidas sentencias, se expresa:

"que si bien es doctrina legal y admitida por la jurisprudencia la de que procede la excepción de cosa juzgada, aun cuando en el pleito que se proponga se haya variado el nombre de la acción deducida en el primero, siendo idénticos el fundamento de ambos, su objeto y la causa o razón de pedir, esto es y se entiende siempre en el supuesto de que concurriendo los demás requisitos legales, se haya decidido también el pleito en que recayó la ejecutoria por el mismo fundamento y no por otro distinto". (Véase también Principios de Derecho Procesal Civil, de Chiovenda, tomo II, Pág. 67, y el Derecho Procesal Civil, de Kisch, Pág. 172).

k). *Cómo se resuelve en nuestro derecho este problema.*—La doctrina acabada de exponer en el número inmediato anterior, es evidentemente aplicable a nuestro derecho positivo, por cuanto que la tesis que en ella se sustenta, no sería sino corolario de lo que se previene en nuestro artículo 2o. del Código de Procedimientos Civiles, que estatuye: "La acción procede en juicio, aun cuando no se exprese su nombre, con tal de que se determine con claridad la clase de prestación que se exija del demandado y el título o causa de la acción".

En efecto, lo que menos debe importar, de conformidad con el texto del precepto transcritto, es el nombre de la acción, puesto que el repetido dispositivo ni siquiera exige que se designe por su nombre, naturalmente, siempre que resulte claramente determinada, por haberse expresado sin lugar a dudas, la clase de prestación que se exige del demandado y el título o causa de la acción; sistema que seguramente obedece a la idea de que el nombre no hace a las cosas. De manera que, si queriendo designar a la acción, se usa un nombre distinto del que le corresponde, es obvio que el error carece de importancia, a condición, se repite, de que dicha acción pueda precisarse por la exposición clara del tipo de prestación que se exija y del título o causa de la reclamación. Entonces, de acuerdo con la doctrina de las sentencias que invoca Bonnier en su obra

indicada, no importa que en la primera sentencia se dé a la acción un nombre diferente, no por esta razón debe calificarse de distinta para los efectos de su naturaleza y esencia; lo que importa, para que exista la autoridad de la cosa juzgada, es que, independientemente de los nombres que se utilicen para designar a las acciones, exista identidad en ambos pleitos, esto es, que en ambos juicios se hallen los mismos sujetos, el mismo objeto reclamado y la propia causa de pedir. (Gómez Orbaneja, La Cosa Juzgada, Págs. 34-36).

5. IDENTIDAD DE LAS PERSONAS DE LOS LITIGANTES. TEXTO DE NUESTRO ARTÍCULO 422 Y ANTECEDENTE EN EL DERECHO ROMANO.—Nuestro artículo 422 tantas veces citado, exige, para que proceda la cosa juzgada, entre otros requisitos, que exista identidad de la persona de los litigantes. El último párrafo del precepto, dice: "Se entiende que hay identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior o estén unidos a ellos por solidaridad o indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigirlas u obligación de satisfacerlas". Y el párrafo segundo del mismo artículo, establece: "En las cuestiones relativas al estado civil de las personas y a las de validez o nulidad de las disposiciones testamentarias, la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros aunque no hubiesen litigado".

Encontrando los romanos semejanza entre la sentencia y el contrato, dijeron que aquella sólo aprovecha o perjudica a las partes litigantes, de la misma manera que sólo a las partes contratantes aprovecha o perjudica el contrato (véase La Autoridad de la Cosa Juzgada, de José Becerra Bautista).

Siguiendo este viejo antecedente romano, puede afirmarse que el texto de nuestra ley admite, en principio, que la autoridad de

la cosa juzgada sólo vale para las partes que hubieren intervenido en el pleito.

a). *Opinión de Chiovenda y crítica de su tesis.*—Chiovenda niega que la cosa juzgada sólo valga entre las partes, por cuanto que todos están obligados a reconocerla, como cosa juzgada entre las partes litigantes; pero los terceros no pueden ser perjudicados, entendiendo por perjuicio, sólo el perjuicio jurídico, esto es, cuando la sentencia reconoce un derecho que resulta incompatible con el derecho que el tercero afirma tener. Excluye, entonces, el daño de hecho, el daño económico o simplemente práctico que el tercero puede sufrir, y lo excluye en atención a que no se trata de un perjuicio jurídico.

La aplicación de esta doctrina a los casos de estado civil, Chiovenda la hace de la siguiente manera: "La sentencia que se pronuncia entre los sujetos del estado jurídico cuestionado, es decir, entre los litigantes contradictores (por ejemplo, entre padre e hijo, la sentencia de calidad de hijo; entre cónyuges, la sentencia sobre la existencia de un matrimonio), hace que todos deban reconocer el estado de hijo, el matrimonio, etcétera, declarados en la sentencia. Esto no es más que la aplicación de la regla general, y no un caso excepcional de cosa juzgada *erga omnes*. Pero la sentencia no afectará a cualquier otro legítimo contradictor: no impedirá que un tercero se afirme, por ejemplo, cónyuge de una de las partes". (Tomado de la citada Obra de Tullio Liebman, Págs. 232-234).

Justamente hace notar Tullio Liebman, que, la tesis de Chiovenda, no satisface en los casos de relaciones jurídicas conexas o dependientes, "en los que parecen inexactas, tanto la solución de someter al tercero a la cosa juzgada creada sin su presencia, como la de permitirle ignorar totalmente la sentencia pronunciada". (*Eficacia y Autoridad de la Sentencia*, Pág. 235).

b). *Opinión de Ugo Rocco. Crítica de la opinión de Ugo Rocco.*—Sostiene que el punto de vista del planteamiento de la cosa juzgada en el trinomio de parte, terceros y todos, es equivocado.

En las relaciones sobre el estado de las personas, tales relaciones tienen cierto carácter absoluto, por cuanto que sobrepasan la relación existente entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del propio estado. La cosa juzgada obra exactamente, en las indicadas relaciones, con los mismos efectos que en cualquier otro tipo de relación jurídica, por cuanto que afecta únicamente a aquella categoría de sujetos que hayan estado autorizados o legitimados para obrar o para contradecir sobre la repetida relación de estado; pero no puede afectar a todos aquellos sujetos que no hayan estado autorizados o legitimados para obrar o para intervenir, toda vez que tales sujetos nunca habrían podido pretender legítimamente la declaración de la relación jurídica de estado.

Considera equivocada la idea que explica al *tercero* diciendo que es todo aquel que no ha participado en el juicio; porque hay sujetos que si bien no han participado en el pleito, han podido participar en él, desde el momento en que se hallan legitimados para obrar o para intervenir en el mismo. Entonces, para Rocco, será *tercero* todo aquel que no esté autorizado o legitimado para incoar el juicio o al menos para intervenir en el iniciado por otro. De donde resulta que, la cosa juzgada valdría solamente para todo aquel *tercero* legitimado para obrar o para intervenir en el juicio, aunque en la realidad no hubiere intervenido.

Y con relación al concepto *parte*, si por parte se entiende a los sujetos que, en cualquier forma procesal, estuvieron presentes en el juicio, resulta entonces —dice Rocco—, que la eficacia inter partes no es exacta, por cuanto que hay categorías de sujetos que, habiendo estado legitimados para obrar o para intervenir, sin embargo, no intervinieron en el juicio y, no obstante, en razón de que pudieron haberlo hecho (por estar legitimados), la cosa juzgada surte efectos contra ellos (véase "Derecho Procesal Civil", del citado autor, Págs. 349-366).

La opinión de Rocco, es equivocada si se examina a la luz

de nuestro derecho, según se demostrará a continuación, a propósito del análisis del trinomio: *partes, terceros y todos*.

Con relación a las cuestiones en que la autoridad de la cosa juzgada vale *erga omnes* (estado civil y validez o nulidad de las disposiciones testamentarias), la tesis expuesta es inexacta, puesto que, según se verá con posterioridad, el principio de que la cosa juzgada sólo vale para las partes que intervinieron en el proceso, no sufre excepciones ni tratándose de los casos de estado civil, ni de las cuestiones de validez o nulidad de las disposiciones testamentarias; porque, aún en estos casos, la cosa juzgada no puede perjudicar a ninguna persona ajena al juicio provista de interés jurídico y de la legitimatio ad causam para impugnarla —en respeto de la garantía constitucional de previa audiencia—, no obstante que, conforme al texto del segundo párrafo del artículo 422 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales, en tales supuestos la cosa juzgada debía valer *erga omnes*. Para Rocco, insisto, la cosa juzgada valdría no sólo para los sujetos del litigio, sino también para aquellos que, *aunque no hubieren litigado, hubieran podido hacerlo por estar legitimados para intervenir*; pero no valdría para todos los demás extraños al juicio.

Respecto a su concepto de *tercero*, o sea, todo aquel no legitimado para incoar el proceso o para intervenir en él, asimismo su opinión no corresponde a nuestro sistema jurídico, porque, de acuerdo con dicho sistema, *tercero* sería todo aquel que no hubiese intervenido en el juicio. De acuerdo con su teoría, la cosa juzgada tendría eficacia aun para aquellos que, no habiendo intervenido en el proceso (comprendidos en el concepto de *tercero* que acepta nuestra ley), sin embargo, hubieran podido comparecer por encontrarse legitimados. En cambio, de acuerdo con nuestro sistema, la cosa juzgada carecería de eficacia frente a dichos sujetos, por ser *terceros extraños*.

Y finalmente, con relación a su teoría aplicada al concepto

de parte, resultaría que la cosa juzgada tendría eficacia aún respecto de sujetos a quienes no se hubiere dado la oportunidad de previa audiencia, esto es, respecto de terceros extraños al juicio, siempre que, aunque no hayan sido oídos ni vencidos en el pleito, hubieren estado legitimados para intervenir; porque si realmente no se les oyó, pudo haberseles oído, dado que su legitimación en la causa les habría permitido concurrir al proceso.

Como puede apreciarse, Rocco da un alcance al término *partes* que claramente riñe con el concepto que nuestro derecho admite. Nuestra ley no permite la eficacia de la cosa juzgada con relación a terceros extraños, aunque hayan estado legitimados para intervenir; porque lo que se persigue es que, en efecto, en la realidad, se les haya oído, esto es, que positivamente hayan podido defenderse, intervenir en el proceso, y no tan sólo que hayan tenido la oportunidad de hacerlo; regla a la que constitucionalmente no escapa ningún caso, según se verá durante el desarrollo que sigue de este trabajo.

c). Crítica de la opinión de Rocco, por el maestro Eduardo Pallares.—Con relación a la teoría de Ugo Rocco, encontramos un comentario del maestro Eduardo Pallares, en su libro "Cuestiones Procesales", Págs. 101-105, que, por su interés y por cuanto que su opinión es, a mi juicio, absolutamente convincente, no puedo resistir la tentación de transcribir, cuando menos en la parte que expresa:

"Esta doctrina me parece por completo errónea y si los tribunales la aplican en sus fallos dará lugar a verdaderos atracos judiciales. En substancia consiste en sostener que son partes las personas legitimadas, intervengan o no en el juicio; por ser partes, los afecta la cosa juzgada.

"A).—No se apoya en ley alguna, o mejor dicho, está en contradicción con la ley positiva. Nuestro Código, como la mayor parte de las leyes procesales, ordena que la cosa juzgada sólo surta efectos respecto de las personas que han litigado y no respecto

de quienes, pudiendo haber litigado, no lo hicieron. El artículo 422 es demasiado explícito: "Para que la presunción de cosa juzgada surta efectos en otro juicio, es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concorra identidad de las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con lo que fueren". No se puede pedir mayor claridad para enunciar el principio de que la cosa juzgada sólo es eficaz respecto de las personas que litigaron y no respecto de otras que, pudiendo haber litigado, no lo hicieron por cualquier circunstancia. Las personas deben ser idénticas.

"B).—No puede decirse que hay identidad entre el litigante y la persona que no litigó no obstante estar legitimado para hacerlo.

"C).—Excepcionalmente, dicho artículo 422 considera que existe esa identidad cuando los litigantes del segundo pleito son causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior o estén unidos a ellos por solidaridad o indivisibilidad. Como excepción que es, no puede aplicarse a otros casos distintos de los comprendidos en ella.

"D.—Rocco afirma que están legitimados para obrar no sólo los causahabientes y los deudores solidarios o de obligación indivisible, sino también las siguientes personas:

"1a.—El acreedor en los casos de la acción oblicua.

"2a.—El poseedor provisional de los bienes del ausente respecto de las acciones que correspondería ejercitar al ausente.

"3a.—Las "uniones" respecto de las relaciones jurídicas de que son titulares los miembros de la unión.

"4a.—El síndico en los casos de quiebra.

"5a.—El usufructuario y el propietario respecto de los bienes dados en usufructo.

"Si aplicamos a todos estos casos la doctrina de Rocco, llegamos a la peregrina conclusión de que en todos los juicios relativos a ellos no importa que no intervengan el síndico, las uniones, el usufructuario, el acreedor, el poseedor provisional de los bienes

del ausente, a pesar de todo, la cosa juzgada que en ellos ponga fin al litigio tendrá eficacia respecto de dichas personas, por estar legitimadas en la causa. Tal conclusión es absurda y, sin embargo, se encuentra ajustada a los principios que defiende Rocco.

"6a.—En pocos casos, la ley positiva exige expresamente que se cite y oiga a quien está legitimado en la causa para que le pare perjuicio la sentencia. El artículo 657 del Código de Procedimientos Civiles, dice: "El demandado debe denunciar el pleito al obligado a la evicción antes de la contestación de la demanda, solicitándolo del juez, quien según las circunstancias, ampliará el término del emplazamiento para que el tercero pueda disfrutar del plazo completo. El tercero obligado a la evicción, *una vez salido al pleito*, se convierte en principal".

"Este artículo es concluyente, y demuestra que según la ley mexicana, el que está legitimado en la causa se considera tercero, a pesar de estar legitimado, *mientras no sale al pleito*.

"7a.—La doctrina de Rocco es contraria a la garantía de previa audiencia judicial, y de ser aplicada autorizaría el atraco de que la persona que está legitimada puede ser privada de sus derechos, propiedades y posesiones, sin ser oída y vencida en juicio.

"*El error substancial de ella consiste en identificar a quien puede ser parte con el que de hecho lo es*".

d). *Tesis de Enrico Tullio Lebman, que se acepta.*—Tullio Liebman, afirma que, si es verdad que los efectos naturales de la sentencia (su ejecución, por ejemplo), pueden alcanzar y hacerse efectivos aun con relación a terceros que no litigaron (situación de la que los terceros pueden defenderse, por ejemplo, mediante la interposición de la correspondiente tercería), no pasa lo mismo con la autoridad de la cosa juzgada, *la cual vale sólo entre las partes*; diferencia que deriva de que la eficacia natural, imperativa y obligatoria de la sentencia, se desprende de su propia naturaleza, esto es, de que se trata de un acto de autoridad y de soberanía del Estado, que, por consiguiente, *potencialmente debe actuar para todos*;

en tanto que, cuando alcanza la calidad de cosa juzgada, ésta sólo vale para las partes, quienes tienen que soportarla irremediablemente, en tanto que los terceros pueden rechazarla (pueden rechazarla —como dicen el propio Liebman y Carnelutti: véase de este último su estudio *Eficacia... de la Sentencia*—, "los terceros jurídicamente interesados, como dice Betti, esto es, legitimados para la intervención principal y para la oposición".).

El principio de que la autoridad de la cosa juzgada sólo vale para las partes que litigaron, no sufre excepciones ni tratándose de los casos de *estado civil*; porque si en estos casos la cosa juzgada generalmente vale para todos, es en atención a que nadie tiene en el asunto un derecho comparable al de las partes que litigaron, pues que si existiera un derecho de igual grado o categoría, no podría impedirse al tercero que lo afirmara, el derecho de dilucidarlo en el juicio.

Así, por ejemplo, una sentencia pronunciada entre el hijo y su supuesto padre —dice el mismo autor—, no podría impedir al verdadero padre discutir en juicio su situación, por cuanto que se trata de derechos de igual categoría; pero, en cambio, la sentencia valdría como cosa juzgada oponible a todos los terceros, si la misma fuese pronunciada frente a un legítimo contradictor secundario, excepto con relación a los demás legítimos contradictores secundarios que no hubieran intervenido en el juicio.

Formula el principio relativo a las cuestiones de estado, de la siguiente manera: "...los terceros que tienen un interés de igual categoría que el de las partes, pueden defenderlo con plena autonomía, sin encontrar obstáculo en la cosa juzgada. En cambio, los que tienen un interés de grado inferior, quedan sometidos a la sentencia y deben soportar el perjuicio que ésta les proporciona". Y aclara su pensamiento cuando afirma: "...la cosa juzgada no es el efecto o uno de los efectos de la sentencia, sino una calidad, una calificación particular, de dichos efectos, esto es, su inmutabilidad. Independientemente de la cosa juzgada, la sentencia tiene

su eficacia natural, obligatoria e imperativa, que deriva simplemente de su naturaleza de acto de autoridad, de acto del Estado, pero que está destinada a desaparecer cuando se demuestre que la sentencia es injusta: la cosa juzgada refuerza esa eficacia porque hace imposible o inoperante la demostración de la injusticia de la sentencia. La eficacia natural de la sentencia actúa respecto de todos; en cambio, la cosa juzgada sólo vale entre las partes, por lo que éstas soportan la sentencia sin remedio, mientras que los terceros pueden rechazarla demostrando su injusticia. *Pero no todos los terceros están habilitados para hacerlo, sino sólo aquellos que tienen un interés jurídico legítimo en tal sentido:* no, por ejemplo, los acreedores del condenado, que tienen un simple interés de hecho... Tampoco los terceros frente a una sentencia que decide una cuestión de estado entre los contradictores legítimos, porque la naturaleza personalísima e indivisible de estas relaciones, no permite reconocer a los terceros un interés protegido por el derecho para discutir e intervenir en el debate sobre ellos". (Eficacia y Autoridad de la Sentencia, Págs. 235-236 y 239).

El pensamiento de Liebman, de que la eficacia natural de la sentencia actúa respecto de todos, termina por alcanzar de manera plena sus contornos, en los siguientes términos del propio autor: "también un mandato particular y concreto puede ser válidamente declarado cierto para todos: ya se comprende que se trata de una eficacia general simplemente potencial, que de hecho sólo se produce respecto de los que pueden ser sus efectivos destinatarios, a saber, además de las partes, los sujetos de relaciones conexas con el objeto de la decisión..." (tomado del estudio Balance de una Polémica, de Carnelutti).

Puede apreciarse que la tesis de Tullio Liebman, se basa en una calificación gradual de los intereses en pugna en relación con el estado civil, en cuanto que la eficacia de la sentencia no puede alcanzar en perjuicio de terceros con interés de igual jerarquía que

el de las partes contendientes; en tanto que sostiene que se hallan sometidos a la sentencia y que se encuentran obligados a sopor tar los perjuicios que ella les ocasiona, todos aquellos terceros ajenos al juicio con interés de grado inferior al de las partes que litigaron.

Me parece conveniente recordar, al respecto, que el antiguo derecho, advirtiendo los inconvenientes del principio de la autoridad relativa de la cosa juzgada, aplicado a las cuestiones de estado, sostuvo, con d'Argentré a la cabeza, tomando las ideas de los antiguos romanistas, que la cosa juzgada en esta materia valía para todos, a condición de que se hubiera oído al legítimo contradictor, considerando que éste había representado en el juicio a todos los demás interesados, y entendiendo por "legítimo contradictor", al "primero y principal interesado"; en tanto que, para otros de la misma escuela, el legítimo contradictor era "quien tenía el interés más próximo y primitivo". Y se dice, en apoyo de la autoridad absoluta de la cosa juzgada, que no es posible, verbigracia, que una persona esté divorciada sólo para los que intervinieron en el juicio y que no lo esté para los demás; que el matrimonio sea válido para los terceros y nulo sólo para las partes del proceso, etc.

Pero la tesis que se acaba de exponer del contradictor legítimo, la doctrina señala que fué abandonada casi por completo, porque se dijo: ¿cómo determinar quién es, entre todos, el principal interesado o el de interés más próximo y primitivo? ¿Cómo poder admitir que éste ha representado a todos los demás a pesar suyo y a pesar inclusive de los terceros?

Otros, los que admitieron la tesis de la indivisibilidad del estado, precisamente afirmaron que el estado es indivisible; porque no es posible ser a la vez hijo de una persona y de otra; ser hijo legítimo y natural a un tiempo; ser mexicano y extranjero; tener por padres a diversas personas, etc. En consecuencia, las cuestiones de nacionalidad, de filiación, de legitimación, etc., tienen valor

erga omnes, puesto que, de lo contrario, se pronunciarían sentencias contradictorias, dando por resultado que la misma persona podría ser mexicana y española; hija de tal padre y de otro; hijo legítimo y natural, etc.

A esta solución se replicó que no era verdad que no pudiera aceptarse que, habiéndose probado sólo contra "A" que "X" era hijo suyo, la sentencia con autoridad de cosa juzgada sólo a ellos alcanzara, sin herir a terceros, y Planiol y Ripert observaron también, que nada impedía "considerar que una persona tenga dos estados distintos en sus relaciones con personas diversas".

Finalmente, otros autores piensan que, por aplicación del artículo 1351 del Código de Napoleón, recobra todo su imperio la regla general del efecto relativo de la sentencia, esto es, de cosa entre partes, aun en materia de estado. De manera que, si uno de los hijos de "A", que ya murió, ejercita su acción de reclamación de estado contra uno de sus hermanos; pero no en contra de todos, es claro que, si vence, será reputado hijo de "A" sólo frente a su hermano que fué parte en el pleito; mas no con relación a sus hermanos que no litigaron. Estos conservarán su respectivas partes en la herencia íntegramente, puesto que la sentencia dada en el juicio en que no fueron partes, no les alcanza (sobre el alcance de la cosa juzgada en materia de estado, también puede verse: Derecho Civil, de Josserand, tomo I, número 1312 y siguientes; Tratado Elemental de Derecho Civil, Introducción, Familia, Matrimonio, de Planiol y Ripert, número 440 y siguientes; Elementos de Derecho Civil, de Julien Bonnecase, tomo I, edición Cajica, número 273 y siguientes; Curso Elemental de Derecho Civil, de Ambrosio Colín y H. Capitant, tomo I, edición del Instituto Editorial Reus-1952, Págs. 710 y siguientes, y el Derecho Civil Mexicano, tomo I, Págs. 450 y siguientes, de Rafael Rojina Villegas).

Volviendo a la tesis de Tullio Liebman, que comentaba, con perdón de la larga aunque útil digresión que precede, decía que él la apoya, tratándose del estado civil, en una calificación gradual

de los intereses en pugna. Según se vió con anterioridad, expresa que la eficacia de la sentencia no puede alcanzar en perjuicio de terceros con interés de igual jerarquía que el de las partes contendientes; pero sostiene que se encuentran sometidos al fallo y que se hallan obligados a soportar los perjuicios que él les ocasione, todos los terceros con interés de grado inferior al de las partes litigantes.

La tesis, como puede verse, se apoya en una calificación gradual de los intereses en litigio; pero cabe observar que el autor no proporciona criterio alguno para determinar la jerarquía de los derechos. De manera que, cuando menos en el aspecto que se examina, su tesis daría lugar a que se atendiera a diversos criterios que llevarían indudablemente a resultados diferentes para casos iguales. ¿Debe atenderse tan sólo al grado de parentesco? ¿Y cuando la discusión del estado civil sea sólo el instrumento para obtener cuantiosa herencia, no debe también atenderse al dato económico que más interesa? ¿Y desde el punto de vista de la realidad, no abundan acaso situaciones en que de estimar la jerarquía del interés por el grado de parentesco, se daría lugar a patentes injusticias, puesto que no siempre habría ecuación entre el grado de parentesco y el verdadero interés moral, humano y económico?

Sin embargo, me adhiero a la opinión del susodicho autor en cuanto a que, en efecto, ni tratándose de casos de estado civil —y por razones semejantes, ni tratándose tampoco de las cuestiones de validez o nulidad de las disposiciones testamentarias—, la cosa juzgada puede valer erga omnes. Como en todos los demás casos, sólo vale para las partes que litigaron.

Considero evidente que, conforme a nuestro sistema constitucional, y a pesar del texto en contrario del segundo párrafo del Art. 422 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales, la sentencia pronunciada entre el hijo y el padre supuesto, que ha alcanzado la autoridad de la cosa juzgada, no puede impedir al verdadero padre discutir en juicio su ca-

lidad; porque, de lo contrario, se violaría, en su perjuicio, la garantía de audiencia consagrada en los artículos 14 y 16 de nuestra Carta Magna. Y en apoyo de esta opinión, quiero dejar establecido que nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo solicitado por Castelazo viuda de... y coagraviados, que puede consultarse en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XCIX, página 2033, también rechazó la eficacia erga omnes de la cosa juzgada en cuestiones de estado civil, lo que, independientemente de las razones en que se funda, me parece perfecto.

Considero que la verdadera razón está en que, olvidando por completo la idea de la calificación gradual de los intereses en pugna a que se ha aludido con anterioridad, como lo observa certamente Tullio Liebman, la autoridad de la cosa juzgada no puede perjudicar a ninguna persona extraña al juicio, *provista de interés jurídico para impugnarla*. Es cierto que su eficacia natural, como lo dice el mismo autor, se produce potencialmente respecto de todos. Verdad es también que, tratándose de cuestiones de estado, los terceros normalmente carecen del derecho de reclamar la sentencia; pero ello es debido, no a que la autoridad de la cosa juzgada se produzca erga omnes, sino en función de que normalmente los terceros se encuentran desprovistos de la legitimatio ad causam para reclamarla.

El actor que reclama la sentencia sobre estado civil, debe justificar no sólo su legitimación activa, sino también el referido interés jurídico (artículo 1o. del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales). Si existiendo esos requisitos (interés jurídico y legitimación), se le negara el derecho a imponer sobre el estado civil resuelto en una sentencia de juicio en el que no fué parte, se repite, se violaría, en su perjuicio, la garantía de previa audiencia de los invocados artículos 14 y 16 de la Constitución.

e). *Conclusión respecto al concepto de partes.*—Por consiguiente, se está ya en aptitud de concluir en el sentido de que la

cosa juzgada sólo tiene eficacia con relación a las *partes*, entendiéndose por partes a las personas jurídicas —no puramente físicas—, que hayan intervenido en el juicio, por encontrarse legitimadas en la causa, y no la tiene con relación a los terceros que no hayan intervenido (La Cosa Juzgada de Palacios, Págs. 103 y siguientes y 244-245, y Teoría del Fraude en el Proceso Civil, de José Lois Estévez, Págs. 134-164).

f). *El caso de solidaridad de las prestaciones.*—Ya se veía que el artículo 422 igualmente entiende que existe identidad de personas, en los casos en que los litigantes del segundo pleito se encuentran unidos a los que contendieron en el primero, por *solidaridad* de las prestaciones.

Un antecedente interesante, al respecto, de nuestro artículo 422, lo es la Ley 20, del título XXII, de la Partida 3a., que, en su parte conducente, establece: "E como quier que el juyzio que es dado contra vno, non deue empecer a otro, assi como de suso deximos. Pero cosas y ha, en aquel empecería; e esto sería quando dos omes se fiziessen debdores de otro sobre vna cosa misma, cada vno por todo, o cuando fuese a algunos prometido, campo o viña, o otra cosa qualquier, de manera que cada vno dellos en todo lo pudiessen demandar. Ca el juyzio que fuese dado contra alguno destos sobredichos, en razón de aquellas cosas empecería a los otros, maguer y non fuessen acetados a la sazon que lo dieron".

Resulta, pues, que una misma obligación puede pesar a cargo de varios deudores y a favor de varios acreedores. A veces esta forma de obligación no se encuentra desde un principio, sino que se introduce posteriormente, como sucede cuando muere el acreedor único, a quien suceden sus herederos.

En principio, la deuda o el crédito se dividen en tantas partes iguales como acreedores o deudores existan (Arts. 1985 y 1986 del Código Civil de 1928). Sin embargo, a esta regla se establecen dos excepciones: una, es el caso de la solidaridad, y la otra, el caso de la indivisibilidad.

"La solidaridad es una modalidad que supone dos o varios sujetos activos o pasivos de una misma obligación, y en virtud de la cual, no obstante la divisibilidad de esta obligación, cada acreedor puede exigir y cada deudor está obligado a efectuar el pago total, con la particularidad de que este pago extingue la obligación respecto de todos los acreedores o de todos los deudores". (Baudry-Lacantinerie et Barde, tomo XIII, n. 1115).

"Cuando hay pluralidad de acreedores, esta modalidad toma el nombre de solidaridad activa; se le llama solidaridad pasiva cuando hay pluralidad de deudores (Baudry-Lacantinerie et Barde, tomo XIII, n. 1115). El Código de 1884 dice que la mancomunidad puede ser activa o pasiva (Art. 1388) y que los acreedores y deudores mancomunados se llaman también solidarios (Art. 1391). El Código de 1928 distingue la solidaridad activa de la pasiva en su artículo 1987". (Tomé los dos párrafos que anteceden de la "Teoría General de las Obligaciones", del Lic. Manuel Borja Soriano, tomo II, Pág. 435).

Sabido es que las obligaciones a prorrata o simplemente mancomunadas, se distinguen de las obligaciones solidarias, en que, mientras que en las primeras encontramos división de la obligación (Arts. 1985 y 1986 citados); en las segundas, la obligación es indivisible, si bien en ambas encontramos pluralidad de sujetos (Arts. 1987 y 1984 del Código Civil de 1928).

Es interesante hacer notar que, mientras que el Código Civil de 1884, usa como sinónimas las expresiones *mancomunidad* y *solidaridad*; en el de 1928, de la misma manera que en el sistema argentino, la *mancomunidad* es una expresión genérica que comprende tanto a las obligaciones simplemente mancomunadas o a prorrata, como a las obligaciones solidarias (citados Arts. 1984, 1985 y 1987).

En el Código de 1884 existe la *mancomunidad* o *solidaridad activa*, cuando dos o más acreedores tienen derecho de exigir del deudor, cada uno de los acreedores en forma individual, el cumplimiento total de la obligación (Arts. 1389 y 1391). El Código de

1928, en su Art. 1987 expresa que, "además de la mancomunidad, habrá solidaridad activa, cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno de por sí, el cumplimiento total de la obligación". Y el Art. 1989 de este mismo Ordenamiento, agrega, completando su pensamiento: "Cada uno de los acreedores o todos juntos pueden exigir de todos los deudores solidarios, o de cualquiera de ellos, el pago total o parcial de la deuda".

De acuerdo con los artículos 1390 y 1391 del Código de 1884, hallamos solidaridad o *mancomunidad pasiva*, cuando dos o más deudores se obligan a prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la cosa o hecho materia del contrato. El tantas veces citado artículo 1987 del Código Civil de 1928, dice que hay *solidaridad pasiva* "cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida".

Es característica de la obligación solidaria la *unidad del objeto*, puesto que los codeudores solidarios se obligan todos a un sólo y mismo objeto, y es la otra de sus características la *pluralidad de vínculos*, porque cada deudor se obliga mediante un vínculo obligatorio diferente del que liga a los otros.

Pero en relación con la pluralidad de vínculos a que se acaba de aludir, además de las consecuencias principales derivadas de que cada deudor se encuentra ligado por un vínculo obligatorio distinto de los demás, se encuentran los llamados efectos secundarios, entre los que se sitúan los relativos a la culpa, a la mora, a la interrupción de la prescripción, al pago de intereses, a los daños y perjuicios, a la pena convencional (artículos 1118, 1120, 1406, 1416, 1474, 1318 y 1319 del Código Civil de 1884, y artículos 1169, 1171, 1997, 2002, 1917, 1848 y 1849 del Código Civil en vigor).

Respecto de los efectos secundarios de la solidaridad, generalmente se dice, siguiendo a la doctrina francesa, que es de la naturaleza y del mecanismo de la solidaridad que cada acreedor o deudor solidario represente a sus respectivos coacreedores o co-deudores solidarios, así sea convencional o legal la solidaridad, y

que no es la voluntad de los contratantes interesados, sino la ley, la que crea dicha representación (Elementos de Derecho Civil, tomo II, número 790-791, Págs. 571 y 576, de Julien Bonnecase, traducción Cajica; Tratado Elemental de Derecho Civil, Las Obligaciones, de Planiol y Ripert, traducción Cajica, Págs. 457-462; Obra y tomo citados, de Borja Soriano, Pág. 456, y cita este autor, a su vez: Planiol, t. II, n. 777-779; Planiol, Ripert, Esmein, Radouant et Gabolde, t. VII, n. 1089; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, n. 1292-1297, y Colin et Capitant, t. II, n. 429).

Pasando ahora al problema de la cosa juzgada en materia de solidaridad, cabe preguntar si el deudor o acreedor solidario representa en juicio a los codeudores o coacreedores solidarios que no litigaron.

Planiol y Ripert, sobre esta cuestión, expresan: "Efectos nuevos admitidos por la jurisprudencia desde 1804. Cuando surgió la idea de una representación recíproca de los deudores, condujo a atribuir nuevos efectos a la solidaridad... La jurisprudencia ha dado ya las soluciones siguientes: 1o.—Si el acreedor demanda a uno de los coobligados, la sentencia que obtenga surte efectos contra todos, aun cuando no hayan concurrido al juicio. Por mucho tiempo dominó la opinión contraria en la jurisprudencia, y aún cuenta con muchos partidarios en la doctrina (Aubry et Rau, 5a. Ed., t. IV, 298 ter, y XII; 769, nota 52; Laurent, t. XX, No. 120; Colmet de Santerre, t. V., No. 238 bis, 24). Pero la jurisprudencia actual decide que la cosa juzgada en favor o en contra de uno de los deudores solidarios beneficia o aprovecha a los demás, salvo el caso de que tuvieran una excepción personal que oponer a la demanda, y a condición, también, de que la sentencia no sea resultado de una colusión fraudulenta entre el acreedor y el deudor demandado y que no agrave en ninguna forma la obligación". (Obra y tomo citados, Pág. 463).

En efecto, podría pensarse que, atendiendo al mecanismo y naturaleza de la solidaridad de que se habla con anterioridad, la

respuesta a la pregunta formulada debia ser afirmativa, puesto que, según la doctrina invocada, cada deudor o acreedor solidarios representan, según se acaba de ver, a sus respectivos codeudores o coacreedores solidarios. Se afirma que entre ellos existe una representación recíproca. Sin embargo, muchas discusiones sobre este problema se han suscitado entre los autores.

Jorge Giorgi, dice ("Las Obligaciones en el Derecho Moderno", tomo I, Págs. 103-105 y 156-160), que ningún texto del derecho romano resuelve, sin dejar dudas, esta cuestión, pues que, los textos que se ocupan de materias semejantes, son contradictorios entre sí, y que tampoco se encuentra uniformidad ni en la doctrina ni en la jurisprudencia antiguas, ni existe ningún principio cierto de derecho que resuelva claramente la cuestión. Refiere que Voet (Ad Pandectas, XLV, s. n. 5), por el contrario de Fabro (Rationalia ad L. 28, n. 3, D. de iure iurando), indica que la cosa juzgada favorable al coreo aprovecha a los demás; en tanto que Scaccia y Surdo, sostienen que no aprovecha ni perjudica a los coreos. Agrega más adelante:

"Una escuela, siguiendo a Scaccia, enseña que la cosa juzgada favorable o adversa no extiende nunca sus efectos a los codeudores solidarios que no hayan intervenido en el juicio, excepto, en caso de absolución, por la parte del deudor absuelto. Son fautores y partidarios de ésta Demangeat, Duranton, Colmet de Sante, Dalloz, Lacombe, Griot y Laurent.

"Otra escuela se atiene, en cambio, a la opinión de Merlin, y enseña precisamente lo contrario (hay que decir que esta teoría se funda en la teoría del mandato, posteriormente superada por la de la representación legal), siendo profesada por Toullier, Proudhon, Carre, Delsol, Larombiere, Demolombe y Lewandowsky. Entre los mismos defensores de las dos escuelas existe, es verdad, alguna discrepancia; pero la base fundamental de su idea es ésta, sirviendo para distinguir una escuela de la otra.

"Finalmente, hay una tercera escuela que distingue según que la sentencia sea favorable o adversa al deudor. Si lo primero, es cosa juzgada para los coobligados; si lo segundo, *es res inter alios acta respecto de ellos*. Así opinan, Delvincourt, Arntz, Boileux, Mercadé, Aubry y Rau, Rodiere, Bonnier, Melitor, Massé y Vergé, Mourlon y Pacifici Mazzoni..."

"Esta última es, pues, la escuela que ha encontrado mayor favor en la jurisprudencia francesa..."

Sin embargo, Giorgi rechaza la solución de esta tercera escuela, considerando que hiere a la equidad en contra del acreedor, puesto que, mientras que se le obliga a pasar por la sentencia que le resulta *desfavorable*, respecto a todos los demás coobligados ajenos al juicio; en cambio se le niega el derecho correlativo de aprovecharse de la sentencia, en contra también de dichos coobligados, cuando le ha sido *favorable*. Pero asimismo se objeta a la tesis de que se trata, con la seria consideración de que no podría entenderse que el codeudor o los codeudores demandados tengan representación de los deudores solidarios ausentes para ganar el pleito; pero no para perderlo; porque lo cierto es que no se otorga una representación (ya sea legal o por voluntad de las partes), para ganar un juicio, sino para litigar, lo que supone que se puede ganar o perder.

"La única objeción de algún relieve que cabe oponer a esta doctrina —se refiere Giorgi a la doctrina de la escuela de Merlin, que acepta—, es la de hacer dura o empeorar la condición de los coobligados, en cuanto les obliga a soportar la consecuencia de la mala defensa hecha por los codeudores. Pero ¿no constituye por ventura la solidaridad una agravación de la obligación? ¿No escribieron precisamente por esto los legisladores la regla de que la solidaridad no debe presumirse? Por otra parte, no es necesario aplicar la citada doctrina cuando el deudor litigante, en vez de sostener lealmente su interés y el de sus coobligados, con mala fe o con culpa grave favorece el del acreedor. Tampoco cuando el

mismo deudor haya perdido el juicio, realizando alguno de los actos que, según las reglas expuestas en los números precedentes, no encajan en sus facultades..."

La solución que propone Giorgi, para el caso en que el demandado es un deudor solidario, es la misma y por razones semejantes a la que propone para el caso en que el demandado es alguno de los acreedores solidarios; en el entendido de que para ambas cuestiones existen las tres escuelas de que se hizo mención; razones que me permitirán no hacer una referencia especial al último de dichos problemas, puesto que es obvio que la solución que se dé para el primero es buena para el segundo.

Conozco una ejecutoria de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, que acepta la solución de la tercera escuela, esto es, la solución que distingue las sentencias que son favorables de las sentencias que son adversas y que sostiene que la cosa juzgada alcanza a los codeudores y a los coacreedores solidarios no demandados, sólo cuando la sentencia les beneficia; mas no cuando les causa algún perjuicio. Pero esa ejecutoria, además de que desconoce la norma de equidad a que alude Giorgi, olvida que, como ya quedó referido, las representaciones en todo caso se confieren para litigar, no para ganar pleitos, de suerte que, si se considera que la sentencia es cosa juzgada para los que no litigaron porque les beneficia y en virtud de haber estado representados, no se compadece que, de existir, en efecto, dicha representación, no se admite igualmente para ellos la cosa juzgada cuando les perjudica.

Pudiera pensarse, entonces, que la mejor solución es la propuesta por la escuela de Merlin (Planiol y Ripert y la actual doctrina francesa, según se vió, la aceptan, si bien ya no con la base del mandato reciproco, sino con la moderna de la representación legal: Tratado Elemental de Derecho Civil, tomo de las Obligaciones, Págs. 463 y siguientes), no sólo por las sugestivas razones expuestas con anterioridad, a que se refiere Giorgi, sino porque, atendiendo a la naturaleza de las obligaciones solidarias, con di-

cha solución pueden evitarse diversas explicaciones inconciliables referidas a un mismo problema, y porque, si se acepta que entre los acreedores y deudores solidarios existe la representación recíproca de que se ha hablado (ya sea por mandato o por la ley), no podría extrañar que la ley ordene que exista la cosa juzgada así-mismo respecto de aquellos acreedores o deudores solidarios que, aunque no hayan venido al pleito de manera directa y personal, sin embargo, se les debe considerar representados en él, admitiéndose, de esta manera, que han sido partes en el juicio y, por consiguiente, que han sido oídos y vencidos en el mismo.

Pero, ¿es que realmente existe, tratándose de las obligaciones solidarias, la representación recíproca de que se habla? Me parece que no, por las razones fundamentales que paso a exponer:

1a.—Debe estimarse que, no estableciéndose la representación en ningún precepto jurídico y debiendo ser la misma de estricta aplicación, nada justifica que se hable de representación legal.

2a.—Como tampoco la representación existe por acuerdo de las partes, puesto que no puede existir mandato ahí donde es posible que ni siquiera se conozcan los acreedores o deudores solidarios entre quienes se supone otorgado el poder para representarse recíprocamente, es claro que tampoco se justifica que se hable de representación voluntaria.

3a.—Se trata de una relación jurídica de tal naturaleza que el derecho no puede existir a favor o en contra de ninguno (en tanto que es único) de los acreedores o deudores solidarios, cuando en la sentencia se ha negado a cualquiera de ellos o en contra de cualquiera; pero evidentemente esto no puede significar por sí sólo que exista la representación de que se habla, sino simplemente que es así porque, siendo única para todos la relación que se afirma, lo que se resuelve respecto de alguno o algunos, necesariamente afecta a todos.

4a.—Y me parece, finalmente, que cada quien, en las obligaciones solidarias, obra exclusivamente en su propio nombre (no

como mandatario, ni como representante, ni porque entre ellos exista, como piensan algunos, una relación de fianza, etc.), en cuanto que la obligación solidaria se contrae pudiendo ser las más diversas relaciones jurídicas la fuente de su existencia, puesto que, como justamente lo hacen notar Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martín Wolff, en su Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, tomo II, volumen 1o., Pág. 456, el deber de compensarse en la relación interna puede excluirse, extenderse al todo o referirse a partes que no sean iguales, por convenio expreso o tácito, ya que, por ejemplo, puede suceder que el deudor solidario que ha pagado al acreedor, haya asumido ese deber en concepto de mandatario o de gestor de negocios, en cuyo caso tiene él un derecho pleno de regreso; pero si pagó asumiendo la responsabilidad *animus donandi*, es claro que queda excluido su derecho al regreso, etc. Lo que quiere decir que, como antes se expresa, las más diversas relaciones jurídicas pueden haber llevado a contraer la obligación solidaria; en el concepto de que es inconcuso que la relación solidaria, si se trata de deudores solidarios, es abstracta frente al acreedor, y es asimismo abstracta frente al deudor, si se trata de solidaridad activa. Lo que revela, pues, que, tratándose de una relación abstracta del acreedor frente a los deudores solidarios, o del deudor frente a los acreedores solidarios, cuyo origen entre unos y otros puede ser diferente (la donación, el mandato, el mutuo, la gestión de negocios, etc.), resulta obvio que malamente se le pretende explicar concretamente por la representación legal, o como relación de mandato o de fianza, etc. Cada quien, se insiste, obra por su propio derecho, si bien respondiendo al tipo especial de la relación jurídica que a la solidaridad le haya atado (véanse también las notas de adaptación a la legislación español de los traductores de la Obra citada, Blas Pérez González y José Alguer, en la Pág. 460 del volumen señalado).

No existe, pues, la representación que para las obligaciones solidarias afirma la doctrina francesa y, por ende, las sentencias

que en este tipo de obligaciones adquieran la autoridad de la cosa juzgada, forzosamente han de ser res inter alios acta, esto es, aprovecharán o perjudicarán sólo a los que litigaron. La cosa juzgada se produce con la presencia de las tres identidades y, tratándose de las obligaciones solidarias, faltaría evidentemente la identidad de las partes contendientes; porque no es la misma persona el deudor o acreedor que haya intervenido en el juicio y aquellos codeudores o coacreedores de la obligación solidaria que hayan sido ajenos al mismo. Luego es inexacto que haya cosa juzgada para los deudores o acreedores solidarios ausentes. Sólo la hay para las partes. Supóngase, en efecto, que el deudor solidario demandado, creyendo que la deuda reclamada existe, la confiesa lisa y llanamente. ¿Obliga esa confesión, a todos los demás codeudores solidarios que no han litigado? Imagínese la hipótesis de que el demandado olvide oponer la excepción de nulidad común a todos los deudores solidarios y que se dicte sentencia reconociendo la validez de la obligación. ¿Se puede transformar en válida esa obligación nula, no obstante que los demás deudores solidarios permanecieron inauditos? Piénsese que la obligación reclamada esté prescrita y que el deudor solidario no opone la excepción. ¿Puede perjudicar esa sentencia a los deudores solidarios no llamados al pleito? Puede suceder que el demandado niegue la existencia de la solidaridad. ¿Cómo podría representar a deudores solidarios si les está negando precisamente esa calidad? Pero puede acontecer que el demandado no niegue la solidaridad. Sin embargo, por razones de peso, si la niegan los deudores no llamados al juicio. ¿Cómo podría representarlos un deudor de una afirmada solidaridad que los demás niegan, cuando éstos no han sido oídos? ¿Por qué razón, sin escucharlos, se les niega el derecho de comprobar que se trata de otro contrato? ¿Les puede perjudicar, en las condiciones señaladas, la sentencia que se dicte? No, porque, como ya lo decía con antelación, la autoridad de la cosa juzgada sólo aprovecha o perjudica a las partes de los litigantes y no a los deudores o acre-

dores solidarios que no han sido oídos. Solución que indiscutiblemente es la justa, a pesar del texto del último párrafo del artículo 422 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales, que choca con los términos claros del artículo 14 de la Constitución, en que me baso.

Creo interesante expresar, en apoyo de nuestra opinión, que inclusive en la doctrina francesa, niegan también la tesis de la representación las voces autorizadas de Ambrosio Colin y H. Capitant, cuando, en el tomo tercero de su Obra, correspondiente a la Teoría General de las Obligaciones, Págs. 436-437, tercera edición española, dicen:

“... han completado el análisis tradicional de la solidaridad introduciendo, al lado de las ideas ya anunciadas (unidad de objeto, pluralidad de vínculos), la noción de la representación mutua de los codeudores. Los deudores solidarios, dicen recogiendo una idea enunciada ya por algunos de nuestros antiguos autores,... se reputa que se ha concedido mandato recíproco para representarse en sus relaciones con el acreedor...”

“Pero, cuando se considera la idea con más detenimiento, *no tardamos en darnos cuenta de que es inconsistente*. En efecto, no basta decir que los codeudores se representan mutuamente, es necesario también precisar cual es la extensión de esta facultad de representación.... La fórmula generalmente admitida y tomada, como hemos visto, de Dumoulin, consiste en decir que los codeudores se representan en todos los actos que tienen por objeto, ya distinguir, ya conservar la deuda, pero no en los que tiendan a agravarla.... Esta distinción arbitraria e imprecisa es la que parece prevalecer todavía en la jurisprudencia”.

Los pleitos que se ocupan de las obligaciones solidarias son, a mi entender, claros casos de litisconsorcio necesario. Haré en seguida el esfuerzo de tratar de explicarlo:

“Llámase litisconsorcio la presencia en el mismo procedimiento de varias personas en la posición de actores (litisconsorcio activo)

o de demandados (litisconsorcio pasivo) o de actores de un lado y demandados de otro (litisconsorcio mixto)". (Principios de Derecho Procesal Civil, de Chiovenda, tomo II, Pág. 600; Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, de Alsinia, tomo I, Pág. 337; Sistema de Cornelutti, Núm. 359).

Chiovenda hace notar que el litisconsorcio es el más importante de los casos de pluralidad de intervenientes en el proceso civil. Se encuentra en una litis, cuando una pluralidad de personas, como se acaba de ver, son demandantes o demandadas y se hallan en igualdad de condiciones frente a otra u otras personas. Entre ellas existe una comunidad determinada, en cuanto que se trata de una relación de intereses de varias personas en una misma demanda o frente a la misma demanda. La relación de las partes puede ser anterior al proceso o posterior. Puede nacer entre personas que no estaban unidas originariamente y que incluso no habrían podido unirse originariamente: acumulación de varias causas pendientes.

El litisconsorcio no sólo tiene por objeto la economía de los juicios, sino también evitar cosas juzgadas contradictorias. Significa, además, economía de tiempo, de actividad y de dinero. Los litisconsortes constituyen, como antes decía, una comunidad especial; pero son autónomos procesalmente.

Es cierto que, en principio, nadie puede ser constreñido a demandar, ni a demandar de quien no desea, en respeto del principio de libertad. Pero, por otra parte, nadie tiene derecho de pedir al juez algo que resulta sin ninguna utilidad. De ahí que, para poder demandar, es necesario que haya interés (artículo 10., fracción IV, del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales). Existen situaciones en que encontramos tal comunidad de intereses, que lo que es uno respecto de varios, tiene necesariamente que demandarse respecto de todos, dado que resulta imposible aisladamente alcanzar el fin propuesto. Por fuerza de las cosas, cuando se trata del ejercicio de la acción de nulidad, verbi gracia, existe tal vinculación entre comprador y vendedor de la

compraventa nula, que la nulidad no puede alcanzarse sino a condición de demandarla de ambos contratantes y no sólo del comprador o de sólo el vendedor; porque la sentencia que se dictara alcanzaría en sus efectos a ambos y es norma de derecho individual público que nadie puede ser privado de la vida, de la libertad, de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio en el que se disfrute de la debida oportunidad de defensa. (Arts. 14 y 16 de la Constitución Federal).

En efecto, en ciertos casos de litisconsorcio, la legitimación para obrar corresponde sólo a todos en conjunto o contra todos en conjunto de los partícipes de la relación, y el juez debe desechar la demanda no presentada por todos o contra todos, desde el momento en que la decisión es única para todos (litisconsorcio necesario). El juez debe, de oficio, cuidar su integración en debida forma, cuando pretenda reclamar sólo alguno de los litisconsortes; porque la legitimación en la causa es una condición de la acción, y como las condiciones de la acción deben examinarse de oficio, resulta que de oficio puede el juez desechar la demanda cuando la acción corresponde a varios o contra varios si uno sólo la preten-de entablar, o si sólo contra alguno o algunos de los litisconsortes pretende dirigirse.

"*Litisconsorcio necesario.—*Varias veces hemos hallado esta figura. Así como en el litisconsorcio simple o propio (y con mayor razón en el impropio) las diversas demandas son tales que hasta podrían ser objeto de procesos separados y de distintas decisiones de fondo, y las decisiones, no sólo cuando sean tomadas en procesos separados, sino también cuando sean producidas en una sola sentencia, pueden ser contrarias entre sí (por graves que sean las incongruencias lógicas y los inconvenientes prácticos) *hay casos de litisconsorcio en los que la decisión debe ser producida necesariamente frente a varios actores o varios demandados.* La necesidad puede referirse a dos momentos diferentes (esto es, a uno sólo de ellos o a los dos al mismo tiempo):

"*lo.—A la proposición misma de la demanda. Hay demandas que no pueden proponerse sino al mismo tiempo por varios o contra varios,* de tal manera que si la demanda se propone por uno sólo, o contra uno solo, la sentencia debe declararla improponible. Ejemplos: la acción dirigida a impugnar la paternidad será propuesta contra el hijo y la madre..." (Principios de Derecho Procesal Civil, de Chiovenda, tomo II, Págs. 605 y 606).

Es frecuente que la necesidad del litisconsorcio resulte de la naturaleza de la relación substantiva. La imposibilidad jurídica de resolver separadamente sobre una relación substantiva, es lo que determina, en ese caso, el litisconsorcio necesario y el deber del juez de invocarlo de oficio. Así, como se acaba de ver, si se dicta la nulidad respecto de uno sólo, carece de valor porque no se puede aplicar en perjuicio del otro u otros que no han sido oídos.

Toda sentencia simplemente declarativa de obligaciones, es posible en contra de uno solo de los participes de la relación; porque es una sentencia que no agrega nada como no sea su certeza y actualidad frente al obligado.

Excluye Chiovenda el litisconsorcio necesario cuando la ley no lo establece por norma expresa, salvo si se funda en una relación preexistente al proceso que origine una sentencia constitutiva. *En las sentencias constitutivas, en efecto, si son varios los que sufren las consecuencias, es obvio que es un juicio imposible el que se pretenda entablar sin comprender a todos los que las sufrirían, puesto que escaparian al principio de lo contradictorio.* Es imposible, por ejemplo, la división de los bienes hereditarios, si la acción se ejercitara sólo contra alguno o algunos de los herederos. El juez no podría sentenciar separadamente y, por ende, es su obligación hacer valer de oficio el litisconsorcio. La ausencia de alguno 'o algunos de los litisconsortes, hace imposible para el juez el acto que se le pide, puesto que los efectos se producen respecto de todos. Si falta alguno de los litisconsortes, no es completa

la legitimación para obrar, y el juez no puede resolver sobre la demanda. Así, verbigracia, si un tercero pretende impugnar un matrimonio, es claro que debe hacerlo frente a ambos cónyuges. La rectificación de los actos del estado civil, cuando son varios los jurídicamente interesados, puede dar lugar al litisconsorcio necesario. Tratándose de la acción pauliana, debe demandarse a ambas partes que contrataron fraudulentamente; porque la relación jurídica se afecta respecto de ambos. La sentencia dictada comprendiendo a varios interesados, es claro que debe impugnarse oyendo a todos ellos; porque tratándose de obligaciones declaradas, aunque formalmente la sentencia es sólo una, en realidad en ella se contienen tantas sentencias cuantas son las partes que con ella se afectan. Caso interesante de litisconsorcio necesario lo proporcionan las tercerías excluyentes en las que, como es sabido, el tercista demanda necesariamente a las dos partes del juicio principal, discutiendo los derechos de ambas, tratando de evitar una sentencia favorable a cualquiera de ellos. De esta manera influye el interveniente en una relación jurídica pendiente entre otras personas (véase también Acerca de Litisconsorcio Necesario, de Chiovenda, traducción del maestro Vázquez del Mercado, publicada en la revista Jus, tomo XX, Núm. 114, Págs. 3-34).

Pues bien, como ya lo decía, es también ejemplo de litisconsorcio necesario, en el que la demanda necesariamente tiene que dirigirse por todos o contra todos, bajo pena, en el caso de que se proponga por uno sólo o contra uno sólo, de no darle curso el juez, los casos de obligaciones solidarias; porque no existiendo, según ha quedado establecido, representación recíproca de los acreedores, ni representándose entre sí los deudores de este tipo de obligaciones, y teniendo en consideración su especial naturaleza ya explicada, resulta que, al igual que tratándose de la acción de nulidad, si el juicio se tramitara sin la intervención de todos los litisconsortes de la obligación solidaria, la sentencia alcanzaría, en sus efectos, a

personas no representadas en el proceso, ajenas al mismo, es decir, a todos los de la mencionada obligación. Se violaría, en su perjuicio, las garantías individuales públicas que se establecen en los artículos 14 y 16 de la Constitución de la República. Y es, en fin, un litisconsorcio necesario, porque de admitirse el ejercicio de la acción por cada acreedor o deudor solidario con independencia y sin perjuicio de los que no han sido oídos en el pleito, se corre el riesgo de sentencias contradictorias, puesto que, según se ha visto, tratándose para todos del mismo derecho que, por ende, si existe para uno necesariamente ha de ser cierto para todos, sin embargo, en la hipótesis que se plantea, puede existir en uno de los juicios para alguno o algunos y no existir en juicio diferente para los otros, o bien ser válido o estar prescrito en uno de los pleitos y, en cambio, no estarlo o ser nulo en otro.

Manuel de la Plaza, en su Derecho Procesal Civil Español, volumen I, Págs. 296 y 297, sobre el problema que nos ocupa, dice lo siguiente: "...cuando se trata de relaciones conexas, puestas por la naturaleza del vínculo que liga a las partes en consorcio necesario, *sus efectos pueden trascender a los que no intervinieron en la litis*, no porque haya de reputarse que los no personados en el juicio estén representados por los que en él comparecieron... sino porque, dada la naturaleza de la relación, única en unos casos, indivisible en otros, la resolución dada respecto de uno, tiene que afectar forzosamente a los demás". (En el mismo sentido L. Prieto Castro, Derecho Procesal Civil, tomo I. Pág. 183).

Como puede apreciarse, admitiendo la doctrina transcrita, que se trata, en materia de obligaciones solidarias o indivisibles, de consorcio necesario, y admitiendo igualmente que los personados en el juicio no representan a los que no comparecieron, sostiene, sin embargo, que los efectos de la sentencia se extienden a los demás aunque no hayan litigado.

No puedo estar conforme con esta opinión, porque siendo verdad que los personados no representan a los ausentes, considero

que no puede dañar a éstos la sentencia de un proceso en el que no fueron partes. Me parece que, por tratarse de litisconsorcio necesario, para que la sentencia produzca efectos contra todos, forzosamente todos han de intervenir en la litis. Es afirmar una ficción sostener que todos han litigado —no obstante no estar representados los que no comparecieron—, sólo por la influencia de la idea de que, por la naturaleza de la relación, única en unos casos, indivisible en otros, forzosamente la sentencia debe ser uniforme para todos. El hecho de que, en efecto, la sentencia deba ser única para todos por la naturaleza de la obligación solidaria, es obvio que no puede significar realmente que todos hayan intervenido en el juicio; porque en verdad sucede lo contrario con la ausencia de los que no comparecieron. Que la sentencia deba ser uniforme por la naturaleza de la relación, significa, es cierto, que ha de admitirse que se trata de litisconsorcio necesario. Pero admitir ésto significa, a su vez, como ya se expresó con antelación, que la demanda necesariamente ha de dirigirse por todos o contra todos, para que todos los litisconsortes intervengan en el proceso y a todos ellos pueda afectar la autoridad de la cosa juzgada (artículos 14 y 16 de la Constitución de la República).

g). *El caso de las prestaciones indivisibles.*—El repetido artículo 422 del Código de Procedimientos Civiles, también entiende que existe identidad de personas, en los casos en que los litigantes del segundo pleito se encuentran unidos a los que contendieron en el primero, por *indivisibilidad de las prestaciones* entre los que tienen derecho a exigirlas u obligación de satisfacerlas.

Siguiendo a Planiol, Borja Soriano, en su Obra citada, tomo II, Págs. 464 y siguientes, expresa que la obligación es indivisible cuando es imposible al deudor ejecutarla parcialmente, y que en caso contrario es divisible. Es que la divisibilidad o indivisibilidad de la prestación, depende de la naturaleza del objeto. El objeto puede ser indivisible bien por su propia naturaleza (*ex natura*), o bien por la voluntad de las partes (*ex voluntate*).

La indivisibilidad por la propia naturaleza de la cosa se dice que es absoluta, cuando no puede dividirse bajo ningún aspecto que se le considere. No es posible que la cosa pueda prestarse por partes, como acontece, verbigracia, con la constitución de una servidumbre, con la obligación de entregar un caballo o de cantar una pieza musical.

Se expresa que la indivisibilidad es relativa, cuando considerada integralmente y en su forma natural, la cosa es indivisible, aunque la misma sea susceptible de prestarse sucesivamente y por partes, como sucede, por ejemplo, cuando me obligo a construir una casa; porque si bien sólo cumple cuando la he totalmente construido, es obvio que la construcción se realiza por etapas sucesivas, y distintas personas, a su vez, contraen el compromiso de realizar lo correspondiente a su especialidad, de manera que el albañil levantará los muros, el carpintero construirá las puertas, los pisos y demás cosas relativas, el pintor se encargará de la parte correspondiente a la pintura de la casa, etc.

Y se dice que es convencional la indivisibilidad, cuando la cosa que constituye el objeto de la obligación, siendo por todos conceptos divisible, sin embargo las partes han estipulado que la obligación se cumpla como si fuera indivisible.

Mientras que los Códigos de 1870 y de 1884, siguiendo al sistema francés, se apoyan en las distinciones de la indivisibilidad que se acaban de referir; el Código de 1928, en cambio, sigue un sistema mucho más sencillo, puesto que en él la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones depende de la divisibilidad o indivisibilidad de las prestaciones, y para conocer si la prestación es o no divisible, el Código se coloca en un punto de vista puramente físico o material, de manera que será divisible si la naturaleza de la prestación admite división, y no lo será en caso contrario (artículo 2003).

Casos en que existen pluralidad de acreedores.—En estos casos cada acreedor puede exigir la completa ejecución de la obligación.

"Si una obligación indivisible se ha contraído para con varios acreedores, cada uno de ellos podrá exigir la ejecución íntegra y dar válidamente recibo por el todo (Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, n. 1330). "La obligación... en las relaciones de los acreedores con la otra parte, no se divide" (Salvat, Obligaciones, n. 857).

"Será lo mismo si el acreedor único de la obligación muere, dejando varios herederos. La ley, que no prevé el primer caso preve el segundo (Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIII, n. 1330) en el artículo 2007 del Código de 1928 concebido así: "Cada uno de los herederos del acreedor puede exigir la completa ejecución indivisible, obligándose a dar suficiente garantía para la indemnización de los demás coherederos". En las obligaciones con cláusula penal "Tratándose de obligaciones indivisibles, se observará lo dispuesto en el artículo 2007 (Arts. 1848 y 1850 del Código de 1928)". (Tomado de la Obra y tomo citados de Borja Soriano, Págs. 470 y 471).

Casos en que hay pluralidad de deudores.—De acuerdo con el artículo 2006 del Código Civil en vigor, cada deudor que ha contraído una deuda indivisible, está obligado por el todo, aunque no se haya estipulado solidaridad. Lo mismo tiene lugar —continúa expresando ese precepto—, respecto de los herederos de aquel que haya contraído una obligación indivisible.

Semejanzas y diferencias de la indivisibilidad con la solidaridad.—Puede afirmarse que ambas son excepciones al principio de la divisibilidad de las obligaciones, en los casos de pluralidad de deudores o de acreedores, puesto que en ambas cada acreedor tiene el derecho de exigir el cumplimiento total de la obligación y cada deudor tiene el deber de cumplirla íntegramente; pero al lado de estas semejanzas, se encuentran importantes diferencias entre la solidaridad y la indivisibilidad, lo cual encontramos reconocido implicitamente en el texto mismo de la ley, cuando dispone el artículo 2004 del Código Civil que la solidaridad estipulada no da a la obligación el carácter de indivisible, así como que

tampoco la indivisibilidad de la obligación la hace solidaria; pero las más importantes diferencias que entre ambas obligaciones señala Borja Soriano, en su Obra y tomo citados, Pág. 476, son las siguientes: "Desde luego, en cuanto a la causa que hace imposible el pago parcial: en la indivisibilidad, la obligación no es susceptible de cumplimiento parcial en razón de la naturaleza misma de la prestación debida; en la solidaridad, el derecho del acreedor de exigir el pago íntegro y la obligación del deudor de efectuarlo así, derivan del título de la obligación, sea este el contrato, un testamento, o la ley". (Salvat, Obligaciones, n. 1019). "En el caso de muerte de uno de los acreedores o deudores, si se trata de indivisibilidad, la obligación continúa siendo indivisible entre todos los herederos del acreedor o del deudor muerto; si se trata de solidaridad, por el contrario, la obligación se divide entre ellos" (Salvat, Obligaciones, n. 1020)".

Pasando ya al problema de la cosa juzgada —hechas las anteriores explicaciones substantivas sobre la indivisibilidad de las obligaciones— en materia de indivisibilidad, cabe preguntar: ¿la sentencia dictada en el juicio en que sólo es parte uno de los deudores de prestación indivisible, aprovecha o perjudica, cuando ha alcanzado la autoridad de la cosa juzgada, a los otros deudores de la prestación que no figuraron en el pleito?

Como lo hace notar Giorgi, son tres las opiniones dominantes sobre esta cuestión:

"Toullier, Proudhon, Pardessus y Larombiere, sostienen que la sentencia tiene fuerza de cosa juzgada para todos los deudores, séales favorable o contraria. Y esta opinión prevalece en la doctrina del derecho común y en el antiguo derecho francés, en cuyo apoyo se cita a Cuyacio, Brunemanno, Voet, Donello, Merlin, Pothier, Molitor, y más oportunamente puede añadirse Scaccia.

"Buquet con referencia a Pothier, Colmet de Santerre, Bonnier, Boileux, Griplet, Lacombe, Demolombe y Laurent, sostienen la opinión opuesta.

Entre estas opiniones extremas se encuentran Duranton, Mercadé, Rodiere, Aubry y Rau, los cuales consideran que la sentencia absolutoria es cosa juzgada para todos los deudores; la condonatoria, por el contrario, es res inter alios acta a su juicio.

"Esta última opinión prevalece en la jurisprudencia francesa. Con todo y como no ha conquistado aún el carácter de máxima común, y generalmente recibida, nos permitimos rechazarla por varias razones. Nos parece que no resuelve, sino que sólo expone la cuestión, porque deja siempre la duda de si el deudor, que es parte en el pleito, representa a los otros antes de pronunciarse la sentencia. Y lo más importante, nos parece que resulta injusta contra el acreedor, sometiéndole a sufrir el daño de la sentencia contraria, sin poder gozar nunca de la favorable. En cuanto a las otras dos opiniones, la primera obedece exclusivamente al principio de la utilidad y de la conveniencia social, sobre la que se funda la institución de la cosa juzgada; principio que tiende por entero a impedir la renovación de la litis y las sentencias contrarias. La segunda se atiene, por el contrario, a los principios de la equidad, respetando los derechos de cada deudor. Si aceptamos la primera, sacrificamos la equidad en daño de los deudores; si la segunda, sacrificamos el principio de utilidad que ha dado vida a la presunción legal de la autoridad de la cosa juzgada. Ahora bien: en esta alternativa, no dudamos en sacrificar el principio de utilidad, porque recordamos que las disposiciones de mera utilidad, contrarias a la equidad natural, no pueden extenderse por analogía, aplicándolas a los casos no determinados previamente. El art. 1351, para que pueda alegarse la excepción de la cosa juzgada, exige que las personas que han intervenido en el juicio sean las mismas. Pero los deudores de la obligación indivisible, que no fueron parte en el juicio, no son ciertamente una misma persona con la que fué parte en él. Así, pues, el art. 1351 no guarda relación con el caso que examinamos. Es verdad que en materia de solidaridad respondimos lo contrario, pero no hay necesidad de recordar que la soli-

daridad es un vínculo de representación entre los deudores. Los deudores, en la solidaridad, se representan entre sí (se constató con antelación que esta tesis de Giorgi, es errónea), mientras, por el contrario, en las obligaciones indivisibles sería absurdo hablar de representación de un deudor por otro...

"No obstante, cumple a nuestro deber confesar que la opinión por nosotros seguida da lugar a una grave dificultad cuando surgen sentencias contrarias. Si un deudor, por ejemplo, queda liberado por la sentencia, y otro, por sentencia distinta, condenado en el total, ¿qué partido habrá de tomarse? Por lo menos será preciso que el acreedor tenga en cuenta, respecto del deudor condenado, aquella parte por la que éste podría repetir contra el deudor absuelto y la compense el mismo con su equivalente en dinero de aquello que debería por repetición conseguir del deudor absuelto. Por esto la integración del juicio será siempre un recurso convenientísimo, al que deberá adherirse el magistrado para conseguir que *la sentencia se pronuncie con intervención de todos los interesados en la obligación*". ("Las Obligaciones en el Derecho Moderno", de Jorge Giorgi, Ed. española de 1909, tomo I, Págs. 243-245).

Como puede apreciarse, Giorgi acepta la opinión de que la cosa juzgada, tratándose de prestaciones indivisibles, es *res inter alios acta*, es decir, que sólo alcanza a los que interviniieron. No debe perjudicar a los deudores o acreedores que no intervinieron en el proceso.

No puede afirmarse, en efecto, que exista la cosa juzgada para quienes no han intervenido en el juicio, puesto que, siendo requisito necesario que concorra identidad en las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueren, resulta que, tratándose de obligación indivisible, evidentemente faltaría el requisito de identidad en las personas de los litigantes. No es la misma persona el deudor o acreedor que haya intervenido en el pleito y aquellos codeudores o coacreedores de obligación indivisible que

fueron ajenos al mismo; porque como hace notar Giorgi, carece de sentido hablar de representación de un deudor por otro o de un acreedor por otro, en las obligaciones indivisibles. Y siendo claro que tampoco en estas obligaciones existe la representación de que se habla, entonces también es obvio que no existe la cosa juzgada por faltar el requisito indicado de identidad en las personas de los litigantes (en igual sentido Julien Bonnecase, Elementos de Derecho Civil, tomo II, Pág. 579, edición Cajica; Francisco Laurent, Principios de Derecho Civil Francés, tomo XX, número 122, Págs. 164 y 165, y Planiol y Ripert, Tratado Elemental de Derecho Civil, tomo de las Obligaciones, edición Cajica, Págs. 481 y 482).

A mi juicio, como acontece en las obligaciones solidarias, también tratándose de las obligaciones indivisibles se está en presencia de casos de litisconsorcio necesario; porque no existiendo, según ha quedado establecido, representación reciproca de los acreedores de este tipo de obligaciones —como sucede igualmente, según se vió, en las obligaciones solidarias— y teniendo en consideración asimismo su naturaleza específica que ya fué explicada, es evidente que, de la propia manera que acontece tratándose de la acción de nulidad, si el juicio se tramitara sin la intervención de todos los interesados en la obligación indivisible, la sentencia que se dictara alcanzaría, en sus efectos, a personas que no habían sido partes en el proceso, esto es, a todos los de la indicada obligación y con ello se violaría el derecho de defensa que debe ser intocable, a que se refieren nuestros artículos 14 y 16 Constitucionales. Si a pesar de lo expresado, la demanda hubiere sido tramitada, se habría seguido un procedimiento sin ninguna utilidad práctica, puesto que, ante la imposibilidad de dictar sentencia de fondo, tendría que absolverse de la instancia.

Tratándose, pues, de un caso de litisconsorcio necesario, también la obligación indivisible tiene que resolverse para todos con una sola sentencia. Desaparece, así, por consiguiente, la dificultad —a que se refiere Giorgi— de que surjan sentencias contrarias en

las que, verbigracia, en una de ellas el deudor solidario sea totalmente liberado, en tanto que, en otra, deudor diferente sea condenado por el total.

En consecuencia, lo propio no es simplemente —como lo aconseja el propio Giorgi—, recomendar al juez que se adhiera a la proposición de parte en el sentido de que el juicio se integre debidamente, esto es, de manera que la sentencia se pronuncie con intervención de todos los interesados en la obligación; lo procedente es que oficiosamente el juez no dé trámite a la demanda, sino a condición de que, por los términos de la propia demanda, pueda apreciar la seguridad de que quedará debidamente integrado el litisconsorcio necesario que, en el caso a estudio, resulta de la especial naturaleza de la obligación indivisible, en relación con la exigencia de previa audiencia a que se refieren los artículos constitucionales citados con anterioridad.

6. IDENTIDAD DE LA CALIDAD DE LAS LITIGANTES.—En realidad, como lo hace notar unánimemente la doctrina, no se trata de un requisito distinto del ya estudiado, esto es, del relativo a la identidad de las partes, pues uno y otro se refieren al de identidad de las personas jurídicas, no físicas, que intervienen en los pleitos. De modo que, aunque puedan variar las personas físicas que intervengan en el proceso, de todas maneras debe atenderse a un elemento constante: debe tratarse de la misma persona jurídica (véanse, además, los números 2 a 5 del Cap. VIII, de este estudio).

El tutor promueve, verbigracia, un juicio como representante de su pupilo. Ese tutor es substituido por otro. Sin embargo, como parte del juicio continúa siempre el pupilo, bien por conducto de su nuevo tutor, o en su caso, por conducto del que ejerza sobre él la patria potestad o por conducto de su apoderado legal. Sólo encontramos cambio de las personas físicas que representan a la parte.

La parte continúa en el proceso como elemento constante. Y la cosa juzgada sólo vale entre las partes litigantes. Carece de valor para las personas que físicamente se presentan al pleito a representarlas. De manera que si el tutor acude con esa calidad al juicio a representar a su pupilo, la autoridad de la cosa juzgada de la sentencia no le alcanza, es decir, no surte ningún efecto con relación a dicho tutor. Por consiguiente, puede intentar el representante aludido, en fecha posterior o simultáneamente, la misma acción, por la misma causa y contra la misma parte demandada, siempre que la entable por su propio derecho. No se le puede oponer la cosa juzgada.

He observado, en mi experiencia profesional, que los señores litigantes suelen confundir lo uno con lo otro, en los casos en que es un sólo y mismo interés el que mueve a litigar a la propia persona física, que, sin embargo, se ostenta con diversas calidades. Si se promueve, verbigracia, determinado juicio, ostentándose el actor como propietario de un inmueble, y el juez dicta sentencia absolutoria por considerar que el inmueble pertenece a un tercero, es obvio que posteriormente se puede intentar el mismo juicio, si la misma persona (actora en el primer pleito) se presenta como cesionario de dicho tercero.

En suma, se trata, como se ha expresado, de que exista en el proceso identidad de las personas jurídicas que litigan, no identidad de las personas físicas; pero es claro que, para esto, es menester que las personas se ostenten con la misma calidad.

CAPITULO VII

- 1.—Constitucionalidad del ejercicio, en el proceso penal, por el Ministerio Público, de la acción de reparación del daño.**
- 2.—La responsabilidad civil en el caso de necesidad, y el sobreseimiento, en general, del proceso penal.**

1. CONSTITUCIONALIDAD DEL EJERCICIO, EN EL PROCESO PENAL, POR EL MINISTERIO PÚBLICO, DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DEL DAÑO.—Como es sabido, el proceso penal tiene un contenido y un objeto.

Su contenido es, siguiendo a Palacios, "todo lo realizado en él"; todas las actuaciones judiciales practicadas; los actos efectuados por las partes y por el juez, así como por los demás auxiliares que intervienen, y los objetos que forman parte de la causa.

El objeto del proceso, según expresa el autor citado, puede ser principal o secundario.

El objeto principal es "el hecho típico y la culpabilidad del imputado, por ende, la aplicación de la pena exactamente prevista por la ley". Es también, como contrapartida y como consecuencia de lo contradictorio a que se refiere el artículo 14 constitucional, la pretensión del imputado "sobre su inocencia, sobre las modificativas de la figura y de la pena y la graduación de ésta, de conformidad con lo establecido por los artículos 51 y 52 del Código Penal", y lo es igualmente (artículo 17 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales), la investigación oficiosa del juzgador de las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal, así como de la mayor o menor temibilidad del imputado.

El objeto secundario o accesorio del proceso es, en nuestro derecho, la acción ejercitada por el Ministerio Público contra el delincuente para obtener la reparación del daño causado al lesor (véase, del citado autor, La Cosa Juzgada, Págs. 95 y 96).

Cuando el delito se comete, no sólo se tiene el derecho de pretender del Estado el castigo del delincuente, sino también el de demandar de éste o de terceras personas la reparación del daño causado por el hecho punible; daño que, como es sabido, puede ser material o moral (daño moral sería, verbigracia, el descrédito o desprecio de la víctima ocasionado por el hecho delictuoso); en el concepto de que la reparación comprende, no sólo la restitución de la cosa obtenida por el delito o, en su defecto, el pago de su precio, sino asimismo la indemnización de los daños (materiales y morales) y perjuicios causados (artículos 29, 30, 32 y 34 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales).

Respecto al daño moral, me parece interesante hacer notar la justa observación de Valentín Silva Melero (su estudio, *El Problema de la Responsabilidad Civil en el Derecho Penal*, publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo XX, Núm. 6, correspondiente a diciembre de 1950), en el sentido de que el mismo se basa de manera determinante en la equidad, porque apoyándose las reparaciones en la idea de equivalencia entre lo que se resarce y el daño sufrido, evidentemente falta dicha equivalencia tratándose del daño moral.

Cuando la reparación de los daños y perjuicios causados por el hecho delictuoso deben cubrirse por el mismo delincuente, entonces nuestra ley penal, siguiendo a Ferri (de este autor véase *Principios*, Madrid 1933, Págs. 531 y siguientes), previene que tiene el carácter de pena pública (citados artículos 29 y 34). Ferri, en efecto, expresa sobre este particular: "...es una sanción reparadora, como la pena es una sanción represiva o eliminadora... el resarcimiento del daño ex delicto es función de derecho público y de derecho penal, mientras que el resarcimiento del daño ex contractu es función de derecho privado o civil". Sin embargo, como Ramón Palacios lo hace notar, sostiene luego Ferri incongruentemente que, "el que viola la ley penal, produciendo, inseparablemente un daño público y un daño privado, debe quedar

sometido a todas las sanciones establecidas contra la acción delictuosa, sobre la base del mismo título de defensa social ejercitada por el Estado... el Ministerio Público debe solicitar *el resarcimiento del daño privado* (cuando el ofendido no se haya constituido en parte civil), del mismo modo que con la pena solicita el resarcimiento del daño público". (La Cosa Juzgada, Pág. 98).

Los preceptos invocados de nuestro Código Penal de 1931, se inspiraron en la idea de proteger a los ofendidos pobres, incapacitados para hacer valer la pretensión de reparación por sí mismos (véase La Ley Penal Mexicana, de los maestros Angel Ceniceros y Luis Garrido, Ed. Botas de 1934, Pág. 117). Pero, ¿cuál ha sido el resultado?

En primer término, debe hacerse notar que la pretensión de reparación debe ejercitárla el Ministerio Público, sin la voluntad del perjudicado y aun en contra de su voluntad. Entonces tales dispositivos no cumplen esa función (proteger a los ofendidos pobres), porque vedan al titular del derecho substantivo constituirse en parte coadyuvante del Ministerio Público, con la amplitud de derechos que a toda parte corresponde, según se verá más adelante. ¿Podría decirse, con verdad, que esto le beneficia?

El derecho material a la reparación pertenece al ofendido; pero la ley le quita el derecho al ejercicio de la pretensión para dárselo al Ministerio Público, único legitimado para deducirlo. Aunque el lesio no es parte en el procedimiento penal, puede proporcionar al Ministerio Público o al juez del conocimiento todos los elementos que posea para demostrar la responsabilidad del culpado y la procedencia y monto de la reparación del daño. La primera de las citadas autoridades, en su caso, puede, a su vez, si lo considera conveniente, ministrar a los tribunales dichos elementos (artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Penales, y artículo 9 del Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales). El lesio puede igualmente apelar cuando no obtiene resolución favorable, en los casos y términos

de los artículos 417, fracción III y 418 del Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales.

Si el proceso penal se suspende por la sustracción del delincuente, es obvio que no puede dictarse sentencia de mérito y, por consiguiente, tampoco puede resolverse sobre la indemnización, y entonces, ¿qué queda del derecho a la reparación del perjudicado? Pero, además, ¿cómo siendo pena pública, según la ley la concep-túa, puede la parte ofendida y perjudicada, sin embargo, renunciar a la reparación? ¿Cómo puede asimismo cederla y convenir o transigir sobre ella?

Lo cierto es que la verdadera naturaleza de las cosas, no cambia por el hecho de que se les nombre de manera diversa a la que les corresponde.

El delito puede dar origen a dos tipos de acciones: a la penal que corresponde al Ministerio Público, y a la civil que lo es por su propia naturaleza y que, por serlo, el ofendido puede renunciar el derecho substantivo que con ella se protege; transmitirlo por herencia a sus herederos; cederlo. Este derecho es, además, susceptible de transacción, y puede, en su caso, reclamarse de terceros civilmente responsables y asimismo de los causahabientes herederos del delincuente (*La Cosa Juzgada Penal y su Eficacia sobre la Materia Civil*, de José A. Arlás, Págs. 98 y 99).

El artículo 35 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales, dispone que, cuando la parte ofendida renuncie a la reparación —luego no hay duda de que puede renunciarla—, se aplicará ésta al Estado; pero, entonces, como lo hace notar el maestro Alcalá Zamora y Castillo, se incurre "en el exceso de la doble sanción" y el Estado resulta "económicamente beneficiado por la comisión de los delitos". (*Derecho Procesal Penal*, Págs. 93 y siguientes del volumen II).

Al ejercitar el Ministerio Público la pretensión civil de reparación del daño para hacer efectivo el derecho del ofendido, evidentemente no lo hace en su representación. Será, entonces, un

caso de substitución procesal? No, dice con razón Ramón Palacios, porque "careciendo el lesor de la posibilidad jurídica de instituirse como parte procesal, el Ministerio Público no es substituto procesal". (La Cosa Juzgada, Pág. 103-104). Persigue el substituto, además, como sucede en la acción oblicua —caso claro de substitución procesal—, un interés propio y, como ese mismo autor expresa, "ese interés subrayado por Guarneri y sublimado por el positivismo penal, no puede decirse que sea de derecho material, sino... de contenido de la mens legislatoris, mas de ninguna manera puede afirmarse que así como el Estado tiene interés de derecho substancial en la punición del delinquente, lo tenga en la reparación del daño causado al lesor". (Obra citada, Pág. 137). Con justificación también hace notar, que las partes civiles son siempre parciales y sólo imparciales por excepción y, siguiendo a Manzini y a Cornelutti, expresa que el "proceso penal no concede al Ministerio Público la calidad de parte en el sentido civilista, precisamente por revestir el ejercicio de la acción penal la condición de acusación imparcial".

En la substitución procesal, el substituto, como se decía, obra a nombre propio; pero a cuenta del titular del derecho substancial; mas teniendo, a su vez, un interés propio que deriva de un derecho material propio, si bien condicionado al derecho del substituido que pretende conservar con el ejercicio de la acción. De manera que, al satisfacer el substituto el derecho ajeno, con ello satisface asimismo un derecho substancial que le pertenece. En la reparación del daño proveniente de delito, se establece una relación de derecho substancial entre el delinquente y el ofendido. El representante social es ajeno a esa relación; porque si bien del delito nace la acción penal y la de resarcimiento, la primera se puede entablar con independencia de la segunda. No hay conexidad de la una con la otra que engendre en el Ministerio Público la necesidad de entablar la acción de reparación, como condición de la satisfacción del derecho-deber del castigo (del mismo autor, La Cosa Juzgada, Pág.

138). ¿Cómo, entonces, pudo nuestra ley legitimar al Ministerio Público para el ejercicio de la acción de reparación?

Insistiendo en las ideas expuestas, la substitución procesal, como se verá posteriormente con mayor detenimiento, "tiene lugar cuando una persona, obrando en nombre propio, ejercita, sin embargo, una acción que pertenece a un tercero, u opone una excepción también ajena. No sucede entonces como en los casos de los apoderados judiciales, representantes legales, gerentes, etc., en los que, si bien se ejerce una acción y de otra persona, tal cosa se lleva a cabo en nombre y representación del titular de la acción". (Diccionario de Derecho Procesal Civil, del maestro Eduardo Pállares, Pág. 485). En la substitución procesal, el substituido puede ser llamado a juicio y puede intervenir en la defensa de sus derechos (misma Obra, Págs. 485-488).

Por consiguiente, repitiendo a Palacios, el ofendido no puede "instituirse como parte procesal", ni mueve al Ministerio Público un interés propio substancialmente conexo con el interés privado del leso. Luego dicha autoridad no puede ser de éste substituto procesal; pero además no lo es, porque, según el sistema del artículo 35 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales, al resultar beneficiado el Estado con la indemnización correspondiente al ofendido, en el caso de renuncia de éste, se sigue que, cuando menos en ese caso, el Estado ejercitó la acción en su nombre y beneficio propios, esto es, para satisfacer un derecho propio condicionado a la aludida renuncia. Y evidentemente tampoco es ésto la substitución procesal (Obra citada de Palacios, Págs. 97-112).

No siendo representante del ofendido el Ministerio Público y no siendo tampoco su substituto procesal, es claro que, ventilándose en el proceso penal una relación patrimonial que sólo atañe al leso, y habiendo carecido éste de la oportunidad de defensa de sus derechos, esto es, mediando violación, en su perjuicio, de la garantía consagrada por el artículo 14 constitucional, la sentencia dictada en el proceso penal con relación al daño civil, no puede

adquirir autoridad de cosa juzgada que le dañe, atento al principio de que ésta es res inter alios acta (véase lo expresado en este trabajo con relación a la substitución procesal).

Nuestro Código Civil del Distrito y Territorios Federales expresa, en su artículo 1910, que, "el que obrando ilicitamente o contra las buenas costumbres, cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima". El daño causado por delito, no hay duda de que es un daño patrimonial de naturaleza civil previsto en este precepto (comprendiendo también el originado en el ilícito puramente civil), puesto que, en sus términos, el que delinque, es indiscutible que obra "ilicitamente" y toda vez que es ese obrar ilícito el causante de dichos daños. Y el artículo 417, fracción III, del Código de Procedimientos Penales, igualmente del Distrito y Territorios Federales, seguramente que atiende a la naturaleza civil de la acción de reparación, puesto que de otra manera no se explicaría el hecho de que conceda, en calidad de coadyuvante del Ministerio Público (también se le permite ofrecer pruebas: artículo 9 del mismo Ordenamiento), el derecho de apelar al ofendido y a sus representantes legítimos, contra las resoluciones que en el artículo siguiente se precisan, relativas precisamente a la reparación del daño. En todo caso resulta incongruente que, estando exclusivamente legitimado el Ministerio Público para ejercitar la acción de reparación, sin embargo, se conceda al lesio el derecho de apelar; derecho que, para la armonía del sistema, en puridad de razón, debía corresponder exclusivamente al primero, en cuanto que es considerada por la ley dicha reparación como pena pública (sobre estas cuestiones, véase también el Derecho Procesal Penal, del maestro Niceto Alcalá Zamora y Castillo y de Dicardo Levene Jr., Ed. G. K., Buenos Aires, tomo II, Págs. 59 y siguientes, 93 y siguientes y 307 y siguientes, y del tomo III, las Págs. 44 y siguientes, y el estudio citado, El Problema de la

Responsabilidad Civil en el Derecho Penal, de Valentín Silva Melero).

Si la reparación del daño, por último, tuviera realmente en su naturaleza algo de pena pública, tampoco se explicaría el contenido del artículo 91 del Código Penal, que establece: "La muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieren impuesto, a excepción de la reparación del daño, y la de decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto u objeto de él". En efecto, es axiomático en derecho penal que, la pena pública que al delincuente debe aplicarse, de ninguna manera es transmisible a sus herederos. De suerte que, muerto el autor del delito, ipso facto desaparece la aplicación de la pena por falta de sujeto en quien se ejecute. Se ve, sin embargo, que el artículo transcrita establece que, a pesar de haber fallecido el delincuente, el derecho a la reparación subsiste. Y entonces, ¿cómo puede pervivir a la muerte del autor del delito, la pena pública —la sanción consistente en la reparación del daño— que sólo en él debe consumarse? Subsiste evidentemente en virtud de que, a pesar de la designación de pena pública que le da el citado artículo 29 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales, se trata de un derecho de naturaleza civil que, en realidad, no es pena pública: el nombre no hace a las cosas ni cambia su naturaleza. Pervive porque, siendo el derecho a la reparación, según se ha demostrado, de naturaleza civil, no puede desaparecer por la muerte del delincuente, sino ha de vivir para hacerse efectiva en los herederos del de cujus. Es precisamente en razón de lo expresado, por lo que Silva Melero dice, con razón, que mientras la responsabilidad civil se extingue como las obligaciones de este género; la penal, en cambio, sólo puede extinguirse conforme a las normas que le son propias: muerte, prescripción, indulto, amnistía, perdón en algunos casos, etc. (El Problema de la Responsabilidad Civil en el Derecho Penal).

Me parece justificada la opinión de que, si el ofendido se ve

perjudicado por la sentencia que absuelve al autor del delito de la reparación del daño, en el proceso penal en el que el primero no fué parte ni fué oido, es obvio que éste podrá acudir al juicio extraordinario de garantías en el que puede hacer valer la violación de su derecho individual público, esto es, de su derecho de audiencia; porque si bien los artículos 9 y 417, fracción III, del Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales, le permiten aportar al juez todos los datos que conduzcan a la justificación del daño que sufrió y apelar sólo de las resoluciones relativas a la indemnización, lo cierto es que, su derecho de intervención en el juicio, se reduce a eso, de manera que se constriñe, sin razón, la amplitud natural de su defensa: ser parte en el negocio; articular posiciones al delincuente; reprender y tachar testigos; hacer observaciones a los peritos; objetar documentos, alegar; interponer, en su caso, el recurso de revocación o el de apelación fuera de la limitación en que esto último se permite, etc. (artículo 10 de la Ley de Amparo y artículos 14 y 16 de la Constitución de la República). De ahí que me parezca justificada la opinión de los maestros José Ángel Ceniceros y Luis Garrido, en el sentido de que, el hecho de que la sentencia penal que resuelve la causa, absuelva del pago de la reparación del daño, ello no significa que se extinga el derecho del ofendido para exigir la responsabilidad civil emanada del hecho ilícito; pero también de lo expresado se desprende que no se puede estar de acuerdo con su opinión en el sentido de que el derecho a la pretensión aludida de responsabilidad se excluya cuando los hechos que la generan son calificados de delictuosos por la sentencia penal y, por ende, cuando ésta ha resuelto asimismo imponiendo al delincuente el cumplimiento de la reparación; porque evidentemente, si esa sentencia condena a cubrir una reparación equivalente, verbigracia, a diez, y el lesio fundadamente cree que tiene derecho a una indemnización igual a cien, es obvio que no le debe perjudicar esa resolución pronunciada en un procedimiento en el que no fué parte y en donde

no tuvo la oportunidad de probar y defender, con la amplitud propia de un juicio, su derecho por la diferencia.

Por consiguiente, también en esta última hipótesis debe considerarse que el ofendido conserva su acción de responsabilidad civil. No habiendo sido parte el lesio, la cosa juzgada que sobrevenga no puede perjudicarle. Sería despojarlo de sus derechos de manera inaudita (además de los maestros Ceniceros y Garrido, en su citada Ley Penal Mexicana, Págs. 113-120, defiende asimismo el sistema de la Ley en vigor, el maestro Carlos Franco Sodi, en su obra, El Procedimiento Penal Mexicano, Ed. de la Penitenciaría del D. F., de 1937, Págs. 26-31; véase también, sobre este tema, Procedimiento Penal, de Julio Acero, Págs. 59-70, 4a. Ed. Cajica).

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CASO DE NECESIDAD, Y EL SOBRESEIMIENTO, EN GENERAL, DEL PROCESO PENAL.—El estado de necesidad puede explicarse diciendo que es una situación de peligro cierto, grave e inminente de los intereses protegidos por el derecho, en la que no queda más alternativa que la violación de los derechos de un tercero, siempre que, por razón del cargo personal, no se tenga el deber legal de sufrir el peligro.

Desde muy antiguo se reconoce la impunidad de los actos efectuados en estado de necesidad: en las leyes del Manú y de los Rabinos y en el derecho griego, se admite que no hay ley que sancione la necesidad. Y tanto el derecho germánico como el canónico, reconocen casos en los que se admite la inimputabilidad de los actos verificados en estado de necesidad. Entre los casos que prevén las leyes de Partida, está la destrucción de la casa vecina, para evitar que el fuego se propague a la nuestra o a la de los vecinos. En efecto, dice la ley 12, título XV, Partida séptima: "Enciendefuego a las vegadas en las Cibdades, e en las Villas, e en los otros Lugares, de manera que fe apodera tanto en aquella cafa que co-

mienca a arder, que lo non pueden matar, a menos de deftruir las cafas que son cerca della. E por ende decimos, que si alguno derri-baffe la cafa de alguno otro fu vecino que estuviese entre aquella que ardia, e la fuya, para deftajar el fuego que non quemafse las fuyas, que non cae por ende en pena ninguna, nin es tenudo de facer enmienda de tal daño como este. Esto es, porque aquel que derriba la cafa por tal razón como esta, non face a si protanfolamente, mas a toda la Ciudad. Ca podría fer, que si el fuego non fuese asy deftajado, que se apoderaria tanto, que quemaria toda la villa, o grande parte della. Onde pues que a buena entención lo face, non debe por ende recibir pena". Y la Constitutio Criminalis Carolina de 1532, reconoce, como caso de necesidad, el robo de famélico (Las Causas que excluyen la Incriminación, del maestro Carrancá Trujillo, Ed de 1944, Págs. 323 y siguientes).

En la actualidad con mayor o menor amplitud, unas leyes con mejor técnica que las otras, todas reconocen la inincriminación de los actos realizados en estado de necesidad o bien disminuyen notablemente la pena.

Muchas teorías se han expuesto tratando de explicar el estado de necesidad: unas consideran que tales actos no son antijurídicos, por cuanto que quien los realiza lo hace en el ejercicio de un derecho; en tanto que otras estiman que tales actos carecen de imputabilidad y, por ende, no son incriminables.

Tiende a prevalecer la opinión, en las modernas legislaciones, de que quien obra en estado de necesidad, no lo hace contra derecho, sino en ejercicio de un derecho, y entonces se dice que no lo viola, sino que lo afirma.

La doctrina clásica, explica la excluyente que nos ocupa, por inimputabilidad, por cuanto que, quien obra en estado de necesidad, lo hace violentado por una fuerza psicológica irresistible, lo hace por el temor al mal del que se pretende librarse con el acto que realiza.

Subjetivamente hablando, las causas que motivan la legítima defensa, son las mismas que las que originan el estado de necesidad; pero desde el punto de vista objetivo, mientras en el estado de necesidad se sacrifica a un inocente, en cambio, en la legítima defensa, el sacrificado es culpable de una agresión injusta.

Nuestro Código Penal de 1931, con error de técnica, involucra en una sola fracción (en la IV, del Art. 15), tanto las excluyentes de miedo o temor fundado o irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor, como la excluyente relativa al estado de necesidad, y dice textualmente, respecto a la última: "La necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otros, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial. No se considerará que obre en estado de necesidad, aquel que por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro".

Puede apreciarse que la excluyente comete el error de comprender, en su texto, aun aquel caso en que el contraventor, por culpa propia, haya originado el estado de necesidad.

Como elementos del estado de necesidad, se señalan los siguientes:

1.—Que haya una amenaza de un peligro real, grave e inminente, en la persona o bienes del contraventor o en la persona o bienes de otro;

2.—Que haya una agresión del que se encuentra en estado de necesidad, en contra de la persona o bienes de otro, como medio de librarse del peligro real, grave e inminente;

3.—Que esa agresión cause un mal que puede ser menor, igual o mayor que el librado;

4.—Que el medio empleado sea el menos perjudicial de los practicables, y

5.—Que la ley no imponga la obligación de hacer frente al peligro, en razón del cargo que se desempeña.

En el Código de 1931, se prohíbe el exceso en el estado de necesidad, como antes lo hicieron el de 1871 y el de 1929, toda vez que, en tal estado, impone la obligación de elegir el "medio practicable y menos perjudicial", de suerte que no se debe realizar otro que resulte más perjudicial, porque de hacerlo, habría exceso inútil en la agresión, esto es, carencia de necesidad del medio empleado. Se le reconoce el acierto de haber incorporado, en su texto, la declaración de incriminación para los casos en que el agresor se halle obligado a soportar el peligro, en razón de su cargo, que ocasione su necesidad.

La intervención de personas extrañas, la permite la fórmula del texto de la ley en vigor, con la misma amplitud que cuando se trata de la salvación de la propia persona o de sus bienes, puesto que son inincriminables los actos necesarios para salvar la persona o bienes de otro, así sean los bienes en conflicto de valor igual (vida contra vida) o bien de valor desigual, como sucede, verbigracia, cuando frente a bienes materiales, se halla la vida misma. Solución que también es desacertada e injusta, por cuanto que no se justifica el sacrificio del valor mayor frente al menor; no se justifica, por ejemplo, el sacrificio de la vida del hombre para salvar bienes materiales; pero no podría negarse la justificación cuando se impone al individuo la necesidad de salvar bienes propios de igual valor al que se sacrifica, como acontece en el caso de que, para salvar la vida, es necesario sacrificar otra vida; en tanto que, tratándose de salvar bienes ajenos, a mi juicio, sólo se justificaría cuando los bienes en conflicto fueran de valor desigual y el que se sacrifica el de menor valor.

Como se veía, el peligro debe ser real, grave e inminente. Real, por cuanto que el peligro debe existir efectivamente, es decir, excluye los peligros imaginarios. Inminente, por cuanto que el peligro debe ser inmediato, pronto. Y debe ser grave, esto es, peligro

de importancia, no peligro de poca consideración, estimándose, al respecto, que, para apreciar este requisito, deben tomarse en cuenta no sólo el estado particular, subjetivo, del que se halle en estado de necesidad, sino todas las circunstancias que rodeen el caso de que se trate, que permitan apreciar la probabilidad de que cualquiera persona normal, ante circunstancias semejantes, habría reaccionado y obrado en igual forma. La sensibilidad humana y jurídica del juzgador, para apreciar estos casos, resulta de singular importancia.

El Código de 1931 en vigor, cuenta con el artículo 379 que establece: "No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento".

La fórmula del artículo transcrita es más amplia que la empleada por el Código de 1929, puesto que mientras éste sólo se refiere al robo de famélico, el precepto transcrita, como antes lo hizo el Código de 1871 (aunque este último lo comprendía no en precepto especial, sino en su fórmula general contenida en su artículo 34, fracción XI), comprende no sólo el robo de famélico, sino, en general, el robo de indigente.

Se critica al precepto transcrita, como al de 1929, que sólo permita el robo por necesidad una sola vez, pues se considera que debía de permitirse tantas veces cuantas se repitieran las circunstancias esenciales que dan vida al estado de necesidad de que se trata.

Se considera también desacertado que en la fórmula del artículo 379, se comprenda igualmente a los indigentes por culpa, esto es, a aquellos que caen en indigencia por propia voluntad o por imprudencia inexcusable, ya que a ellos igualmente les alcanza la excusa absolutaria.

Por lo que respecta al aborto terapéutico o por estado de necesidad, el artículo 334 dice: "No se aplicará sanción: cuando de

no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no fuere peligrosa la demora".

Sobre el particular, la ley plantea, en la justificación del aborto por estado de necesidad, un conflicto de bienes jurídicamente protegidos: la vida de la madre frente a la vida del ser en formación, y lo resuelve a favor del interés que ha estimado de mayor valor, es decir, a favor de la vida de la madre, a quien se concede la mayor importancia desde el punto de vista social, puesto que ella puede ser útil a otros seres: hijos, otros parientes o aun extraños que de ella dependan económicamente.

Esto que, en principio, es exacto, puede no serlo siempre, porque puede suceder que, salvando a la madre, le queden, sin embargo, sólo unos cuantos días de vida por padecer una enfermedad grave e incurable, en tanto que el hijo habría podido vivir toda una vida. ¿Podría decirse que tiene, en tal situación, más valor la vida de la madre frente a la vida del hijo?

Creemos evidente que es legítima la defensa de nuestra vida y de nuestros bienes. Todas las legislaciones han permitido que el agredido rechace la injusta agresión. Pero cuando el peligro proviene no de un injusto agresor, sino de cualquier persona en estado de necesidad, ¿quién debe, entonces, responder del daño causado?

"Vamos en carroaje, dice a tal propósito Genovesi, seis conocidos asesinos me siguen; mis caballos hostigados corren precipitadamente, y he aquí que algunos niños juegan en el camino delante de mí. O enfrenar la carrera y dejarme asaltar y matar por la banda de facinerosos, o atropellar a alguno de aquellos inocentes. Han decidido que no soy reo si los atropello para no ser muerto. Sin embargo, como éstos eran inocentes de mi peligro, puede de que me absuelva el Pretor, pero pasado el momento, yo siento que me remuerde la conciencia y que me condeno a mí mismo". Así dice el ilustre filósofo hablando como penalista; y si frente al

derecho penal, la cuestión no sería ni quizás proponible, porque todos los Códigos eximen de pena a quien delinque bajo el imperio de una fuerza irresistible, no encontramos igualmente simple la cuestión con relación al derecho civil. Si la víctima de aquella carrera precipitada no fuese un niño, sino un padre de familia que alimentaba con su industria personal a sus hijos, el matador quedaría libre de pena, pero la justicia civil ¿podrá eximirlo de la indemnización de daños en favor de la familia del muerto?" (tomado de Jorge Giorgi, *Las Obligaciones en el Derecho Moderno*, tomo V, página 255, edición 1911).

El mismo autor nos dice que, desde el derecho romano, la necesidad de la defensa no excusa invariablemente el daño causado al tercero inocente. Celso y Gayo, dudan de la responsabilidad del que, para librar su casa del incendio que se propaga, destruye la casa del vecino; Servio y Labeon la afirman y Ulpiano la niega, en la medida que se señala en la Obra citada. Han estudiado también los romanos el caso en que, impulsada una nave por el viento, se prende de las anclas de otra y se cortan los cables de la primera, resolviendo que no hay daño que reclamar. El mismo dispositivo pasa a la ley XIV, título XV, Partida Séptima.

Fundándose en la teoría subjetiva del daño que, como se sabe, descansa en la noción de "culpa", el propio Giorgi estima que, en rigor del principio no se puede admitir que, no existiendo culpa, si es el ejercicio de un derecho la defensa de la persona o de los bienes, si nada ha contribuido, por nuestra parte, a la creación del estado de necesidad, malamente podría pretenderse la indemnización del daño. Pero agrega que, aunque el rigor del principio obligue a llegar a esa conclusión, él huye de ella si tiene por resultado dejar a la víctima sin compensación; porque sería monstruoso e injusto que la víctima padeciera todo el daño, en tanto que quien lo causó, gozara sólo del beneficio, y porque, repitiendo al mismo Genovesi, estima que la conciencia va buscando en la ley una solución que reparta los daños, obligando a quien se salva a costa

de otro, a cubrirle una compensación adecuada, toda vez que ambos son víctimas, al fin y al cabo, del mismo hecho que ocasiona el origen del daño.

En realidad, nada tiene de novedosa la obligación de cubrir los daños causados, aunque no medie culpa, ya que así sucede, verbiplacencia, en los contratos de seguro, en la fianza; contrato este último en el que un tercero, sin culpa suya, deviene obligado a pagar por el fiado si éste no lo hace y, en fin, como sucede en todos los casos de compensación reconocidos por la ley, en los que se da acción para reponer el equilibrio roto, restableciendo la igualdad perdida por la intervención bien del caso fortuito, bien de la fuerza mayor o bien por el ejercicio mismo de un derecho.

Según Roberto Ruggiero (Instituciones de Derecho Civil, tomo II, volumen 1o., Pág. 552), en todos los casos de legítima defensa o en los que los actos se hallan determinados por un estado de necesidad, de salvar nuestra vida o nuestros bienes o la vida o bienes de otro, de un peligro grave e inminente, por ser actos licitos, por tratarse del ejercicio de un derecho y por ser el resultado de una voluntad violentada a obrar, no engendran responsabilidad civil. Conclusión de este autor con la que, por no ser justa para todos los casos, no se puede estar de acuerdo.

Como lo señala mi querido maestro don Raúl Carrancá y Trujillo (Las Causas que Excluyen la incriminación, Pág. 346). Jiménez de Azúa, con relación a la reparación del daño causado por ataque en estado de necesidad, distingue cuatro casos:

a).—Cuando el estado de necesidad se produce por la víctima misma, en cuyo caso debe sufrir legalmente la carga de la responsabilidad civil;

b).—Cuando el estado de necesidad se debe a culpa exclusiva del necesitado, situación en la que será éste quien cargue con la responsabilidad civil;

c).—Cuando es un tercero el que causó el estado de necesi-

dad, estima que es el mismo tercero quien debe responder de los daños, y

d) —Cuando el estado de necesidad se produce como consecuencia de caso fortuito, en cuyo caso la víctima debe soportar los daños.

Como es sabido, el derecho ha encontrado situaciones de responsabilidad civil, que no pueden encontrar solución en la teoría clásica subjetiva de la culpa (teoría que arranca del derecho romano: para la reparación del daño, la ley Aquilia exigía que el mismo se hubiera causado con injusticia y con culpa, aunque fuese culpa simple), por cuanto que, en tales situaciones, aun cuando los actos que originan los daños no sean imputables, sin embargo, por razón de elemental equidad, deben resarcirse; porque, en principio, el individuo debe responder de los daños resultantes de sus actos; debe cargar con los riesgos de dichos actos, así haya procedido sin culpa.

"Esta obligación de reparación no descansa en la ilicitud del acto, ni en la culpa del agente, sino que se origina en el ejercicio de un derecho, pues la concepción razonable de la vida y el interés general exigen que se salven los bienes cuando ello es posible con el sacrificio de bienes de valor incomparablemente menos elevado, pero no existe motivo para que quien se halla en estado de necesidad se salve a costa ajena", dice Andreas Von Tuhr, en su espléndido tratado de Derecho Civil, Teoría General del Derecho Civil Alemán, tomo 60., de la traducción Argentina "Depalma", Pág. 309.

En efecto, ¿sería conveniente que la víctima cargara no sólo con el hecho que se le ha cometido, sino también con los daños civiles resultantes del hecho? ¿Sería equitativo que el autor del hecho recibiera únicamente los beneficios resultantes, y no contribuyera con las cargas? La conciencia se rebela contra semejante solución; porque quien se beneficia con sus hechos, es justo que cargue con

la responsabilidad civil que resulte, aunque dichos hechos no le sean imputables en modo alguno.

Pues bien, si nos detenemos a observar los casos que estudian los maestros Jiménez de Azúa y Raúl Carrancá y Trujillo, con relación a la reparación del daño causado por ataque en estado de necesidad, se tiene:

a).—Cuando el estado de necesidad se produce por la propia víctima, los señalados maestros están de acuerdo en aceptar que ella misma sufra la consecuencia de los daños.

A mi juicio, las opiniones de que se trata son exactas en nuestro derecho, siempre que no se hubiera empleado, en la realización de los daños, instrumentos, mecanismos, aparatos o substancias peligrosos por sí mismos, porque, de lo contrario, aunque el estado de necesidad haya sido ocasionado por la víctima; pero sin que los propios daños sean consecuencia de su culpa o negligencia inexcusables, los mismos corren a cargo, de acuerdo con la tesis de la responsabilidad objetiva, tanto del que obró en estado de necesidad utilizando los referidos instrumentos peligrosos, etc., como del dueño de los propios objetos, en cuyo provecho se hubieran estado utilizando (véase el Art. 1913 de nuestro Código Civil, y de Henoch D. Aguiar, Hechos y Actos Jurídicos, tomo V, No. 119, Pág. 405, Ed. TEA de 1952).

b).—Cuando el estado de necesidad se debe, de algún modo, a culpa del necesitado, es evidente que la responsabilidad civil corre de su cuenta, porque, como lo expresa el maestro Carrancá y Trujillo, debe aceptarse que ha obrado ilícitamente y contra las buenas costumbres (artículo 1910 del Código Civil); pero si el daño se causó con el empleo de los mecanismos, instrumentos, etc., peligrosos, de que se ha hablado, entonces igualmente es responsable el dueño en cuyo provecho o beneficio se utilizaban.

c).—Cuando es un tercero el que originó el estado de necesidad que dió lugar al ataque, entonces responderá éste de los daños causados, por haber obrado ilícitamente y contra las buenas

costumbres (artículo 1910 del Código Civil); mas si los daños fueron resultado del empleo de substancias, instrumentos, mecanismos, etc., peligrosos, tales como armas de fuego, puñales, vehículos, etc., serán responsables también el propietario de tales objetos, en cuyo provecho se hubieran estado utilizando y el que los haya manejado o utilizado en estado de necesidad (artículo 1913 del Código Civil).

d).—Y cuando el estado de necesidad es consecuencia de caso fortuito, los maestros Carrancá y Jiménez de Azúa, estiman, sin hacer distinciones, que la víctima misma debe soportar los daños. Para no incurrir en repeticiones inútiles, cabe decir que la solución propuesta es aceptable; pero también con la salvedad de aquellos casos que deben resolverse conforme a los principios de la responsabilidad objetiva.

Pero ni Jiménez de Azúa, ni el maestro Carrancá y Trujillo, contemplan el caso en que el estado de necesidad se haya ocasionado por concurrencia de culpas de la víctima y del necesitado, o bien de la víctima y de un tercero. Es principio de justicia que las culpas de uno eluden o se compensan con las culpas del otro; principio que halla aplicación desde los tiempos antiguos del derecho romano; pero tal compensación, para que pueda operar, requiere, naturalmente, que las culpas sean de grado semejante, porque no se podría compensar, verbigracia, la culpa leve con la culpa grave o el dolo. De modo que, en las situaciones de concurrencia de culpas que se examinan, cada uno responderá de los daños, en la medida del resultado de la compensación de que se habla; pero si nuevamente se está en presencia de objetos peligrosos, entonces, de acuerdo con nuestro artículo 1913 del Código Civil, los daños causados deben indemnizarse por el propietario de tales objetos y por el que los haya utilizado en estado de necesidad, en los términos ya expuestos.

En los casos de incendio en que, por estado de necesidad, el vecino destruye la finca inmediata, tanto en su propio beneficio,

como en provecho de los demás vecinos (evita así que el incendio se propague a su casa y a la de los demás), me parece que las pérdidas resultado de esa destrucción deben repartirse equitativamente entre la persona que destruyó, el mismo propietario de la finca destruida y los demás vecinos beneficiados, puesto que, de lo contrario, se estaría en presencia de un injusto enriquecimiento de unos, a costa del empobrecimiento de los otros.

Pero, ¿cómo ha de hacerse efectiva la reparación del daño producido en los casos de necesidad?

Supóngase que el Ministerio Público ejercita la acción penal y la de resarcimiento del daño provenientes del delito. El proceso sigue su curso. En su oportunidad el juez resuelve la causa. Encuentra no probada la acción de incriminación ejercitada. Absuelve al culpado del delito, por considerar comprobado que el hecho se debió a estado de necesidad. En consecuencia, no habiendo existido delito ni delincuente, tampoco puede haber condena de reparación del daño proveniente del delito. Entonces, ¿podría decirse que pierde el ofendido el derecho de ejercitar, por la vía civil, dicha acción de reparación? Ya se vió en el número que precede que la respuesta afirmativa sería inconstitucional. El lesio no fué parte ni fué oído ni vencido en la causa criminal. Luego no puede perjudicarle esa sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. En consecuencia, puede acudir a la jurisdicción civil a deducir su pretensión de reparación.

En otra hipótesis, el Ministerio Público, al evacuar la vista que se le da para que formule conclusiones, pide del Juez que sobreseña el procedimiento, considerando que está probado el estado de necesidad.

Pero, ¿qué debe entenderse por sobreseimiento? La expresión viene del latín: super-encima, y sedeo-sentarse. Significa, manifiesta don Julio Acero, "la cesación del procedimiento y de un modo más estricto la terminación definitiva del mismo por medio de una

resolución distinta de la sentencia". (Nuestro Procedimiento Penal, Págs. 159-160).

El maestro Alcalá Zamora y Castillo, distingue el sobreseimiento relativo al proceso, del "referente al o a los procesados". En esto último —expresa—, los procesados quedan fuera de la causa, bien de manera provisional, bien de manera definitiva; pero dicha causa continúa para "dar con los verdaderos culpables".

Distingue también el sobreseimiento definitivo del provisional. "Será definitivo cuando resulte con evidencia que el delito no ha sido perpetrado; cuando el hecho probado no constituya delito, o cuando los procesados aparezcan exentos de responsabilidad criminal. Será provisional cuando los medios de justificación acumulados en el proceso no sean suficientes para demostrar la perpetración del delito o cuando comprobado el hecho criminal, no aparezcan indicaciones o indicios para determinar sus autores, cómplices o encubridores". (Obra citada, Págs. 228-231, del tomo III).

Formula, pues, el Ministerio Público, decía, solicitud de sobreseimiento, por haberse acreditado, verbigracia, que la muerte del inocente se debió a estado de necesidad. El Juez pronuncia auto de sobreseimiento. Esto significa que el Ministerio Público ha retirado su pretensión punitiva y, por consiguiente, su pretensión de reparación del daño. El auto de sobreseimiento, deja entonces establecido: que no existe delito ni delincuente y, por tanto, que no puede haber reparación de daño *proveniente de delito*.

El artículo 304 del Código Federal de Procedimientos Penales, expresa: "El auto de sobreseimiento surtirá los efectos de una sentencia absolutoria y una vez ejecutoriado tendrá valor de cosa juzgada". Y los artículos 323 y 324 del Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales, respectivamente establecen: "Si el pedimento del Procurador fuere de no acusación, el juez, al recibir aquel, sobreseerá en el asunto y ordenará la inmediata libertad del procesado". "El auto de sobreseimiento producirá los mismos efectos que una sentencia absolutoria". ¿Ad-

quiere el auto de sobreseimiento, cuando ha quedado firme, la autoridad de la cosa juzgada?

Sobre el particular, manifiesta el maestro Alcalá: "El sobreseimiento definitivo produce los efectos de una sentencia absolutoria, susceptible de adquirir, si no se impugna o una vez que se agote la vía impugnativa, autoridad de cosa juzgada, que impida la reapertura de la causa conclusa en virtud suya..." (la misma Obra, tomo III, Pág. 228).

Y el señor licenciado Juan José González Bustamante, dice: "En el sentido material, existe la cosa juzgada, cuando la sentencia tiene el carácter de irrevocable... Sólo podemos referirnos a la cosa juzgada, tratándose de sentencias irrevocables, pero también tienen este mismo alcance los autos de sobreseimiento". (Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, Ed. Botas 1945, Pág. 358).

Me parece indiscutible que, al quedar firme el auto que sobresee, quiere decir que el Estado ya no tiene interés en el ejercicio de la acción y que, por faltar ese interés, no se discutirá el objeto del proceso, no se dilucidarán las cuestiones que en el mismo habían sido planteadas y, por consiguiente, desaparece la materia de fondo de la sentencia definitiva. Es inconscuso, entonces, que la materia del auto de sobreseimiento no puede ser la misma materia de la sentencia que resuelve el fondo; porque si lo fuera, el primero no sería un auto de sobreseimiento, sino sentencia definitiva.

"El sobreseimiento propiamente dicho —dice don Julio Ace-ro—, cierra en cambio el proceso sin posibilidades ninguna de reapertura... Sin embargo, el sobreseimiento es una resolución diversa de la sentencia, porque no resuelve el fondo del negocio. El fondo del negocio es siempre en materia penal la culpabilidad o inculpabilidad del reo y sólo el fallo puede decidirlo porque constituye la declaración final y solemne que pronuncia el Tribunal en vista de todos los elementos debatidos... absolviendo o condenando al inculpado; pero cuando desde antes de esa decisión apa-

rece palpablemente la inutilidad o la imposibilidad de todo debate por falta de materia delictuosa o de persona con quien debatirla, es claro que ya no tiene para qué haber fallo..." (Nuestro Procedimiento Penal, Pág. 160). Substancialmente coincide con este autor, sosteniendo que los requisitos de fondo de la sentencia permiten distinguirla de manera bastante clara del sobreseimiento, el señor licenciado Manuel Rivera Silva, en su sugestiva obra El Procedimiento Penal, Ed. Porrúa, S. A., de 1944, Pág. 263.

En rigor, pues, el auto que sobresee no puede adquirir la autoridad de la cosa juzgada, que es propia, exclusivamente, de la sentencia de fondo inimpugnable. Tampoco puede producir efectos de sentencia absolutoria, porque sólo se absuelve cuando, analizado el *fondo del debate*, se encuentra que no procede aplicar ninguna pena al culpado, y el sobreseimiento *nada prejuzga sobre las cuestiones del debate*. Me parece defectuosa la técnica de la ley. No tenía por qué acudir al símil de la sentencia absolutoria, ni al valor de la cosa juzgada para establecer que, si se decreta el sobreseimiento, la acción penal se extingue y, por consiguiente, desaparece el deber del Ministerio Público de promover nunca más el mismo litigio.

El artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales, con mejor sistema, establece: "El desistimiento de la acción extingue ésta, aun sin consentirlo el reo". Expresa, con los términos transcritos, que producido el desistimiento de la acción, tampoco podrá volverse a intentar el mismo pleito. Y a nadie se le ocurriría pensar que el fenómeno obedezca a que se produzcan los mismos efectos de la sentencia absolutoria, puesto que la verdad es que el desistimiento de la acción puede significar las cosas más diversas: mera liberalidad del actor, que fuera del juicio hubo transacción entre las partes, bien novación o permuta, o bien pago de lo reclamado, etc.

La acción penal se extingue simplemente porque el Ministerio Público abandona el derecho afirmado. El sobreseimiento no pre-

juzga sobre las cuestiones debatidas. Se abandona el derecho bien porque muere el réo, porque la estuprada se casa, porque prescribe la acción persecutoria del delito, porque claramente emerge el estado de necesidad, etc. Sobreseer no puede significar sentenciar absolviendo. Significa, por el contrario, que ha faltado el contenido de la sentencia.

Es evidente que la fuerza del sobreseimiento ha de entenderse limitada únicamente a la pérdida del nuevo ejercicio de la pretensión penal. De ninguna manera puede extenderse a la pérdida también del derecho a la pretensión de reparación del daño que no fué juzgado y en el cual ni siquiera se pensó para sobreseer.

Por consiguiente, el daño causado en estado de necesidad o el relativo a cualquiera otra causa sobreseída, puede exigirse por la vía civil con independencia de la penal (véase, de Ramón Palacios, *La Cosa Juzgada*, Págs. 116-156).

CAPITULO VIII

- 1.—Influencia de una ejecutoria en otra sin que se integre la excepción de cosa juzgada. El caso en que son civiles ambas ejecutorias. Relaciones e influencias entre dos sentencias con autoridad de cosa juzgada.**
- 2.—El caso de los causahabientes.**
- 3.—El causahabiente en el derecho romano.**
- 4.—El causahabiente en las leyes de Partida y en el derecho moderno. Tesis que se acepta.**
- 5.—El caso de la substitución procesal.**
- 6.—Influencia de la cosa juzgada penal en la sentencia del juicio civil y a la inversa.**

1. INFLUENCIA DE UNA EJECUTORIA EN OTRA SIN QUE SE INTEGRE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA. EL CASO EN QUE SON CIVILES AMBAS EJECUTORIAS. RELACIONES E INFLUENCIAS ENTRE DOS SENTENCIAS CON AUTORIDAD DE COSA JUZGADA.—Existen situaciones en que, no obstante que no podría oponerse la excepción de cosa juzgada, por no existir la identidad de los pleitos, sin embargo, no podría negarse la influencia que ejerce la sentencia anterior firme, sobre la que ha de dictarse.

Distingue Cornelutti, la eficacia directa del fallo de su eficacia refleja, y entiende que se está en presencia de la eficacia directa, cuando el juez es llamado a decidir una cuestión fallada ya con anterioridad por sentencia (cosa juzgada). Piensa que *la eficacia es refleja, cuando en el fallo anterior solamente se ha resuelto un presupuesto de la última relación afirmada*.

Pero puede apreciarse que de esta explicación escapa el caso de la substitución procesal, porque en ésta no se resuelve sólo un presupuesto —como afirma Cornelutti para la eficacia refleja—, sino exactamente la misma relación substantiva; lo que varía es el titular de la relación adjetiva, puesto que el substituto procesal actúa en el proceso a nombre propio sobre un derecho ajeno, y el titular de la relación substantiva no es parte en dicho proceso (véase en este mismo Capítulo, el estudio por separado de la substitución procesal y el examen del punto de vista de Cornelutti sobre la misma).

Me parece que, conforme a nuestro derecho, se precisa más exactamente el alcance de la eficacia directa de la sentencia, si a

la misma se le delimita por el objeto reclamado, por la causa hecha valer y por las partes que contienen en el juicio (hay identidad de pleitos y cosa juzgada); en el concepto de que, cuando se sale de estas limitaciones propias de la eficacia directa, se entra al terreno de la eficacia general o refleja del fallo.

"Esta distinción no es desconocida de la doctrina. Dice Crome (Parte generale del diritto privato frances moderno, traducción de Ascoli y Cammeo, pág. 482): "la sentencia recaída entre las dos partes, sólo tiene el efecto de que la situación jurídica definida entre esas mismas partes por su pronunciamiento, como la constituida por un contrato, debe ser reconocida también por los terceros..." Ascoli y Cammeo anotan (nota b): "la sentencia puede tener respecto de los terceros efectos reflejos". Chiovenda explica: "como todo hecho jurídico relativo a las partes entre quienes interviene, la sentencia existe y vale respecto de todos; como el contrato entre A y B, también la sentencia entre A y B, vale respecto de todos en cuanto es sentencia entre A y B". En nota agrega Chiovenda que "es mérito de la más reciente doctrina alemana el haber puesto en particular evidencia esta sencilla pero a menudo desconocida verdad". (Principi, 3a. ed., páqs. 306 y siates.)". (Tomado del estudio de Cornelutti: Eficacia Directa y Eficacia Refleja de la Cosa Juzgada).

Betti, llega a igual resultado que Cornelutti, en cuanto que también afirma que la cosa juzgada se comunica a los terceros, cuando la relación jurídica de éstos se halla subordinada a la de las partes. Este último autor explica que, existiendo interdependencia entre los conflictos de intereses, puede acontecer que, resuelto alguno de éstos, la decisión reaccione sobre el modo de ser de alguno o de algunos de los otros que sufren sus consecuencias, de parecida manera a como un tiro de fusil que mata a un hombre, sus efectos repercuten en un círculo de personas más o menos amplio: repercusión que se manifiesta de manera diferente, porque resulta distinto que matando el tiro de fusil a una persona, muera

su acompañante por hambre, al faltarle el sostén de aquél, o que, como consecuencia, muera su hermano siamés, en cuanto que la vida de este dependía de las condiciones de vida de aquel, por hallarse a él físicamente unido, o que, en fin, por matarse a una mujer embarazada, se suprima su producto. Así, la sentencia contra el causante, vale por repercusión contra el causahabiente, a semejanza de la muerte del feto como consecuencia de la muerte de la madre; la sentencia contra el deudor principal, repercuten contra su fiador, a semejanza de lo que sucede cuando, por la muerte de su hermano, deja de existir el otro siamés, y la sentencia que condena al deudor influye en la posibilidad de hacer efectivo el crédito de un tercero, a semejanza de cómo influye la muerte del alimentante en el alimentado. "... la situación de todos los terceros es fundamentalmente única, ya que todos ellos, cualesquiera que sean, en cuanto que son terceros y no partes, son perjudicados de reflejo". (Véase el estudio Eficacia, Autoridad e Inmutabilidad de la Sentencia, de Carnelutti).

En efecto, repitiendo a este autor notable, puede afirmarse que las relaciones jurídicas singulares no viven aisladamente, sino que coexisten las unas con las otras, dando lugar a relaciones múltiples de interferencia o de interdependencia. Dice Carnelutti: "La verdad es que las relaciones jurídicas no viven aisladas, sino entrecruzadas en la realidad: dispuestas y combinadas a menudo en forma que la una reacciona en diversos modos sobre la otra. He aquí que la cosa juzgada, en cuanto que declara la certeza, excluye, resuelve y modifica la relación jurídica entre Ticio y Cayo, influye sobre las relaciones jurídicas de Sempronio. Influye, naturalmente, siempre como cosa juzgada de otro, es decir, como juicio pronunciado entre Ticio y Cayo, precisamente porque sobre las relaciones de Sempronio influye una relación jurídica ajena". (Tomado de su estudio Eficacia Directa y Eficacia Refleja de la Cosa Juzgada).

Insistiendo en estas ideas, por encontrarse ligada la fianza a la deuda principal; la propiedad del sucesor a la del autor, y la pro-

piedad y derechos del deudor, a los derechos de sus acreedores, es obvio que lo que se resuelve sobre alguna de estas relaciones jurídicas, la decisión naturalmente repercute sobre aquellas relaciones que tienen con ella alguna conexión. El hecho de que el deudor principal obtenga la remisión por parte de su acreedor; que sea válido o nulo el contrato de compraventa del vendedor, o que el vendedor venda sus bienes a precio alto o bajo, son hechos que indiscutiblemente aprovechan o perjudican al fiador, al sucesor, al acreedor.

Pues bien, de acuerdo con el pensamiento de Carnelutti, lo que acontece, en los ejemplos acabados de expresar, es lo mismo que sucede tratándose de la cosa juzgada. Se explica en virtud de que, "la eficacia refleja del juzgamiento no pertenece al campo procesal, sino que se determina y se regula según las diversas normas que rigen las relaciones singulares que establecen sus vínculos recíprocos... si la sentencia que pronuncia la nulidad del matrimonio de Ticio y Calla, tiene efecto respecto a Sempronio, nacido de Ticio y Calla, no son cuestiones a resolver según criterios de derecho procesal, sino de derecho material, que es quien suministra la medida de la interdependencia entre la relación sobre la que la sentencia pronuncia y las diversas relaciones respecto a las cuales se trata de decidir si surte efecto reflejo, y así decide hasta qué punto la constitución, la modificación o, en general, el acertamiento de una relación, influye en el modo de ser de otra".

Pero también ha de insistirse y subrayarse, para evitar el error en que comúnmente se incurre, en la característica de que no se trata de la extensión de la cosa juzgada a la nueva relación planteada; porque cuando el juez afirma o niega la deuda principal, es evidente que nada prejuzga sobre la relación de fianza, ni sobre el derecho del acreedor sobre los bienes del deudor, con las cuales la relación constituida, modificada o declarada por la sentencia, guarda alguna conexión. Es simplemente que la eficacia natural de la sentencia, como justamente diría Tullio Liebman, alcanza o se refleja en personas diferentes de las que litigaron o trasciende a objetos diversos

(véase Sistema de Derecho Procesal Civil, tomo I, Págs. 343-346, de Cornelutti). En efecto, la eficacia natural del juzgamiento no sólo puede trascender o reflejarse en una relación jurídica distinta de la juzgada; pero relativa a las mismas partes, sino también puede reflejarse respecto de una relación correspondiente a terceros extraños al juicio.

Refiriéndose Ramón Palacios, a esta cuestión, con ese fino sentido de observación que le caracteriza, expresa que "esa liga inescindible entre las relaciones jurídicas, determinada por el derecho substancial, ofrece el fenómeno de que juzgada la relación que aparece formando parte, como presupuesto o premisa de la relación condicionada, influye, se refleja, produce efectos en ésta, de modo positivo o de modo negativo, siempre reflejamente". Y repitiendo a Allorio, agrega que: "la fuerza del juzgamiento se expande, agita y comunica a otras relaciones jurídicas distintas de las que fué objeto del litigio, precisamente porque la sentencia funciona a la manera del precepto de derecho substancial... decide otra relación jurídica, y va más allá de las fronteras naturales del pronunciamiento con autoridad de cosa juzgada, sean las relaciones condicionadas de las mismas partes o de terceros". (La Cosa Juzgada, Págs. 233-234).

Verbigracia, la sentencia que decreta el divorcio, de hecho, puede perjudicar a terceros que no litigaron; pero sólo los cónyuges pueden intervenir en el proceso, en cuanto que sólo ellos estarían legitimados para hacerlo y porque sólo ellos tienen interés jurídico. La legitimación ad causam para reclamar la legitimación del hijo concebido durante el matrimonio, corresponde exclusivamente al padre y, sin embargo, la sentencia que recaiga producirá perjuicios de hecho a terceros que no litigaron; porque, por ejemplo, puede disminuirse la herencia de los otros hijos de ese padre (artículo 345 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales). Según el artículo 242 del mismo Ordenamiento, se encuentran legitimados para demandar cierta clase de nulidad de matrimonio (la nulidad que dimana del parentesco por afini-

dad en línea recta, no dispensado), los cónyuges, sus ascendientes y el Ministerio Público, si bien los herederos pueden continuar la acción de nulidad del consorte a quien heredan (artículo 251). Sin embargo, la sentencia ejecutoria que recaiga puede causar perjuicio de hecho a terceros que no litigaron; porque puede variar, verbigracia, la situación jurídica de los hijos, en cuanto que, de acuerdo con el artículo 259 del citado Código Civil, deben quedar al lado del padre los hijos varones mayores de cinco años, y al lado de la madre, las hijas mayores de esa edad. Es un perjuicio derivado de la subordinación de la situación de los hijos a la de sus progenitores. Y puede claramente apreciarse que, como lo observa Carnelutti, es conforme al derecho substancial —no conforme al derecho procesal—, que se opera la eficacia refleja o natural (como diría Liebman) del juzgamiento. Se regula dicha eficacia según las normas substantivas que rigen las relaciones jurídicas singulares, que establecen el grado de su interdependencia.

Pero es obvio que, de acuerdo con nuestros textos constitucionales, en todo caso de eficacia natural de la sentencia o de efectos reflejos de la misma, el juzgador deberá guardarse muy bien, al realizar su aplicación, de no transgredir la garantía individual pública de previa audiencia. Lo que quiere decir que, esa aplicación que debe hacerse conforme a las leyes substantivas, necesariamente ha de coordinarse o conciliarse con el respeto en el grado más alto de dicha garantía, que, conforme a la tesis del invocado autor (Tullio Liebman, llega al propio resultado), en todo caso servirá de correctivo indispensable del fallo que, "en tanto puede extenderse (en forma refleja) a quien no fué parte, en cuanto tenga éste el medio de reaccionar contra la posible injusticia del perjuicio que de él se le siga"; porque, como dice el propio distinguido jurista, la cosa juzgada frente a los terceros es menor que frente a las partes (nosotros diríamos que a los terceros no alcanza la autoridad de la cosa juzgada, sino sólo la eficacia

natural o simple eficacia refleja de la sentencia), esto es, es menor frente a los terceros titulares de una litis en conexión con la litis juzgada, y porque "la cosa juzgada es intangible, salvo dos casos: que se haya construido sobre el dolo... o bien *sin la intervención de todos los que pueden ser perjudicados por ella...*" (véase, de Carnelutti, su estudio Eficacia, Autoridad e Inmutabilidad de la Sentencia).

Por consiguiente, como decía al principiar este capítulo, no puede haber duda de que existen múltiples situaciones en las que, a pesar de que no se podría oponer la excepción de cosa juzgada, en cuanto que, como se vió, no se cumple el requisito de la identidad de los juicios, sin embargo, sería imposible negar la influencia refleja que ejerce la sentencia anterior firme, sobre la que de nuevo habrá de pronunciarse (véase también, de José A. Arlás, la Cosa Juzgada Penal y su Eficacia sobre la Materia Civil, Ed. Montevideo de 1950, Págs. 59-62).

Considerándolo oportuno, deseo expresar que, en mi carácter de Secretario de Estudio y Cuenta de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, estudié un caso que me parece interesante, del cual presenté proyecto de resolución a mi maestro, el señor Ministro don Gabriel García Rojas; proyecto que, puesto a discusión posteriormente entre los señores Ministros, fué aprobado sin modificaciones substanciales. Se refiere al amparo número 9815/50, promovido por Adolfo Hernández, contra actos del Juez Décimo Menor de la ciudad de México, por violación de los artículos 14 y 16 de la Constitución de la República. El problema es el siguiente:

Una persona "X" demanda ante un juez la rescisión de un contrato de arrendamiento de una casa habitación, con base en que el inquilino había variado el destino que de la misma se había estipulado; pero ese contrato de arrendamiento ya había sido declarado terminado por sentencia anterior de otro juez, con base en motivo diferente.

Por considerarlo interesante, enseguida transcribiré lo más importante de mi proyecto aludido, en el que se examina la influencia que puede tener una ejecutoria sobre otra, no obstante no producirse la excepción de cosa juzgada:

"Aunque es verdad que no se está en presencia de la cosa juzgada... porque no existe identidad de pleitos... debe examinarse la influencia que debe tener esta última resolución en la solución del juicio que motiva este amparo.

"Ya se veía que la sentencia de dieciseis de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve, dictada por el C. Juez Sexto Menor, declara no probada la acción, *por admitir que el contrato base de la misma había dejado de estar en vigor por cuanto que las partes contratantes lo habían dado por terminado.*

"Entonces, para fijar el alcance del resolutivo aludido, se hace necesario, de acuerdo con lo antes expresado, acudir a la motivación de la sentencia, y se llega a la conclusión de que esa sentencia, implicitamente, declara o reconoce la terminación del contrato de arrendamiento de que se trata; declaración o reconocimiento de la que no se podía desentender la resolución reclamada en el amparo, supuesta la fuerza definitiva y firme de la sentencia en que el repetido reconocimiento se contiene.

"Equivale, pues, la sentencia del C. Juez Sexto Menor de esta Capital... a una sentencia declarativa, a una sentencia que declara inexistente, por haber terminado, el contrato de arrendamiento de que se trata... con lo cual ha hecho desaparecer toda duda o incertidumbre respecto a la falta de vigencia del propio contrato, con relación a las partes que intervinieron en el juicio.

"Por consiguiente, la resolución reclamada en el juicio constitucional, se ajusta a la ley al reconocer a la sentencia anterior... el valor de tener como terminado y por eso ya inexistente el contrato de arrendamiento a que se refiere el quejoso, y al declarar no probada la acción, por cuanto que, demandándose la rescisión del propio contrato, la autoridad responsable no podía proceder

a declarar rescindido lo que, por haber terminado, carecía de existencia jurídica.

"Supóngase que una ejecutoria declara la nulidad de un matrimonio, y que posteriormente, en nuevo juicio, se demanda, por uno de los cónyuges, el divorcio del matrimonio ya nulificado. Evidentemente no hay cosa juzgada, porque no habría identidad de pleitos; pero no se podría negar la influencia decisiva de la primera sentencia sobre la segunda. Para que exista divorcio, es necesario que haya matrimonio, y no lo hay ya si el mismo ha sido nulificado. No podría probarse, entonces, un elemento esencial de la acción: la vigencia del matrimonio.

"Situación semejante se presenta en la especie. La sentencia ejecutoria anterior, reconoce la actual inexistencia del contrato de arrendamiento, y en eso apoya la absolución del demandado. La nueva sentencia dictada por la autoridad señalada como responsable, no podría desconocer el valor probatorio pleno de esa ejecutoria y, por tanto, debiendo reconocer la falta de vigencia del repetido contrato de arrendamiento, sólo le quedaba concluir en el sentido de que la actora no había probado un elemento esencial de la acción, esto es, la existencia actual del arrendamiento cuya rescisión se reclamaba..."

En casos como estos a que se refiere la parte transcrita de mi proyecto de resolución, resulta verdaderamente determinante la influencia de una ejecutoria civil en la nueva sentencia, no obstante no integrarse la excepción de cosa juzgada en el sistema de nuestra ley actual.

Relaciones e influencias entre dos sentencias con autoridad de cosa juzgada.—Puede acontecer que, seguidos en forma independiente dos procesos no idénticos (en cuanto a los sujetos, objeto y causa de uno y otro) que son resueltos por sentencias que alcanzan la autoridad de la cosa juzgada, exista entre ellas, sin embargo, cierta innegable influencia por repercusión. Me parece interesante, al respecto, señalar estas situaciones:

1a.—La primera sentencia resuelve, en un primer caso, sobre el presupuesto causal de la relación jurídica planteada en la segunda; en tanto que resuelve el segundo fallo sobre una relación jurídica derivada del aludido presupuesto. Ejemplo: la primera sentencia decide que el matrimonio entre "A" y "B" es nulo, y después, en el segundo fallo, se decreta el divorcio del matrimonio celebrado entre las propias personas. Pero puede también presentarse un segundo caso, que es el inverso del anterior, en que la primera sentencia resuelve sobre la relación jurídica que deriva del presupuesto causal; en tanto que la segunda decide el presupuesto causal del cual deriva aquella relación. Ejemplo: la primera sentencia determina que "C" se encuentra obligado a pagar una pensión alimenticia a su hijo "D"; pero posteriormente la segunda sentencia resuelve que "D" no es hijo de "C". ¿Cuál de ambas sentencias debe prevalecer en uno y otro caso de esta primera situación?

Ya decíamos con anterioridad que la solución, en cuanto al grado de interdependencia de una sentencia respecto de la otra, ha de buscarse conforme a las normas del derecho substantivo.

Pues bien, siguiendo el método explicado concerniente a la eficacia refleja de la sentencia, si en el primer caso se resolvió primero la nulidad del matrimonio, de manera que por virtud de dicha nulidad, el matrimonio quedó disuelto (ya no hay matrimonio), resulta evidente que no queda lugar para que la segunda sentencia (la que decretó el divorcio), conceda un divorcio respecto de un matrimonio inexistente; es decir, teniendo en consideración que para que pueda haber divorcio necesita haber matrimonio, si éste quedó insubsistente por una sentencia anterior, será este fallo, conforme al derecho civil y al dictado da la naturaleza de las cosas, el que prevalezca, de la misma manera que, conforme al derecho civil y al dictado de la naturaleza de las cosas, prevalecería la venta que primero hiciera de una cosa de mi propiedad, respecto de la pretendida transmisión del dominio de la misma cosa

que ya no es mía que después vendiera a otro. Y en el segundo caso, si la obligación de pagar alimentos descansa, en la primera sentencia, en el presupuesto causal de ser la parte condenada a pagarlos el padre del menor que los obtuvo, y si la segunda sentencia resuelve que ese menor es hijo de otro padre, resulta incuestionable que, entonces, también por la naturaleza de las cosas y conforme al derecho material, prevalecerá el segundo fallo sobre el primero, puesto que, en efecto, el derecho civil impone el deber al padre de dar alimentos a sus hijos; pero no a los hijos de otro.

2a.—Las dos sentencias, la primera y la segunda, atacan el presupuesto causal de la relación desde dos ángulos diferentes; pero tocando ambas la propia relación. Dos casos comprende también esta diversa situación:

Primer caso.—Una y otra sentencias son contradictorias. Ejemplo: en el primer juicio de que se ocupó la primera sentencia, se condenó al cumplimiento del contrato y a la entrega de la cosa vendida; en tanto que en el segundo fallo, con base en la propia causa de pedir, se rescindió la compraventa y se condenó al vendedor al pago de los daños y perjuicios compensatorios ocasionados por el incumplimiento. Son sentencias evidentemente contradictorias. En efecto, conforme al derecho substantivo, no se puede acumular al cumplimiento del contrato, la resolución del propio contrato; de igual manera que resulta inacumulable dicho cumplimiento con el pago de los daños y perjuicios compensatorios; porque esto último equivaldría a un doble pago. ¿Cuál de ambas sentencias debe entonces prevalecer?

Desde luego debe partirse de la base de que no han de cumplirse ambas: no las que decretan el cumplimiento del contrato y su rescisión, porque conforme al derecho esto es imposible, y tampoco acumulando el cumplimiento al pago de los daños y perjuicios compensatorios, porque sería violar el principio de que nadie debe enriquecerse ilegítimamente a costa de otro, y porque, lo contrario

de lo propuesto, en uno y otro caso equivaldría a ver en las formas procesales el método para frustrar, como Schönke diría, el derecho material, en vez de ver en dichas formas el camino para la pronta realización de ese derecho y de la justicia.

Si una de ambas sentencias debe prevalecer, me parece que la solución debe ser ésta: también aquí, conforme al derecho substantivo, debe preponderar o prevalecer el segundo fallo sobre el primero, porque rescindido el contrato, resulta imposible, conforme al derecho substancial, que aquél, el mismo contrato, pueda cumplirse.

Segundo caso.—No existe contradicción entre una y otra sentencia y el cumplimiento de ambas puede acumularse. Ejemplo: en la primera sentencia se condenó al cumplimiento de los daños y perjuicios moratorios derivados del incumplimiento de una obligación distinta de una deuda de dinero; en tanto que en la segunda se condenó al pago de los daños y perjuicios compensatorios derivados del propio incumplimiento. Como en este caso no existe contradicción de las sentencias, valen ambos fallos y los dos deben cumplirse, en cuanto que ambos créditos se debían y eran exigibles. No hay aquí violación de ninguna norma de derecho substantivo, sino su cumplimiento.

2. EL CASO DE LOS CAUSAHABIENTES.—Ya se vió que el artículo 422 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales, en su último párrafo, establece que hay identidad de personas, siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior o estén unidos a ellos por solidaridad o indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigirlos u obligación de satisfacerlos.

3. EL CAUSAHABIENTE EN EL DERECHO ROMANO.—En el derecho romano, Papiniano —Cuestiones, libro XXVII—, dice: “La excepción de cosa juzgada perjudicará al que sucedió en el dominio del que litigó”. (Digesto, Libro 44, Título 2-28).

Se acepta, pues, en el derecho romano, el principio de que la cosa juzgada del litigio en que el causante fué parte, perjudica al causahabiente, estableciéndose una identificación jurídica del segundo, en la persona del primero (Tratado de las Pruebas de Ricci, traducción de Adolfo Buylla, tomo II, Pág. 464).

4. El CAUSAHABIENTE EN LAS LEYES DE PARTIDA Y EN EL DERECHO MODERNO. TESIS QUE SE ACEPTA.—Las leyes de Partida permitieron también la sucesión en la relación litigiosa, de manera que la sentencia que se dictara en el proceso entre las partes originarias, producía efectos contra terceros. Pudieron, así, comprarse y cederse los créditos litigiosos; pero alcanzando la autoridad de la cosa juzgada tanto a los vendedores, como a sus herederos, compradores y cesionarios.

En efecto, la ley XXI, de la Partida 3a., tít. XXII, que se refiere a “quando el Juyzio que es dado entre algunos puede aprovechar a otros”, establece, en lo conducente:

“Seyendo contienda entre algunos, en razón de cafa, o de viña, o de otra cofa cierta cualquier, si juyzio fuere dado sobre ella, non tan folamente se apruechara del, aquel que vence el pleyto, mas aún fus herederos; o aquellos a quien paffaffe el feñorio de la cofa sobre que es dado el juyzio, asfi como por manda, o por compra, o donadio, o por cambio, o por otra razón derecha. Otrofi dezimos, que non tan solamente este juyzio empece a aquel contra quien fue dado, mas aun a fus herederos, e a todos los otros que en fu boz lo demandaffen...”

Es claro que el derecho moderno con mayor razón permite comprar y ceder los créditos litigiosos, dado el aumento creciente de la necesidad de la libertad del comercio jurídico de que se hacía referencia. La sentencia obliga actualmente con mayor claridad no sólo a los vendedores, sino también a sus herederos, compradores y cesionarios, pues considera, como lo hace nuestra ley positiva, que existe identidad de personas, cuando los litigantes del segundo pleito son causahabientes de las partes del juicio anterior.

Con relación a este problema, Ricci (Tratado de las Pruebas, tomo II, páginas 455 y siguientes), afirma que la cosa juzgada sólo surte efectos con respecto a aquellas personas que han tomado parte en el litigio, y no respecto de los terceros que han permanecido ajenos al mismo.

Sostiene que los sucesores a título universal del de *cujus*, contra quien se hubiere dictado sentencia, se consideran representados en ese juicio por el aludido autor de la sucesión, porque cuanto que éste se prolonga en sus herederos, continuando en éstos la persona misma del de *cujus*, de modo que tratándose de la misma persona, los ha representado en el juicio en que fué parte.

Igual principio aplica el señalado autor para las sucesiones a título singular, pues manifiesta que no puede haber duda de que el vendedor y el cedente representan al comprador y al cesionario en los juicios en los que los primeros son partes; razón por la cual, la autoridad de la cosa juzgada de las sentencias dictadas respecto de los primeros, aprovecha y perjudica también a los compradores y cesionarios.

Hace referencia a una interesante sentencia del Tribunal Supremo de Turín, en donde se sostiene que hay identidad de personas, para que la cosa juzgada sea oponible, en los casos en que dos o más personas se encuentran unidas por relaciones jurídicas por virtud de las cuales se representan las unas a las otras; pero

atendiendo, más que al sentido material, al sentido jurídico, esto es, lo que importa no es precisamente la identidad física de los contendientes, sino su identificación atendiendo a su calidad jurídica.

Se dice en la resolución que, en las relaciones jurídicas que median entre el autor y su causahabiente, se considera que, en el litigio, el causahabiente está representado por su causante, y que las razones invocadas por el autor a favor del derecho que pretende, se entienden invocadas igualmente a favor de su sucesor particular; por lo que a éste se le considera como si hubiera intervenido como parte en la persona de su causante, siguiéndose de allí que, si lo promovido, alegado y probado por éste, aprovecha y perjudica a su causahabiente, a ambos es oponible la excepción de cosa juzgada, así como que ambos pueden invocarla; efecto que no es sino el resultado de la condición del causahabiente, en virtud de la cual se considera que participa de la misma calidad jurídica del autor, con relación a la cosa particular que le ha sido transmitida.

Transcribe también Ricci, parte de otra interesante ejecutoria del Tribunal de apelación de Bolonia, en la que se sostiene el mismo punto de vista, y que, en lo que tiene de más interesante, se copia en seguida:

"Que respecto de varias acciones y circunstancias dadas, se consideran representantes de los causahabientes y de los sucesores a título singular, en las sentencias pronunciadas contra sus autores.

"Que una de las circunstancias en que se verifica tal jurídica representación respecto de los mencionados causahabientes y sucesores, ocurre cuando los títulos de adquisición son posteriores al juicio instruido contra el vendedor. Y se comprende: basta que se halle entablado el juicio y verificado el litigio... para que la cosa que es objeto de la contienda sea litigiosa, y como tal, quede ligada a las resultas del juicio mismo. Así, pues, si el propietario la enajena, no puede transmitirla al adquirente más que en el estado

y condición jurídica en que se encuentra; esto es, ligada al resultado del litigio, no siéndole dado hacerlo con derecho mejor, pues no lo tiene; y por su parte el adquirente adquiere la cosa litigiosa, y como no puede desconocer el hecho de su autor, se somete por modo necesario a todas las condiciones del antedicho contrato.

"Constreñido así el vendedor a permaner en juicio hasta su término, siguese que viene virtualmente, en cuanto a la *re alienata* y pendiente de litigio, a representar también al adquirente mismo, y la sentencia, que por su naturaleza es declarativa y no atributiva del derecho litigioso, y reobra por sus efectos al día de la demanda judicial, ya sea favorable, ya contraria al vendedor autor, no puede menos de tener fuerza y autoridad de cosa juzgada también respecto del representado, esto es, del causahabiente, identificándose jurídicamente en el primero la persona del segundo, *ratione rei litigiosae*. *Tal es la doctrina romana...* (la ejecutoria cita, en este punto, la opinión con antelación transcrita de Papi-niano). Tal es también la doctrina sostenida por los más distinguidos escritores de derecho, y apoyada además por la jurisprudencia..."

También nuestra H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, sustenta la tesis de que, si bien es exacto que la cosa juzgada se extiende a los causahabientes de los que litigaron, esto es así sólo cuando se trata de causahabientes posteriores a la iniciación del proceso, no cuando se trata de causahabientes anteriores (queja 614/943, promovida por Romero Xochicale Juan, resuelta el 26 de enero de 1944, y siguientes ejecutorias: de 14 de julio de 1938, en la revisión 2088/937, interpuesta por Cagigal de Riva Victoria; la que recayó en la diversa revisión 3087/931, relativa al amparo pedido por Alba Aniceto P., publicada en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XXXVI, Pág. 473, y por último, la de 23 de noviembre de 1955, dictada en el amparo directo 3735/54, promovido por la sucesión testamentaria de Capistrán Miguel).

Con relación a la misma cuestión, el maestro Eduardo Pallares, interpretando nuestro texto legal, sostiene la siguiente opinión:

"Más difícil es saber qué debe hacerse en los casos en que el bien litigioso ha pasado a ser propiedad de tercero durante el juicio. De acuerdo con la teoría de la cosa juzgada, la sentencia ejecutoria sólo surte efectos contra los que han litigado, pero se considera que han litigado en un juicio los causahabientes de las partes, de acuerdo con lo que dispone el artículo 422 que dice: "Se entiende que hay identidad de personas, siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior..." Este precepto tiene aplicación en el caso, porque el comprador es causahabiente del vendedor; por lo tanto, si el vendedor ha litigado y ha sido condenado en el juicio de reivindicación, la sentencia pronunciada contra éste, tiene la autoridad de la cosa juzgada contra aquél, lo cual no debe interpretarse en el sentido de que dicha sentencia se haga efectiva contra el adquirente en el mismo juicio reivindicatorio. Es necesario promover nuevo juicio que tendrá fundamento en una sentencia ejecutoria y que será ejecutivo. La ejecutoria no podrá hacerse efectiva en el juicio donde se pronunció, por dos motivos: 1.—Porque se violaría la garantía de previa audiencia judicial, ya que el comprador de la cosa no fué oído y vencido en ese juicio; 2.—Porque el artículo 422 que da fuerza de cosa juzgada contra el adquirente, a la sentencia pronunciada contra el vendedor, supone la existencia de dos juicios y no de uno sólo, resolviendo que la presunción de cosa juzgada tiene efectos en el segundo juicio contra el causahabiente cuando el causante ha sido parte en el primero".

Luego agrega el maestro Pallares, que, para que la sentencia produzca efectos contra el tercer adquirente, es menester, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 3002 del Código Civil, que dicha sentencia se inscriba en el Registro Público de la Propiedad, puesto que, conforme a ese precepto, deben inscribirse las resoluciones judiciales por las cuales se adquiera, transmita, grave o extinga el

dominio de los bienes inmuebles (véase su Tratado de las Acciones Civiles, Pág. 194-195).

Pues bien, inspirándose nuestro Código Civil de 1884, del Distrito y Territorios Federales, en las expresadas ideas de representación y siguiendo particularmente el sistema del Código Civil anterior de 1870, a su vez inspirado en el Código de Napoleón, en el italiano, en el portugués y en el proyecto de García Goyena, establece:

“Art. 3227.—Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones, que no se extinguieren por la muerte”.

“Art. 3230.—*El heredero representa a la persona del autor de la herencia*”.

“Art. 3231.—Si el testador distribuye parte de sus bienes en legados, sin disponer del resto, es *representante del difunto el heredero legítimo*”.

“Art. 3232.—Cuando toda la herencia se distribuyere en legados, los legatarios serán considerados como herederos, y *bajo ese carácter serán representantes del testador*”.

“Art. 3235.—La propiedad y la posesión legal de los bienes, y los derechos y las obligaciones del autor de la herencia, se transmiten por la muerte de éste a sus herederos, en los términos establecidos en el presente libro”.

“La representación hereditaria —dice Jorge Giorgi—, es el título y el fundamento de la transmisión universal de los créditos y las deudas del difunto a su sucesor”. Más adelante agrega: “Poner en duda que el sucesor a título universal representa al difunto en todas sus obligaciones (*in activis atque in passivis*); que el sucesor *in universum ius, quod difunctus habuit*, es considerado, por ficción legal, como si fuese la persona misma del difunto, *personam eius sustinet*, como si fuese el acreedor y deudor originario tenido también al pago de las deudas... que por el contrario, el sucesor a título singular, legatario, no representa jamás la persona del

muerto, ni por regla general adquiere o asume las obligaciones de éste, sería echar abajo los principios jurídicos imperantes entre nosotros desde hace más de veinte siglos". (Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno, Ed. española de 1911, tomo VI, Págs. 379 y 380).

En los códigos civiles abrogados, pues, por virtud de la representación que la ley otorga al sucesor universal, y por una ficción legal, como dice Giorgi, se considera al heredero como si fuese la persona misma del autor de la sucesión y como si fuese el acreedor y deudor originario, tenido también al pago de las deudas hasta donde alcance la porción hereditaria.

Comentando don Manuel Mateos Alarcón, los preceptos del Código Civil de 1870, correspondientes a los con anterioridad transcritos, dice: "Del principio sancionado por el artículo 3372 del Código Civil, según el cual la propiedad y la posesión de los bienes y los derechos y obligaciones del autor de la herencia se transmiten por la muerte de éste a sus herederos, se infiere necesariamente esta consecuencia, *luego los herederos representan al autor de la herencia...* Resumiendo lo expuesto, resulta que, según el Código Civil, representa al testador, el heredero testamentario, el legítimo, y a falta de ellos, cuando aquel distribuye toda la herencia en legados, los legatarios, a quienes la ley estima en tal caso como herederos". (Estudios sobre el Código Civil, tomo VI, páginas 6 y 7).

Pues bien, haciendo extensiva la tesis de la representación (invirtiendo los términos) a todo causante, Ricci sostiene que la cosa juzgada alcanza a los causahabientes de las partes que contendieron en el pleito anterior; porque aquellos fueron representados en el juicio por su causante que litigó.

Pero es falsa la tesis de que el causahabiente se halle representado en el juicio por su causante; porque apreciándose que se trata de la misma explicación, sólo que en términos invertidos, conforme a la cual se dice que el causahabiente representa a su causante, verbigracia, el heredero al autor de la sucesión (se estima que

se opera una prolongación del autor en sus herederos y que en éstos continúa la persona misma del de *cujus*), lo cierto es que en los Códigos Civiles de 1870 y de 1884, la tesis de que se trata no podría ser válida para todos los casos, desde el momento en que los legatarios, siendo indiscutiblemente causahabientes del de *cujus*, sin embargo, la ley les niega que sean su representante, en cuanto que concede dicha representación al heredero legítimo (artículos 3368 del Código Civil de 1870 y 3231 del Código Civil de 1884, ambos del Distrito y Territorios Federales), salvo que toda la herencia se distribuya en legados, en cuyo caso los legatarios se consideran como herederos y bajo ese carácter la ley los considera representantes del testador (artículos 3232 y 3369, respectivamente de los Códigos Civiles de 1884 y 1870).

"Se abandona... también la ficción que emplearon los códigos del siglo pasado al declarar que el heredero es un representante del difunto y un continuador de la persona del difunto y, además, un representante del mismo... El heredero no es un continuador de la persona... porque la personalidad jurídica se extingue con la muerte... También existe una ficción al declarar que el heredero es un representante del difunto. La representación iurídica supone necesariamente la existencia del representante y del representado, y en la herencia, por virtud de la muerte, el representado ha dejado de existir... no puede haber representación sin representado... De tal manera que no es la personalidad del difunto la que continúa... sino que es una personalidad nueva, la del heredero, que como causahabiente a título universal, tiene ya directamente en su patrimonio todo el conjunto de derechos y de obligaciones que fueron del difunto y que por su naturaleza no se extinguieron con su muerte... Y también este mismo concepto de heredero como causahabiente a título universal, constituye la forma jurídica correcta de explicar, sin recurrir a ficciones, por qué en el momento de la muerte todos aquellos derechos reales y personales no quedan sin sujeto. Asimismo nos explica que el sujeto que continúa esos derechos rea-

les y personales no es un representante del difunto, sino un titular en su propio nombre, que recibe la universalidad que constituye la herencia, para convertirse, a partir del momento de la muerte, en sujeto activo o pasivo de las relaciones patrimoniales de carácter real o personal del autor de la sucesión". (Sucesión Legítima, de Rafael Rojina Villegas, Ed. Jus de 1945, Págs. 19-20).

Continuando este mismo orden de ideas, puede afirmarse que es falso que los causahabientes se hallen representados, verbigracia, por el autor de la sucesión contra quien, en vida, se hubiere dictado sentencia; porque resulta a todas luces claro que éste no podía representar a herederos que aún no existían con tal carácter, sino que existieron hasta el fallecimiento del causante; porque la representación jurídica supone necesariamente la coexistencia del representante y del representado, y porque habiéndose tramitado el primer juicio en vida del causante (éste como parte), es obvio que entonces no podía haber representado, esto es, no podía haber causahabiente heredero a quien representar, en cuanto que la calidad de heredero nace con la muerte del de cujus.

Por consiguiente, es notoriamente falsa la tesis de que la autoridad de la cosa juzgada alcance al causahabiente, en virtud de que éste haya estado representado en el juicio por su causante. Luego, no estando el causahabiente representado por su causante, debe admitirse, por el contrario de lo que opina la tesis de la representación, que dicho causahabiente no fué parte litigante en el juicio seguido por o en contra de su causante.

Y dirigiendo ahora particularmente mis referencias a la interesante opinión de mi maestro don Eduardo Pallares, considero que es verdad que la excepción de cosa juzgada sólo puede funcionar sobre la base de que existan dos juicios: uno, en el que se haya dictado sentencia de fondo, sentencia que haya alcanzado la autoridad de la cosa juzgada, por volverse inimpugnable, esto es, por haber alcanzado en el proceso mismo por virtud de la preclusión, la autoridad de la cosa juzgada, y el otro, en el que se promueva el mismo

juicio, por las mismas partes y en el que la parte demandada haga valer la excepción de cosa juzgada, es decir, en el que haga valer la cualidad de inimpugnabilidad de la sentencia dictada en el juicio anterior; pero basta lo expresado, para entender que la cosa juzgada puede existir y existe de hecho aunque la misma no se haga valer en otro juicio como excepción, si bien es ésta la forma en que funciona normalmente, dado que, como se ha visto con toda amplitud, la cualidad de inmutabilidad de la sentencia es lo que constituye la cosa juzgada.

Véjamos con anterioridad que la cosa juzgada sólo tiene eficacia respecto a las partes que litigaron. Todos los efectos de la sentencia se consideran definitivos, inmutables, sólo respecto de las partes. Y si esto es así, me parece contradictorio que aceptando el maestro Pallares, la extensión de la autoridad de la cosa juzgada a los causahabientes (por estimar —conforme a la identificación que establece el último párrafo del Art. 422 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales—, que dichos causahabientes litigaron en el proceso), sostenga, sin embargo, que lo decidido entre los que litigaron —se incluye al causahabiente—, no pueda ejecutarse entre las mismas partes litigantes en el juicio, es decir, que la cosa juzgada no se pueda ejecutar en contra del causahabiente por no haber sido oído ni vencido en dicho procedimiento. En efecto, si mi maestro considera que el causahabiente fué parte litigante en el pleito —precisamente por aceptar la identificación de que se habla—, es indiscutible que entonces no podría existir el impedimento que señala para que en su contra (en contra de dicho causahabiente), se ejecute la sentencia en el propio proceso. No podría haber, partiendo de la base equivocada de la identificación de personas de que él parte, la violación de la garantía constitucional de previa audiencia a que alude, puesto que evidentemente es imposible hablar de que el causahabiente queda inaudito, si se identifica a éste en la persona del causante que litigó.

Refiriéndose Cornelutti, al caso que se estudia, dice: "Finja-

mos también el caso del sucesor en la relación litigiosa, que es el caso que tomé como punto de partida; para la adquisición derivativa de la propiedad, la existencia del derecho del actor es una condición para que exista el derecho respecto del sucesor: *no hay que dejarse descarriar aquí por el concepto de la sucesión al extremo de pensar que la relación del autor sea idéntica a la del sucesor, es decir, que se trate de una sola relación; es idéntica en el contenido, pero es diversa en su compleja individualidad, ya que cambia uno de los términos, que es el sujeto: en realidad se trata de dos relaciones: una de las cuales (la relación del autor) constituye uno de los presupuestos de la otra (la relación del sucesor);* también aquí, pues, la llamada participación del tercero en la relación litigiosa y la influencia de la cosa juzgada respecto de él se explican exactamente como un fenómeno de repercusión..." (tomado de su estudio Eficacia Directa y Eficacia Refleja de la Cosa Juzgada). Expresado en otros términos, Cornelutti sostiene que la sentencia contra el causante, vale por repercusión contra el causahabiente, a semejanza de como la muerte del feto se origina como consecuencia de la muerte de la madre.

Creemos, en efecto, que al vender el demandado la cosa litigiosa que por sentencia firme debía entregar al actor, es evidente que ha de enajenarla precisamente en el estado y condición jurídica en que se encuentra, es decir, como cosa sujeta al resultado del juicio. Quiere decir que puede transmitir lo que tiene, no lo que no tiene, y si el derecho se encuentra sujeto al resultado de un pleito, sólo sujeto a ese resultado puede enajenarlo. El comprador no puede adquirir más de lo que el vendedor tenía. Resulta entonces que lo resuelto en contra o a favor del vendedor, produce toda su natural eficacia (como diría Liebman), en perjuicio o en beneficio del comprador, no por virtud de una representación o de una identificación de personas que en la realidad no existen, sino por repercusión, según el decir de Cornelutti. Más exactamente, no porque exista la autoridad de la cosa juzgada con eficacia en contra

del comprador que no fué parte en el juicio (si ésta se le hiciera extensiva indiscutiblemente se violaría en su contra la garantía de previa audiencia), sino porque, como quedó extensamente explicado con anterioridad, la eficacia general simplemente potencial de la sentencia, repercute o se produce, además de en las partes del litigio, *en todos los demás sujetos de relaciones conexas con el objeto de la decisión*, esto es, en el causahabiente en el caso que se estudia.

Pero si se tiene en consideración que, como antes se decía, en tanto puede extenderse la eficacia natural o refleja de la sentencia en quien no fué parte en el litigio, en cuanto que ésta tenga la manera de reclamar la posible injusticia del perjuicio que se le siga, para lo cual debe encontrarse provisto de interés jurídico, y si se tiene en cuenta que el juez debe vigilar celosamente la observancia del principio de previa audiencia, es claro que se justifica la proposición del maestro Pallares, que, si bien es contradictoria con su propia tesis, no lo es con la que se sostiene en este trabajo; se justifica su proposición, repito, en el sentido de que la sentencia inimpugnable dictada contra el causante, deberá hacerse efectiva en contra de su causahabiente, no en el mismo juicio en que aquella se pronunció, sino en otro distinto que tendrá fundamento en una sentencia ejecutoria y que será ejecutivo; medida que pone de relieve el respeto del derecho de ser oido de dicho causahabiente, al mismo tiempo que el reconocimiento y respeto de la eficacia por repercusión de la sentencia.

5. EL CASO DE LA SUBSTITUCIÓN PROCESAL.—Con relación igualmente a los límites subjetivos de la cosa juzgada y respecto asimismo a la eficacia refleja de la sentencia, considero pertinente examinar la interesante cuestión de la substitución procesal o ac-

ción oblicua de que se ocupa el artículo 29 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales, que expresa: "Ninguna acción puede ejercitarse sino por aquel a quien compete o por su representante legítimo. No obstante eso, el acreedor puede ejercitar las acciones que competen a su deudor cuando consta el crédito en título ejecutivo y, excitado para deducirla, desciende hacerlo. El tercero demandado puede paralizar la acción pagando al demandante el monto de su crédito. —Las acciones derivadas de derechos inherentes a la persona del deudor nunca se ejercitarán por el acreedor.—Los acreedores que acepten la herencia que corresponda a su deudor ejercitarán las acciones pertenecientes a éste, en los términos en que el Código Civil lo permita".

En principio, como es sabido, el derecho sólo puede ejercitarse por su titular; pero de esta regla se exceptúan los casos de sustitución procesal, en que la pretensión se ejerce por persona distinta del titular del derecho; pero sin que dicha persona proceda como su representante legal, sino a nombre propio (véanse los artículos 315, 329, 248, 1673, 1674 y 1675 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, que se refieren a claros ejemplos de sustitución procesal).

Planiol y Ripert, refiriéndose a la cuestión, opinan que la acción oblicua tiene caracteres propios, y que la jurisprudencia, con relación a dicha acción, ha ido tratando de conciliar dos intereses legales en oposición, esto es, trata de conciliar los intereses del deudor, dueño de sus negocios, con los intereses de su acreedor, a quien debe protegerse frente a la inactividad o descuido de su deudor.

Refiriéndose estos autores a la prenda general, manifiestan que los acreedores pueden ejercitar, *por su propio derecho*, las acciones que corresponden a su deudor, para obtener que vuelvan a su patrimonio (al patrimonio del deudor) los valores sobre los que van a obrar (tomado de la obra del maestro Pallares, *Cuestiones Procesales...* Págs. 108 y 109).

Chiovenda, refiriéndose al tema, manifiesta:

"*Substitución procesal.*—El sujeto particular de la relación procesal, no siempre es necesariamente el sujeto de la relación substancial deducida en el pleito. Así como en derecho privado hay casos en que se admite a algún sujeto al ejercicio en nombre propio de derechos ajenos, así otro puede comparecer en juicio *en nombre propio por un derecho ajeno*. Muchos de los casos que se incluyen en esta categoría, explicanse ordinariamente como casos de representación, pero aunque en ellos se produzcan algunos efectos análogos a la representación, no se trata de una auténtica representación, porque el representante procesal obra en nombre ajeno, de tal manera que, quien es parte en el pleito es verdaderamente el representado, *mientras que el substituto procesal obra en nombre propio y es parte en el pleito*; como tal, responde de los gastos del pleito y no puede ser testigo, etcétera..."

Enseguida el mismo autor aclara más su pensamiento, cuando expresa:

"5.—Los acreedores para la consecución de cuanto les es debido, pueden ejercitar las acciones del deudor, excepto aquellas que son exclusivamente inherentes a su persona. Los acreedores comparecen en juicio *en nombre propio por un derecho ajeno*. *El deudor no es parte en el pleito y si el acreedor que actúa*, pero según hemos visto, el deudor debe ser llamado al pleito. Es contrario a la realidad de las cosas ver en este caso, una representación ni tampoco se puede hablar de un mandato conferido por la ley al acreedor". (Véase del autor citado, Principios de Derecho Procesal Civil, tomo II, Págs. 27-31; véase también, de Ugo Rocco, su Derecho Procesal Civil, el Capítulo La Legitimación para obrar, Págs.. 174-181, traducción del licenciado Feijóo de J. Tena, y el Derecho Procesal Civil de Kisch, Págs. 108-110, traducción de L. Prieto Castro).

Mi maestro don Eduardo Pallares, en su Diccionario de Derecho Procesal Civil, 1a. edición, proporciona también una idea clara de la sustitución procesal, cuando dice:

"Substituto procesal.—La sustitución procesal tiene lugar cuando una persona, obrando en nombre propio, ejercita, sin embargo, una acción que pertenece a un tercero, u opone una excepción también ajena. —No sucede entonces como en los casos de los apoderados judiciales, representantes legales, gerentes, etc., en los que, si bien se ejercita una acción de otra persona, tal cosa se lleva a cabo en nombre y representación del titular de la acción". (Pág. 485).

Expuesto lo anterior, cabe interrogar: ¿Qué efectos produce la cosa juzgada en relación al substituto procesal y con relación al titular del derecho? ¿Vale como cosa juzgada para ambos? ¿Vale para el titular del derecho aunque no haya sido parte en el litigio?

A mi juicio, no siendo parte en la relación procesal el titular del derecho u obligación, en los casos de sustitución procesal (ejercicio de la acción oblicua), es evidente que, para dicho titular, la cosa juzgada no surte efectos y, por consiguiente, no puede ser invocada en su contra, ni el titular del derecho puede oponerla a su favor, atento al principio de que la autoridad de la cosa juzgada —que hemos visto se manifiesta como inmutabilidad de los efectos de la sentencia de fondo—, sólo aprovecha y perjudica a las personas de las partes litigantes; pero sin que lo expresado quiera decir que la sentencia (su eficacia natural o sus efectos reflejos de que antes se habló), no tenga influencia y eficacia respecto del sujeto propietario del derecho, en cuya sustitución se litiga (tercero extraño al juicio), toda vez que los efectos naturales de dicha sentencia (a que se refiere Tullio Liebman, en su libro tantas veces citado, Págs. 147-157), naturalmente habrán de producirse en la persona del titular del derecho y no en la persona del substituto procesal, parte en el pleito, que, aunque ha ejercitado la acción a nombre propio, lo ha hecho respecto de un derecho ajeno. De ahí que, fiel al

principio de que la cosa juzgada es *res inter alios acta*, la misma produce sus efectos sólo con relación a las partes litigantes y, por ende, con relación al substituto procesal y a su contraparte; pero no respecto del titular del derecho, se repite, por cuanto que no ha sido parte y en atención a que se violaría, en su contra, la garantía de audiencia, esto es, la garantía de ser oido y vencido en juicio.

El punto de vista que acabo de expresar lo sostuve a mi maestro Pallares en estudio que le presenté en su Curso Superior de Procesal Civil que, en mil novecientos cincuenta, nos impartió a sus alumnos del doctorado. Me complace encontrar que mi aludido maestro, en su Diccionario de Derecho Procesal Civil, editado dos años después, se inclina, si bien de manera no categórica, por el propio punto de vista, cuando expresa:

"Constitucionalidad de la sustitución procesal.—Es dudosa la constitucionalidad de esta institución porque con ella parece violarse el artículo 14 de nuestra ley fundamental. Exige éste que nadie puede ser privado de sus derechos, propiedades y posesiones sin ser antes oido y vencido en juicio, y es muy abundante la jurisprudencia de la Suprema Corte que confirma este principio llamado de la garantía de la previa audiencia. Como el sustituto no representa al sustituído, no se acata la disposición constitucional. Pienso que para evitar esa objeción debería ordenar la ley, que en el juicio en el que actúa el sustituto se cite al sustituído para que ejerçite debidamente sus derechos". (Pág. 486 y 487).

Comparto su opinión en el sentido de que la objeción de inconstitucionalidad de que se hace referencia, evidentemente desaparecería, si la ley ordenara que, en el juicio del substituto procesal, se llamara al substituido para que ejercitara sus derechos.

Me adhiero plenamente a la aguda opinión del maestro Pallares, cuando, explicando la naturaleza de la sustitución procesal, explica:

"El sustituto está legitimado en el proceso, pero no en la causa

que va a ser materia del juicio que entable conerta el deudor de su deudor. Tiene interés procesal en que este último sea pagado, pero no es acreedor del deudor de su deudor, porque no se ha subrogado en los derechos de éste en contra de aquél. Carece, pues, de interés material o sustancial en el litigio que existe entre los dos deudores. Por esta circunstancia, la denominación de acción subrogada, sólo procesalmente es verdadera, pero no desde el punto de vista del derecho substantivo, lo que se comprenderá con más facilidad si se examinan estas dos situaciones jurídicas diferentes: la del acreedor que se adjudica el crédito que su deudor tiene contra tercera persona, en cuyo caso hay subrogación substancial, y el del acreedor que sin adjudicarse el crédito ni adquirirlo en ninguna otra forma, ejerce la acción oblicua". (Obra citada, Pág. 486).

Cuando se ejerce la acción oblicua, me parece infundado que se sostenga —al menos es infundado en nuestro derecho—, que sea parte en el proceso el tercero sustituido; porque si bien es verdad que el juicio se dirige a dirimir la relación jurídica de este tercero, también lo es que, como dice Chiovenda, la relación se resuelve en el proceso sin ser parte el titular del derecho, en cuanto que se decide sin estar representado en el juicio, actuando el substituto procesal a nombre propio, para hacer efectivo ese derecho ajeno. Dice Cornelutti: "La verdad es que si el llamado tercero es el sujeto de la misma relación jurídica que se ha decidido, él es verdaderamente la parte (en sentido material, o sea el sujeto de la litis), y la cosa juzgada está hecha precisamente para él, y la llamada parte (en sentido formal, o sea el sujeto de la acción), no hace más que de instrumento para procurarle ese efecto". (Tomado de su estudio, Eficacia . . . de la Cosa Juzgada).

Para nosotros no puede ser parte del proceso la persona que no ha intervenido en el mismo, aunque sea el titular de la relación jurídica substancial decidida en el pleito. Es parte de la relación substancial y ésta es decidida en el juicio; pero no porque lo sea y no

tampoco porque su relación substancial haya sido resuelta, se le va a considerar parte en un juicio en que no ha intervenido ni directamente, ni por conducto de representante legítimo. El hecho de que el proceso se dirija a resolver el derecho del substituido, no transforma a éste en parte; porque nosotros entendemos por parte al sujeto jurídico que ha intervenido en el juicio, no al sujeto del litigio (entendido como sujeto de la relación substancial) en el sentido Carnelutiano, esto es, no al sujeto extraño al proceso, de quien, no obstante su ausencia, éste se ocupa para resolver su relación substancial.

Creemos que, aunque la relación substancial decidida con la intervención del substituto es la misma relación del substituido, desde el punto de vista procesal cambia en su complicada individualidad, porque por virtud de la subrogación de la pretensión, se substituye el acreedor a quien debía ser parte en el juicio, al titular del derecho; pero sin que se opere la subrogación del derecho substancial, al cual el substituto continúa siendo ajeno. De la misma manera que el substituto es ajeno o tercero en la relación substancial que en el pleito ha de resolverse, el titular de esa relación o deudor del substituto es ajeno o tercero en la relación procesal. El hecho de que el juicio se dirija a resolver ese litigio o relación substancial, no hace al titular de ésta parte en aquél; de igual manera que tampoco puede transformar en titular de la relación substancial, al substituto, por el hecho de que éste reclame ese derecho ajeno a nombre propio. Lo que pasa es que, en ocasiones —podemos afirmar que así sucede normalmente—, la parte, en el juicio, coincide con el titular del derecho substancial discutido en el mismo, y en otras ocasiones acontece que no se presenta esa coincidencia, en cuanto que se discute la relación del titular del derecho substantivo, por quien, siendo acreedor de éste, procede a nombre propio y, por ende, no lo representa. Cuando se presenta la coincidencia de que se habla, la cosa juzgada alcanza a la parte de la relación substantiva, sólo en cuanto que ha sido también parte en el proceso; pero evidentemente no le alcanza si no ha tenido en éste ninguna intervención, no

obstante que quien haya intervenido sea su substituto procesal, porque, como hemos visto, la cosa juzgada es res inter alios acta.

Pero, ¿qué sucede entonces? ¿Cómo puede explicarse que mientras la eficacia natural de la sentencia se produce en el titular de la relación jurídica substancial, que no ha sido parte en el litigio, no llegue hasta él ni le alcance, sin embargo, la autoridad de la cosa juzgada?

Enrico Tullio Liebman (véase su libro citado, Págs. 147-161), con notable penetración y claridad, con gran sensibilidad jurídica, ya vimos que estudia el problema general de la eficacia natural de la sentencia y, a mi entender, encuentra la explicación científica más convincente. Veíamos con anterioridad que el autor explica que la sentencia, como acto de voluntad de la soberanía del Estado, reclama, frente a todos, el poder de decidir cuál es el mandato concreto en el caso particular; que son naturalmente las partes las que, de manera directa e inmediata, sufren los efectos de la sentencia; pero que nada hay, ninguna razón jurídica ni de hecho, que excluya a los terceros —potencialmente comprendidos todos—, de sufrirlos igualmente. La sentencia, como acto de voluntad del Estado que actúa el derecho en el caso concreto, se presenta como ejercicio de esta función frente a todos los sujetos; porque para todos la sentencia contiene la voluntad del Estado que resuelve el caso particular, si bien para la gran mayoría, en cuanto que el fallo no les perjudica, el mismo les resulta indiferente. No se explicaría que, siendo la sentencia del juez, rigurosa e imparcial aplicación y actuación del derecho, tuviera valor y eficacia para unos cuantos y no potencialmente para todos, siendo que se trata precisamente de una función del Estado que se inspira en un interés general. Si la explicación contraria podría tener valor cuando el proceso era más bien una actividad privada; actividad privada en la que las partes libre y voluntariamente se querían someter a la decisión que se diera, ahora esta solución sería sencillamente anacrónica, anticientífica y absurda, si

se piensa en que ya no es la sentencia el resultado de la libre composición entre las partes, sino acto de voluntad soberana del Estado, que se dicta en nombre de esa soberanía, y que, siendo así —como efectivamente no se puede discutir que lo es—, resultaría inexplicable la admisión de su eficacia y valor constreñidos solamente a las partes y no, en potencia, con relación a todos, como expresión de la voluntad del Estado que actúa el derecho en el caso especial. Entre los terceros y las partes naturalmente existe de todos modos la notable diferencia de que, mientras que para las partes se hacen inmutables todos los efectos de la sentencia, una vez que ha alcanzado la autoridad de la cosa juzgada, no sucede lo mismo con relación a los terceros. Señala Liebman que, contra la tesis que sostiene, no vale el argumento de la carencia de dispositivo jurídico que disponga que los efectos naturales de la sentencia se produzcan también contra los terceros ajenos al litigio; porque tampoco existe el dispositivo que ordene que esos efectos se produzcan para las partes, a pesar de lo cual nadie duda que así sea. La eficacia natural o eficacia general de la sentencia, es resultado del carácter público de la administración de justicia, es su resultado natural, sin que haya necesidad de que exista norma especial que así lo establezca, y de tal manera es ésto exacto que, por el contrario, para que pudiera entenderse de otro modo, entonces sí sería preciso que expresa y terminantemente la ley lo ordenara. Grave error sería pretender derivar del alcance limitado a las partes de la autoridad de la cosa juzgada, ese mismo alcance para su eficacia, esto es, para los efectos naturales de la sentencia, cuando se trata de cosas diversas; porque refiriéndose la cosa juzgada al carácter inmutable de todos los efectos de la sentencia, en cuanto que está demostrado que tales efectos se extienden a los terceros, es que se impone que se limite sólo a las partes el alcance de la autoridad de la cosa juzgada; porque si los efectos de la sentencia estuvieran limitados a sólo las partes, sería inútil, absolutamente ocioso, que la ley limitara a ese mismo radio de aplicación la autoridad de la cosa juzgada.

Como ejemplos suficientemente claros que confirman, a mi juicio, la tesis de Tullio Liebman, están los casos de tercerías, tanto las coadyuvantes como las excluyentes (de dominio y de preferencia); porque las mismas sólo pueden entenderse y se explican en función del perjuicio que en contra de los terceros derive de las sentencias que se dicten o de las que hayan sido ya dictadas: precisamente se permite a los terceros intervenir para darles la oportunidad de parar, destruir o evitar dichos perjuicios.

Si la cosa juzgada, como ha sido demostrado, es cosa entre partes, en cuanto que sólo a ellas aprovecha o perjudica, no podría decirse que esos efectos de la sentencia que alcanzan a los terceros, sean efectos de la autoridad de la cosa juzgada, sino resultado de la eficacia natural o por repercusión de la sentencia. Entonces, existe interés para los terceros de protegerse no en contra de la cosa juzgada que no les alcanza, sino de los efectos generales, naturales o reflejos de la sentencia, que, tanto como a las partes, puede a ellos perjudicar, y entonces se les permite intervenir en el juicio mediante la tercería —en el ejemplo elegido—, para evitar que la decisión que se dicte contenga algún dispositivo que les lesioné, o para evitar que se cumpla la resolución en la parte que les perjudica.

Exactamente es lo que ocurre tratándose de las sentencias que deciden la acción oblicua. La autoridad de la cosa juzgada, en tales condiciones —como en todos los demás casos generales—, sólo aprovecha o perjudica a las personas de las partes en el proceso, no a los terceros extraños; pero la eficacia natural o por vía de repercusión de la sentencia, no sólo alcanza sino que normalmente se produce en el patrimonio del titular del derecho, titular que es extraño al juicio; porque si no hay duda de que valdría, conforme a lo explicado, por vía de repercusión, en contra de todos los demás sujetos de relaciones conexas con lo resuelto, con cuánta mayor razón debe valer en contra del titular del derecho substantivo, que es precisamente el derecho resuelto. Es claro que si la ley ordenara, como lo recomienda el maestro Pallares, la citación al juicio del

sustituido para el ejercicio de sus derechos, en el momento mismo en que el requisito quedara cumplido, el citado se convertiría en parte (aunque con ello dejaría de haber sustitución), así el juicio continuara en su rebeldía por negarse a comparecer y, por ende, quedaría sometido a la autoridad de la cosa juzgada.

6. INFLUENCIA DE LA COSA JUZGADA PENAL EN LA SENTENCIA DEL JUICIO CIVIL Y A LA INVERSA.—En materia penal también se puede afirmar que la autoridad de la cosa juzgada se funda en la irrevocabilidad e inmutabilidad de la sentencia (Arts. 443 y 576 del Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales, y artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Penales). La cosa juzgada penal, por supuesto, tampoco permite ninguna nueva discusión sobre todo aquello que ha sido resuelto en el juicio criminal.

En el orden criminal, la cosa juzgada se sintetiza en la regla *non bis in idem* (no dos veces sobre lo mismo). Se considera que sería injusto que pudiera someterse a un nuevo proceso, por los mismos hechos, al individuo que ha sido absuelto, y se dice que tampoco sería debido que pudiera reabrirse el proceso del sujeto ya condenado, para modificar la sentencia.

Ya vimos que, de acuerdo con nuestro derecho, para que en lo civil prospere la autoridad de la cosa juzgada como excepción, es menester que concurran las identidades ya estudiadas; pero, ¿podría admitirse que lo fallado en lo criminal tiene la autoridad de la cosa juzgada en lo civil? Y si no puede hablarse de la excepción de la cosa juzgada de lo penal en lo civil, de todos modos, ¿tiene alguna influencia en lo civil la sentencia dictada en lo criminal con fuerza de cosa juzgada? ¿En qué consiste esa influencia?

Fundamentalmente han ofrecido solución a la cuestión planteada, dos sistemas: el de la escuela de Merlin y el de la de Toullier.

La escuela de Merlin pretendió encontrar, cuando el mismo hecho da origen tanto a la sentencia criminal como a la civil, los elementos de las tres identidades: Primera.—Afirma que existe la identidad de partes, pues sostiene que, aunque el actor en el juicio civil no haya intervenido directamente en el juicio criminal, lo ha hecho, sin embargo, por conducto del Ministerio Público; Segunda.—Señala que igualmente existe la identidad de objeto, considerando que en uno y otro proceso, el objeto fundamental estriba en el esclarecimiento del delito y en exigir responsabilidades a su autor, y Tercera.—Finalmente sostiene que también se encuentra el requisito de la identidad de causas, puesto que derivan del mismo hecho tanto la acción criminal, como la acción civil.

La Escuela de Toullier, en cambio, de manera absoluta niega que la sentencia penal pueda tener autoridad de cosa juzgada en lo civil; porque aunque se admitiera que existe la identidad de causa, esto es, que ambas acciones (la civil y la criminal) se generan por los mismos hechos, lo cierto es que de todos modos resulta que no se encuentra identidad ni de personas ni de objetos, puesto que, aunque sea verdad que el Ministerio Público representa a la sociedad, es obvio que la representa como ente colectivo, no en nombre de cada uno de sus miembros considerados de manera individual, y toda vez que tampoco puede ser lo mismo aplicar al delincuente una pena privativa de la vida o de la libertad, que condenarlo al cumplimiento de una prestación económica (*Derecho Civil Argentino*, de Raymundo M. Salvat, Ed. La Ley de 1946, Bs. Aires, tomo VI, Págs. 128 y siguientes; *Hechos y Actos Jurídicos* de Henoch D. Aguiar, tomo V, No. 125, Págs. 452 y ss., Ed. argentina TEA de 1952; *Estudios sobre las Pruebas*, de Manuel Mateos Alarcón, Ed. de 1917, Págs. 152 y siguientes; *Tratado de las Pruebas*, de M. Eduardo Bonnier, Ed. Mexicana de 1874, Págs. 294 y siguientes, y la *Cosa Juzgada Penal y su Eficacia Sobre la Materia*

Civil, de Arlás, Ed. uruguaya, Montevideo, de 1950, páginas 110-117).

Lo cierto es que el derecho penal y el derecho civil presentan una complicada red de relaciones recíprocas, preferentemente tratándose de los delitos contra el patrimonio y la familia. No puede negarse que, en numerosas normas de derecho penal, se encuentran conceptos e instituciones de naturaleza civil, tales como los relativos a la propiedad, a la posesión, a la familia. Se sigue que, más que una separación estricta entre ambas ramas, *entre ellas existe cierta unidad.*

De aquí que pueda pretenderse válidamente encontrar soluciones satisfactorias para los casos de relaciones entre el derecho civil y el penal. Pero uno y otro derecho deben estudiarse en su propia individualidad, sin pretender supeditar ninguna de estas disciplinas al cartabón o criterio de la otra. Lo que quiere decir que, aunque en ambas disciplinas puedan hallarse conceptos comunes (propiedad, posesión, familia, parentesco, etcétera), de todos modos, atendiendo a sus diferentes fines, debe adentrarse en su contenido propio, alcanzar su esencia y cuidarse mucho de no perder la substancia del fenómeno por la sobreestimación de la forma. Debe entenderse que los conceptos que una disciplina jurídica toma de la otra, han de interpretarse adecuándolos al espíritu del derecho que los ha acogido, puesto que, si el transplante se hace sin la referida adaptación, es obvio que no puede llenarse el objeto perseguido y determinado por la necesidad social. Por encima de las identidades de las palabras o de los conceptos, se debe llegar a la esencia de los valores que se pretende proteger.

Repitiendo a Pekelis, en forma incisiva hace notar Guarneri, que, la interpretación letrista de la ley con sacrificio de su contenido, es resultante de un conjunto de preocupaciones políticas nacidas de la ideología liberal individualista; porque, con su desconfianza al poder judicial, "estas preocupaciones llevaban a la explotación de la lógica formal, a la exigencia de un apretado vínculo del

juez con la letra de la ley, al uso en grande del argumento en contrario, y finalmente, al descuido de los elementos no estrictamente lógicos, es decir, de los elementos políticos, sociales y éticos en las elaboraciones doctrinales..." (Las Influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal, Ed. Cajica, página 25).

Cada concepto jurídico, entonces, debe entenderse en concordancia con los motivos y fines de la disciplina que lo emplea. Por consiguiente, tanto el derecho civil como el penal, deben tomarse atendiendo a su especial naturaleza y a sus fines propios, sin superditación de ninguna de estas ramas a la otra.

Sin embargo, no pocos juristas de relieve han pretendido explicar el derecho civil y el penal aplicando, en términos absolutos, una doctrina unitaria, como sucede, verbigracia, con la teoría de la vinculación del juez civil a las declaraciones contenidas en la cosa juzgada penal y a la inversa, para lo cual se parte comúnmente de la idea de unidad e identidad de los conceptos jurídicos que, bajo una misma forma terminológica, se emplean en ambas ramas del derecho.

La Escuela ya aludida de Merlin, por ejemplo, seguida por Mangin, Carnot y Le Sellyer y por gran número de escritores en Italia (véase la Obra citada de Guarneri, Pág. 32), sostiene, partiendo de la identidad de las instituciones civiles y penales y guiada por el respeto al principio de la economía de los juicios y por la idea de evitar sentencias contradictorias, sostiene, repito, que la autoridad de la cosa juzgada penal, tiene plena eficacia en lo civil, en cuanto que la acción penal es necesariamente prejudicial de la civil que depende de delito. De donde esta Escuela desprende que los hechos declarados comprobados y existentes en la sentencia penal, ya no pueden ser discutidos en el negocio civil.

Para apoyar su tesis, ya veíamos que la Escuela de Merlin, afirma que existe la autoridad de la cosa juzgada de lo penal en lo civil, con la base de las clásicas tres identidades.

Hace notar Guarneri, que la solución de la tesis de referencia, parte del principio no demostrado de la identidad de las instituciones civiles y penales. Ya se decía que existen conceptos lingüísticos comunes a ambas disciplinas; pero la aplicación práctica de tales conceptos en las relaciones jurídicas concretas relativas a una y otra rama del derecho, frecuentemente hace ver su diferencia de contenido.

Así, siguiendo a Wurzer y a Kern, el autor citado establece que el "derecho penal pone incondicionalmente como *base de sus disposiciones los hechos objetivos naturales*, siempre que no trata de proteger las relaciones jurídicas civiles en sentido técnico construidas sobre tales hechos". (Obra citada, Pág. 36). De manera que la prejudicialidad de lo penal en lo civil se excluye claramente cuando ambos se mueven a través de conceptos de contenido diferente. Al derecho penal interesa el contenido de la relación jurídica, no la construcción abstracta de esa relación.

Verbigracia, en el caso de parricidio, lo que interesa realmente al derecho penal para determinarlo, es que exista en verdad entre el autor del delito y su víctima, la relación de padre a hijo. De suerte que, si por encima del acta de nacimiento —que falsamente revela que la víctima es hija del que le privó de la existencia—, se demuestra plenamente que no es el progenitor el victimario, es obvio que, a pesar del tenor literal del acta de nacimiento y aunque para el derecho civil haga ésta prueba plena del estado civil de las personas a que la misma se refiera, en ese caso no habrá parricidio.

En cuanto a la necesidad de evitar sentencias contradictorias, debe decirse que el proceso penal llena su finalidad con la solución del caso, mediante la aplicación al mismo de la norma legal abstracta. Queda fuera de la discusión criminal si el acto ilícito originó daños patrimoniales. Ciento es que el daño económico se origina del mismo hecho que motiva la aplicación de la sanción penal; pero la vinculación sólo existe en cuanto al hecho originativo del daño y constitutivo del delito; mas no en cuanto a las consecuencias ju-

rídicas distintas en el derecho penal y en el civil. Como dice Guarneri, la sentencia criminal existe "en cuanto que el juez está obligado a reconocer su existencia, prohibiéndole la ley juzgar por segunda vez sobre la misma situación (eadem res). Mas obsérvese que esta obligación se dirige exclusivamente a otro juez y en orden a una situación también penal. En ninguna de las definiciones de la cosa juzgada penal examinadas por mí, aparece como característica la capacidad de producir efectos en orden a juicios pertenecientes a otros sectores judiciales".

En efecto, podemos afirmar que, la prohibición penal, es juzgar dos veces el mismo delito. Lo que importa al juez penal es la resolución del conflicto, mediante la aplicación al caso del derecho criminal, y éste es precisamente el objeto de la sentencia. Escapa al fallo cualquier finalidad de tipo privado-civilista. De manera que, si transponiendo el límite señalado que es propio de la sentencia penal, si rebasando los contornos que le dan individualidad, se pretende expresar que la cosa juzgada penal vale en lo civil, con ello se agrega algo que, de manera natural, se halla excluido de su alcance substancial.

Y en lo que respecta al principio de la economía de los juicios que también sirve de puntal a la tesis de Merlin, es evidente que el mismo tendría valor siempre que el objeto del proceso penal fuese idéntico al del civil; mas no si son diversos. Pero lo cierto es que comúnmente sucede que, el objeto de uno y otro procesos, son diferentes. La culpa levisima, por ejemplo, mientras que en el Código Penal se considera, en los casos de homicidio previstos en su artículo 60, más bien como una desgracia incapaz de engendrar responsabilidad; en cambio, en el derecho civil, es indiscutible que puede producir el deber de resarcir el daño. Lo que revela que la diversidad de objetos del derecho civil y del penal, referidos a la misma materia, pone de manifiesto la individualidad propia de uno y otro y su independencia (tratándose especialmente de la culpa, Silva Melero, por el contrario, dice, citando a Ranieri, que no se

puede afirmar que la culpa penal tenga normas distintas de la civil, puesto que ambas culpas se fundan en el único criterio jurídico: un comportamiento diferente al que, en el caso, se ajustaría el hombre medio —véase su estudio, *El Problema de la Responsabilidad Civil en el Derecho Penal*—).

En efecto, mientras que el derecho civil algunas veces trabaja con construcciones técnicas formales; el derecho penal, en cambio, más que nada atiende a los hechos en que dichas construcciones encuentran su base.

La mentalidad del derecho penal se dirige, se insiste, a reconocer la realidad concreta.

Por consiguiente, en todo caso de relaciones o puntos de vinculación del derecho penal con el derecho civil, el juez de lo criminal debe sentenciar atendiendo no al significado técnico-formal-abtracto que algunas veces proporciona esta disciplina, sino acudiendo al significado ordinario del concepto según la realidad de las cosas; porque mientras que el derecho penal se mueve, se agita y se desenvuelve, apoyándose sobre el primordial cimiento de la consideración y atención al hombre, a su individualidad, a su psicología; en el derecho civil, en cambio, priva la consideración objetiva de las cosas. Verbigracia, al derecho penal, en la falsificación, lo que importa esencialmente es la intención y moralidad del falsario; en tanto que, por el contrario, al derecho civil, más que eso interesa determinar objetivamente si el documento es nulo o válido.

En consecuencia, tanto en el derecho penal como en el civil, debe procederse buscando la finalidad que cada uno asigna, con fisonomía particular, a cada norma.

Bien está llegar al justo grado de vinculación y de dependencia de uno al otro; pero teniendo cuidado siempre de no traspasar los límites que sus diversos objetivos aconsejan, esto es, sin superstición ciega, sin apartarse de la razón. Servirse de los conceptos comunes a ambas disciplinas, bien está: mas llegar en cada una a su verdadero y peculiar alcance, también es necesario. Lo que no

se justifica es entender de igual manera, como consecuencia del empleo de conceptos terminológicos idénticos, cosas que, desde el punto de vista de su naturaleza, son diversas, no obstante que se vinculen de cierto modo.

Se sigue, pues, de todo lo acabado de expresar, que no es verdad que existan, cuando menos, las identidades de partes y de objeto en uno y otro proceso, y debe señalarse, además, que los procedimientos son también diferentes. Luego no puede hablarse de cosa juzgada de lo penal en lo civil, ni de cosa juzgada de lo civil en lo penal.

Pero no significa lo acabado de exponer, sin embargo, que la sentencia pronunciada en lo criminal no influya algunas veces de manera vital en el fallo civil, especialmente tratándose de la falsedad documental, según luego se verá; mas no antes de recordar, como medida de utilidad a los propósitos de este trabajo, que, siguiendo a Carrara, se distingue la falsedad material de la ideológica (véase la Cosa Juzgada Penal y su Eficacia sobre la Materia Civil, de Arlás, Págs. 55-58).

Se dice que hay falsedad ideológica, cuando es falso el hecho narrado en el documento, bien en cuanto a la persona, bien en cuanto al lugar o bien en cuanto al tiempo; pero el documento es extrínsecamente auténtico.

Se distingue la simulación de la falsedad ideológica, en que, mientras la primera se refiere a la declaración de voluntad, dado que se hace aparecer como querido lo que realmente no se ha querido; en cambio, la falsedad ideológica se refiere a la declaración de la verdad, en cuanto que se hace aparecer como acontecido lo que no ha sucedido en la realidad.

Y se dice que existe falsedad material, cuando el documento es creado de manera total o parcialmente falso o bien cuando el documento que concordaba totalmente con la verdad, de cualquier manera es alterado (ver la Cosa Juzgada, de Ramón Palacios, Ed.

Cajica de 1953, Págs. 279-287, y la obra Estudios sobre la Prueba en Materia Civil, de Manuel Mateos Alarcón, Págs. 143-152).

De la falsedad ideológica se ocupan los artículos 244, fracción VIII y 246, fracciones II y IV del Código Penal vigente del Distrito y Territorios Federales. Y se refieren a la falsedad material, los artículos 244, fracciones I, III, V, VIII y XIX y 246, fracciones I, III, V y VI, del mismo Ordenamiento.

Como es sabido, pueden servir como medios o instrumentos de la falsedad, no sólo el documento, sino también el hombre mismo, como acontece en los casos de falsedad de declaraciones judiciales y de informes dados a una autoridad (artículo 247, fracción III, del citado Código Penal).

La falsedad se castiga en atención a que, siendo instrumentos probatorios los medios objeto de la falsedad, es obvio que, en bien de la seguridad particular y social, debe protegerse su genuinidad, contra el peligro del engaño y del fraude.

Recordados los anteriores elementos, debemos decir que la sentencia de falsedad, como cualquier fallo penal, tiene por finalidad dirimir, en términos de justicia y mediante la actuación del derecho penal substantivo, el conflicto suscitado. La resolución también aquí declara el derecho con relación: al objeto reclamado, a la causa hecha valer y a las partes que intervienen en el proceso.

Pero tanto la doctrina como la jurisprudencia, a semejanza de lo que acontece tratándose de la sentencia civil, con mayor vigor sostienen, respecto del fallo criminal, al lado de su eficacia directa, su eficacia natural o general, a la que también suele denominarse eficacia refleja o por repercusión, esto es, prolonga su eficacia natural a más allá de las partes y más lejos de lo que constituye el fin ordinario del proceso (véase la Obra citada de Arlás, Págs. 181-199).

Como ya lo apuntábamos con anterioridad —véase el número uno de este Capítulo—, creemos que se precisa el alcance de la eficacia directa de la sentencia, si decimos que esa eficacia se delimita:

por el objeto reclamado, por la causa hecha valer y por las partes que intervienen en el pleito. Cuando las referidas limitaciones de la eficacia directa se traspasan, se cae en la eficacia general o por repercusión, que es precisamente lo que sucede tratándose de la sentencia que resuelve la falsedad documental: vale erga omnes (véase Estudios sobre las Pruebas, de Mateos Alarcón, Págs. 153 y siguientes).

Si esta sentencia (la que decide sobre la falsedad documental), se pronuncia con anterioridad a la instauración del juicio civil, entonces se dice que el juicio en que se dictó es principal. Pero se considera, por nuestra ley, como resolución incidental del juicio civil o mercantil, cuando a esa decisión se deja la solución del debate de un punto criminal, integrante de la discusión civil (la ley habla expresamente de "Incidentes criminales en el Juicio Civil"), esto es, se trata de un fallo incidental, según el decir de nuestra ley, porque recae en un proceso penal que nace con motivo del pleito civil (artículos 482 y 483 del Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales). La jurisdicción civil abandona a la penal, íntegramente, el debate criminal que nació en la primera, con el objeto de evitar doble resolución sobre un mismo punto, así como decisiones que pueden ser contradictorias (prejudicialidad procesal). Sin embargo, es claro que, no porque el debate criminal haya surgido con motivo del proceso civil, debe considerarse que aquél es incidental de éste; porque, si se atiende a la substancia de uno y otro juicio, lo cierto es que, aunque conexos, son procesos diferentes, en los que se persiguen cosas diversas, deduciéndose que realmente ambos son principales en sus respectivas jurisdicciones (penal y civil), y que, por ende, es incorrecta la designación que emplea nuestro Código de Procedimientos Penales citado.

Declarado por la sentencia penal antijurídico el acto, dicho acto resulta antijurídico para todo el derecho. Es imposible que sea falso el documento para el derecho penal y para la jurisdicción

criminal, y que el propio documento no sea falso para el derecho y jurisdicción civil.

En efecto, si la sentencia penal declara que "A" falsificó un documento, resulta indiscutible que el falsario no podrá posteriormente hacer valer en juicio civil el propio documento para reclamar, de la víctima, el cumplimiento de la obligación que de aquél se deriva. Lo que no quiere decir que si el derecho puede comprobarse mediante otros medios de convicción, la reclamación del mismo no deba intentarse. Sucecede, entonces, que no coincide la falsedad penal con la verdad civil; porque siendo falso el documento en que el derecho se consigna, sin embargo, de todos modos resulta de otras pruebas la verdad del derecho consignado. El documento falso es aniquilado por la sentencia penal (artículo 40 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales).

Lacoste, en su monografía sobre la Cosa Juzgada, número 1176, según señala de manera especial Mateos Alarcón, expresa con Mattirolo y Hoffman: "Cuando un individuo ha sido condenado por falso, ninguno puede hacer valer el documento juzgado falso... el derecho debatido en lo civil tenía su origen en el hecho mismo del delito, supuesto que se trataba de saber si podría constituir una prueba del acto mismo cuya redacción ha constituido un crimen". Agrega nuestro autor nacional que en el mismo sentido se conducen Le Sellyer, tomo VI, número 2484; Bertauld, Quest. Prej. número 106; Ham, Droit Crim. número 1332 y siguiente, y Mangin, Act. número 426, y añade que, sobre el propio tema, subraya Gargiulo: "La sentencia penal tiene autoridad erga omnes, pues como observa Boncenne, declarando falso el documento lo hace inútil e inofensivo en manos del que lo posee a quien impide usarlo en cualquier juicio contra cualquiera persona". (véase Estudios sobre las Pruebas en Materia Civil. Mercantil y Federal. Págs. 154-157).

Nos adherimos al expresado punto de vista, pero puede suceder, verbigracia, que, siendo falsa el acta de nacimiento —falsedad

material—, sin embargo, la calidad de hijo legítimo pueda comprobarse por otros medios, esto es, por la posesión constante de hijo nacido de matrimonio (artículo 341 del Código Civil).

En cambio, declarada la falsedad ideológica en el proceso penal, por razón natural esa falsedad coincidirá siempre en el juicio civil; razón por la cual en éste no puede valer prueba alguna en contrario. En efecto, si el hecho narrado en el documento se declara falso en lo criminal, tendrá también que ser falso en lo civil; si se declara verdadero y se absuelve al acusado, tampoco en lo civil podría ya discutirse su legitimidad (artículo 40 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales).

Si el documento redargüido de falso, es absolutamente necesario para la decisión del juicio civil planteado, entonces, como ya expresaba, hay prejudicialidad procesal; porque ese juicio debe suspenderse hasta la decisión de la falsedad en el proceso penal. En cambio, no existiendo ese carácter de necesidad, entendido el término como lo imprescindible, lo que es forzoso, lo inevitablemente indispensable (la Real Academia Española atribuye al término "necesidad" no menos de seis significados), entonces la falsedad penal no es prejudicial al pleito civil; porque cada proceso puede seguir independientemente del otro, en cuanto que el civil puede decidirse sin acudir al documento tachado de falso, mediante la apreciación de otras pruebas (sobre la prejudicialidad, véase del maestro Alcalá Zamora y Castillo, su Derecho Procesal Penal, tomo I, Págs. 231 y siguientes; de Henoch D. Aguiar, Hechos y Actos Jurídicos, tomo V, No. 120, Ed. argentina TEA, 1952; el Tratado de las Pruebas, de Bonnier, Págs. 292-293, y la Cosa Juzgada Penal y su Eficacia sobre la Materia Civil, de José A. Arlás, Pág. 116-118).

En estos casos de prejudicialidad procesal, como lo decíamos con antelación, el juez civil debe suspender el procedimiento hasta la decisión criminal de la falsedad documental; porque la ley le niega competencia para decidir de inmediato la cuestión; competen-

cia que atribuye al juez penal, en reconocimiento y respeto de los principios de la economía del proceso y de unidad de la jurisdicción. Sistema que evita, además, la posibilidad de que se dicten sentencias contradictorias (artículos 138 y 141 del Código Federal de Procedimientos Civiles; 345 y 386 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales; 482 y 483 del Código de Procedimientos Penales del mismo Distrito y Territorios Federales, y 121 y 122 del Código Federal de Procedimientos Penales).

Si de acuerdo con el texto de la ley, el juez civil ordena la suspensión del juicio de que conoce, en virtud de que previamente el juez penal debe decidir sobre la falsedad documental, es obvio que su conducta obedece a que la sentencia de este último juez valdrá y reflejará su eficacia plenamente en el proceso civil, puesto que, de lo contrario, dicha suspensión carecería de razón de ser.

En sus Estudios... Pág. 156, sobre esta cuestión, se expresa así Mateos Alarcón: "Si no debiera tener influencia de ninguna especie en el juicio civil la sentencia dictada en el penal, no se habría ordenado por los preceptos citados (se refiere a los artículos 467 del Código de Procedimientos Civiles de 1884 y 101, 102 y 388 del Código de Procedimientos Penales, ambos Ordenamientos correspondientes al Distrito y Territorios Federales, entonces en vigor), la suspensión de aquél hasta que recaiga sentencia ejecutoria en el incidente criminal". (Véanse también la Teoría General de la Prueba en Derecho Civil, Ed. Reus de 1930, tomo III, Págs. 416-420, de Carlos Lessona; Nuestro Procedimiento Penal, de Julio Acero, Págs. 365-374, y Sistema de Derecho Procesal Civil, Ed. argentina, UTEHA, en español, de 1944, tomo I, Págs. 166 y siguientes, de Cornelutti). Lo que quiere decir que el juez civil habrá de partir, en el examen del asunto que se le haya planteado, de la verdad declarada por el juez penal respecto de la falsedad documental de que conoció. La sentencia del juez de lo criminal le vincula totalmente, es decir, cierra la puerta a cualquier posibilidad

de nuevo análisis, con tanta mayor razón cuanto que el documento falso se decomisa (artículo 40 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales).

Como correctamente lo hace notar Ramón Palacios, se está frente a la eficacia del juzgamiento penal, con relación a una controversia de competencia extraña, que puede ser civil, mercantil, administrativa, del trabajo. "La eficacia directa del mandato contenido en la sentencia penal y los efectos secundarios del mismo pronunciamiento permanecen invariados, pero las declaraciones sobre hechos se proyectan fuera del litigio penal a un pleito pendiente ante sede diversa. Se encuentra por esto plenamente justificado hablar de eficacia refleja o efectos de repercusión, de la autoridad de la cosa juzgada penal, al extravasar sus linderos acordados por la ley procesal vigente e ir, por razón de preceptos legales de excepción, a surtir efectos sobre relaciones jurídicas que el juez penal no puede decidir". (Véase, del autor citado, *La Cosa Juzgada*, Pág. 303).

Es claro que si se suspende el proceso civil, para que en el penal previamente se resuelva sobre la materia de falsedad surgida; pero en éste se absuelve al culpado por virtud de una excusa, verbigracia, por acreditarse su trastorno mental transitorio (artículo 15, fracción II, del Código Penal en vigor), y no se entra al análisis de la falsedad que motivó la aludida suspensión del otro proceso, falsedad que explica la razón de ser del proceso penal, es claro que entonces este proceso no llenaría los fines civiles de la prejudicialidad, resultando que el juez civil se vería obligado a continuar el procedimiento suspendido, con plena libertad para apreciar la prueba redargüida de falsa. Precisamente por virtud de este fenómeno, con anterioridad estableciamos que, de *inmediato*, el juez civil carece de competencia para resolver sobre la materia de falsedad surgida; pero deviene competente cuando en el proceso penal se absuelve al acusado sin entrar al análisis de la falsedad (véase

nuestro Procedimiento Penal, de Julio Acero, 3a. Ed., Pág. 372 y el Tratado de las Pruebas, de Ricci, Pág. 517 del tomo II).

Declarada la falsedad por el juez penal, como ya lo deciamos, la declaración vincula en sus términos al juez civil, quien tendrá el deber de uniformar a la misma su propia decisión; porque, como también ya lo expresábamos, resulta evidente que carecería de sentido la suspensión del proceso civil hasta la decisión de la falsedad por el juez penal, si, una vez resuelta ésta, no produjera en aquel proceso ningún efecto. Como indica Palacios, habría sido legislar en el vacío, para la nada.

Si es absuelto el acusado por virtud de alguna excusa absolutoria; pero declara el juez penal la falsedad impugnada, veíamos que esa declaración vincula al juez civil respecto de dicho acusado, que también es parte en el juicio civil. Pero debe añadirse que no sólo respecto del falsario vincula al juez civil la declaración del juzgado penal, sino también le vincula respecto de la contraparte del culpado en el proceso civil, no obstante que permaneció ajeno al proceso penal. Lo que explica por qué con antelación se dice que la sentencia penal de falsedad vale erga omnes (véase la Teoría General de la Prueba en Derecho Civil, de Carlos Lessona, tomo III, Pág. 356).

En el Código Federal de Procedimientos Penales, debemos precisar que tanto la falsedad prejudicial documental, como la prejudicial testifical, proyectan su eficacia refleja en el juicio civil; pero no existe el fenómeno de la repercusión tratándose de las demás falsedades (artículo 122).

En cambio, en el Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales, proyectan su eficacia refleja en la causa civil toda clase de falsedad prejudicial; en la inteligencia de que en este Ordenamiento, por virtud de la referida eficacia por vía de repercusión, no sólo debe uniformarse el fallo civil al penal tratándose de cualquier clase de falsedad, sino también respecto de cualquiera otra clase de prueba prejudicial (artículos 482 y 483).

La cosa juzgada penal resuelve el litigio de manera inmutable; en el entendido de que, se insiste, su eficacia directa opera en la contienda, individualizada por sus tres elementos: sujeto, objeto y causa. Resuelve el litigio y nada más que el litigio, en cuanto que es éste su objeto específico.

Pero de la misma manera que acontece tratándose de la cosa juzgada civil, la cosa juzgada penal irradia, como se acaba de ver, su eficacia general o natural a más allá del litigio. Irradiación que se opera, por vía de repercusión, en los casos en que la existencia o inexistencia de hechos extraprocesales, depende necesariamente de la existencia o inexistencia de los hechos que han sido materia de la sentencia criminal.

Como justamente sostiene Arlás, "la comunidad de elementos que integran las nociones de la responsabilidad penal y civil, nos da la medida y el alcance de la eficacia refleja del fallo penal... En esta forma, la eficacia refleja o indirecta de la sentencia penal decide la existencia de la responsabilidad civil. La sentencia penal sólo resuelve la contienda o proceso penal y produce cosa juzgada sobre la materia de lo decidido. Pero en la medida en que los mismos hechos afirmados por el fallo penal, son constitutivos del delito o quasi-delito civil, queda indirectamente afirmada la responsabilidad civil". (Obra citada, Pág. 185).

Se explica lo acabado de expresar, porque, siendo los hechos los mismos, es claro que en el derecho penal y en el civil no pueden ni deben ser considerados de modo diferente. Lo que no quiere decir que —siguiendo a Guarneri—, en los casos en que, a pesar del nombre común, son diferentes en su esencia los institutos de uno y otro derecho, deba la sentencia dictada en lo criminal influir en la que en lo civil vaya a pronunciarse, ni a la inversa. Pero es claro que cualquiera de estas sentencias reflejará su eficacia natural en la otra, en la medida solamente de aquellos elementos que el derecho civil y el derecho penal consideren en idéntica forma. Repugna la posibilidad de fallos contradictorios, cuando ellos tie-

nen por base los mismos hechos. La influencia de una sentencia en la otra opera, cuando menos, en el mínimo común que encontramos en las nociones de responsabilidad civil y criminal. Se sigue que, en cada caso, como bien dice Arlás, debe tenerse en cuenta la apreciación que el derecho penal o el civil hacen de cada ingrediente de la responsabilidad, para negar la actuación de la eficacia por repercusión cuando ella resulte rechazada como consecuencia de que esa apreciación sea diferente. (Obra citada, Pág. 196).

La sentencia penal, pues, en las situaciones con anterioridad examinadas, proyecta al juicio civil su eficacia natural o por repercusión, no porque se integre la cosa juzgada reservada exclusivamente a las partes del litigio, sino por las razones que han sido ampliamente expuestas con anterioridad y en virtud de que la ley, en razón de un interés público, le concede valor erga omnes, negando la legitimación ad causam para reclamarla inclusive a los terceros ajenos al proceso criminal.

Como se deja ver de lo expresado, el mismo criterio que fué válido para explicar los casos de repercusión de la sentencia penal al fallo civil, esto es, atendiendo al mínimo común que se encuentra en las nociones de responsabilidad criminal y civil, sirve también para explicar los casos en que la sentencia civil proyecta su eficacia a la penal.

Pero es obvio que la investigación de este mínimo común, siempre debe emprenderse sin perder de vista que "el derecho penal es el reino de la realidad concreta, tangible; mientras que el derecho civil, a menudo es el dominio de una realidad "ficticia", como diría Romagnosi" (Las Influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal, de Guarneri, Pág. 414); esto es, la investigación ha de efectuarse sin olvidar ni un momento el hecho indiscutible de que la remisión del derecho penal al derecho privado, como lo hace notar Vincenzo Manzini, "está en todo caso subordinada a la reserva, por la cual el derecho penal reconoce solamente aquellos institutos civiles y aquellas nociones jurídicas que son conformes a la realidad

de las cosas, y que no contrastan con los principios de la imputabilidad, de la responsabilidad, de la acción y de la prueba penal". (Tratado de Derecho Penal, Teorías Generales, tomo I, Pág. 230); es decir, excluyendo normalmente —salvo expresa excepción de la ley o cuando coincida el objeto de la ley civil con el de la ley penal, integrándose de todos modos la comunidad de elementos de que se ha hablado—, excluyendo normalmente, se repite, las ficciones y demás formaciones jurídicas del derecho privado que obedecen exclusivamente a sus fines específicos.

Siguiendo el criterio expuesto, nos hallamos en la situación de poder afirmar que la sentencia civil irradia su eficacia al fallo criminal, en todos los casos en que la ley penal considera que el derecho privado es el que regula las relaciones jurídicas en relación la causa que se le somete, o cuando estima que es este derecho que proporciona el criterio que debe servir de base en la calificación de los hechos o relaciones jurídicas de que se ocupa la norma penal.

Es frecuente que en la causa criminal se aleguen como defensas o, por el contrario, como motivos de imputabilidad, hechos o circunstancias que implican la necesidad de la dilucidación de una cuestión de derecho privado, con notoria influencia en la decisión de la culpabilidad o inculpabilidad del detenido.

Sucede en la forma indicada cuando el acusado de robo, verbigracia, sostiene ser el propietario de la cosa que se afirma robada, o cuando el acusado de despojo afirma ser también el propietario o poseedor a título de dueño del inmueble o hace valer la prescripción adquisitiva, o bien cuando a quien se acusa de rapto, señala la falta de capacidad o de representación civil de quien ejercita la querella, o cuando el acusado de bigamia sostiene la ineeficacia del primer matrimonio o el hecho de haberse decretado su nulidad, o cuando asimismo sostiene, el inculpado por adulterio, la nulidad decretada del matrimonio, o cuando el Ministerio Público lleva al tapete de la discusión, en sus conclusiones, que el reo es padre o

tutor de la víctima, o depositario, albacea o heredero de otra persona, con influencia en la sentencia que vaya a dictarse. Sucede igualmente en los términos indicados, cuando, como Manzini lo advierte, el derecho penal remite, sin operar ninguna modificación, al estado o relación jurídica creados y regulados por el derecho privado, fuera del cual aquellos no existirían. Lo que puede suceder, verbigracia, como el propio autor lo señala, en los siguientes casos: estado civil, matrimonio, parentesco y afinidad, patria potestad, filiación ilegítima, interdicción legal y judicial, tutela y curatela, embargo judicial, y se pueden agregar los casos de prescripción positiva y negativa, de posesión a título de dueño, propiedad, etc., etc. (puede verse también El Problema de la Responsabilidad Civil en el Derecho Penal, de Silva Melero).

En todas las situaciones de que se ha hecho mérito, debe aceptarse que, si previamente a la sentencia penal se pronuncia fallo civil que decide esas materias, esta sentencia irradia en aquella su eficacia, de manera que, exemplificando, la sentencia criminal tendrá que admitir que no hubo adulterio o bigamia, cuando previamente el fallo civil haya determinado, en el primer caso, la ineficacia del matrimonio o, en el segundo, la ineficacia de uno de los dos matrimonios; porque los contrayentes, verbigracia, hubiesen estado falsamente representados al celebrarlo. Se operará la eficacia refleja de la sentencia civil sobre la penal, cuando aquella haya previamente resuelto sobre la tutela, patria potestad, prescripción, propiedad, posesión a título de dueño, ciertos casos de interdicción, etc.

De cualquier manera, cuando la sentencia civil es rechazada, negándole eficacia refleja sobre el fallo criminal, porque aquella se aparte, por ejemplo, de la realidad de las cosas a la que la decisión penal debe ajustarse, de todas suertes no puede rechazarse como medio de prueba. Esto puede acontecer cuando, por faltar el mínimo común de que se ha hablado, la sentencia civil declara, con base en el acta de nacimiento, que "A" es padre de "B"; en tanto que

la sentencia penal resuelve que no hay parricidio, a pesar de que "A" privó de la vida a "B"; porque por encima de aquella sentencia producida conforme a los cánones del derecho privado y por encima del acta de nacimiento que a esa decisión sirvió de fundamento, atendiendo a todos los medios de prueba allegados al juicio penal y a la realidad de las cosas, quedó comprobado que, no obstante que "B" no era realmente hijo de "A", éste, sin embargo, tuvo la voluntad de reconocerlo por otros motivos. En este caso, por más vueltas que se le dé, la sentencia penal ha de aceptar que no se está frente al parricidio; pero de todos modos el fallo civil no puede descartarse como medio de prueba de todos los demás elementos y circunstancias que de él aparezcan de utilidad para el proceso.

Se sigue de lo expresado que la eficacia refleja de la sentencia civil en lo penal ha de aceptarse; pero previo cuidadoso análisis le cada caso concreto y vigilando que el aprovechamiento de la decisión no hiera los fines específicos del derecho penal, esto es, ha de cuidarse que en tales situaciones el derecho civil tampoco se aparte de la realidad de los hechos y de las cosas a los que la sentencia penal debe ajustarse. Es evidente que no puede operar la indicada eficacia, cuando riña el fallo civil con la voluntad propia de la norma criminal.

De la misma manera que, como se vió antes, surgen cuestiones de orden penal en los pleitos civiles, cuya decisión puede ser más o menos necesaria para la resolución de estos juicios, asimismo pueden surgir, se repite, cuestiones civiles en las causas criminales, cuya previa dilucidación puede hacer cambiar el grado de culpabilidad del reo, o que, en su caso, inclusive puede determinar su total inocuidad. Esto sucederá cuando, por ejemplo, el acusado de robo o de despojo demuestre que las cosas que se le imputa haber robado o despojado, son de su propiedad, o bien cuando, como también se ha expresado, el acusado de bigamia compruebe la ineeficacia de alguno de los dos matrimonios de cuya celebración se

le acusa, etcétera, etcétera. Pero mientras nuestras leyes de procedimientos penales se ocupan de marcar el camino a seguir tratándose de la prejudicialidad criminal en el juicio civil, a la inversa, en cambio, casi no da normas, con la consiguiente desorientación del Ministerio Público, jueces y litigantes. Entonces, ¿qué se debe hacer?

Don Julio Acero, transcribiendo a don Demetrio Sodi, expresa: "Puede suceder que el objeto que se dice usurpado se encuentre en poder de tercera persona y que ésta manifieste que es dueña del referido objeto, rehusándose, por lo mismo, a hacer la devolución. En estos casos no se podrá obligar al tercero a hacer la entrega del objeto, sino que se deberá resolver por el juez de lo criminal el punto relativo a la propiedad, máxime si se encuentra detenida alguna persona como presunta responsable del delito de robo. Aquí nos encontramos con una de las cuestiones más debatidas en derecho penal: ¿Debe el juez instructor o correccional resolver previamente el punto civil debatido? ¿Debe resolverlo al mismo tiempo que el relativo al punto criminal? ¿Debe, en fin, suspender sus procedimientos y consignar el hecho a un juez civil? Por fuertes que sean los razonamientos que se formulen en contra de la opinión de Mangín, no puede desconocerse la imperiosa necesidad que tienen los jueces de lo criminal de resolver puntos y materias civiles que se relacionan con un proceso criminal. El delito de rapto no puede castigarse si no existe queja de parte legítima. Supongamos que la querellante es la madre de la ofendida, y que ésta fué presentada al Registro Civil un año después de su nacimiento; según el artículo 350 del Código Civil, el hijo menor de edad no puede ser reconocido sin el consentimiento de su tutor, si lo tiene, o de uno que el juez le nombrará especialmente para el caso. No se cumplió con este requisito, y estando preso el raptor, confesado el hecho delictuoso y en el momento de verificar la audiencia de ley, alega el defensor que no estando legalmente hecho el reconocimiento, y por consiguiente, comprobada la personalidad de la quere-

llante, pide la libertad del acusado entre tanto se ventila el juicio civil respectivo. ¿Podrá desatender el juez de lo criminal la resolución del punto civil indicado? ¿Podrá suspender sus procedimientos? De ninguna manera. Tiene necesidad imperiosa de absolver o de condenar al reo, ocupándose en su sentencia, del punto civil discutido.—Volvamos al caso antes presentado. El poseedor del objeto que se dice robado se niega a devolverlo, porque asegura que es suyo. ¿Podrá el juez de lo criminal, si tiene un preso detrás de la reja (presunto culpable del robo), suspender sus procedimientos entre tanto el juez de lo civil resuelve sobre la propiedad del objeto? Tampoco; tiene que aquilatar la culpabilidad o la inocencia del reo, según las pruebas que le presenten los que afirman ser dueños del objeto disputado, porque allí la propiedad, como afirma Mangín, está relacionada con elementos de hechos que integran el "proceso". (Nuestro Procedimiento Penal, Pág. 383).

Teniendo en cuenta, en efecto, la enorme anarquía existente sobre el particular; teniendo en consideración que el proceso penal no debe generalmente suspenderse, en cuanto que el mismo obedece a fines de estricto interés social, puesto que el delito constituye una amenaza al orden colectivo y significa el criminal un peligro para la economía y estabilidad de la sociedad, y por otra parte, teniendo asimismo presente que, como lo observa el citado don Julio Acero, "el deferir el conocimiento de tales cuestiones á la jurisdicción y al procedimiento civil, no solamente sería tanto como dejar al arbitrio de las partes interesadas la facultad de interrumpir el proceso con su sola promoción, por más descabellada que fuera", creemos evidente que se sigue la necesidad de aceptar la amplitud del proceso penal para la decisión de todas las aludidas cuestiones que sean presupuesto o que de alguna manera puedan influir en el fallo penal, salvo, naturalmente, las excepciones que la propia ley establezca en forma expresa y a que se refiere, por ejemplo, el artículo 270 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales —caso claro de prejudicialidad civil en el proceso penal—, que establece:

"Cuando el raptor se case con la mujer ofendida no se podrá proceder criminalmente contra él, ni contra sus cómplices, por rapto, salvo que se declare nulo el matrimonio". (Véase también, de Manzini, su Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo I, Núm. 82 y ss., Ed. EJEA).

Por consiguiente, resulta indiscutible que puede el juez penal, por regla general, estudiar y resolver las cuestiones civiles de influencia en el proceso que se le presenten. Pero, ¿podría sostenerse que estas cuestiones así resueltas constituyen cosa juzgada? ¿Pueden significar alguna influencia o repercutir de alguna manera sobre la sentencia civil?

Me parece que la respuesta es negativa. En efecto, como bien dice Acero, repitiendo a Aguilera de Paz (véase de este último su Tratado de las Cuestiones Prejudiciales y Previas): "...el conocimiento atribuido a los tribunales de la justicia penal sobre esas cuestiones prejudiciales, civiles y administrativas (cuando procede), es para sólo el efecto de la represión, con cuyos términos claramente se precisa y se hace saber por el legislador que los acuerdos que se adopten por los citados tribunales, sobre tales cuestiones, no sólo no producen excepción de cosa juzgada, ni tienen la autoridad o la fuerza de tal excepción, sino además, que ninguna consecuencia pueden producir, ni ningún influjo pueden tener fuera del juicio en que hubieren sido promovidas las cuestiones así resueltas, no pudiendo, por lo tanto, surtir su resolución, efecto alguno en el orden civil o en el administrativo,... conforme a las modernas doctrinas,... se reconoció que la resolución de la justicia represiva, al conocer de las cuestiones prejudiciales de orden extraño, no produce con su resolución la excepción de cosa juzgada, ni impide el que puedan ser planteadas de nuevo en la vía principal ante el tribunal competente, porque en tales casos, la jurisdicción penal conoce, pero no falla en el verdadero concepto de dicho término, y si decide la cuestión prejudicial, en este caso, es al sólo efecto

de la represión del hecho punible". (*Nuestro Procedimiento Penal*, Pág. 387).

La solución que se acaba de exponer resulta tanto más justificada, cuanto que, de lo contrario, evidentemente se violarían las más elementales formas procesales del juicio civil: derecho de audiencia, recursos, medios de prueba, etcétera, con violación no menos grave de las garantías individuales públicas que consagran los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal.

En consecuencia, esas decisiones civiles del juez penal previas al fallo criminal, sólo significan una base para este fallo; mas sin autoridad de cosa juzgada, y sin trascendencia ni influjo alguno en lo civil, esto es, sin más alcances que los limitados a lo penal.

Pero en conclusión, debe, pues, admitirse, se insiste, que las razones explicativas por las cuales la sentencia penal repercute o influye en lo civil, son las mismas que hacen ver el por qué el fallo civil refleja su eficacia en lo criminal: el mínimo común de que se habló y que se halla en las nociones de responsabilidad civil y penal, no sólo no rechaza, sino que precisa de esa eficacia.

CAPITULO IX

- 1.—La transacción y la cosa juzgada.***
- 2.—El arbitraje y la cosa juzgada.***
- 3.—La sentencia extranjera y la cosa juzgada.***

1. LA TRANSACCIÓN Y LA COSA JUZGADA.—Nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884, definen el contrato de transacción estableciendo: "La transacción es un contrato por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo algo, terminan una controversia presente o previenen una futura". (Artículos 3291 y 3151, respectivamente).

En el Código Civil en vigor del Distrito y Territorios Federales, se dice: "La transacción es un contrato por el cual las partes, haciendo reciprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura". (Artículo 2944).

Se trata, pues, de un contrato bilateral y sinalagmático. En efecto, engendra obligaciones reciprocas para ambas partes contratantes, y las obligaciones de una de las partes, son la causa de las obligaciones de la otra.

Se distingue este contrato de otros actos jurídicos cuyo objeto es asimismo dar por terminado un proceso, se distingue, por ejemplo, del desistimiento de la demanda o de la acción, y del allanamiento al libelo del actor, en que mientras que, en la transacción, se halla un sacrificio recíproco; en cambio, en estos últimos, se está frente a actos unilaterales, esto es, se está en presencia de una renuncia del demandado a su derecho de defensa o del actor a la prosecución del juicio; si bien en los tres casos —transacción, desistimiento y allanamiento—, se está frente a las formas genuinas —según la feliz expresión del maestro Alcalá Zamora y Castillo—, de autocomposición del proceso (véase su obra Proceso, Autocomposición y Autodefensa, Págs. 77 y ss.).

Siendo de la esencia de la transacción concluir una controversia presente o prevenir una futura, evidentemente se sigue que el derecho al que ella se refiere tiene que ser un derecho dudoso. Es en razón de la duda del derecho, por lo que las partes resuelven transigir. Sin la duda no hay transacción. Precisamente por esto, en el derecho romano, Ulpiano decía: "El que transige, hace transacción como de cosa dudosa y pleito incierto, que no se ha finalizado..." (el Digesto, Libro II, Título 15-1). Principio cuya supervivencia se explica por la naturaleza misma del contrato; pero en el entendido de que ha de tratarse de duda referida exclusivamente a los que transigen. De manera que no interesa la duda, con relación a los derechos transigidos, del perito en materia de derecho o del juez.

El artículo 2958 del Código Civil en vigor, manda: "Es nula la transacción sobre cualquier negocio que esté decidido judicialmente por sentencia irrevocable ignorada por los interesados". Dispositivo que está tomado de los artículos 3316 y 3317 del Código Civil de 1870 y de los artículos 3176 y 3177 del de 1884. El sentido del precepto se explica, porque si el derecho ya fué determinado por sentencia firme, aunque desconocida por los interesados, resulta indiscutible que falta objeto a la transacción, puesto que está impedida de concluir una controversia ya decidida por el fallo.

El artículo 2953 de nuestro actual Código Civil, cuyos antecedentes inmediatos fueron los artículos 3169 del de 1884 y 3309 del de 1870, establece lo siguiente: "*La transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad de la cosa juzgada...*" (artículo 1816 del Código Civil Español y 1772 del Italiano).

Don Manuel Mateos Alarcón, comentando este dispositivo, con cuánta razón observa: "A diferencia de los demás contratos, la transacción tiene por objeto prevenir o terminar una controversia judicial entre los contratantes; y considerada bajo este punto de vista, es fuera de toda duda que tiene la misma autoridad de una

sentencia.—Por tal motivo se expresa García Goyena en los términos siguientes, empleando casi literalmente las palabras de un jurisconsulto francés: "La transacción tiene por objeto componer diferencias y pleitos presentes o venideros. Es, pues, en cierto modo, una sentencia pronunciada por las mismas partes, y, cuando ellas se han hecho justicia, no deben ser admitidas a quejarse de sí mismas. De otro modo las transacciones vendrían a ser un nuevo manantial de pleitos". (Véase Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal, tomo V, páginas 514 y 515).

Y refiriéndose Francisco Laurent, a esta propia materia, glossando el artículo 2052 del Código de Napoleón, indica:

"El art. 2052 sienta en principio que "las transacciones tienen entre las partes autoridad de cosa juzgada en última sentencia".

"La transacción tiene un primer efecto que resulta del objeto mismo que las partes tienen a la vista: si interviene en el curso de un proceso, pone fin al litigio; el negocio se sobreseee como terminado..."

"Mientras subsiste la transacción no puede haber nueva instancia con el mismo objeto, la misma causa, si está formada entre las mismas partes; el demandado la rechazará por una excepción análoga a la que resulta de una sentencia..."

"La transacción da a cada parte una excepción análoga a la de la cosa juzgada; la llamaremos excepción de transacción (*exceptio litis por transactionem finitae*). Esta es la consecuencia más directa del art. 2052, puesto que la transacción tiene, entre las partes, autoridad de cosa juzgada en última instancia, debe resultar una excepción de cosa juzgada, pues la autoridad de una sentencia consiste en que la cosa que fué resuelta no puede ya ser contestada en justicia entre las mismas partes; la excepción está concedida para impedir que el segundo juez que conociera decidiera la cuestión en un sentido diferente a la primera sentencia... era preciso dar a las partes la excepción que resulte de la cosa juzgada, con el fin de impedir que el asunto terminado por la transacción

pueda ser reproducido en justicia...” (multicitada Obra de Laurent, tomo XXVIII, páginas 414, 415 y ss.).

Resulta, pues, de lo expresado, que una vez terminado el conflicto por transacción de las partes, el litigio queda definitivamente decidido: ningún recurso se admite en su contra, y su objeto nunca más podrá ser materia de discusión o de prueba; pero, a mi juicio, es menester que la transacción sea aprobada judicialmente, como formalidad necesaria para que surta efectos similares (por equivalencia, diría Cornelutti —tomo I de su Sistema, Pág. 183—) a los de la cosa juzgada; porque si la propia sentencia, para que alcance la autoridad de la cosa juzgada, es preciso que sea declarada ejecutoriada, a graves peligros se prestaría que la transacción, sin ser previamente homologada, lograra la calidad acabada de indicar (en el mismo sentido nuestra Suprema Corte de Justicia, según puede verse en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XVII, Pág. 1460: en el informe de 1933, Pág. 342, y en el Suplemento del mismo año, Pág. 499; proyecto de sentencia formulado por mí con el carácter de Srio. de Estudio y Cta. adscrito al señor Ministro don Gabriel García Rojas, aprobado por él sin modificaciones substanciales, así como por la H. Tercera Sala, conforme al cual se resolvió el amparo directo número 5668/51, promovido por la Latino Americana, Cia. de Seguros de Vida, S. A., contra actos de la Cuarta Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales, y con relación al efecto extintivo de la transacción, el Tratado Elemental de Derecho Civil, tomo relativo a la Teoría General de los Contratos Especiales, de Planiol y Ripert. Págs. 519 y 520, de la edición Cajica).

Podemos, pues, decir que, aunque por asimilación la ley exprese que la transacción tiene, respecto de las partes, la misma autoridad que la cosa juzgada, de ninguna manera tal cosa quiere indicar que no existan diferencias profundas que la distinguen del fallo. En efecto, mientras éste es la decisión del Estado dictada en el ejercicio de la jurisdicción; la transacción, en cambio, no importa ju-

risdicción, puesto que no dilucida en juicio ninguna cuestión, sino antes bien, hace desaparecer toda materia que pueda ser objeto de la sentencia, es un simple contrato. Mientras que la sentencia sólo puede resolver un conflicto ya existente; en cambio, la transacción, lo mismo puede poner fin a una controversia presente, que prevenir una futura. Y finalmente, mientras que el fallo puede ser recurrido haciendo uso de los correspondientes recursos, mediante los cuales puede ser confirmado, modificado o revocado; la transacción, en cambio, no está sujeta a recursos y sólo es susceptible de modificación por la voluntad soberana de las partes que la celebraron (véase Curso Elemental de Derecho Civil, tomo IV, relativo a los Contratos Usuales, de Colín y Capitant, traducción española de 1952, Págs. 917 y ss., y la citada Obra de Cornelutti, tomo I, Págs. 183 y 199 y ss.).

En conclusión puede, pues, afirmarse sin dudas, que, aunque la transacción no es cosa juzgada, sin embargo, por vía de asimilación y en atención a su especial naturaleza, la ley dispone que ella tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad de la cosa juzgada (artículo 2953 del Código Civil; artículo 405 del Código Federal de Procedimientos Civiles, y artículos 500, 501, 502 505, 433, fracción VI, 444, 531 y 533 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales).

2. EL ARBITRAJE Y LA COSA JUZGADA.—“Compromiso —se dice en la Curia Philípica, de Hevia Bolaños, edición española de 1797, tomo II, Pág. 432—, es la convención de las Partes, en que se da potestad al árbitro o arbitrador, para determinar la controversia que hay entre ellas”.

Escríche, llama árbitro, “al sujeto elegido y nombrado por las partes para que ajuste y decida sus respectivas pretensiones... El árbitro se llama juez, avenidor o de avenencia, porque las partes se

avienen en que lo que sea; compromiso, porque es nombrado por compromiso o convención; y árbitro, porque es elegido por voluntad o arbitrio de las partes, o bien porque en su mano y albedrio se pone la decisión del negocio sobre que éstas disputan". (Diccionario, Ed. de 1852, Pág. 205).

Chiovenda —Principios, tomo I, Pág. 127—, dice que la ley reconoce un importantísimo contrato, que da a las partes una excepción procesal, "es el compromiso o sea el acuerdo de las partes, de deferir la definición de las controversias a uno o más particulares (árbitros).—El compromiso implica, pues, una renuncia al conocimiento de una controversia por la autoridad judicial. Si una de las partes compromitentes, citase a la otra ante el juez, el demandado puede impedir el examen del fondo mediante la excepción de compromiso, que no es ni de incompetencia ni de litispendencia, sino de renuncia al procedimiento de conocer por la autoridad judicial".

Compromiso es una palabra —dice Carnelutti en su Sistema, tomo II, Págs. 213-214—, cuyo significado original, equivalente al de convención, si no ha desaparecido del uso corriente, se ha restringido en el uso jurídico a la convención mediante la que las partes proveen a escoger el juez que decida un litigio entre ellas. "Sucede en la práctica —manifiesta el mismo autor en la Obra citada, tomo I, Pág. 207—, que cuando las partes no logran por sí ni extinguir el litigio mediante renuncia o reconocimiento ni resolverlo mediante transacción, confien entonces su resolución, en lugar de llevarlo ante el juez, a uno o varios particulares, que reciben el nombre de árbitros, así como se llama compromiso el acto mediante el que se les asigna tal misión".

Mi maestro don Eduardo Pallares, en su Diccionario de Derecho Procesal Civil, dice: "Compromiso arbitral es el contrato que celebran las personas que tienen un litigio, y por el cual se obligan a no acudir a la jurisdicción ordinaria para la decisión del litigio, sino someterlo al conocimiento de jueces árbitros". (Primera Ed., Pág. 281). "El arbitraje propiamente dicho —manifiesta en otra parte de su

citada Obra—, es la institución considerada en su totalidad, y de ella no puede decirse que sea una convención. Lo que es un contrato y no una convención es el compromiso arbitral, que no puede identificarse con el arbitraje". (Pág. 287).

Etimológicamente la palabra "árbitro", proviene de la voz latina "adbiter", formada de la preposición "ad" y del verbo "bito", que, por eufonía, se pronuncia "arbiter", que significa el tercero que se dirige a dos litigantes, *ad bonos litigantes*, para entender sobre su controversia. Pero generalmente la palabra árbitro se deduce etimológicamente de *arbitrium*, *arbitrando*, *arbitratus*, puesto que el árbitro es designado por el *arbitrio* o voluntad de las partes, o porque la decisión del negocio que es puesto en sus manos se deja a su *arbitrio* (Tratado Histórico, Crítico y Filosófico de los Procedimientos Judiciales, de Caravantes, Ed. española de 1856, tomo II, Pág. 469).

Es vieja la historia del arbitraje. Entre los hebreos existió en el Talmud. Se recurrió, en ciertas causas dudosas, al arbitraje de un tribunal llamado de los diez; en el concepto de que al juicio arbitral se acudía desde mucho tiempo anterior a Moisés (Obra citada de Caravantes, tomo I, Pág. 24). Pero en el libro del Génesis, escrito precisamente por Moisés (se sabe que escribió también el Exodus, el Levítico, los Números y el Deuteronomio, que, conjuntamente con el Génesis, integran el Pentateuco o Libro de Moisés, del Antiguo Testamento), en el Cap. 31 aparece que, dirigiéndose Jacob a su suegro Labán, le dice: "¿Por qué culpa mía o por qué pecado mío te has enardecido tanto en perseguirme, hasta escudriñar todo mi equipaje? ¿Y qué es lo que has hallado de todos los haberes de tu casa? Ponlo aquí a la vista de mis hermanos y de los tuyos y sean ellos jueces entre nosotros dos". (4a. edición de la Biblia, de José Miguel Petisco, año de 1950, Pág. 37).

En Grecia también se estableció el arbitraje. En el mencionado tomo I, de la Obra de Caravantes, Pág. 29, se dice al respecto: "...fueron establecidos en Grecia por una ley de Solón, que decía: si

los ciudadanos quieren elegir un árbitro para terminar sus diferencias sobre intereses particulares, tomen el que quieren de común acuerdo, sujetándose a lo que haya decidido, sin poder recurrir a otro tribunal, y sea irrevocable la sentencia del árbitro". Llama la atención que esta ley vieja pone de relieve que la sentencia del árbitro es irrecurrible e irrevocable, de suerte que su inmutabilidad hace ver que se le investía de la autoridad de la cosa juzgada. En Atenas, otros árbitros eran elegidos por suerte, y tenían carácter público; cada tribu suministraba cuarenta y cuatro; cada árbitro debía tener no menos de setenta años de edad y ser de costumbres y conducta irreprochables; sus decisiones se hallaban sujetas al recurso de apelación, y debían éstos conocer de las causas públicas y criminales; en tanto que, otra clase de árbitros, esto es, los nombrados por las partes mismas, sólo podían conocer sobre los contratos privados, con la obligación a cargo de dichas partes de pasar por su decisión.

Igualmente encontramos el juicio arbitral en Esparta. Los jueces árbitros dictaban en los templos sus sentencias; pero no antes de que las partes hubiesen jurado que se someterían al fallo, dándole cumplimiento.

Y finalmente, en lo que se refiere asimismo al antiguo derecho, el propio Caravantes nos dice lo siguiente respecto a Roma:

"118. Los jueces árbitros entre los Romanos establecidos ya por la ley de las Doce Tablas, eran de varias clases, aunque todos ellos podían reducirse a las dos categorías de arbitradores y árbitros de derecho.

"Conociase, pues, en primer lugar el llamado *arbiter compromissarius*, que era aquel a quien las partes elegían y daban por un acto llamado compromiso, la potestad de terminar su controversia con su decisión, la cual se obligaban a obedecer bajo cierta pena que a veces importaba más que el valor del litigio (Leyes 2 y 3 D. de recept.). 2o. El *arbiter juratus*, elegido también por las partes que juraban estar a su decisión, pero sin establecer compromiso. Este árbitro y anterior se llamaban *judex*. (L. 4, id.). 3o. El *arbiter ex*

nudo pacto, elegido por las partes, pero sin compromiso ni pena ni juramento; así que sólo era válida su decisión si aquéllas la aceptaban firmándola o no contradiciéndola en diez años. (L. 5, id.). Este arbitraje se prohibió por una novela que dispuso no pudiera celebrarse arbitraje sino con compromiso y con pena. 4o. El *arbiter sententia judicum constitutus* que era nombrado por sentencia del juez; por lo regular para la liquidación de una cuenta, para una tasación, etc., por lo que solía llamársele *oestimator*. 5o. El *arbiter in causis bonoe fidei*, que se daba por el pretor a las partes en las acciones de buena fe: este árbitro juzgaba *ex oequo et bono*, sin sujeción a fórmula alguna, al paso que el árbitro *stricti juris* debía pronunciar según la ley y las fórmulas establecidas. Estos últimos llamábanse *arbiter o judex*, bien fuera la acción de buena fe o de derecho estricto. 6o. El *arbiter in contractibus adjectis* que se nombraba para dar su parecer sobre las diferencias que podían resultar de ellos...

"Ultimamente estableció Justiniano que tuviera autoridad de cosa juzgada la sentencia arbitral aunque no se hubiera estipulado pena, si se dejaban pasar diez días desde que se pronunció sin reclamación alguna". (Tomo I de la citada Obra, Págs. 46 y 47).

Nótese cómo, si se dejaban pasar diez días sin reclamar la sentencia, estableció Justiniano —dice Caravantes—, que la misma alcanzaba la autoridad de la cosa juzgada.

Juzgo particularmente interesante señalar que el Digesto de Justiniano, se ocupa del arbitraje todo el Título octavo, del Libro cuarto, del que claramente se desprende la preocupación de hacer irrevocables las sentencias pronunciadas por los árbitros, pues incluso se dispone que se debe pasar por el fallo, sea el mismo justo o injusto, culpándose a sí mismas en todo caso las partes que los nombraron, puesto que, de otro modo, no pueden acabar las controversias que se les someten.

En efecto, Ulpiano —Libro XIII, sobre el Edicto—, decía: "Se debe estar a la sentencia que el árbitro diese sobre la cosa, que sea justa o injusta; y cúlpese a sí mismo el que comprometió: por-

que también se dice por Rescripto del Emperador Pío, que debe conformarse con la sentencia menos probable". (Libro y Título citados del Digesto, 27-2). Y Paulo —Libro XIII, sobre el Edicto—, también decía: "...Para que no se propaguen los arbitrios, o tal vez se transfieran en otros enemigos de los litigantes, conviene que él —se refiere al árbitro— *imponga fin a la controversia con su sentencia*: quando, o el arbitrio no se dilata, o se transfiere a otro, *no se acaba la controversia: y es parte de la sentencia...*" (del propio Digesto, Libro y Título citados, 32-16).

Se llega, pues, en el derecho romano, a investir a la sentencia del árbitro —como lo observa Caravantes—, de la autoridad de la cosa juzgada.

En España, se encuentran disposiciones desde el antiguo Fuero Juzgo, así como en los fueros y cuadernos provinciales y municipales, que permitían a las partes la elección de árbitros. En efecto, la ley 13, título 1, libro 2, del Fuero Juzgo, dispone: "Ninguno non deve judgar el pleyto, si non a quien es mandado del príncipe, o por quien escogido por juez de voluntad de las partes con testimonio de dos omnes buenos, o con tres". Cuando los árabes invadieron la Península a principios del siglo VIII, permitieron a los pueblos que conquistaron que conservaran sus propias leyes. Pero como se trataba de una época de constantes luchas, faltaba fuerza para que se cumplieran las sabias leyes del Fuero Juzgo, y entonces en la administración de justicia se acudía al buen juicio de hombres prácticos en negocios, así como a los ejemplos de las sentencias que habían resuelto casos análogos. A los fallos que se dictaban se les llamó *albedriós*, cuando habían sido pronunciados por jueces árbitros, y se designaban con el nombre de *fazañas*, cuando eran dictados por el rey o por autoridades públicas investidas de jurisdicción.

Nos dice Caravantes, a quien fundamentalmente hemos seguido en estos datos históricos, que en el período que comprende más de cinco siglos y que va de mediados del siglo XIII, hasta fines del siglo XVIII, esto es, desde la publicación del Fuero Real,

hasta la publicación de la Novísima, se introdujeron en España importantes y fundamentales reformas en la administración de justicia, llegando la legislación a uniformarse.

En Valencia, la jurisdicción se ejercía por el rey de Aragón, quien se servía del "virrey o lugarteniente de nombramiento real, magistrado superior del reino", a quien asistía la "curia regia o tribunal compuesto de oidores o jueces que conocía en segunda instancia". El enjuiciamiento civil se hallaba en los libros 3o., 4o. y 7o. de los fueros promulgados por Jaime I. "En estos libros se trata de los juicios, demandas, diversidad de acciones y pruebas; siendo notable la disposición que prohibía los litigios entre padre, madre, esposos, hijos y hermanos, debiendo decidirse sus diferencias por medio de árbitros". (Obra y tomo mencionados de Caravantes, Págs. 73, 74, 79 y 84).

El Fuero Real, conservando su ilustre prosapia, continúa con el juicio de árbitros en la ley 2a., título 7o., del Libro I. Y en la cédula de 29 de enero de 1503, que doña Isabel dió en Alcalá de Henares (Ley 17, título I, Libro 5o., de la Novísima Recopilación), de manera excepcional se dispone que, previa consulta con el soberano, se sometan a compromiso los pleitos tan dudosos e intrincados que "en ellos pareciera no poder determinarse bien la justicia".

Mención especial y lugar aparte merecen las leyes de Partida, fuente inagotable de enseñanzas en materia jurídica a través de los siglos, quienes, con su lenguaje maravilloso, en el Título IV, de la Partida tercera, nos dicen lo que, en lo conducente, se transcribe de las siguientes leyes:

"Ley XXIII.—... Arbitros en latín, tanto quiere decir en romance, como Jueces Avenidores, que son escogidos, e puestos de las partes, para librar la contienda que es entre ellos. E estos son en dos maneras. La una es, quando los omes ponen sus pleytos, e sus contiendas en mano dellos, que los oyen, e los libren segund derecho. E entonces decimos, que tales Avenidores como estos, defque recibieren, e otorgaren de librarios affi, que devén andar adelante

por el pleyto, también como si fueseen Jueces Ordinarios, faciéndolos comenzar el pleyto ante si, por demanda, e por respuesta: e oyendo, e recibiendo las pruebas, e las razones, e las defensiones que ponen cada una de las partes. E sobre todo devén dar su juicio afinado, segund entendieron que lo devén hacer de derecho. La otra manera de Jueces de Avenencia es, a que llaman en latín Arbitradores, que quieren tanto decir, como alvedriadores, e comunales amigos, que son escogidos por avenencia de ambas las partes, para venir, e librarse las contiendas que ovieren entre si, en cualquier manera que ellos tovieran por bien... E maguer non ficiéffen ante si comienzar los pleitos por demanda, e por respuesta, e non cataffen aquellas cofas que los otros Jueces son tenudos de guardar, con todo ello valdría el juicio, o la avenencia que ellos ficiéffen entre ambas las partes, solo que sea hecho a buena Fe, e fin engaño... Ca si pena non y fuese puesta, non ferian tenudas las partes de obedecer el mandamiento, nin el juicio que dieffen entre ellos. Fueras ende si callaffen, e lo non contradixeffen, defde el día que fuese dada la sentencia, hasta diez días. Ca entonces, maguer non y fuese puesta pena, tenudas ferian las partes de guardar el juicio que así fuese dado, segun que adelante mos traremos..."

"Ley XXXIII.—... Mandan los Juegadores de Avenencia a las partes en su juicio, que den, o fagan alguna cosa, e ponen plazo a que los cumplan. E por ende decimos, que las partes devén cumplir su mandamiento, hasta aquel plazo que les fue puesto. E la parte que lo non ficiéffe, deve pechar a la otra la pena que pusieron entre si, quando metieron el pleyto en mano de amigos. E non se puede escusar, diciendo, que los Jueces non pueden dar este plazo, pues non les fue otorgado poderío de lo hacer..."

"Ley XXXV.—... E si por aventura pena non fuese y puesta, a la fazón que fueren escogidos los Avenidores, entonces decimos, que quien non se pagare del juicio dellos, que lo deve decir luego, e non será después tenido de obedecerlo. Mas si lo toviesen las partes por bueno, diciendo quando avian juzgado, que se pa-

gavan del juicio, o escriviendo por sus manos la carta de la fentencia que la confirmavan, o si callaffen hasta diez días despues que fueffe dada que la non contradixeffen: tal fentencia como efta deve valer. E si alguna de las partes pidieffe despues al Juez ordinario del lugar, que la ficieffe cumplir, develo facer, tambien como si fueffe dada por otro Juez, de aquellos que han poder de oir, e librar todos los pleytos".

No hay duda, pues, de que en los pleitos sometidos a la decisión de los árbitros o arbitradores, cuando la sentencia que los resolvía se volvía inmutable, en los términos que la ley expresa, dicha sentencia adquiría la autoridad de la cosa juzgada, haciéndose ejecutable.

Culminó en España el juicio de árbitros, con la Constitución Política de Cádiz de 18 de marzo de 1812; pero introdujo también, en sus dispositivos, la conciliación. Particularmente interesantes me parecen los artículos que a continuación transcribo:

"Art. 280.—No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes.

"Art. 281.—La sentencia que dieren los árbitros, se ejecutará si las partes al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar.

"Art. 282.—El Alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador; y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias, deberá presentarse a él con este objeto.

"Art. 283.—El Alcalde con dos hombres buenos, nombrados uno por cada parte, oirá al demandante y al demandado, se enterará de las razones en que respectivamente apoyen su intención; y tomará, oído el dictamen de los dos asociados, la providencia que le parezca propia para el fin de terminar el litigio sin más progreso, como se terminará en efecto, si las partes se aquietan con esta decisión extrajudicial.

"Art. 284.—Sin hacer constar que se ha intentado el medio de

la conciliación, no se entablará pleito alguno". (Véase el tomo II de la Nueva Ley Procesal de Sodi, Ed. de 1933, Pág. 73).

Puede apreciarse que, cuando las partes no se reservaban el derecho de apelar, la sentencia se hacía ejecutoria con sólo el hecho de pronunciarse, y en todo caso podía alcanzar la autoridad de la cosa juzgada.

En nuestro país, la Constitución Federal de 4 de octubre de 1824, en su artículo 156, estableció el derecho de los litigantes de arreglar sus diferencias por medio de jueces árbitros, designados por ambas partes, en cualquier estado del pleito. Lo mismo hicieron las siete leyes centralistas de 1836 (artículos 39 y 40); pero además establecieron la obligación de acudir, antes de entablar cualquier pleito civil o criminal sobre injurias personales, al procedimiento de conciliación; en el entendido de que, sus disposiciones sobre arbitraje y conciliación, se reprodujeron en las Bases Orgánicas de 12 de junio de 1843.

Refiriéndose don Demetrio Sodi, a la historia del arbitraje en México, entre otras cosas, expresa: "La Ley de 19 de mayo de 1849 y las circulares y disposiciones de ese año dieron la forma de las Citas a Conciliación y procedimientos de arbitraje ante los Alcaldes para el efecto de buscar la conciliación, y leyes anteriores a la de 23 de mayo de 1837, que es la que arregla los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, nos ofrecen todo un procedimiento encaminado a ese fin..." (Obra y tomo citados, Pág. 74).

Nuestro Código de Comercio, en su artículo 1051, dispone: "El procedimiento mercantil preferente a todos es el convencional. A falta de convenio expreso de las partes interesadas se observarán las disposiciones de este Libro, y en defecto de éstas o de convenio, se aplicará la ley de procedimientos local respectiva". Y el Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales de 1884, dedica, a la materia que nos ocupa, del artículo 1240 al 1343, desprendiéndose, del texto de sus preceptos, que la sen-

tencia arbitral, al tornarse ejecutoria, adquiere la autoridad de la cosa juzgada.

Como es sabido, los arbitrajes pueden ser voluntarios o necesarios, y de derecho o de equidad, éstos llamados también de amigables componedores. Los arbitrajes voluntarios son los designados libremente por la voluntad de las partes. En los necesarios, la ley obliga a las partes a que sometan sus controversias a la decisión arbitral. Llámase arbitraje jurídico o de derecho, cuando los árbitros designados deben resolver los casos que se les someten por aplicación estricta de la ley correspondiente, según lo alegado y probado por las partes y respetando la substancialización del proceso fijado por las normas legales; en tanto que, como se sabe, los amigables componedores, sin sujetarse al cartabón del juicio, fallan según su leal saber y entender y a buena fe guardada; llámaseles también arbitradores, albedriadores o comunales amigos.

Ahora bien, "en cuanto a la índole del arbitraje, se enfrentan, como es sabido, dos teorías: la contractualista, que tiene en Mattirolo y Chiovenda sus más prestigiosos paladines, y la jurisdiccionalista de Mortara". (Proceso, Autocomposición y Autodefensa, del maestro Alcalá Zamora y Castillo, Pág. 71).

Plaza, citando a Silva Melero, nos habla de una solución ecléctica que, si bien niega que sea la jurisdicción de los árbitros negocio privado, rechaza igualmente que se atribuya a organismos del Estado. Nos dice más adelante: "Tiene razón Silva Melero, cuando, tras de exponer, en síntesis, todas esas encontradas opiniones, que, por su hermetismo, no satisfacen una realidad que, sin embargo, tenemos a nuestra vista, distingue, en la génesis del arbitraje, tres momentos diferentes: aquel en que las partes perfeccionan el contrato de compromiso, que es el negocio de derecho privado; aquel otro, en que esa voluntad cristaliza en un documento y se endereza a lograr un acto de marcada condición receptiva (la aceptación), engendrador de un vínculo que surge entre los litigantes y el árbitro, y que se asemeja a un mandato (negocio privado también); aquel

otro momento, finalmente, en que, investidos los árbitros de un poder, que está en potencia en la ley que así lo reconoce, pero que se traduce in actu, por obra del compromiso, ejercen una actividad pública: la de juzgar; y ello porque el Estado, al ejercer la tutela jurídica sobre los ciudadanos, así puede valerse de funcionarios que, en todo caso, asumen la potestad jurisdiccional, como de personas a quienes, concurriendo determinadas circunstancias, atribuye la facultad de juzgar, para un caso concreto". (Derecho Procesal Civil Español, tomo II, 2a. Ed., Págs. 500-501).

Haciendo referencia, por la importancia que la tesis reviste, a la opinión de Chiovenda, cabe decir que este autor sostiene que el compromiso es un importantísimo contrato que corresponde al derecho privado, si bien proporciona a las partes que lo celebran una excepción procesal: la excepción de compromiso, esto es, la excepción que consiste en el acuerdo de las partes de conferir la solución de sus conflictos a uno o más particulares. De manera que, según él, implica el compromiso la *renuncia de las partes a que su controversia sea conocida por la autoridad judicial*. La excepción de compromiso precisamente consiste en hacer valer la renuncia de las partes a que conozca dicha autoridad, de manera que no se trata de una excepción de litispendencia, ni de incompetencia. Piensa que en el arbitraje no hay proceso, sino una figura afín al proceso en su estructura lógica: definir controversias mediante un juicio ajeno; pero cree que el árbitro no es funcionario del Estado; que carece de jurisdicción propia o delegada; que no actúa la ley; que sus facultades derivan de la voluntad de las partes, que se manifiesta conforme a la ley; que la sentencia es irrevocable por voluntad de las partes, y que es el Estado quien hace ejecutivo al fallo, mediante un acto (homologación), del órgano jurisdiccional. De modo que, cuando el fallo es ya ejecutivo por ese acto del Estado, es equiparado al acto jurisdiccional, y adquiere la eficacia de la sentencia de los jueces, esto es, idoneidad para que, si no es impugnada, alcance fuerza de cosa juzgada, fuerza ejecutiva (Principios de Derecho

Procesal Civil, traducción de José Casaís y Santaló, tomo I, Págs. 127-137).

Los señores Manresa y Reus, en su Ley de Enjuiciamiento Civil Comentada y Explicada (se refieren estos autores a la Ley española de 1855), edición mexicana de 1875, Págs. 83 y 84, dicen: "...los árbitros, aunque deben su nombramiento a un acto privado, cual es la elección de los mismos litigantes, *tienen por ministerio de la ley verdadera jurisdicción para conocer del negocio sometido a su fallo*: por eso nuestras leyes les han dado siempre el carácter y nombre de jueces, y han declarado aplicables a los mismos las disposiciones relativas a los delitos de prevaricación, cohecho y exacciones ilegales. Pero *carecen de autoridad pública, y por esto no tienen poder para ejecutar lo juzgado, ni para conocer de otras cuestiones que las sometidas expresamente a su decisión por voluntad de las partes, y tampoco tienen potestad sobre otras cosas ni personas que las comprometidas*".

Puede apreciarse, pues, que, según estos autores, los árbitros, aunque gozan de verdadera jurisdicción, la misma está limitada al asunto que deben decidir, a pesar de lo cual sostienen que carecen de autoridad pública. Por supuesto, las mismas ideas transcritas en el párrafo que precede, las repite el primero de los invocados autores (don José Ma. Manresa y Navarro), cuando años después comentó la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881 (véase la edición mexicana de 1892, tomo IV de la Obra, Págs. 83 y 84).

El moderno procesalista Prieto Castro, sostiene que "esencia del arbitraje es la renuncia a la tutela jurídica del Estado", no obstante lo cual afirma que están investidos los árbitros de jurisdicción limitada a los interesados que los designan, y de autoridad también limitada al objeto de tomar juramento a las partes, testigos, etc.

De cualquier manera, a mi juicio, representa su opinión un paso en el camino de la verdad, pues justamente afirma esto que es esencial tratándose del arbitraje: los árbitros están investidos de ju-

risdicción y de autoridad limitadas (véase su Derecho Procesal Civil, tomo II, Págs. 265 y 280).

En mi país, mi admirado maestro y amigo don Eduardo Pallares, comentando los dispositivos en vigor, al respecto, de nuestro Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales, igualmente considera —creo que con absoluta razón—, que los árbitros, aunque de manera limitada, gozan de verdadera jurisdicción y de poder jurisdiccional. Pero sostiene también que —y en esto difiero de su opinión—, *aunque no son funcionarios, aunque realmente no son autoridades, sino simples particulares*, se hallan de todos modos facultados por la ley para realizar funciones públicas, de manera semejante a como acontece con el jurado popular que, formado por simples particulares —no por autoridades ni por funcionarios—, llevan a efecto la importante función pública de administrar justicia penal (su Diccionario, Págs. 281-292).

Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, aceptando la teoría contractualista expuesta, ha sostenido: que el arbitraje es un contrato que implica la renuncia de las partes a que su controversia sea resuelta por la autoridad judicial; que a ese contrato se llama de "compromiso", y que, en virtud del mismo, las partes confían la decisión de sus controversias a uno o más particulares; que aunque no existe proceso, existe de todas maneras una figura que le es afín: la decisión de una contienda judicial mediante un juicio ajeno; que el árbitro carece de jurisdicción de ninguna especie, y que tampoco es autoridad; que las facultades del árbitro derivan de la voluntad de las partes, expresada conforme a la ley; que el laudo se equipara al acto jurisdiccional hasta que, por la intervención de la autoridad judicial, se torna ejecutivo, sin perder su naturaleza privada; que el laudo es como los considerandos de la sentencia, en los que el elemento lógico no tiene más valor que el de preparar el acto de voluntad del Estado por virtud del cual se ejecuta, resultando que es el juez, con este acto, quien formula la voluntad de la ley, que es en lo que consiste el acto juris-

diccional de la sentencia; que el árbitro carece de imperio, toda vez que, siendo sus laudos actos privados —en cuanto que la Corte afirma que provienen de particulares—, no puede, además, durante el juicio, examinar coactivamente testigos, ni practicar inspecciones oculares, y que, finalmente, las sentencias no son ejecutivas, sino hasta que los órganos del Estado han añadido a su materia lógica, la materia jurisdiccional propia del fallo judicial (Semanario Judicial de la Federación, Suplemento de 1933, Pág. 852).

He de recordar que, en su oportunidad, expliqué la cosa juzgada, diciendo que se trata de un acto de voluntad de soberanía del Estado, cuando dicho acto regula en forma obligatoria e inmutable las relaciones jurídicas que le son sometidas en juicio.

Se sigue de esta explicación que, no hay cosa juzgada si, tratándose de la sentencia arbitral, se niega que la misma sea producto de una actividad jurisdiccional realizada precisamente por una autoridad del Estado u órgano jurisdiccional.

La teoría contractualista, como se vió, niega que el árbitro esté investido de jurisdicción, y niega asimismo que sea autoridad. No obstante esto, no niega que la sentencia que resuelve el compromiso, alcance la autoridad de la cosa juzgada: "La sentencia arbitral debe convertirse en ejecutiva por el pretor del departamento en el cual fué pronunciada... La inobservancia de esta disposición hace inútil el arbitraje y el compromiso. La norma es común a las sentencias definitivas e interlocutorias; hasta que se observa, la sentencia no es ejecutiva... Con el decreto del pretor, el laudo adquiere la eficacia de la sentencia de los jueces, o sea, idoneidad, si no es impugnada, para adquirir fuerza de cosa juzgada, fuerza ejecutiva; pero la paridad del laudo ejecutivo y del acto jurisdiccional, no es absoluta; el fundamento de la irrevocabilidad del laudo existe en la voluntad de las partes...", dice Chiovenda en la Obra y tomo citados, Pág. 137 (tesis que De la Plaza admite en su Obra y tomo también citados, Pág. 498 y ss.).

Creo que, atendiendo particularmente a los textos de nuestra

ley, no se puede entender cómo en México pueda aceptarse la tesis contractualista. Con los maestros Demetrio Sodi, Gabriel García Rojas, Alcalá Zamora y Castillo, Eduardo Pallares y con todos aquellos que han aceptado la solución de Mortara, me parece que es su tesis jurisdiccionalista la que debe admitirse, y particularmente me adhiero a las opiniones de los dos primeros (véase La Nueva Ley Procesal de Sodi, tomo II, Págs. 109 y ss.), en cuanto a que el árbitro es verdadera autoridad, un funcionario transitorio, con jurisdicción y autoridad limitadas. Me baso en lo siguiente:

Los artículos 609, 619, 620, 623, 625, 630, 631, 632, 633 y 634 de nuestro Código de Procedimientos Civiles que hemos venido citando, expresan:

"Art. 609.—Las partes tienen el derecho de sujetar sus diferencias al juicio arbitral.

"Art. 619.—Las partes y los árbitros seguirán en el procedimiento los plazos y las formas establecidas para los tribunales si las partes no hubieren convenido otra cosa. Cualquiera que fuere el pacto en contrario, los árbitros siempre están obligados a recibir pruebas y oír alegatos si cualquiera de las partes lo pidiere.

Las partes podrán renunciar a la apelación.

Cuando el compromiso se celebre respecto de un negocio en grado de apelación, la sentencia arbitral será definitiva sin ulterior recurso.

"Art. 620.—El compromiso produce las excepciones de incompetencia y litispendencia, si durante él se promueve el negocio en un tribunal ordinario.

"Art. 623.—Los árbitros sólo son recusables por las mismas causas que lo fueren los demás jueces.

"Art. 625.—El laudo será firmado por cada uno de los árbitros y en caso de haber más de dos, si la minoría rehusare hacerlo, los otros lo harán constar y la sentencia tendrá el mismo efecto que si hubiere sido firmada por todos...

"Art. 630.—Los árbitros pueden conocer de los incidentes sin cuya resolución no fuere posible decidir el negocio principal. También pueden conocer de las excepciones perentorias, pero no de la reconvenCIÓN, sino en el caso en que se oponga como compensación hasta la cantidad que importe la demanda o cuando así se haya pactado expresamente.

"Art. 631.—Los árbitros pueden condenar en costas, daños y perjuicios a las partes y aún imponer multas, pero para emplear los medios de apremio deben ocurrir al juez ordinario.

"Art. 632.—Notificado el laudo, se pasarán los autos al juez ordinario, para su ejecución, a no ser que las partes pidieren aclaración de sentencia.

Para la ejecución de autos y decretos se acudirá también al juez de primera instancia.

Si hubiere lugar a algún recurso que fuere admisible lo admitirá el juez que recibió los autos y remitirá éstos al Tribunal Superior, sujetándose en todos sus procedimientos a lo dispuesto para los juicios comunes.

"Art. 633.—Es competente para todos los actos relativos al juicio arbitral en lo que se refiera a jurisdicción que no tenga el árbitro, y para la ejecución de la sentencia y admisión de recursos, el juez designado en el compromiso; a falta de éste, el del lugar del tribunal de arbitraje, y si hubiere varios jueces, el de número más bajo.

"Art. 634.—Los jueces ordinarios están obligados a impartir el auxilio de su jurisdicción a los árbitros"

De la lectura de estos preceptos, puede apreciarse que, por el contrario de lo que afirma la tesis contractualista, es la ley la que da jurisdicción al árbitro para conocer del asunto que se le somete, no la voluntad de las partes, esto es, la jurisdicción no dimana del compromiso, sino, repito, de la ley, si bien no se puede negar que el compromiso es la condición necesaria para que la jurisdicción se realice.

Al estudiar este punto, con cuánta razón don Gabriel García Rojas, nos dice que la ley inviste al árbitro de una de las funciones más importantes del Estado: de la función de hacer justicia, como un medio más para lograr la pacificación social.

Recuerda mi maestro citado que las leyes de Partida, de manera expresa, admiten una situación de igualdad entre el juez y el árbitro, a quien también llaman juez. En efecto, como consecuencia de esta equiparación, se vió con anterioridad que el texto de la ley XXXV, del Título IV, de la Partida 3a., ordena que el juez ejecute la sentencia del árbitro, exactamente lo mismo que si hubiese sido dada por juez ordinario.

Actualmente, de acuerdo con nuestro artículo 620 transcritto, el compromiso produce la excepción de incompetencia. "Quiere decir —manifiesta mi maestro García Rojas—, que el árbitro tiene facultad para inhibir del conocimiento del mismo negocio al juez ordinario, tiene facultad para librar el oficio inhibitorio, y tiene facultad para sostener la competencia con el juez ordinario y contender con él, y las cuestiones de competencia siempre se han reconocido en derecho como cuestiones de derecho público". (Conferencia que dictó en el Debate sobre el Arbitraje Forzoso, convocado por la Barra Mexicana; puede consultarse en Anales de Jurisprudencia, tomo IV, Núm. 1, correspondiente a enero de 1934, Págs. 686-742). Continuando el pensamiento del maestro, salta a la vista que el árbitro se vería impedido de inhibir al juez ordinario del conocimiento del mismo negocio; que él no podría sostener su competencia frente al juez común; que estaría imposibilitado para enviarle el oficio inhibitorio, y que no podría contender con él, si se le niega su calidad indiscutible de órgano jurisdiccional, esto es, si se le niega su carácter de autoridad.

Más adelante, el propio maestro, agrega: "Un simple particular, obrando en nombre del compromiso, que se enfrenta con una autoridad constituida y le dice: tú no eres competente, soy yo; mán-

dame tus autos, deja que yo los conozca, tú no puedes conocer de este negocio. ¿Cómo es posible explicarse esa situación, si no se reconoce jurisdicción al árbitro?" (Anales de Jurisprudencia, tomo citado, Pág. 702). Interrogación a la que puede agregarse esta otra: ¿cómo sería posible lo expresado, si no se reconoce que el árbitro es verdadera autoridad?

Produce también el compromiso la excepción de litispendencia, y es obvio que, como igualmente lo subraya el maestro García Rojas, se trata de una excepción que no sería posible entender por vía de la explicación contractual del arbitraje; porque ni este contrato ni ningún contrato pueden significar que las partes que los celebran estén siendo juzgadas, y es lo cierto que el artículo 620 antes copiado, prohíbe al juez ordinario conocer del mismo asunto sometido al árbitro, lo cual sería imposible si se niega a éste jurisdicción. En efecto, de admitirse que el árbitro no juzga el negocio que se le somete, entonces evidentemente no podría negarse al juez ordinario la facultad de juzgarlo y, sin embargo, sucede todo lo contrario: puede oponérsele la litispendencia.

Tampoco se oculta a su aguda observación, que escapa a la explicación contractualista el que se pueda reconvenir por compensación hasta la cantidad que importe la demanda, aun cuando no se haya pactado expresamente (artículo 630); porque debiendo ser competente para conocer de la compensación no comprendida en el compromiso, el juez ordinario, sin embargo, la ley, rebasando los límites que dan los términos del contrato, inviste al árbitro de facultades para resolverla, y ¿cómo podría ser esto posible de negársele jurisdicción? Pregunta a la que se puede adicionar esta distinta: ¿cómo puede haber jurisdicción sin autoridad u órgano jurisdiccional que la ejerza?

Si, pues, se tiene que la ley nos habla "del juicio arbitral"; si ella nos dice que el juicio arbitral debe seguir el procedimiento de los juicios del orden común, desprendiéndose la equiparación de aquél a éstos; si, como se acaba de ver, produce el compromiso

las excepciones de incompetencia y de litispendencia, lo cual no sería posible si el juicio arbitral no fuese auténtico juicio; si las partes tienen el derecho de recusar a los árbitros por las mismas causas que los jueces ordinarios pueden ser recusados, y esto sólo puede ser así porque para la ley son también jueces; si los jueces árbitros pueden conocer de las excepciones e incidentes que surjan en el juicio arbitral, y es esto atributo indiscutible de la jurisdicción; si como otro atributo de la jurisdicción, pueden ellos condenar en costas; si el juez del orden común es competente para intervenir en los actos relativos al juicio arbitral; pero con el mandato terminante y expreso de la ley de limitar esa competencia a que *no se invada la jurisdicción del árbitro* —luego expresamente la ley se la confiere: art. 633—; si el árbitro resuelve la controversia que le es sometida mediante su sentencia definitiva o laudo, según indistintamente se le designa en la ley; si los jueces ordinarios tienen el deber de ejecutar esa sentencia, y carecen del poder de modificarla y ni siquiera gozan de la facultad de aclararla, y si, finalmente, se tiene en consideración que dicha sentencia, en confirmación de su calidad de acto jurisdiccional, es susceptible de ser recurrida en apelación, puesto que, como es sabido, sólo las resoluciones judiciales son atacables mediante los recursos judiciales, si, pues, todo lo acabado de expresar se toma en debida consideración, ¿podría quedar alguna duda de que se da verdadera jurisdicción en el juicio arbitral?

A mi entender, la respuesta negativa es única y sobra, además. Pero a mayor abundamiento, si bien es verdad que el árbitro carece de *imperio* (excepto la facultad de imponer multas, que es también atributo del imperio), es decir, carece —según el maestro Pallares explica la expresión en su Diccionario, citando a Caravantes, Pág. 24—, de *la potestad o fuerza pública necesaria para asegurar la ejecución de sus decisiones o mandatos*, puesto que particularmente carece de la potestad para dirigir exhortos a los jueces ordinarios, así como para dictar medidas compulsorias, tales

como apremiar a las partes o testigos para que cumplan sus determinaciones, y lo que es aún más grave, carece del poder necesario para realizar o hacer cumplir su propia sentencia; porque, se repite, si bien es cierto todo esto, sólo confundiendo la jurisdicción con el imperio —como correctamente lo observa el maestro Pallares—, podría negarse al juicio arbitral su carácter jurisdiccional.

En efecto, si se recuerda que el tribunal de apelación tampoco hace cumplir directamente sus ejecutorias (artículo 501 del Código de Procedimientos Civiles del D. y T. F.); si se tiene presente que ni siquiera al juez ordinario corresponde el pronunciamiento de las resoluciones necesarias para la ejecución de sus propias sentencias, puesto que, como es sabido, es al juez ejecutor a quien compete acordar todos los trámites y resolver todos los incidentes relativos a la ejecución, excepto los casos que limitativamente la ley reserva al juez del conocimiento (artículos 562, 455 y ss. y 472 y ss. del mismo Código de Procedimientos Civiles); si también se tiene en consideración que, inclusive, en el amparo directo —como justamente lo señala mi maestro García Rojas, en su conferencia citada—, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación tampoco ejecuta sus fallos (lo que quiere decir que nuestro máximo Tribunal igualmente carece de imperio), puesto que la ejecución, como es sabido, corresponde a una de las partes del juicio de garantías: a la autoridad responsable, y si se piensa que estas razones a nadie han aprovechado para atreverse a sostener que carezcan de jurisdicción el juez común, su superior y mucho menos nuestra Suprema Corte, es evidente que se impone aceptar que, en la actualidad, las limitaciones del imperio o la supresión total de éste en los órganos jurisdiccionales, de ninguna manera hieren y mucho menos destruyen su función jurisdiccional, es decir, su poder para administrar justicia conforme a derecho o en conciencia y buena fe guardada.

Por consiguiente, ninguna duda queda de que, en el juicio arbitral, se cumple el requisito de la jurisdicción. Luego, la sentencia

arbitral, puede elevarse a la autoridad de la cosa juzgada —según la explicación que de ésta he dado—, sin que pueda objetársele, con validez, que no sea acto jurisdiccional, porque si lo es con una claridad de medio dia con sol.

Pero, ¿es acaso la sentencia arbitral un acto de soberanía del Estado? ¿Se trata realmente de un acto de autoridad? Cuestión es ésta sobre la que ahora insistiré con más detenimiento:

Por parecerme de gran interés un voto particular que, sobre el tema a examen, formuló don Demetrio Sodi en un juicio de amparo de que conoció, siendo Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, me voy a permitir transcribir lo que de él considero más importante, aun a riesgo de repetir —redundará al fin y al cabo en beneficio de la demostración—, ideas ya expresadas con antelación:

"El artículo catorce de nuestro Pacto Fundamental establece que nadie puede ser juzgado sino por leyes exactamente aplicables al hecho. Si la Constitución garantiza el derecho de ser juzgado por leyes debidamente aplicadas por la interpretación racional y no por el capricho; y si los laudos de los árbitros resuelven la "legitima rei controversae apud judicem inter litigantes tractatio, seu disceptatio, et judicatio", y si los árbitros abren el juicio, conocen de las excepciones, reciben pruebas, condenan en costas, daños y perjuicios, y sus sentencias tienen el carácter de ejecutorias por ministerio de la ley y plenos efectos jurídicos, sin poder aplicar la ley arbitrariamente, entonces las garantías del artículo catorce se extienden a sus fallos, porque los derechos del hombre, base y objeto de las instituciones sociales, deben ser respetados tanto por el juez que ocupa los escaños del Palacio Civil, tanto por el jurado que administra la justicia popular, como por el árbitro que recibe con la escritura de compromiso, el sagrado depósito de la ley, y el ineludible deber de juzgar rectamente y de aplicar la ley con exactitud.

"Los árbitros pueden violar las garantías individuales, los árbitros pueden aplicar torcidamente la ley, y esto sería imposible si no tuvieran jurisdicción. Jurisdicción consentida por las partes, dicen, sí; pero jurisdicción definida por la ley, que es la fuente y el origen único de toda jurisdicción y de toda autoridad. Jurisdicción escogida por las partes, sí; pero llamada a librarse la contienda entre ellas y que produce las excepciones de incompetencia y litispendencia si durante el juicio arbitral se promueve el mismo negocio ante los Tribunales comunes. Por eso es que los fallos de los árbitros tienen el valor y los efectos jurídicos mismos que las leyes atribuyen a los Jueces ordinarios, por eso es que a los árbitros les llama Jueces la L. 23 tit. 4o. Part. 3, y por lo tanto son Jueces, son autoridades, y si como tales pueden violar las garantías individuales, contra sus fallos violatorios cabe el recurso de amparo.

"Dice el artículo ciento uno, fracción primera de la Constitución: "Los Tribunales de la Federación resolvérán toda controversia que se suscite por leyes o actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales..." Si autoridad es toda persona investida de cierto carácter y poder, con potestad de hacer alguna cosa, y autoridad constituida es la que tiene ese mismo poder, llamada así únicamente por contraposición al constituyente o legislador que ha erigido permanentemente sus funciones, en virtud de la Constitución Política de un pueblo, resulta que podemos tener dos clases de autoridades, una que es permanente y la otra que es transitoria o accidental; mas para que ambas autoridades puedan ejercer funciones públicas, que se traducen en resoluciones que afectan la integridad del patrimonio y el respeto y seguridad de la riqueza, es necesario que la medida de sus facultades que constituye su jurisdicción, esté determinada por la ley.

"Los árbitros están investidos de poder, tienen potestad para dirimir las contiendas, su jurisdicción está regida por la ley, y sin ella no existiría; luego los árbitros son autoridades.

"Que así quiso significarlo el artículo ciento uno constitucional, se comprende con la simple lectura de la fracción primera de ese artículo, que habla de actos de cualquiera autoridad, pues si únicamente hubiera querido referirse a las autoridades constituidas, no figuraría en su redacción el adjetivo indeterminado "cualquiera", que puede comprender en su amplia y protectora expresión, acorde con el artículo catorce de la misma Carta, a los árbitros y a los Jueces, ya que sus resoluciones tienen los mismos caracteres..."

"Después de esto, ¿podremos decir que el árbitro no es una autoridad? ¿Podremos sostener que en contra de sus laudos no procede el amparo? Si así fuera, no sólo serían irrisorias las pautas jurídicas en que se amoldan los fallos arbitrales, sino que la tendencia y la prevención del Código de Comercio (véanse de este Código los artículos 1051, 1052 y 1053, fracción III especialmente) para santificar el procedimiento voluntario y convencional de los juicios ante los árbitros, sería la más sangrienta burla del legislador.

"Pero aún hay más. El artículo mil trescientos quince del Código de Procedimientos Civiles, dice: "Los árbitros son responsables conforme al Código Penal, en los casos en que lo son los demás jueces". Jueces, pues, les llama la ley actual, como Jueces les llama las Partidas, y esa designación es la que les corresponde por las nobles funciones que desempeñan; mas ¿cómo podrán los árbitros ser responsables conforme al Código Penal? ¿En qué disposiciones de ese Código podrán estar comprendidos? Lo están como autoridades, como funcionarios en ejercicio de sus funciones en el Título once, esto es, cuando ejercen funciones que no les corresponden (Capítulo primero), cuando abusan de su autoridad (Capítulo segundo), cuando acuerdan medidas contrarias a la ley (Capítulo tercero), cuando son cohechados (Capítulo cuarto), cuando cometan peculado, concusión o baratería (Capítulo quinto), y en los demás delitos cometidos en materia civil (Capítulo sexto).

lo sexto). Si todos los delitos que integran los seis capítulos indicados del Código Penal, son aplicables a los árbitros, ¿podremos decir que no son autoridades, cuando entre otras cosas se les castiga por abuso de autoridad?

"Y no se diga que la ley civil (se refiere el autor al Código de 1884), al equiparar los árbitros con los jueces comunes para los efectos de la responsabilidad penal, habla de un modo figurado, o por analogía de funciones, sino que lo hace como si los árbitros fueran autoridades constituidas, porque la ley penal debe aplicarse en sus términos literales y no por analogía o por mayoría de razón; de consiguiente, si a los árbitros los castiga por abuso de autoridad, es porque los árbitros son autoridades.

"¡Qué irrisión tan grande sería lo contrario! Tú, árbitro, no eres autoridad, pero te castigo por tus funciones de autoridad . . .

"Por otra parte, los ejecutores de la sentencia no son otra cosa que agentes de las autoridades . . ." (el voto particular fué suscrito el 19 de noviembre de 1906, y lo tomé de La Nueva Ley Procesal del mismo Sodi, Págs. 119-127, del tomo II).

Pero por si no se considerasen suficientes todas las razones ya expresadas, quiero agregar igualmente la opinión del notable procesalista Cornelutti, quien, comentando en su Sistema el caso a estudio, después de reafirmar la tesis de que los árbitros ejercen jurisdicción (tomo II, Pág. 216), nos dice, en lo que importa a este trabajo, lo siguiente:

"c) Bajo el primero de estos aspectos, ha de recordarse de nuevo el art. 8 Cód. Proc., que, dentro de ciertos límites, atribuye a las partes el poder de someter sus litigios, en vez del conocimiento de los jueces instituidos por el Estado, al de jueces designados por ellas, que se llaman árbitros. El árbitro es, pues, típicamente un juez de designación específica . . ."

"219.—a) Si el buen éxito del proceso depende, en gran parte, de la idoneidad de los hombres que lo conduzcan, se comprende la importancia capital que tenga la determinación del autor de la designación . . .

"En este punto, hace falta evitar, desde el principio, la fácil equivocación resultante de entender por designación del oficial la atribución del poder al mismo, y no la determinación de la persona a la que se atribuye el poder. La atribución del poder procede siempre, necesariamente, del Estado. Ahora, en cambio, lo que tratamos de averiguar es por medio de quién son designados los que reciben de la ley dicho poder. Esta aclaración permite comprender que, aun cuando el oficio judicial sea esencialmente público, el nombramiento pueda también ser encomendado a un particular . . .

"Planteada así la cuestión, se perfilan claramente los dos métodos del nombramiento: nombramiento público y nombramiento por las partes. Considero un error reputar a la primera, en comparación con la segunda, como más conforme con las finalidades públicas del proceso, y en especial, con el principio de que la administración de justicia es una función del Estado. Lo mismo el órgano imparcial (estatal) que las partes cuando nombran el juez, no tienen otro cometido que el de buscadores pero no el de *instituidores* del juez . . . Pero no se puede degradar al juez nombrado por las partes, como si fuese menos juez que el nombrado por un órgano del Estado . . . *la justicia emana del Estado por medio de los jueces que el Estado instituye. Precisamente el Estado instituye los jueces atribuyendo el poder a los que sean nombrados por los órganos y según las formas prescritas por la ley; entre ellas se encuentra también el nombramiento por las partes.* Podríamos llamar a éstos, jueces privados, de atender sólo al carácter privado del órgano que los designa, pero no si nos fijamos en el carácter de la función y de la institución. Por lo demás, ello aparecerá bien claro a quien considere que los árbitros son con frecuencia nombrados, no

por las partes, sino por funcionarios públicos (por el juez o tribunal en nuestra ley: artículo 635 de nuestro Código Procesal del Distrito y Territorios Federales, y artículos 10 y 11 transitorios del propio Ordenamiento): ruego al lector que se pregunte qué diferencia existe, salvo la del procedimiento, entre la función del Presidente de la Corte de apelación cuando nombra al juez conciliador conforme al artículo 2 de la Ley de 16 de junio de 1892, y la del propio magistrado, cuando designa un árbitro o un colegio de árbitros a base de una cláusula compromisoria que le difiere la designación. Por otra parte, puesto que nadie establece diferencia entre el árbitro nombrado por las partes y el nombrado en vista de su disentimiento por el magistrado a ese fin designado por la cláusula compromisoria o por la propia autoridad judicial, me parece que ésta es una confirmación no despreciable de la unidad sustancial del nombramiento de los jueces, se haga por las partes o por un órgano imparcial . . ." (Sistema, tomo II, Págs. 245-249).

En efecto, también conforme a nuestras leyes, podemos decir que la sentencia emana del Estado por medio de los jueces que el Estado instituye, y en el caso de los árbitros designados por las partes, es innegable que el Estado los instituye jueces, atribuyendo su nombramiento, de acuerdo con la ley, al órgano que resulta de la combinación de la voluntad de las dos partes. Y si esto es verdad tratándose de los árbitros nombrados por las partes, el punto resulta menos discutible tratándose de las sentencias pronunciadas por los árbitros designados, conforme a la ley, por el juez o el tribunal: son igualmente sentencias que emanen del Estado.

Puede, pues, afirmarse, como conclusión final, que, siendo la sentencia arbitral —cuando ha causado ejecutoria—, un acto de voluntad de soberanía del Estado (tanto en el arbitraje forzoso como en el voluntario), que regula en forma obligatoria e inmutable el caso que al árbitro fué sometido en juicio, necesariamente ha

de admitirse que dicha sentencia adquiere la autoridad de la cosa juzgada; autoridad que, por lo demás, de un modo o de otro, nadie niega: ni siquiera los partidarios de la tesis contractualista (véase también la Obra citada, tomo IV, Pág. 112, de don José María Manresa y Navarro, y Elementos de Derecho Procesal Civil, de W. Kisch, traducción de Prieto Castro, Pág. 279).

3. LA SENTENCIA EXTRANJERA Y LA COSA JUZGADA.—Los artículos 599, 600, 602 fracciones II, III y IV, 604 y 605 de nuestro Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales, establecen respectivamente:

“Art. 599.—El juez ejecutor que reciba exhorto con las inserciones necesarias, conforme a derecho para la ejecución de una *sentencia u otra resolución judicial*, cumplirá con lo que disponga el juez requirente, siempre que lo que haya de ejecutarse no fuere contrario a las leyes del Distrito Federal”.

“Art. 600.—Los jueces ejecutores no podrán oír ni conocer de excepciones cuando fueren opuestas por alguna de las partes que litigan ante el juez requirente, *salvo el caso de competencia legalmente interpuesta por alguno de los interesados*”.

“Art. 602.—Los jueces requeridos no ejecutarán las sentencias más que cuando reunieren las siguientes condiciones: . . .

II.—Que si trataren de derechos reales sobre inmuebles o de bienes inmuebles ubicados en el Distrito o Territorios, fueren conformes a las leyes del Distrito y Territorios;

III.—Si tratándose de derechos personales o del estado civil, la persona condenada se sometió expresamente o por razón de domicilio a la justicia que la pronunció;

IV.—Siempre que la parte condenada haya sido emplazada personalmente para ocurrir al juicio".

"Art. 604.—*Las sentencias y demás resoluciones judiciales dictadas en países extranjeros, tendrán en la República la fuerza que establezcan los tratados respectivos o en su defecto se estará a la reciprocidad internacional*".

"Art. 602.—Sólo tendrán fuerza en la República Mexicana las ejecutorias extranjeras que reúnan las siguientes circunstancias:

I.—Que se cumplan con las formalidades prescritas en el artículo 108 (establece este precepto: "Los exhortos que se remitan al extranjero o se reciban de él, se sujetarán, en cuanto a sus formalidades, a las disposiciones relativas del Código Federal de Procedimientos Civiles");

II.—Que hayan sido dictadas a consecuencia del ejercicio de una acción personal;

III.—Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en la República;

IV.—Que haya sido emplazado personalmente el demandado para ocurrir al juicio;

V.—Que sean ejecutorias conforme a las leyes de la Nación en que se hayan dictado;

VI.—Que llenen los requisitos necesarios para ser consideradas como auténticas".

Sobre el problema que ahora se plantea, debe tenerse presente que el poder jurisdiccional de cada país, no puede exceder de sus límites territoriales. Lo que no quiere decir que cada Estado, en uso de su propia soberanía, no pueda disponer la aceptación de la sentencia extranjera. La acepta como un hecho jurídico, siempre que reúna los requisitos exigidos por la ley nacional; pero sin admitir que se extienda a su propio territorio la jurisdicción extranjera, ya que es principio de derecho universal que el poder jurisdiccional no extraña los confines del Estado, puesto que es hasta esos con-

fines hasta donde su soberanía alcanza (Derecho Procesal Civil Español, de de la Plaza, tercera edición, tomo I, Págs. 562-563; Derecho Procesal Civil, de Prieto Castro, tomo II, Pág. 448). Lo que señala, a su vez, que, si la sentencia extranjera vale en nuestro país como si fuese sentencia mexicana, el fenómeno se produce por virtud del poder constitutivo del exequatur. Expresado en otros términos: la homologación de la sentencia extranjera, no puede significar la declaración o reconocimiento de un valor o de una fuerza que la misma tuviera por sí en nuestro país, sino que crea o constituye, repito, ese valor o fuerza.

Se trata, como dicen Cornelutti y el maestro Alcalá Zamora y Castillo, de un equivalente jurisdiccional, porque, se insiste, la sentencia extranjera no implica jurisdicción; ella se encuentra determinada por un interés que no es el nacional, si bien puede alcanzar igual finalidad que la que persigue la jurisdicción; razón por la cual precisamente se le denomina como se acaba de indicar, esto es, equivalente jurisdiccional (Sistema... de Cornelutti, tomo I, Pág. 183, Núm. 49; Derecho Procesal Penal, del maestro Alcalá, tomo I, Págs. 206-207).

El principio de que la jurisdicción y la aplicación de las leyes se limitan al territorio nacional, lo hallamos consignado en las antiguas leyes españolas. Así, la ley 8, título 1, libro 2, del Fuero Juzgo, dice que "cuando es de los pleitos juzgar, defendemos et contradecimos que las non usen" (se refiere a las leyes extranjeras); "nun queremos que de aquí adelante sean usadas las leyes romanas ni las estrañas". La ley 15, título 1o., de la Partida 1a., también manda que los transeuntes extranjeros se rijan por las leyes de España, en lo que se refiere a los contratos y a los delitos realizados en ese país.

Refiriéndose Laurent a este mismo principio, citando a Toullier, dice: "Las sentencias son actas de soberanía; luego no pueden

tener fuerza y autoridad sino en el territorio en que el Estado ejerce su poder soberano; fuera de él se consideran como no existentes". (Principios de Derecho Civil Francés, Ed. mexicana de 1898, tomo XX, Pág. 7; también Manzini, su Derecho Procesal Penal, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ed. EJEA, tomo IV, Núm. 464).

Pero lo cierto es que el ordenamiento jurídico nacional no es el único, sino que coexiste con los ordenamientos jurídicos del resto de los países, resultando, en el concierto internacional, que la autolimitación de cada ordenamiento se hace mediante una distribución conforme a la cual una porción de la masa de los conflictos se confía a la ley nacional; en tanto que el resto se reserva a la extranjera.

De ahí que, por razones de justicia y de equidad y aun de simple conveniencia, ya en la ley 15, del título 14, de la Partida 3a., se establecen excepciones a aquel principio, al disponer que los conflictos que se susciten entre extranjeros de un mismo país, "fobre pleyto, o postura que ovieffen hecho en ella, o en razón de alguna cofa mueble, o raiz de aquel logar", deben ser resueltos por la ley de ese país.

El licenciado Levi Paniagua, en interesante tesis profesional publicada en el tomo 12 del Diario de Jurisprudencia —según cita de don Demetrio Sodi—, señala sintéticamente los siguientes sistemas que los Estados siguen en materia de ejecución de la sentencia extranjera:

1o.—Se niega la ejecución de la sentencia extranjera por no reconocerle ninguna autoridad, en cuanto que se le considera como no pronunciada; pero se le puede conceder un valor probatorio de tal condición, que de todos modos resuelva el juicio que es necesario repetir ante los tribunales del Estado en que deba cumplirse, resultando, en realidad, inútil la medida de este nuevo proceso.

2o.—Se requiere que la sentencia extranjera satisfaga los requisitos de forma requeridos en el país en que se dicta; pero es condición, además, que haya sido pronunciada por juez competente y que no contradiga el orden público del Estado en que ha de cumplirse.

3o.—Se exigen todos los requisitos que se precisan en el sistema acabado de exponer, con este más: es preciso que haya reciprocidad.

4o.—Y finalmente, también existe el sistema conforme al cual, para cumplir la sentencia extranjera, es menester revisarla en cuanto al fondo, a fin de determinar si se pronunció conforme o no a derecho. (La Nueva Ley Procesal de Sodi, Ed. 1933, tomo II, Págs. 62-63).

Considera Prieto Castro, que la posición de los Estados respecto a los actos jurisdiccionales extranjeros, "puede ser de mayor o menor amplitud, ya que cabe que limiten el reconocimiento de las sentencias, y de éstas sólo reconozcan las firmes, y entonces únicamente su fuerza de cosa juzgada, o estimarlas también como título para una ejecución en el país; o bien pueden, además, dar el paso a otras resoluciones que no sean sentencias ni definitivas, como autos de embargo y semejantes". (Obra y tomo citados, Pág. 448).

Nuestra legislación, siguiendo a la española, no establece límites, puesto que reconoce tanto a las sentencias, como a las demás resoluciones extranjeras, la fuerza que establezcan los tratados celebrados o conforme al principio de reciprocidad; en la inteligencia de que tal reconocimiento puede comprender no sólo a la sentencia con autoridad de cosa juzgada y demás resoluciones, sino también su ejecutabilidad. No reconoce nuestra ley, en cambio, la fuerza de la sentencia extranjera, cuando el caso no se halla comprendido en ninguna de las dos hipótesis acabadas de referir, previstas por el citado artículo 604: reciprocidad o tratados (artículo 599 de nuestro

Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales, y véanse los artículos 951 y 952 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española).

El reconocimiento de las resoluciones extranjeras conforme a los tratados internacionales, en cuanto que éstos tienen la fuerza de la ley federal, es un reconocimiento que no puede ser violado ni desconocido en toda la República, a pesar de que pudieran existir disposiciones en contrario en las leyes ordinarias (artículo 133 de la Constitución Federal).

En aplicación del principio de reciprocidad, cabe observar que nuestro país niega el reconocimiento de la autoridad de la cosa juzgada de las sentencias y la homologación de las demás resoluciones extranjeras y también su ejecutabilidad, respecto de los Estados que legalmente nos niegan el propio reconocimiento (artículo 604). Esto acontece, por ejemplo, con Francia (artículo 546 del Código de Procedimientos Civiles y artículos 2183 y 2128 del Código Civil de esa República) y también con Holanda (artículo 431 del Código Procesal de este país). En cambio, por reciprocidad, deben reconocerse y ejecutarse en nuestro país, v. gr., las resoluciones judiciales españolas (artículo 953 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España).

El reconocimiento de la fuerza de la sentencia extranjera, se encuentra supeditado —excepto en los casos de tratados, en los que las condiciones pueden expresamente señalarse—, a que se cumplan los requisitos que precisa el artículo 605 antes transscrito. Lo que quiere decir que es necesario: 1o., que el exhorto que se reciba del juez requirente, llene las formalidades exigidas por el Código Federal de Procedimientos Civiles (véase el artículo 302 de este Ordenamiento); 2o., que la sentencia se haya dictado como consecuencia del ejercicio de una acción personal; 3o., que la obligación en cuyo cumplimiento se haya procedido, sea licita en nues-

tra República; 4o., que el demandado haya sido emplazado personalmente para ocurrir al juicio; 5o., que se trate de ejecutorias conforme a las leyes de la Nación en que se hayan dictado, y 6o., que las sentencias llenen los requisitos necesarios para ser consideradas auténticas (véase el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española).

En cuanto al primer requisito, que es de forma, salta a la vista que tiende a asegurar la autenticidad del documento en que se contenga la sentencia.

Respecto al segundo —que la sentencia se haya dictado por el ejercicio de una acción personal—, se advierte que es sólo una consecuencia de lo dispuesto por el artículo 14 de nuestro Código Civil, conforme al cual "los bienes inmuebles, sitos en el Distrito o Territorios Federales, y los bienes muebles que en ellos se encuentren, se regirán por las disposiciones de este Código, aun cuando los dueños sean extranjeros"; además de que nuestro artículo 156, fracción III, del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales (fracción III, del artículo 24 del Código Federal de la propia materia), declara competente al juez de la ubicación de la cosa, tratándose de acciones reales sobre inmuebles.

En lo que se refiere al tercer requisito —licitud de la obligación en nuestra República—, puede apreciarse que es la única limitación de fondo para la homologación de la sentencia extranjera. Se apoya en la exigencia que todo Estado tiene de que se respete su orden público interno. De ahí que no puedan admitirse las sentencias extranjeras que lo violan, cuando son contrarias, verbigracia, a sus leyes imperativas o prohibitivas. "Con efecto —dice W. Kisch—, no tienen fuerza en la Nación las sentencias extranjeras si atentan contra alguna ley nacional o a las buenas costumbres". (Elementos de Derecho Procesal Civil, traducción de L. Prieto Castro, Pág. 262). Cornelutti, refiriéndose a lo mismo, ex-

presa: "El reconocimiento del mandato jurídico extranjero se restringe dentro de ciertos límites . . . Pero desde ahora se puede observar que, en general, las condiciones para cualquier forma de mandato son, por lo menos, de dos clases, ya que reflejan: . . . b) el contenido del mandato, que no habrá de encontrarse en pugna con las leyes prohibitivas, con el orden público, ni con las buenas costumbres italianas". (Obra y tomo citados, Pág. 187; véase también, de J. P. Niboyet, Principios de Derecho Internacional Privado, traducción al español de Andrés Rodríguez R., 1a. Ed., Págs. 243 y ss.). De manera que, si se violan nuestras leyes de orden público, es obvio que en tales situaciones no puede existir la posibilidad de que se reconozca la fuerza de la sentencia extranjera, pues sería tanto como que el Estado diera valor a lo que el mismo se ve impedido a realizar.

En lo que mira al cuarto requisito —se refiere al emplazamiento personal del demandado—, cabe observar que también se trata de una exigencia del más puro interés social, puesto que con él se protege el respeto de nuestra garantía constitucional de auténtica previa audiencia (artículo 14 de nuestra Constitución).

En cuanto al quinto requisito, el relativo a que la sentencia extranjera sea ejecutiva conforme a las leyes de la Nación que la haya dictado, fácilmente se explica, porque es claro que, antes de este momento, tal sentencia potencialmente podría ser modificada, esto es, le faltaría la consistencia necesaria para que se le otorgara el exequatur.

Y finalmente, en lo que respecta al sexto requisito —que se establezca legalmente la autenticidad de la sentencia extranjera—, es también un requisito procesal. Me parece, al respecto, que la autenticidad debe resultar no sólo conforme a los requisitos de nuestras leyes, sino también conforme a los requisitos del Estado que haya pronunciado la sentencia. En efecto, creo que resultaría

absurdo que se admitiera la autenticidad, cuando ésta fuera negada por la ley extranjera (artículo 15 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales), aunque fuese reconocida por la mexicana. Y también me parecería absurdo el caso contrario: que se admitiera la autenticidad a pesar de negarla la ley mexicana, así la reconociera la extranjera. De lo contrario, como lo señala Prieto Castro, resultaría la sentencia extranjera de mejor condición que la nacional, lo cual no puede aceptarse (Obra y tomo citados, Pág. 448).

Pero aparte de todos los requisitos ya precisados, nos sale al paso otro no menos importante que se desprende del artículo 600 copiado con antelación. De acuerdo con este precepto, la sentencia extranjera cuya homologación o ejecución se hayan solicitado, debe haberse pronunciado por juez competente; pero entendida la competencia, como lo señala Cornelutti, en el sentido internacional, esto es, debe ser competente, para que se otorgue el exequatur, el juez extranjero que lo solicita, no el juez nacional. Pero este último no tiene por qué examinar cuál de todos los jueces del Estado extranjero que pronunció la sentencia de que se trate, era el competente; porque, como lo indica Chiovenda, se trata de una competencia no interna, sino internacional. "Por lo tanto —dice este autor con razón—, cuando esta norma habla de autoridad judicial competente, entiende la autoridad judicial en general del Estado de donde proviene la sentencia, respecto de la autoridad judicial italiana (competencia internacional), no el particular tribunal de aquel Estado respecto de los otros tribunales del mismo Estado (competencia). Sería un contrasentido que nuestro juez debiese examinar si el juez extranjero ha hecho recta aplicación de la propia ley de competencia". (Principios de Derecho Procesal Civil, edición española de 1925, tomo II, Pág. 440). Y Cornelutti, refiriéndose a esto mismo, expresa: "El Derecho internacional procesal provee tam-

bién a la distribución del conjunto de litigios entre los jueces de los diferentes Estados, mediante un fenómeno análogo al que da origen el ordenamiento interno de la competencia. A tenor de esa distribución, existen litigios que puede juzgar el juez de un Estado, y otros que no. Sólo en el primer caso, y no en el segundo, se reconoce en Italia eficacia a la sentencia extranjera. Por consiguiente, si se hubiese decidido en Francia un litigio que según los principios del Derecho Internacional debía ser fallado por el juez español, y no por el juez francés, la sentencia no valdría respecto a Italia. Eso es lo que dispone el art. 941, núm. 1, cuando exige que la sentencia extranjera "haya sido pronunciada por autoridad judicial competente para conocer de la controversia según los principios generales del Derecho Internacional". (Obra y tomo citados, Pág. 191).

Aceptando nosotros la doctrina que se expone en el párrafo que precede, podemos expresar que, sólo en el caso de que se considere competente al juez nacional o al juez de un Estado diverso del requirente, es posible desconocer la competencia del juez exhortante.

Me parece que, entre otros muchos casos, la competencia del juez mexicano puede resultar del hecho de que, previamente al momento en que la excepción de que se trata pudo intentarse, un juez mexicano se haya avocado el conocimiento del propio asunto en nuestro país, en cuyo caso el juez de competencia debe resolver, conforme a las normas del Derecho Internacional Privado —siempre que la excepción se haya opuesto con oportunidad—, a cuál juez debe reconocerse dicha competencia (litispendencia); pero también puede resultar la incompetencia del juez requirente, del hecho de que el juez mexicano haya ya fallado el propio negocio por sentencia ejecutoria (cosa juzgada), en cuyo caso debe prevalecer nuestra propia sentencia, negando competencia al juez ex-

tranjero; porque indiscutiblemente lo contrario vulneraría el orden público nacional, que está interesado en hacer que se respete, con vista a nuestra soberanía, la jurisdicción, la competencia y, por ende, las sentencias de nuestros jueces, esto es, debe evidentemente considerarse, como ya lo decía, que prevalece nuestra sentencia sobre la extranjera. (Obra y tomo citados de Carnelutti, Pág. 191).

En conclusión, podemos, pues, afirmar: 1o., que la autoridad de la cosa juzgada de la sentencia no se extiende a más allá del territorio del Estado que la pronunció, cuyas fronteras constituyen el límite de su jurisdicción y soberanía; 2o., que las sentencias extranjeras, por consiguiente, carecen, en el territorio nacional, de la autoridad de la cosa juzgada; 3o., que estas mismas sentencias, para que tengan fuerza en nuestra República, precisan de ser homologadas; 4o., que se les otorga la señalada aprobación, por tratarse de equivalentes jurisdiccionales; lo que quiere decir que, por virtud del exequatur, valen como si fuesen sentencias mexicanas, y 5o., que, finalmente, como indica Prieto Castro, "la resolución que homologa o da el pase a la sentencia extranjera tiene, por esta causa, carácter constitutiva —es decir, crea el título— no simplemente declarativa o de reconocimiento de una fuerza que ya tuviera por sí y anteriormente la sentencia extranjera". (Obra y tomo citados, Pág. 451).

CONCLUSIONES

DEL CAPITULO I

1a.—Los Códigos Políticos que siguieron a la segunda guerra mundial, contienen temperamentos de los principios liberales del laissez faire, laissez passer; temperamentos conforme a los cuales se reconoce que no hay justicia sino a condición de tratar en forma desigual, a lo desigual, proporcionando equitativa solución a las exigencias mayores o menores que cada caso presenta, esto es, dando más a quien más merece y a la inversa.

2a.—En nuestra Constitución, acusan una mayor intervención los principios de la justicia distributiva; pero no por ello se trata de un código socialista, puesto que no encaja dentro del cuadro de características que comúnmente se asignan a los Estados con organización socialista. La nuestra es una Constitución intervencionista de Estado.

3a.—A cada época ha correspondido un derecho determinado: así, el derecho de los sistemas socialistas, es diferente del que rige en las democracias burguesas; el derecho de éstas es diverso del que correspondió al sistema feudal; el de este sistema es distinto, a su vez, del derecho del sistema esclavista, y éste es diferente, por último, al de las normas que regulaban la convivencia en el comunismo primitivo.

4a.—La sentencia, al resolver la pretensión judicial deducida, hace efectivo el tipo de derecho que, por estar en vigor, aplica para

decidir el caso en litigio. La sentencia es realizadora, entonces, del tipo de justicia que corresponde al derecho que aplica, que en cada época y en cada país es naturalmente diferente, según el grado de su evolución.

5a.—La sentencia resuelve el litigio, decidiendo sobre la pretensión hecha valer, ya absolviendo, ya condenando y en todo caso declarando el derecho subjetivo que reconoce.

6a.—El derecho procesal forma parte del derecho público. Gracias a las resoluciones y a otros actos procesales se desenvuelve el proceso, y aquellas pueden clasificarse de la siguiente manera: decretos, proveídos o providencias, cuando son resoluciones de mero trámite; autos, cuando no son resoluciones de mero trámite, y sentencias, cuando resuelven un incidente, o bien cuando fallan el juicio definitivamente y en el fondo.

7a.—La esencia de la sentencia la integra su parte dispositiva, en donde radica el acto de autoridad del Estado. Este pronuncia las sentencias por medio de los órganos jurisdiccionales revestidos de competencia. La sentencia es imperativa y obligatoria, por regla general, una vez que ha quedado firme; pero existen casos en que es ejecutiva aun antes de quedar firme, como acontece con aquella contra la cual se ha admitido la apelación interpuesta en sólo el efecto devolutivo.

8a.—Hay también sentencias que se pronuncian en rebeldía de parte, esto es, las dictadas sin la comparecencia al juicio del demandado, y otras que se pronuncian en procedimiento contradictorio, es decir, que se dictan actuando conjuntamente en el juicio ambas partes.

9a.—Dícese que la sentencia es estimatoria, cuando la misma resulta favorable al demandante; en tanto que la desestimatoria es la 'avorable al demandado, puesto que lo absuelve, y ambas

se distinguen de la parcialmente estimatoria, en que ésta sólo es favorable en parte para el actor.

10a.—La sentencia de condena, además de que declara el derecho, hace posible su ejecución.

11a.—La sentencia declarativa no contiene condena: simplemente pone en claro, por declaración, la existencia de una determinada relación jurídica o de un hecho que tenga trascendencia jurídica, puestos en duda o discutidos.

12a.—Sentencia constitutiva es aquella mediante la cual se obtiene la constitución, modificación o extinción de una relación de derecho, es decir, es la que produce un estado jurídico que antes de ella no existía; obra normalmente ex-nunc: los efectos del cambio jurídico sólo empiezan cuando el cambio se produce, o sea, cuando la sentencia tiene valor de cosa juzgada; sólo por disposición expresa de la ley, excepcionalmente obra ex-tunc, es decir, "sus efectos se retrotraen —expresa Chiovenda—, al momento del pronunciamiento definitivo".

DEL CAPITULO II

13a.—De las múltiples teorías que se han dado para explicar la autoridad de la cosa juzgada, se acepta la de Enrico Tullio Liebman, que distingue la eficacia de la sentencia, de su inmutabilidad. La cosa juzgada es la inmutabilidad del mandato contenido en la sentencia, dictada por el órgano jurisdiccional del Estado; inmutabilidad que comprende no sólo el acto en su existencia formal, sino a todos los posibles efectos del mismo: declarativos, constitutivos y ejecutivos. De manera que es una inmutabilidad, no en el simple sentido

formal de preclusión de los medios de impugnación, sino en el sentido substancial de definitividad de todos los posibles efectos de la sentencia, que es susceptible de manifestarse no sólo en el mismo proceso, sino en cualquiera otro y en todas las variadas circunstancias o contingencias que puedan presentarse.

DEL CAPITULO III

14a.—En nuestro derecho, la cosa juzgada es presunción de verdad, no verdad absoluta. Se trata de una presunción juris et de jure, es decir, que no admite prueba en contrario, salvo las excepciones previstas en la ley.

15a.—La cosa juzgada se produce exclusivamente tratándose de sentencias definitivas, esto es, de aquellas que resuelven el fondo jurídico del negocio, no en las sentencias interlocutorias.

16a.—El principio de la preclusión, en mayor o menor escala, rige todos los sistemas, y se apoya en el principio de la economía del proceso. De acuerdo con el primero de los principios mencionados, la parte que no actúa dentro del término prescrito por la ley para cada fase del proceso —v. gr., que no ofrece sus pruebas—, pierde el derecho de actuar después.

17a.—La cosa juzgada en sentido formal, sólo opera hasta que se produce la preclusión de las impugnaciones contra la decisión; preclusión que asimismo es condición para la existencia de la cosa juzgada substancial.

18a.—Mientras que la cosa juzgada en sentido formal se encuentra llamada a operar únicamente en el propio proceso; en cambio, la cosa juzgada substancial, teniendo como base la inimpugnabilidad dentro del proceso (preclusión), como ya se decía, su

inmutabilidad debe ser respetada fuera del proceso, en cualquier otro procedimiento en que se pretendiera proponer el mismo pleito, así como en todas las contingencias que puedan presentarse.

19a.—Conforme con nuestro sistema legal, la cosa juzgada puede explicarse diciendo que es el acto de voluntad de soberanía del Estado, cuando dicho acto regula en forma obligatoria e inmutable las relaciones jurídicas que le son sometidas en juicio, mediante el ejercicio de la pretensión correspondiente, siendo necesario que exista —cuando la cosa juzgada se hace valer como excepción—, entre la relación jurídica resuelta con sentencia de fondo y aquella que de nuevo se plantee, identidad de todos sus elementos: sujetos, objeto y causa jurídica; en el concepto de que el elemento que concierne a la calidad de los litigantes, no integra realmente un elemento diferente al relativo a la identidad de las partes.

20a.—El Código Federal de Procedimientos Civiles, también sigue el sistema clásico de las tres identidades. Su artículo 354 no puede estar inspirado en la tesis de Allorio, puesto que reproduce servilmente al artículo 621 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales de 1884, el cual, a su vez, reproduce el sistema del de 1872, y tanto éste como aquél se inspiraron en la tesis de las tres identidades, según siempre lo han entendido la doctrina y nuestros tribunales.

DEL CAPITULO IV

21a.—Al decir que la decisión del Estado debe ser inmutable, con ello no quiere indicarse que la expresión deba entenderse en términos absolutos. Se trata de una inmutabilidad indefinida en el tiempo y condicionada a la subsistencia de las circunstancias que informaron al fallo.

22a.—La cosa juzgada puede ser revisada, por vía de excepción —en España por vía de revisión—, siempre que el documento en que se apoye la sentencia sea declarado falso por otro fallo: bien cuando durante el proceso ignorase la parte interesada la declaración de dicha falsedad, o bien cuando la misma hubiese sido declarada con posterioridad a la cosa juzgada que se revisa.

23a.—La cosa juzgada puede ser nulificada—en España puede ser rescindida mediante el recurso de audiencia o rescisión—, conjuntamente con el proceso en que la sentencia se pronunció, por la interposición de la apelación extraordinaria, en los casos de las fracciones II, III y IV del artículo 717 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales. Se trata de un juicio sumario para obtener, se repite, no sólo la nulidad de la sentencia, inclusive cuando ésta ha alcanzado la autoridad de la cosa juzgada, sino también la nulidad de la instancia, a fin de que todo el procedimiento sea repuesto.

24a.—En los casos de sentencia en rebeldía, en que el demandado hubiere sido emplazado por edictos, la cosa juzgada no puede producirse durante el lapso en que la apelación extraordinaria puede interponerse, puesto que durante ese período, la sentencia no puede causar ejecutoria (artículos 717, fracción I y 644 del citado Ordenamiento).

25a.—No por el hecho de que la sentencia definitiva haya sido reclamada mediante el juicio constitucional, puede considerarse que pierda la autoridad de la cosa juzgada adquirida. Tampoco pierde la posibilidad de adquirir la cualidad indicada —la cosa juzgada—, cuando posteriormente se llenan todos los requisitos necesarios que señala la ley procesal. Lo expresado debe entenderse, sin perjuicio de los efectos propios de la suspensión del acto reclamado, cuando ésta se obtiene.

26a.—No se pierde la autoridad de la cosa juzgada, o dicha cualidad puede alcanzarse durante la tramitación del amparo, en-

tre otras razones, porque éste no es un recurso sino un juicio extraordinario.

27a.—Puede decirse que el paso de la sentencia definitiva, a la autoridad de la cosa juzgada, no lo supedita la ley a la decisión del amparo solicitado.

28a.—La cualidad de inmutabilidad de la sentencia, no debe entenderse en el sentido de que en ningún caso pueda ya volverse a resolver, en otro juicio, la misma cuestión decidida en el anterior. Para que esto suceda, en nuestro derecho, es necesario que la parte interesada haga valer la excepción de cosa juzgada.

29a.—En nuestro derecho, el juzgador no puede oficiosamente invocar la excepción de cosa juzgada.

30a.—Cuando el mismo caso es fallado dos veces por sentencias contradictorias que han alcanzado la autoridad de la cosa juzgada, de acuerdo con el sistema de nuestra ley, debe prevalecer la que se pronuncia en último término. Es un límite más fijado a la inmutabilidad de la decisión.

31a.—La inmutabilidad de la sentencia, se encuentra asimismo limitada por la cláusula *rebus sic stantibus* que lleva implicita. Lo que quiere decir que la inmutabilidad tiene valor, mientras permanezcan invariables las circunstancias que sirvieron de base al fallo; pero reclama un cambio o modificación en el momento en que varíen dichas circunstancias, dándose una constante correlación entre el cambio de las circunstancias y el de la decisión.

32a.—En las resoluciones dictadas en materia de jurisdicción voluntaria, no se integra la cosa juzgada substancial, sino sólo la cosa juzgada formal, puesto que son susceptibles de tornarse impugnables en el mismo procedimiento, por vía de preclusión, cuando son autos con fuerza de definitivos.

33a.—En materia de jurisdicción voluntaria, los simples decretos pueden variarse o modificarse sin la traba de la preclusión.

34a.—Las decisiones dictadas en los casos de declaración de ausencia y de presunción de muerte, no producen tampoco la cosa juzgada material, por tratarse igualmente de materia propia de jurisdicción voluntaria.

35a.—La inmutabilidad propia de la cosa juzgada obtenida fraudulentamente, pierde todo valor si el tercero o la parte interesada entablan la acción de nulidad del proceso fraudulento; porque no existiendo una verdadera litis, ese proceso carece de substancialidad y, por ende, es nulo por aplicación de los principios de la acción pauliana.

DEL CAPITULO V

36a.—La cosa juzgada radica en los resolutivos de la sentencia, si bien el principio admite temperamentos, puesto que existen ocasiones en que se hace necesario acudir a la motivación, para alcanzar, por interpretación, la latitud de los términos de los resolutivos obscuros o equívocos; pero sin que quiera decir que sea permitido, bajo el pretexto de interpretar los decisorios, ampliar o modificar su justo alcance.

37a.—Hay ocasiones en que no solamente es necesario acudir a los considerandos de la sentencia para penetrar al justo alcance de sus decisorios, sino que también es preciso auxiliarse del contenido de los escritos de las partes que fijan la controversia, atento el principio: *tantum iudicatum quantum litigatum*; pero para ello es naturalmente indispensable que los resolutivos sean obscuros o dudosos.

38a.—Existen casos en que resulta imposible pronunciar sentencia de fondo que resuelva la pretensión planteada. Lo que acontece cuando falta alguno de los presupuestos procesales: competencia improrrogable, falta de personalidad o de representación

de alguna de las partes, emplazamiento defectuosamente practicado. Y sucede también cuando, tratándose del litisconsorcio activo o pasivo necesario, no son oídos en el proceso todos los que integran dicho litisconsorcio, puesto que, si en tales condiciones se dicta sentencia de fondo, la misma puede alcanzar en sus efectos a personas que no han litigado. En todas estas situaciones debe dictarse no sentencia de fondo, sino sentencia que absuelva de la instancia, para que la demanda pueda nuevamente plantearse cumpliéndose los requisitos esenciales omitidos.

39a.—Cuando la sentencia omite resolver algún punto del debate, no hay cosa juzgada sobre ese punto, porque, como dice Manzini, la autoridad de la cosa juzgada opera sólo respecto de lo disputado y fallado, no respecto de lo que no ha sido decidido.

40a.—Hay cosa juzgada, porque existe el juzgamiento, cuando el juez ha excedido en el fallo los límites de la demanda.

41a.—Cuando en la sentencia existe contradicción entre la motivación y lo decidido, vale lo decidido, porque el mandato prevalece siempre sobre las razones que le sirven de inspiración; pero siempre que la contradicción no sea conciliable por vía de interpretación.

42a.—Cuando la contradicción se presenta entre los resolutivos mismos del fallo, entonces no existe propiamente sentencia, puesto que los decisorios contradictorios entre sí, se destruyen recíprocamente: no hay decisión.

DEL CAPITULO VI

43a.—Son antecedentes lejanos de nuestro artículo 422 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales, viejos principios que se encuentran en el derecho romano (el Digesto, Libro XLIV, Título II-12, 13 y 14) y, en España, las le-

yes 19, 20 y 21, del Título 22, de la Partida 3a., y la regla XXXII, del Título 34, de la Partida 7a.

44a.—La cosa juzgada evidentemente debe versar sobre el mismo objeto, no sobre cosa diversa, esto es, debe versar sobre lo que se ha reclamado, sobre lo que se ha tenido oportunidad de contradecir y sobre lo que ha versado la decisión.

45a.—Tratándose de la identidad de la cosa, rige el principio que expresa que la parte se halla comprendida en el todo. Si, pues, una sentencia ha resuelto sobre el todo de la cosa, y luego, en nuevo juicio, se pretende reclamar parte de esa cosa, procede la excepción de cosa juzgada.

46a.—Tratándose del principio de que el todo no está comprendido en la parte, se distinguen tres situaciones: 1a.—La sentencia resuelve sobre una parte que es distinta del todo demandado en el segundo juicio: no existe, entonces, cosa juzgada; de manera que, si primero se demanda el usufructo, es claro que después puede demandarse la propiedad; 2a.—La primera sentencia resuelve sólo sobre una parte del todo, sin prejuzgar nada sobre la integridad; puede entonces demandarse en el segundo juicio la diferencia entre la parte de que se ocupa la primera sentencia y el todo; si, por ejemplo, el fallo resuelve que soy propietario de la tercera parte del inmueble, queda sin juzgar si lo soy también de las dos partes restantes, y 3a.—Finalmente, puede suceder que, al resolver sobre la parte, se resuelva implicitamente sobre el todo, y la cosa juzgada opera, entonces, sobre el todo; de modo que si demando el pago de diez mil pesos, con base en un pagaré, no podré después reclamar cien mil pesos con apoyo en el propio pagaré.

47a.—La exigencia de la identidad de causa, se funda en la misma razón que la exigencia de la identidad de objeto: la necesidad de poner fin a los pleitos y de dar firmeza al derecho una vez decidido.

48a.—La causa es el hecho jurídico que constituye el fundamento del derecho.

49a.—No puede haber identidad de causa, ahí donde no puede existir contradicción entre las sentencias de ambos juicios y, por ende, tampoco puede estarse en presencia de la cosa juzgada.

50a.—Todo cambio en la causa de pedir, implica una modificación del libelo. De ahí que la causa de pedir no pueda variarse ni en primera ni en segunda instancias.

51a.—Expresados los hechos originativos del derecho, no importa que el actor denomine de manera equivocada el negocio jurídico a que su demanda se refiera, puesto que estando el juez obligado a conocer el derecho, debe aplicarlo cuando se le dan los hechos. Tiene aplicación el principio: *da mihi factum jus tibi dabo*.

52a.—Debe haber exacta correspondencia entre la sentencia y la demanda; correspondencia que no sólo se refiere al objeto, sino también a la causa.

53a.—En consecuencia, a la sentencia no puede servir de base ningún hecho comprobado ajeno al debate, aunque con posterioridad a éste se haya verificado.

54a.—Si en la sentencia es designada la pretensión deducida con nombre equivocado, el hecho no es obstáculo para que proceda la excepción de cosa juzgada, siempre que dicha pretensión resulte precisada por haberse expresado claramente la clase de prestación pretendida y el título o causa de la misma, y siempre naturalmente que quede establecida la identidad de los juicios, mediante la identificación de sus elementos: sujetos, objeto y causa.

55a.—La autoridad de la cosa juzgada sólo tiene eficacia con relación a las partes, entendiéndose por partes a las personas jurídicas que hayan intervenido en el juicio, por encontrarse legitimadas en la causa, y no la tiene con relación a los terceros que no hayan intervenido en el proceso.

56a.—Tratándose del estado civil de las personas, la regla no sufre excepción; porque si bien es cierto que normalmente lo juzgado se extiende a todos, tal cosa se debe a que, produciéndose potencialmente respecto de todos la eficacia natural de la sentencia, tratándose particularmente del estado civil, los terceros carecen del derecho para reclamarla, en virtud de hallarse desprovistos de la legitimatio ad causam.

57a.—Si llenados los requisitos de interés jurídico y de legitimación, se negara al tercero el derecho a imponer sobre el estado civil resuelto en la sentencia, se violaría, en su perjuicio, la garantía de previa audiencia.

58a.—En cuanto a las obligaciones solidarias, tampoco sufre excepción el principio de que la cosa juzgada es *res inter alios acta*, puesto que tratándose de una relación abstracta del acreedor frente a los deudores solidarios, o del deudor frente a los acreedores solidarios, cuyo origen entre unos y otros puede ser diferente (la donación, el mandato, el mutuo, la gestión de negocios, etc.), es claro que malamente se le pretende explicar por la representación legal, por el mandato o la fianza. Cada quien obra por su propio derecho, si bien respondiendo al tipo especial de la relación jurídica que a la solidaridad le haya atado.

59a.—No siendo, pues, la misma persona el deudor o acreedor que haya intervenido en el juicio y aquellos codeudores o coacreedores de la obligación solidaria que hayan sido ajenos al mismo (en cuanto que ya se vió que aquél no representa legalmente, ni es mandatario de éstos), se sigue que la autoridad de la cosa juzgada que se produzca no puede alcanzar en perjuicio de los que no litigaron, puesto que en estos pleitos no se producen las tres identidades, toda vez que, en efecto, se percibe claramente que falta la identidad de las personas de los litigantes.

60a.—Los casos de obligaciones solidarias, a mi entender, son claros ejemplos de litisconsorcio necesario. La demanda, en consecuencia, debe dirigirse por todos o contra todos; porque no existiendo representación reciproca ni entre los acreedores ni entre los deudores, resulta que, al igual que tratándose de la nulidad, si el juicio se tramita sin la intervención de todos los litisconsortes de la obligación solidaria, la sentencia puede alcanzar a personas no representadas en el proceso ajenas al mismo, con violación del artículo 14 de la Constitución.

61a.—La solución que se da en el número que precede para las obligaciones solidarias, es buena también, por razones semejantes, para el caso de las obligaciones indivisibles.

62a.—En cuanto al requisito de la identidad de la calidad de los litigantes, puede decirse que no es distinto del de la identidad de las partes. Se refiere también a la necesidad que existe de que haya identidad de las personas jurídicas, no físicas, que intervengan en los pleitos. De manera que, aunque puedan ser distintas las personas físicas que intervengan en el juicio, debe atenderse a un elemento constante: ha de tratarse, para que haya identidad de partes, de la misma persona jurídica.

DEL CAPITULO VII

63a.—Cuando en el proceso penal el Ministerio Público ejerce la pretensión relativa a la reparación del daño, lo hace sin ser representante del ofendido, y sin ser tampoco sustituto procesal de éste, puesto que aquel es ajeno por completo a la relación de dere-

cho substancial que se forma entre el delincuente y el ofendido; porque si bien de los mismos hechos delictuosos nacen las acciones penal y de resarcimiento, la primera se puede deducir con independencia de la segunda, toda vez que no existe conexidad de la una con la otra que genere en el Ministerio Público la necesidad de entablar la de reparación, como condición de la satisfacción del derecho-deber del castigo, esto es, el representante de la sociedad no obra con un interés propio substancialmente conexo con el interés privado del leso.

64a.—Resulta, pues, que ventilándose, en estos casos, en el proceso penal, una relación patrimonial que sólo atañe al ofendido, y habiendo éste carecido de la oportunidad de defensa de sus derechos, con violación de la garantía de audiencia a que se refiere el artículo 14 Constitucional, es obvio que la sentencia dictada respecto a la reparación del daño, no puede adquirir la autoridad de la cosa juzgada, confirmándose asimismo el principio de que ésta es *res inter alios acta*.

65a.—En consecuencia, si la sentencia penal absuelve de la responsabilidad civil o condena a menos de lo que pretende el ofendido, evidentemente tiene éste derecho a demandar civilmente la responsabilidad, emanada del hecho ilícito, que considere se le adeude.

66a.—En el caso de estado de necesidad, supóngase que el juez penal absuelve al culpable del delito. Por consiguiente, no habiendo existido delito ni delincuente, es claro que tampoco puede haber condena a la reparación del daño proveniente del delito. Pero como el leso no fué parte ni fué oído ni vencido en la causa criminal, es obvio que la sentencia penal, pasada en autoridad de cosa juzgada, no puede perjudicarle.

67a.—De lo expresado en la conclusión inmediata anterior, se sigue que el dañado puede acudir a la jurisdicción civil a deducir su pretensión de reparación.

68a.—En los casos en que el juez penal pronuncia auto de sobreseimiento, con base en haber retirado el Ministerio Público su pretensión punitiva y, por consiguiente, su pretensión de reparación del daño, es incuestionable que entonces, por virtud de dicho auto, queda establecido: que no existe delito ni delincuente y, por tanto, que no puede haber en ese proceso reparación del daño proveniente del delito.

69a.—La ley manda que el sobreseimiento surtirá los efectos de una sentencia absolutoria y que, una vez ejecutoriado, tendrá el valor de la cosa juzgada (Art. 304 del Código Federal de Procedimientos Penales y Arts. 323 y 324 del Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales).

70a.—Pero lo cierto es que, al quedar firme el auto que sobresee, el hecho indica que el Estado carece de interés en el ejercicio de la acción y que ya no se discutirá el objeto del proceso. De manera que desaparece la materia de fondo de la sentencia definitiva.

71a.—Por consiguiente, válidamente puede afirmarse que la materia del auto que sobresee, nunca puede ser la misma que la de la sentencia que resuelve el fondo. Luego no puede adquirir ese auto la autoridad de la cosa juzgada, que es propia de la sentencia de fondo inimpugnable.

72a.—El auto de sobreseimiento tampoco es sentencia absolutoria, puesto que sólo se absuelve cuando, analizado el fondo del debate, se encuentra que no procede aplicar ninguna pena al culpado, y la verdad es que el sobreseimiento nada prejuzga sobre las cuestiones del debate. Lo cierto, pues, es que, sobreseer, no puede significar sentenciar absolviendo, sino, por el contrario, que ha faltado el contenido de la sentencia.

73a.—La fuerza del sobreseimiento de ninguna manera puede extenderse a la pérdida del derecho a la pretensión de reparación del

daño que no fué juzgado y en el cual ni siquiera se pensó para sobreseer. Lo contrario vulneraría la garantía de previa audiencia.

DEL CAPITULO VIII

74a.—Existe eficacia directa del fallo, cuando el juez es llamado a decidir la misma cuestión resuelta por ese fallo, esto es, cuando en ambos juicios se está en presencia de las tres identidades: sujetos, objeto y causa, y en que, por ende, procede la excepción de cosa juzgada.

75a.—Cuando a pesar de no tratarse del mismo pleito en uno y otro proceso, hay, sin embargo, influencia de la cosa juzgada producida con anterioridad, en la sentencia que de nuevo ha de dictarse o inclusive en la que ya se dictó y que alcanzó igualmente la autoridad de la cosa juzgada, se dice entonces que se está en presencia de una eficacia refleja o por repercusión del fallo.

76a.—La eficacia natural o refleja de la sentencia de fondo, se regula según las normas substantivas que rigen las situaciones jurídicas singulares, que fijan el grado de su interdependencia. No se rige, en consecuencia, conforme a las normas del derecho procesal.

77a.—En tanto el fallo puede extenderse por repercusión en quien no fué parte en el pleito; en cuanto que el tercero tenga, en respeto de la garantía de audiencia, el medio de reaccionar en contra de la injusticia que derive del perjuicio que se le siga.

78a.—En el caso del causahabiente (último párrafo del Art. 422 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales), la sentencia que se pronuncia en contra o a favor del causante, produce toda su natural eficacia en perjuicio o en beneficio del causahabiente; pero no por virtud de una representa-

ción o de una identificación de personas que en la realidad no existen, sino por repercusión; es decir, no porque exista la autoridad de la cosa juzgada con eficacia en contra del causahabiente que no fué parte en el juicio (si ésta se le hiciera extensiva, indiscutiblemente se le violaría su garantía de previa audiencia), sino porque, la eficacia general simplemente potencial del fallo, repercute en todos los demás sujetos de relaciones conexas con el objeto de la decisión.

79a.—En la substitución procesal, como es sabido, los acreedores proceden, a nombre propio, a ejercitar los derechos de sus deudores; en la inteligencia de que escapan naturalmente de la substitución procesal, los derechos de los deudores, estrictamente personales.

80a.—En la sustitución procesal, la pretensión se ejercita, como se acaba de ver, por persona distinta del titular del derecho; pero el substituto no procede ni como mandatario ni en representación del substituido, sino a nombre propio. Lo que quiere decir que el substituto es parte en el proceso; no lo es, en cambio, el substituido.

81a.—Tampoco en la substitución procesal sufre excepción el principio de que la autoridad de la cosa juzgada es res inter alios acta.

82a.—Por vía de repercusión, sin embargo, la eficacia natural de la sentencia se produce normalmente en el patrimonio del titular del derecho, que no es parte en el juicio.

83a.—Si se cita al juicio al substituido para que ejerzte sus derechos, en el momento en que esto se cumpla el mismo se convertirá en parte, aunque el juicio se siga en su rebeldía, y, por tanto, devendrá obligado a pasar por la autoridad de la cosa juzgada de la sentencia que recaiga.

84a.—Debe admitirse la tesis de que no puede hablarse de cosa juzgada de lo penal en lo civil, ni de cosa juzgada civil en lo penal.

85a.—La sentencia de fondo penal, sin embargo, algunas veces influye de manera importante en el fallo civil, especialmente tratándose de falsedad documental; porque asimismo al lado de la influencia directa de la decisión criminal, se encuentra su eficacia natural o general.

86a.—En todos los casos de influencia refleja del fallo penal en el civil, el juez civil debe partir, en el examen del asunto, de la verdad declarada por el juez penal. Lo que sucede en todas las situaciones en que la existencia o inexistencia de los hechos que se discuten en el juicio civil, depende necesariamente de la existencia o inexistencia de los hechos que hayan servido de materia a la sentencia penal.

87a.—La comunidad de elementos que integran las nociones de la responsabilidad penal y civil, proporciona la medida o el alcance de la eficacia refleja del fallo penal, esto es, la influencia de esta sentencia opera, cuando menos, en el mínimo común que se halle en las nociones de responsabilidad civil y criminal.

88a.—La ley concede al fallo criminal, en tales situaciones, valor erga omnes, no porque, repito, se integre la autoridad de la cosa juzgada de lo penal en lo civil, sino porque niega a los terceros la legitimación ad causam para reclamarlo.

89a.—El mismo criterio que se acaba de exponer, válido para explicar la influencia por repercusión de la sentencia criminal en la civil, es válido igualmente para explicar los casos de influencia refleja del fallo civil en el penal. Lo que quiere decir que se produce la eficacia refleja de que se habla, cuando naturalmente la decisión civil no riñe con la voluntad propia de la norma criminal, esto es, cuando se está en presencia del mínimo común a que antes se hizo referencia.

90a.—Precisando más, puede afirmarse que la sentencia civil irradia su eficacia al fallo penal, en todas las situaciones en que la ley criminal considera que es el derecho privado el que regula las

relaciones jurídicas que se presentan en la causa que al juez se somete, o cuando estima que es este derecho el que proporciona el criterio que debe servir de base en la calificación de los hechos o relaciones jurídicas de que se ocupa la norma penal.

91a.—Cuando el juez penal se ve precisado a resolver algún punto civil para los efectos de la represión, esa decisión que conoce de una cuestión prejudicial ajena a la materia penal, es sólo una base para la sentencia criminal; pero sin autoridad de cosa juzgada, y sin trascendencia ni influjo alguno en lo civil, es decir, sin más alcances que los limitados a lo penal.

92a.—A la inversa, cuando el juez civil se ve precisado a resolver algún punto penal para los efectos de su propia decisión, se trata también de una cuestión prejudicial ajena a la materia civil que no significa más que una base para la sentencia del juez; pero sin autoridad de cosa juzgada y sin trascendencia ni repercusión de ningún tipo en lo penal.

DEL CAPITULO IX

93a.—Aunque, por supuesto, no es la transacción cosa juzgada, sin embargo, por vía de asimilación y por la naturaleza especial de este contrato, la ley dispone que el mismo produce, respecto de las partes, igual eficacia y autoridad que la cosa juzgada.

94a.—La sentencia arbitral, en cuanto que es dictada por una autoridad instituida por el Estado —aunque no nombrada por él—, y en cuanto que es pronunciada por esa autoridad en el ejercicio de verdadera y propia jurisdicción, al volverse ejecutoria en los términos de ley, adquiere la autoridad de la cosa juzgada.

95a.—Aunque la sentencia extranjera, finalmente, carece de la autoridad de la cosa juzgada en nuestro país, sin embargo, al ser aprobada por nuestros jueces, adquiere o se constituye con fuerza equivalente a la de nuestras propias sentencias.

FIN

BIBLIOGRAFIA

ABITIA ARZAPALO A.:

El Orden Público en el Derecho Internacional Privado y el Materialismo Histórico, Ed. 1936.

AGUIAR HENOCH D.:

Hechos y Actos Jurídicos, tomo V, Ed. TEA 1952.

ACERO JULIO:

Nuestro Procedimiento Penal, 3a. Ed. 1939.

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO NICETO:

Derecho Procesal Penal, Ed. argentina G. Kraft, tomos I, II y III.

Proceso, Autocomposición y Autodefensa, Ed. 1947, de la Universidad Nacional Autónoma de México.

ARLÁS JOSÉ A.:

La Cosa Juzgada Penal y su Eficacia sobre la Materia Civil, Ed. de 1950, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo.

ALSINA HUGO:

Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil, tomos I y II, Ed. argentina de 1943.

AZUELA MARIANO:

Versión taquigráfica tomada por el hoy licenciado Armando Calvo M., de su *Curso de Garantías y Amparo*, que el autor impartió en la Facultad

de Derecho y Ciencias Sociales de esta Capital, correspondiente a 1932, tomo II.

BECERRA BAUTISTA JOSÉ:

La Autoridad de la Cosa Juzgada, revista La Justicia, No. 103, de 15 de mayo de 1938.

BOLAÑOS HEVIA:

Curia Philipica, libros I y II. Ed. española de 1797.

BONNECASE JULIEN:

Elementos de Derecho Civil. Ed. Cajica, tomos I y II.

BONNIER EDUARDO M.:

Tratado de Pruebas. Ed. mexicana de 1874.

BORJA SORIANO MANUEL:

Teoría General de las Obligaciones, Ed. Porrúa, S. A., 1944, tomos I y II.

BURGOA IGNACIO:

El Juicio de Amparo. Ed. Porrúa, S. A., 1950.

CONDE DE LA CAÑADA:

Instituciones Prácticas de los Juicios Civiles, así Ordinarios como Extraordinarios, Ed. mexicana de 1850, tomo II.

CARNELUTTI FRANCESCO:

Sistema de Derecho Procesal Civil, tomos I y II, Ed. UTEHA, Trad. de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo.

Contra el Proceso Fraudulento.

Eficacia, Autoridad e Inmutabilidad de la Sentencia.

Eficacia Directa y Eficacia Refleja de la Cosa Juzgada.

Balance de una Polémica (estos cuatro últimos trabajos de Carnelutti, se

hallan recopilados, entre otros, en *Estudios de Derecho Procesal*, Trad. de Santiago Sentis Melendo, Ed. argentina de 1952.

CARRANCÁ Y TRUJILLO RAÚL:

Derecho Penal Mexicano, Parte General, tomo I, Ed. de 1950.

Las Causas que Excluyen la Incriminación, Ed. de 1944.

CENICEROS ÁNGEL Y GARRIDO LUIS:

La Ley Penal Mexicana, Ed. Botas 1934.

COLÍN AMBROSIO Y H. CAPITANT:

Introducción, Estado Civil, Domicilio y Ausencia.

Teoría General de las Obligaciones.

Los Contratos Usuales (corresponden, respectivamente, a los tomos I, III y IV de su *Curso Elemental de Derecho Civil*, Ed. del Instituto Editorial Reus 1952).

COSTA SERGIO:

Causa Petendi, Trad. del Lic. Alberto Vázquez del Mercado, revista Jus, tomo XV, No. 86, Págs. 263-270.

COUTURE EDUARDO J.:

Estudios de Derecho Procesal Civil, tomo III, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1950.

CHIOVENDA JOSÉ:

Principios de Derecho Procesal Civil, Trad. española de la 3a. Ed. italiana, Ed. Reus, tomos I y II.

Acerca de la Cosa Juzgada, Trad. de don Alberto Vázquez del Mercado, revista Jus, tomo XV, No. 87, Págs. 323-334.

Cosa Juzgada y Competencia, Trad. del propio distinguido jurista, revista Jus, tomo XV, No. 88, Pág. 367 y ss.

Sobre la Regla "Ne eat iudex Ultra Petita Partium", Trad. de don Alberto Vázquez del Mercado, revista Jus, tomo CVIII, No. 102, Págs. 33-56.

Acerca del Litisconsorcio, Trad. del mismo abogado, revista Jus, tomo XX, No. 114.

Instituciones de Derecho Procesal Civil, tomos II y III, Ed. Esp. 1954, Trad. de Emilio Gómez Orbajena.

ENNECCEROS LUDWIG, KIPP THEODOR Y WOLFF MARTÍN:

Tratado de Derecho Civil, Derechos y Obligaciones, tomo II, Vol. 1o., Ed. Bosch de 1947.

ESCRICHE JOAQUÍN:

Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Ed. de 1852.

FAIDHERBE A. J.:

La Justicia Distributiva.

FERRI ENRIQUE:

Principios de Derecho Criminal, Madrid-1933.

FRAGA JR. GABINO:

Derecho Administrativo, Ed. Porrúa de 1934.

FRANCO SODI CARLOS:

El Procedimiento Penal Mexicano, Ed. 1937, de los Talleres Gráficos de la Penitenciaria del D. F.

GARCÍA ROJAS GABRIEL:

Conferencia que dictó en el Debate sobre el Arbitraje Forzoso, que fué convocado por la Barra Mexicana. La Conferencia aparece publicada en Anales de Jurisprudencia, tomo IV, Núm. 1, de enero de 1934.

Apuntes inéditos tomados por mí directamente al autor, respecto a la

distinción entre la casación y el juicio de amparo, en la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

GIORGI JORGE:

Las Obligaciones en el Derecho Moderno, Ed. y traducción españolas de 1909, tomos I, V y VI.

GOLDSCHMIDT JAMES:

Derecho Procesal Civil, Trad. de la 2a. Ed. alemana, de L. Prieto Castro.

GÓMEZ ROBLEDO ANTONIO:

La Pauliana contra sentencias que son en fraude de las partes, publicado en la Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, tomo III, No. 12.

GÓMEZ ORBANEJA EMILIO:

La Cosa Juzgada.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE JOSÉ:

Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, Ed. Botas 1945.

GORPHE FRANCISCO:

Las Decisiones de Justicia, Ed. 1952.

GUARNERI JOSÉ:

Las Influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal, Trad. de Constancio Bernardo de Quiroz, Ed. Cajica.

GUASP JAIME:

Comentarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ed. española.

IBÁÑEZ FROCHAM MANUEL:

Los Recursos en el Proceso Civil, Ed. Buenos Aires, de 1943.

JOSSERAND LOUIS:

La Protección de los Débiles por el Derecho. Puede consultarse en Anales de Jurisprudencia, correspondiente a los meses de enero a marzo de 1948.

KISCH W.:

Derecho Procesal Civil, Trad. de la 4a. Ed. alemana por L. Prieto Castro.

LAROMBIERE M. L.:

Obligaciones, tomo V, párrafo 18, Art. 1351.

LAURENT FRANCISCO:

Principios de Derecho Civil Francés, Ed. y traducción mexicanas-1897, tomos XVII, XX y XXVIII.

LESSONA CARLOS:

Teoría General de la Prueba en Derecho Civil, tomo III, Ed. Reus, S. A., 1930.

LOIS ESTÉVEZ JOSÉ:

Teoría del Fraude del Proceso Civil.

LOZANO JOSÉ MA.:

Exposición de Motivos del Código de Procedimientos Civiles de 1880.

MATEOS ALARCÓN MANUEL:

Estudios Sobre el Código Civil, Ed. de 1900, tomos V y VI.

MANRESA Y NAVARRO JOSÉ M. e IGNACIO-MIGUEL y DON JOSÉ REUS:

La Ley de Enjuiciamiento Civil, Ed. mexicana de 1875, tomo V.

MANRESA Y NAVARRO JOSÉ MARÍA:

Comentarios a la Ultima Ley de Enjuiciamiento Civil Española, Ed. mexicana 1890-1891, tomo II, y del tomo IV, la Ed. también mexicana de 1892.

MANZINI VINCENZO:

Tratado de Derecho Penal, Teorías Generales, tomo I, Ed. y traducción argentinas.

Tratado de Derecho Procesal Penal, traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín, Ed. Ejea, tomos I y IV.

MEDINA HILARIO:

La Constitución Política Social, conferencia que dictó ante el Congreso Jurídico Nacional, el 26 de septiembre de 1932.

MEDINA IGNACIO:

La Sentencia Civil Impugnada en Amparo en el Derecho Mexicano, Ed. hecha en Padova, Italia, 1957.

MELERO SILVA:

El Problema de la Responsabilidad Civil en el Derecho Penal, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo XX, No. 6, correspondiente a diciembre de 1950.

MIGLIORE RODOLFO PABLO:

La Autoridad de la Cosa Juzgada, Ed. argentina de 1945.

MILLAR R. W.:

El Procedimiento Civil, Trad. de Catalina Grossman, Ed. Ediar-1945.

MOISÉS:

Libro del Génesis, Cap. 31 (4a. Ed. de la Biblia, de 1950, de José Miguel Petisco).

NIBOYET J. P.:

Principios de Derecho Internacional Privado, Trad. al español de Andrés Rodríguez R., 1a. Ed.

PALACIOS RAMÓN:

La Cosa Juzgada, Ed. Cajica-1953.

PALLARES EDUARDO:

Diccionario de Derecho Procesal Civil, Ed. Porrua de 1952.

La Vía de Apremio. La Legitimación en la Causa. La Acción Oblicua.
Cuestiones Procesales Diversas. Ed. Botas-1946.

Tratado de las Acciones Civiles, Ed. Botas 1939.

Un Caso Insólito, estudio publicado en el periódico *El Universal*, de 10 de enero de 1950.

PALLARES JACINTO:

Excepción de Cosa Juzgada, estudio publicado en la revista *Foro de México*, No. 10, correspondiente a enero de 1954, Págs. 30-45.

PÉREZ GONZÁLEZ BLAS y ALGUER JOSÉ:

Notas de adaptación a la legislación española del Derecho de Obligaciones, tomo II, volumen I, de Kipp, Wolff y Ennecceros, Ed. Bosch-1947.

PERREAU E. H., de la Facultad de Derecho de Toulouse:

Técnica de la Jurisprudencia en Derecho Privado, Ed. Riviere-1923.

PINA RAFAEL DE:

Principios de Derecho Procesal Civil, Ed. 1940.

PLANIOL MARCEL y RIPERT GEORGES:

Tratado Práctico de Derecho Civil, traducción cubana de Mario Díaz Cruz, tomo VIII.

Introducción, Familia y Matrimonio.

Las Obligaciones.

Teoría General de los Contratos Especiales (corresponden estos tres últimos volúmenes a su Tratado Elemental de Derecho Civil, Ed. Cajica).

PLAZA MANUEL DE LA:

Derecho Procesal Civil Español, tomos I y II, correspondientes, respectivamente, a las 3a. y 2a. ediciones.

B I B L I O G R A F Í A

415

PRIETO CASTRO L.:

Derecho Procesal Civil, tomos I y II, Ed. 1946.

RABASA EMILIO:

El Artículo 14. Estudio Constitucional.

RENARD G.:

Le Droit, La Justice et la Volonte.

REUS EMILIO:

Ley de Enjuiciamiento Civil, tomo IV, Ed. Mexicana de 1886.

RICCI FRANCISCO:

Tratado de las Pruebas. Traducción al español de Adolfo Buylla y Adolfo Posada-Madrid.

RIVERA SILVA MANUEL:

El Procedimiento Penal, Ed. Porrua, S. A., 1944.

ROCCO ALFREDO:

La Sentencia Civil, Trad. de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda, Ed. mexicana "Stylo".

Rocco Ugo:

Derecho Procesal Civil, Ed. Porrua-1939, Trad. de Felipe de J. Tena.

RUGGIERO ROBERTO DE:

Instituciones de Derecho Civil, Vol. I, Trad. de la 4a. Ed. Italiana. Se consultó igualmente el Vol. 1o. del tomo II.

SALVAT RAYMUNDO M.:

Derecho Civil Argentino, Fuentes de las Obligaciones, tomo II, Ed. la Ley, Bs. Aires-1946.

SAVIGNY:

Sistema de Derecho Romano, Ed. española de Mesía y Poley, tomo VI.

SCHÖNKE ADOLFO:

Derecho Procesal Civil, Trad. de Prieto Castro y sus alumnos, Ed. Bosch-1950.

SODI DEMETRIO:

La Nueva Ley Procesal, tomo I, Ed. 1933.

TENA RAMÍREZ FELIPE:

El Amparo de Estricto Derecho: orígenes, expansión, inconvenientes. Conferencia que dictó el 21 de julio de 1953, publicada en la revista *El Foro*, Cuarta Epoca, No. 2, correspondiente a los meses octubre-diciembre de 1953.

TULLIO LIEBMAN ENRICO:

Eficacia y Autoridad de la Sentencia, Ed. Ediar-1946, Trad. de Santiago Sentis Melendo.

VÁZQUEZ DEL MERCADO ALBERTO:

La Cosa Juzgada y la Defensa de los Acreedores Quirografarios, estudio publicado en *Anales de Jurisprudencia*, tomo 33, No. 2, de abril de 1941.

Estudio inédito del mismo autor de 30 de agosto de 1951, que formuló con motivo del amparo directo Núm. 85/932, promovido por Redo y Cia. Sucrs., S. C. P.

VICENTE Y CARAVANTES JOSÉ:

Tratado Histórico Crítico-Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil, Ed. española de 1856, tomos I y II.

ROJINA VILLEGAS:

Derecho Civil Mexicano, Introducción y Personas, Ed. de la Librería Robredo-1949.

VON TUHR ANDREAS:

Teoría General del Derecho Civil Alemán (tomo VI de su Derecho Civil. Ed. Depalma).

INDICE DE MATERIAS

	Pág.
Nota de la Casa Editora	8
ADVERTENCIA	9
CAPITULO I	11
1.—La justicia en su constante devenir y papel reservado a la sentencia en la realización de la justicia	12
2.—La justicia en nuestro derecho. Tipo de justicia de la sentencia	23
3.—Qué es la sentencia	29
4.—Diversos tipos de sentencias	34
CAPITULO II	39
1.—La cosa juzgada en los textos romanos	40
2.—Teoría de la presunción de verdad	42
3.—Teoría de la ficción de verdad	44
4.—Teoría contractualista y quasi-contractualista	45
5.—Teoría normativa	50
6.—Teoría de la Escuela del Derecho Libre	53
7.—Teoría materialista	53
8.—Teoría procesalista	53
9.—Teoría de Binder	63
10.—La doctrina italiana:	66
a).—Opinión de Ugo Rocco	66
b).—Opinión de Chiovenda	68
c).—Referencia a las opiniones de Alfredo Rocco, Redenti y Betti	70

	Pág.
d).—Opinión de Cornelutti	71
11.—Opinión del mexicano José Becerra Bautista	75
12.—Tesis que se acepta	76
CAPITULO III	78
1.—La cosa juzgada como presunción	79
2.—Inmutabilidad de los efectos de la sentencia	80
3.—Cosa juzgada formal, cosa juzgada material y preclusión	82
4.—Explicación de la cosa juzgada	89
CAPITULO IV	97
INMUTABILIDAD DE LA COSA JUZGADA:	99
1.—Los recursos extraordinarios y la inmutabilidad de la cosa juzgada	99
a).—La inmutabilidad de la cosa juzgada y el recurso de apelación extraordinaria	100
b).—La inmutabilidad de la cosa juzgada y el juicio de amparo ...	109
2.—Inmutabilidad de los efectos de la sentencia y exceptio rei judicatae.	
¿Puede invocarla el juez de oficio?	135
a).—Opinión de Chiovenda	136
b).—Opinión de Francisco Cornelutti	137
c).—Opinión de James Goldschmidt	137
d).—Opinión de W. Kisch	138
e).—Opinión de Ugo Rocco	138
f).—Opinión de Francisco Laurent	139
g).—Opinión personal: la excepción de cosa juzgada no puede hacerla valer de oficio el juzgador	142
h).—Opinión personal: la excepción de cosa juzgada no puede hacerla valer de oficio el juzgador. Crítica de la doctrina de Ugo Rocco	143
i).—Opinión personal: la excepción de cosa juzgada no puede hacerla valer de oficio el juzgador	146
3.—Cuando el mismo caso es fallado dos veces por sentencias contradictorias que han alcanzado la autoridad de la cosa juzgada, ¿cuál de ambas debe prevalecer?	149

Pág.

4.—¿La cosa juzgada es inmutable aunque cambien las circunstancias que se tuvieron en cuenta al dictarse la sentencia de fondo?	155
a).—Opinión de Francisco Carnelutti	157
b).—Opinión de Enrico Tullio Liebman	157
c).—Opinión de José Lois Estévez	158
d).—Opinión personal	159
e).—Referencia de un caso concreto	160
f).—Los casos de jurisdicción voluntaria, comprendiendo en éstos la ausencia y presunción de muerte	162
5.—¿La cosa juzgada es inmutable cuando es obtenida fraudulentamente? Planteamiento de la cuestión	166
a).—Opinión de Francisco Carnelutti	167
b).—Opinión de José Lois Estévez	171
c).—Sistema de nuestro derecho. Antecedentes	173
d).—Conclusiones	180
6.—Otras nulidades e ineeficacias	183
CAPITULO V	185
1.—¿Qué parte de la sentencia es la que adquiere la autoridad de la cosa juzgada?	186
2.—Para fijar el alcance de los resolutivos, a veces es menester acudir a los escritos de las partes que fijan la controversia	189
3.—Casos en que, por ser imposible dictar sentencia de fondo, se absuelve de la instancia	190
4.—Casos en que la sentencia omite resolver sobre algún punto del debate y casos en los que resuelve excediendo las cuestiones del litigio	191
5.—Casos de contradicción entre los resolutivos y la motivación o en los dispositivos entre sí	193
CAPITULO VI	195
COSA JUZGADA: IDENTIDAD DE COSAS, CAUSAS, PERSONAS Y CALIDAD CON QUE ESTAS LITIGAREN	196
1.—Texto de nuestro artículo 422 del Código de Procedimientos Civiles	196

Pág.

2.—Antecedentes lejanos en el derecho romano y en las leyes de Partida. Antecedente directo	197
3.—Identidad de las cosas	198
a).—El principio pars in toto est	199
b).—El principio totum in parte non est	201
4.—Identidad de causas	202
a).—Opinión de M. Eduardo Bonnier	203
b).—Opinión de Caravantes	204
c).—Opinión de Francisco Laurent	204
d).—Opinión de Sergio Costa	211
e).—Opinión de Emilio Gómez Orbaneja	212
f).—Opinión de Chiovenda	213
g).—Opinión de Ugo Rocco	217
h).—Conclusiones que se aceptan	217
i).—Causas posteriores a la fijación del debate	219
j).—¿Qué cuando las sentencias designan con nombre distinto a la acción?	219
k).—Cómo se resuelve en nuestro derecho este problema	220
5.—Identidad de las personas de los litigantes. Texto de nuestro artículo 422 y antecedente en el derecho romano	221
a).—Opinión de Chiovenda y crítica de su tesis	222
b).—Opinión de Ugo Rocco. Crítica de la opinión de Ugo Rocco	222
c).—Crítica de la Opinión de Rocco por el maestro Eduardo Paliares	222
d).—Tesis de Enrico Tullio Leibman que se acepta	227
e).—Conclusión respecto al concepto de parte	233
f).—El caso de solidaridad de las prestaciones	234
g).—El caso de las prestaciones indivisibles	250
6.—Identidad de la calidad de los litigantes	257
CAPITULO VII	259
1.—Constitucionalidad del ejercicio, en el proceso penal, por el Ministerio Público, de la acción de reparación del daño	260
2.—La responsabilidad civil en el caso de necesidad, y el sobreseimiento, en general, del proceso penal	269

INDICE DE MATERIAS

421

Pág.
285

CAPITULO VIII	285
1.—Influencia de una ejecutoria en otra sin que se integre la excepción de cosa juzgada. El caso en que son civiles ambas ejecutorias. Relaciones e influencias entre dos sentencias con autoridad de cosa juzgada	286
2.—El caso de los causahabientes	297
3.—El causahabiente en el derecho romano	298
4.—El causahabiente en las leyes de Partida y en el derecho moderno. Tesis que se acepta	298
5.—El caso de la substitución procesal	309
6.—Influencia de la cosa juzgada penal en la sentencia del juicio civil y a la inversa	319
CAPITULO IX	343
1.—La transacción y la cosa juzgada	344
2.—El arbitraje y la cosa juzgada	348
3.—La sentencia extranjera y la cosa juzgada	375
CONCLUSIONES	386
Del Capítulo I	387
Del Capítulo II	389
Del Capítulo III	390
Del Capítulo IV	391
Del Capítulo V	394
Del Capítulo VI	395
Del Capítulo VII	399
Del Capítulo VIII	402
Del Capítulo IX	405

APÉNDICE

JUZGADO TERCERO DE LO CIVIL

JUEZ: Lic. Alfonso Abitia Arzapalo.

Juicio ordinario civil de divorcio necesario promovido por Minerva Aráuz Mariani en contra de Ramón Rosas González.

SUMARIO:

PATRIA POTESTAD. CUANDO LOS CÓNYUGES VUELVEN A CONTRAER MATRIMONIO.-
Cuando los cónyuges divorciados vuelven a contraer matrimonio entre ellos mismos, el que había perdido la patria potestad sobre los hijos del primer matrimonio, por sentencia ejecutoria, la readquiere como consecuencia de su segundo matrimonio.

México, Distrito Federal, a primero de julio de mil novecientos cuarenta y ocho.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

VISTOS, para dictar sentencia definitiva, los presentes autos del juicio ordinario civil, de divorcio necesario promovido por su propio derecho por Minerva Aráuz Mariani, en contra de Ramón Rosas González, y apareciendo:

I. Por escrito de cinco de julio del año próximo pasado, la mencionada Minerva Aráuz Mariani se presentó a este Juzgado a demandar, por su propio derecho, al citado Ramón Rosas, lo siguiente: *a) El divorcio necesario; b) La entrega de sus menores hijas María Martha y María de Lourdes; y c) Una pensión alimenticia tanto para ella, como para su menor hijo Félix Ramón (hasta que se haga entrega de sus aludidas dos hijas), pensión alimenticia que, por ahora, juzga bastante en la cantidad de seis pesos diarios.* Como hechos que sirvieron de base a su demanda, expuso los siguientes: que el diecinueve de octubre de mil novecientos cuarenta contrajo matrimonio civil con el demandado, durante el cual nacieron sus hijas María Martha y María de Lourdes, de cinco y de cuatro años de edad respectivamente, a la fecha de la demanda; que viviendo con su esposo a fines de mil novecientos cuarenta y cuatro, éste le dijo que habían sido divorciados, en la inteligencia de que, para cerciorarse de ello, ocurrió al Juzgado Primero de lo Civil de esta Capital y pudo percatarse de que, en efecto, existía una sentencia en la cual se le declaraba cónyuge culpable del divorcio que en esa sentencia se concedía; pero agrega que, en vista de que no fue oída ni vencida en tal negocio, tuvo necesidad de decirle a su esposo que abandonara la casa de sus padres, que poco tiempo después de lo acabado de narrar, el hoy

APÉNDICE

demandado volvió a proponerle matrimonio, y entonces ella atendiendo primordialmente a los intereses morales de sus hijos, accedió a lo solicitado y el matrimonio se verificó el veinte de julio de mil novecientos cuarenta y cinco; que a fines de noviembre del año siguiente (mil novecientos cuarenta y seis), supo que entre los vecinos de su domicilio, se corría la versión de que era ella la amasia de su esposo, habiendo podido comprobar a últimas fechas que el demandado ha tenido y tiene relaciones sexuales con dos mujeres diversas, esto es, con una señora de apellido Chacón y con otra de nombre Ofelia Gama, mismas con quienes el demandado tiene hijos; que el cuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis (la demanda se presentó al Juzgado originalmente el dieciséis de mayo de mil novecientos cuarenta y siete, más por exigencias del Juzgado la volvió a presentar íntegra con fecha diecisiete de julio del propio año), el demandado le expresó que efectivamente tenía otras mujeres y que si ya lo sabía (si ya sabía la actora), resultaba ella ser una cínica al seguir viviendo con él, dado que ya no la quería, y que entonces la injurió con la gravedad que se precisa en el escrito de demanda; que el hoy demandado la despidió del hogar y por la tarde de ese día, encontrándose ya ella refugiada con sus padres, el propio demandado, concurrió a un negocio establecido por sus propios padres y entonces tanto a ella como a su hermana las amenazó con golpearlas si no le entregaban a las niñas y como tropezara con su negativa, a ambas las injurió con la gravedad que igualmente se precisa en la demanda, viéndose obligada, para evitar mayor escándalo, a permi-

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

tir que se llevara a las dos niñas, a las cuales no ha podido ver; y que, desde la fecha en que el demandado la despidió, o sea, desde el cinco de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, el propio demandado se ha negado a pasarle lo indispensable para su alimentación y la de su hijo que aún queda en su poder.

II. Por escrito de veintidós de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, Ramón Rosas contestó la demanda formulada en su contra, de la siguiente manera:

Confesó el punto primero de hechos de la demanda, por cuanto a que es verdad que contrajo matrimonio con su contraria en la fecha que esta indica. Respecto al punto segundo de hechos de la demanda, manifiesta que el juicio de divorcio a que este punto alude se siguió en contra de la actora, llenándose todos los trámites exigidos por la Ley y niega además, que su esposa le haya indicado que debiera él abandonar el domicilio de los padres de la primera. Respecto al punto tercero de hechos, dice que es verdad que contrajo nuevo matrimonio con la actora el veinte de julio de mil novecientos cuarenta y cinco; pero que ese matrimonio se celebró a instancias suyas (del demandado). Niega el punto cuarto de hechos de la demanda, ya que –manifiesta–, es totalmente falso que haya tenido relaciones sexuales con las personas que indica su contraria y que haya cometido el delito de adulterio. Asimismo niega el punto quinto de hechos de la demanda, por cuanto que no es exacto que él haya indicado a la actora el hecho de que tuviera otras mujeres, ni que le haya dicho que fuera ella una cínica, ni que no la quisiera. Respecto al punto sexto de hechos de la demanda,

APÉNDICE

da, expresa no ser verdad que haya inferido a su contraparte las injurias graves que ésta precisa en el aludido punto, toda vez que es él incapaz de tratar en esa forma a persona alguna; y niega que haya dicho a la parte actora que éste le dejara a sus hijos, en virtud de que la misma actora tiene perdida la patria potestad sobre las menores María Martha y María de Lourdes, ambas de apellido Rosas Aráuz. También dice que no es verdad el punto séptimo de hechos por no ser exacto que en otras ocasiones haya injuriado y amenazado a su esposa. Que el punto octavo también es falso, por ser inexacto que él haya ido a la casa a que se refiere este punto a insultarla y a exigirle la entrega de sus hijas, y agrega que la verdad es que dichas hijas le fueron entregadas voluntariamente por su contraria. Y por último, también niega el punto noveno de hechos de la demanda, por no ser cierto que él se haya desentendido del sostenimiento de su esposa y de su menor hijo, a quien ha suministrado siempre lo necesario para atender a sus necesidades, si bien de acuerdo con sus recursos.

Si bien es verdad que el demandado, en el escrito antes señalado, reconviene, por su parte a Minerva Aráuz Mariani, su divorcio necesario, así como la pérdida de la patria potestad sobre el último de sus hijos, de nombre Félix Ramón Rosas Aráuz, es pertinente hacer notar que no se dio entrada a la referida reconvención.

III. En los escritos posteriores que fijan la controversia, ambas partes insisten en la veracidad de sus afirmaciones contenidas en sus anteriores escritos si bien haciendo las aclaraciones que cada quien estimó pertinentes.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

Seguida la tramitación del negocio, en su oportunidad se citó a las partes para dictar la sentencia resolutiva que hoy se pronuncia.

IV. Pues bien, a juicio del suscrito Juez, adminiculando el valor probatorio que deriva de la carta reconocida por el demandado que puede consultarse a fojas ocho a la once del cuaderno de pruebas de la actora, con el valor probatorio que deriva igualmente de las declaraciones de los testigos de la actora, o sea, de las declaraciones de Juana Calderón, Laura Rosaura Sáenz (estas dos testigos se manifestaron conformes y contestes con la substancia de sus declaraciones, debiendo hacer notar que dieron fundada razón de su dicho) y Victoriana Sorano y Alicia Aráuz (también estas dos testigos dieron fundada razón de su dicho), no puede menos que admitirse que dicha actora probó plenamente en autos que, en efecto, fue víctima de los menosprecios e injurias graves que invoca en su demanda como causal de divorcio; en la inteligencia de que tales causales de divorcio acontecieron cuando aún no habían transcurrido, a la fecha de presentación de la demanda al Juzgado, los seis meses a que se refiere el artículo 278 del Código Civil, esto es, cuando aún no había transcurrido el plazo que la ley concede al cónyuge ofendido para entablar su acción, plazo que, según el invocado precepto, corre a partir del siguiente día de aquél en que el ofendido tiene conocimiento de los hechos en que funda su demanda (las declaraciones de los testigos referidos pueden consultarse a fojas veintitrés a la veinticinco y veintisiete y veintiocho del cuaderno de pruebas de la actora).

APÉNDICE

Por otra parte, resulta incuestionable, que con el acta de matrimonio que se halla a fojas tres de este expediente y con las copias certificadas de las actas de nacimiento que pueden consultarse a fojas cuatro a la seis de este propio expediente, se justifica plenamente que la parte actora y el demandado contrajeron matrimonio civil en esta Capital el veinte de julio de mil novecientos cuarenta y cinco, y que son hijos de ambas partes los niños María Martha, María de Lourdes y Félix Ramón, todos de apellidos Rosas Aráuz.

Expresado lo anterior, resulta claro que debe admitirse que la parte actora probó su acción de divorcio necesario, toda vez que, de acuerdo con lo dispuesto en la fracción XI del artículo 267 del Código Civil, constituye causa de divorcio las injurias graves de un cónyuge para el otro, injurias que, como ha quedado establecido fueron plenamente acreditadas por la actora en autos; conclusión con tanta mayor razón válida, cuanto que, si bien es cierto que el demandado rindió como pruebas de su demanda el testimonio de José Ruiz García y de Rodolfo Figueroa Muñoz (véase a fojas dieciséis a la diecisiete vuelta del cuaderno de pruebas del demandado), tales testimonios, a juicio del suscrito Juez, aparte de que no desvirtúan el valor de las declaraciones de los testigos de la actora, en manera alguna podría concedérseles con seriedad valor probatorio alguno, ya que, por lo que hace al testigo José Ruiz García, debe hacerse notar que se trata de un testigo de oídas (manifestó que lo sabía porque el propio demandado se lo había dicho) y el otro testigo, Rodolfo Figueroa Muñoz, aparece que tiene relación de intereses con el demandado, por cuanto que

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

expresó que dicho demandado es su “posturero”, lo cual significa, según el propio testigo, el hecho de que este mismo presta su automóvil al demandado para que lo trabaje y para que, en cambio, entregue al testigo un cincuenta por ciento de los productos y resulta evidente, cuán peligroso sería conceder que testigo en tales condiciones pudiera conservar la imparcialidad indispensable para que sus declaraciones hicieran fe; y porque si también es verdad que el demandado rindió como pruebas de su parte los manuscritos de la actora que se hallan a fojas una a la tres del cuaderno de pruebas del propio demandado (manuscritos que fueron reconocidos por la actora), a juicio del propio Juez, resulta que tampoco dichos manuscritos destruyen el valor probatorio de los elementos de convicción aportados al juicio por la actora.

En consecuencia, es a todas luces claro que debe concederse el divorcio solicitado por Minerva Aráuz Mariani, considerando que el cónyuge culpable lo fue el demandado; y por virtud del divorcio que debe decretarse, igualmente debe resolverse que ambos cónyuges recobran su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio, sólo que Ramón Rosas, por ser el cónyuge culpable no podrá volverse a casar sino pasados dos años a contar de la fecha en que esta sentencia cause ejecutoria, así como que, igualmente, una vez que esta sentencia se declare ejecutoriada, deberá remitirse copia de ella al C. Oficial del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, para que levante el acta correspondiente, y, además para que publique un extracto de la sentencia, durante quince días, en las tablas destinadas al efecto.

Por lo que respecta, a quién de los cónyuges corresponde el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos, o sea, sobre los menores María Martha, María de Lourdes y Félix Ramón, todos de apellido Rosas Aráuz, ninguna duda existe, por lo que respecta al último de los señalados menores, quien aparece haber nacido durante el segundo matrimonio de las partes, en el sentido de que dicha patria potestad corresponde a la parte actora, por ser en este juicio el cónyuge no culpable; pero, ¿podría afirmarse lo propio de las otras dos hijas de las partes, cuando son hijas de matrimonio anterior, disuelto por sentencia en la que se declara culpable a la hoy parte actora en este negocio? Al respecto, sostiene el demandado que, por tratarse de un caso ya resuelto en sentencia anterior que causó ejecutoria, debe estarse a lo resuelto en dicha sentencia, y, por ende, admitirse que a él corresponde el ejercicio de la patria potestad sobre las aludidas menores.

En efecto, a primera vista el problema, se antojaría pensar que, por tratarse de una sentencia anterior en la cual se resuelve que el cónyuge culpable lo fue la hoy actora en este pleito y que el ejercicio de la patria potestad sobre las menores de que se trata corresponde al demandado en este juicio, se está en presencia de la cosa juzgada, y, por tanto que debe respetarse la situación jurídica creada en dicha sentencia, resultando entonces improcedente discutir nuevamente en este juicio lo ya resuelto con anterioridad en otro. ¿Se violaría la autoridad de la cosa juzgada si en este negocio se resolviera nuevamente sobre el problema apuntado?

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

¿Debe afirmarse que realmente existe en el caso la autoridad de la cosa juzgada? Será este problema el que se analizará y resolverá a continuación:

Para poder obtener una solución adecuada al problema planteado, se empezará por determinar en qué consiste el ejercicio de la patria potestad. Las manifestaciones de la patria potestad, pueden revelarse de la siguiente manera: *a) Por el deber del hijo de vivir en la casa de los que la ejercen, sin que pueda abandonarla sin permiso de ellos o de la autoridad judicial; b) Por el derecho y obligación de los que ejercen la patria potestad de educar a las personas sobre quienes la misma se ejerce; c) Por el deber y derecho que tienen los que ejercen la patria potestad de corregir y castigar con mesura a los sujetos a ella; d) Por la obligación de representarlos en juicio; e) Por el deber y derecho de administrar y usufructuar los bienes de la persona sujeta a la patria potestad; f) Por el deber de los sujetos a la patria potestad de honrar y respetar a quienes la ejercen; y g) Por el derecho y obligación de ejercer sobre los sujetos a la patria potestad, la guarda personal de los mismos, así como su cuidado y vigilancia (artículos 411 y 421 a 435 del Código Civil).*

Es evidente que no sólo se atiende al interés que deriva del cariño de los llamados a ejercer la patria potestad sobre los sujetos a ella, sino primordialmente se tuvo en consideración los propios intereses de los hijos a quienes se trata de proteger fundamentalmente con el instituto que nos ocupa.

APÉNDICE

Pero, repitiendo la interrogación, ¿es posible modificar la situación creada en materia de patria potestad por una sentencia que haya causado ejecutoria?

Carnelutti, en su “*Sistema de Derecho Procesal Civil*”, Tomo I, página 355 y siguientes, analiza certeramente esta cuestión. Al respecto, expresa el autor citado:

- c) Un límite especial del juzgamiento formal, establecido sólo para determinados tipos de proceso, corresponde a la institución de la revisión.

Esta es una institución no regulada de manera orgánica por la ley, ni reelaborada hasta ahora por la ciencia, al menos en cuanto afecta al proceso civil...

El presupuesto de la revisión es el cambio de la situación sobre la que se ha desenvuelto el juicio; cuando dicho cambio se produzca, cesa la cosa juzgada formal. O en otros términos: la prohibición, para el Juez, de volver a juzgar; queda limitada a la permanencia de tal situación, por lo que cabe pensar en una especie de cláusula *rebus sic stantibus* establecida por la ley...

El presupuesto de la revisión puede consistir en un cambio de estado de derecho o del estado de hecho...

e) Son más numerosas las hipótesis de revisión en virtud de cambio del estado de hecho.

a) Según el artículo 114 del Código Procesal Civil, “*si después de la asignación de los alimen-*

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

tos sobreviene cambio en las condiciones de quien los suministra o de quien los recibe, la autoridad judicial acordará el cese, la reducción o el aumento, según las circunstancias"; lo que quiere decir que, incluso si la asignación fue hecho mediante sentencia firme, cabe la revisión.

B) Según el artículo 338 Cód. Civil, "la interdicción será revocada... cuando cese la causa que la haya originado", y una norma análoga se establece en el artículo 342 para la inhabilitación...

Parece indudable que de esas disposiciones singulares cabe extraer el principio de la revisibilidad de las decisiones que regulan una situación continuativa, cuando sobrevenga un cambio importante en el estado de hecho... Es también importante su trascendencia práctica, puesto que casos análogos se presentan con frecuencia; piense el lector, entre otros, "en el régimen de la prole de los cónyuges separados... La cuestión es análoga a la que se presenta, en materia de contratos, con la llamada cláusula rebus sic stantibus, y en mi opinión, ha de ser resuelta del mismo modo: cuando por vía de interpretación no queda inferir que el Juez haya limitado su disposición a la permanencia de un determinado estado de hecho, ha de reconocerse que la prohibición de una nueva decisión de litigio por parte de cualquier Juez, expresa un prin-

APÉNDICE

cipio general cuya derogación no puede ser productae ad consequentias. No quiere decir ello que, por vía distinta de la analogía, no quepa satisfacer, dentro de ciertos límites, la necesidad de acomodar la decisión al nuevo estado de hecho, en los casos ahora recordados o en otros de la misma especie: como ya se ha indicado, esa vía es la de la interpretación de la decisión, la cual conduce a entender que el juez quiso disponer a condición de que no cambie fundamentalmente el estado de hecho; un límite de este género cae, desde luego dentro de su poder; cuando, por ejemplo, el art. 154 Cod. Civ. confía al juez la misión de determinar cuál de los dos cónyuges separados haya de tener consigo los hijos, le consiente, desde luego reservar disposición distinta para el caso de que se modifiquen fundamentalmente las condiciones con arreglo a las cuales decidió en un cierto sentido. Por otra parte, cuando determinadas condiciones de hecho se pongan por él como motivos de la decisión, es razonable entender que dicha reserva, aún cuando no sea expresa, responde implícitamente a su voluntad. Precisamente, lo que permite insertar, mediante la interpretación, la cláusula rebus sic stantibus más fácilmente en la decisión que en el contrato, es la motivación, de la que, a diferencia del segundo, ha de ir acompañada a la primera.

Si bien en el derecho italiano, como es sabido, no existe el divorcio, ya que de acuerdo con esa legislación lo más

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

que se permite es la separación definitiva de los cónyuges, sin embargo, como puede apreciarse, de acuerdo con la doctrina transcrita, tratándose de patria potestad sí puede y debe modificarse la sentencia ejecutoria que la haya resuelto, cuando los motivos o causas que la hayan inspirado, hayan variado, toda vez que, como expresa el invocado autor, debe entenderse que al resolver el juez sobre la materia de que se trata, sin duda lo hace condicionando la imperatividad de su resolución a la circunstancia de que no cambien los hechos que la hayan motivado, de modo que, por el contrario, el juez debe y puede modificar la ejecutoria anterior si sobreviene un cambio importante en el estado de hecho que le sirve de causa o motivo.

En el caso concreto, debe recordarse que la parte actora, al reclamar la patria potestad sobre sus hijos nacidos durante su primer matrimonio, lo hace con base en el hecho de que posteriormente contrajo nuevo matrimonio con la misma persona.

Ahora bien, ¿debe considerarse que este nuevo matrimonio operó un cambio importante en la situación jurídica creada con motivo del primer divorcio en el que se declara cónyuge culpable a la hoy actora y en el que se concede la patria potestad a Ramón Rosas González sobre las dos niñas mencionadas con antelación?

A juicio del suscrito Juez, sin duda que sí se operó ese cambio importante, por lo que respecta a la patria potestad sobre dichas niñas, con el hecho de que sus padres hayan vuelto a contraer nuevo matrimonio. En efecto:

APÉNDICE

¿quién podría negar que, como consecuencia de este nuevo matrimonio, la madre, real y positivamente volvió a ejercer sobre las indicadas niñas la patria potestad? Si los atributos de la patria potestad son, como efectivamente lo son, los que se precisaron en la foja número cinco de esta sentencia, no puede dudarse por un instante que como consecuencia del repetido nuevo matrimonio, la madre requirió sobre sus hijas el ejercicio de la patria potestad, no sólo teórica y jurídicamente, sino también, en la realidad, mediante su ejercicio cotidiano, toda vez que, como consecuencia del segundo matrimonio, el hogar conyugal antes destruido ha quedado rehecho, los padres vuelven a vivir juntos en el propio hogar y en compañía de sus hijos, ejerciendo ambos sobre ellos –¿qué duda cabe?–, el derecho y obligación que las niñas vivieran a su lado, de educarlas, de corregirlas y castigarlas con mesura, de tener la responsabilidad de su guarda personal, de exigirles honra y respeto, etcétera.

Expresado lo anterior, tampoco podría dudarse que al haberse matrimoniado nuevamente, las partes de este juicio, al hacerlo, claro es que fueron movidos por la sana y loable intención de rehacer un hogar que habían destruido, no sólo en su propio interés, sino en interés también de los hijos, por ese interés esencial hacia la prole que, la ley, con razón, ha querido proteger celosamente. Y si de este nuevo matrimonio se desprende implícitamente, pero con gran claridad, la voluntad de las partes en el sentido de que ambas habrían de ejercitar sobre su prole la patria potestad (consecuencia del matrimonio); si es principio de derecho que lo que las partes pueden crear o

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

constituir de común acuerdo, pueden también modificar; si ellas, verbigracia, pudieron decidir en un procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento, quién, de ambos habría de ejercer sobre las niñas la patria potestad, el hecho de que una sentencia ejecutoria venga a decidir que esa patria potestad corresponde al cónyuge varón, en manera alguna quiere decir que se deba a dejar de respetar la voluntad posterior de los cónyuges, que deriva del nuevo matrimonio, en el sentido de que, con modificación de los efectos de esa sentencia ejecutoria en bien del hogar, en protección de los intereses fundamentales de la prole, en interés de los propios cónyuges y de la familia en suma, deban ambos padres ejercer, conjuntamente, sobre sus hijos reincorporados al hogar, la patria potestad.

La conclusión acabada de admitir se robustece, a mayor abundamiento, si se piensa que al resolver las sentencias quién de los cónyuges deba ejercer sobre los hijos la patria potestad, se hace no con el propósito propiamente de sancionar al cónyuge culpable, esto es, no es una sanción la pérdida de la patria potestad, porque si lo fuera, se trataría de una sanción trascendental (prohibida por el artículo 22 Constitucional), es decir, de una sanción que recaería y sufriría no sólo el cónyuge culpable, sino también terceras personas, los hijos, criaturas inocentes absolutamente ajena a las culpas de sus padres. Se trata, en realidad, se repite, no de una sanción, sino de decisiones que se basan en la necesidad de estabilizar la situación de los hijos; esto es, ante la imposibilidad de que los hijos puedan continuar viviendo al lado de sus

APÉNDICE

padres separados, mejor dicho, al lado de ambos padres al mismo tiempo (salvo casos de excepción, así como, verbigracia, el caso de actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos), nace la necesidad de resolver a quién de ellos toca ejercer la patria potestad y es claro que, por razones elementales de justicia, dicha patria potestad no ha de dejarse sino al cónyuge no culpable de las causas de divorcio. Y si esto es así, es decir, si en tales casos la pérdida de la patria potestad no es una sanción, sino la necesidad de definir y estabilizar la situación de los hijos, dejándolos al cuidado y vigilancia del cónyuge inocente, resulta entonces evidente que, en el mismo instante en que los mismos padres se vuelven a matrimoniar, el cónyuge que de estos había perdido la patria potestad, la readquiere, por cuanto que con el nuevo matrimonio desaparecen las causas que le habían dado nacimiento, esto es, que habían originado su pérdida.

Igualmente, como consecuencia lógica de lo expresado con anterioridad, se está en aptitud de poder afirmar que, en los casos como el de que se trata, es equivocado pensar que se está en presencia de la cosa juzgada, supuesto, que, como es sabido, para que ésta exista, sería menester que entre el caso resuelto por la sentencia y éste en que se ha invocado, existiera no sólo identidad de las cosas y de las personas de los litigantes, requisitos que se dan en ambas sentencias, sino también identidad de las causas de pedir, y supuesto que, si se examinan las causas que motivaron en la sentencia ejecutoria de que se ha hablado, la pérdida de la patria potestad de la actora en este

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

juicio, sobre sus dos hijitas, puede apreciarse que no son las mismas que las que se invocan por la propia actora en este pleito para reclamar sobre las mismas menores el ejercicio de la patria potestad; porque, en efecto, hemos visto que en el caso se invoca la nueva situación jurídica creada entre los cónyuges entre sí y con los hijos, con motivo de su nuevo matrimonio, nueva situación que, por no existir siquiera en el otro juicio, tampoco existía lógicamente la posibilidad de que fuera invocada.

Por consiguiente, como antes se apunta, en casos como éste no puede afirmarse que exista cosa juzgada, por cuanto no existe, se repite, identidad de causas de pedir.

A mayor abundamiento, por analogía y aún por mayoría de razón, si el matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos del matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración y que los padres ejerzan sobre los hijos la patria potestad, aún cuando con anterioridad este derecho sólo correspondiera, a uno de los progenitores, es evidente que de igual manera ambos padres ejercen la patria potestad, como consecuencia del nuevo matrimonio, sobre todos los hijos habidos entre los propios padres del matrimonio anterior (véase artículo 354 del Código Civil). Y por el mismo procedimiento, si en el caso de hijos naturales se declara por sentencia firme que la patria potestad sobre los mismos corresponde al que primero los reconoció (artículo 381 del Código Civil) y posteriormente tales progenitores viven juntos en compañía de sus hijos, si en tal caso nadie puede negar que la patria potestad corresponde, tanto al padre, como a la madre, como efecto natural de su vida, en común, con

APÉNDICE

tanta mayor razón debe afirmarse lo propio cuando se trata de hijos legítimos de padres divorciados si estos vuelven a contraer entre ellos mismos nuevo matrimonio (véase así mismo el artículo 415 del Código Civil).

Sin embargo, pudiera quererse asimilar el caso de este juicio con aquel otro en que cualquiera de los cónyuges que tenga el ejercicio de la patria potestad, contraiga nuevo matrimonio con persona distinta de su cónyuge anterior, y se diría que en este caso, aunque esta persona distinta (el nuevo cónyuge) de hecho estaría colocado con relación a los hijos que le llevaran al hogar (no hijos suyos), en condiciones semejantes a las que tendría su verdadero progenitor (el privado de la patria potestad), por cuanto a que ejercitaria de la misma manera la facultad de vigilarlos, de cuidarlos, de educarlos, etcétera, etcétera, sin embargo, se diría que a nadie se le ocurriría pensar que la realización de la aludida facultad, fuera en ejercicio del derecho de patria potestad que no le corresponde; pero, a juicio del suscrito Juez, es más aparente que real la fuerza de la argumentación acabada de expresar, supuesto que es evidente la gran diferencia natural que existe entre ser progenitor de un niño y ser un tercero extraño con quien no lo ligue ningún vínculo de sangre. La patria potestad no tiene por qué atribuirse al cónyuge no progenitor de las personas sobre quiénes deba ejercerse.

Y por si no fuera bastante todo lo expuesto con antelación, debe hacerse referencia al argumento definitivo que deriva del texto mismo del artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles, precepto que, adoptando la solución propuesta seguramente por las razones apuntadas,

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

que tanto pesan, ha dispuesto que las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocio de alimentos; ejercicio y suspensión de la patria potestad, etcétera, pueden alterarse y modificarse cuando, como en el caso, hayan cambiado las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente.

Por consiguiente, como conclusión definitiva, cabe aceptar que la actora en este juicio, por efectos de su nuevo matrimonio, readquirió sobre sus menores hijas, María Martha y María de Lourdes, ambas de apellido Rosas Aráuz, el ejercicio de la patria potestad, y por lo que respecta al menor Félix Ramón Rosas Aráuz, que nació durante el nuevo matrimonio, no cabe duda que dicha actora también ejerce sobre él la patria potestad; y como quiera que las causas que originan este divorcio y el divorcio mismo, imponen la necesidad de definir de nuevo a quién de ambos cónyuges debe corresponder el ejercicio de la patria potestad sobre los tres hijos aludidos, resulta claro que tal ejercicio debe concederse al cónyuge no culpable, esto es, a Minerva Aráuz Mariani.

Por lo que respecta a la pensión alimenticia exigida por la actora, no habiendo ésta allegado ningún elemento de convicción que acredite las posibilidades económicas de su contraparte, no existe la posibilidad de condenar, por ahora al demandado, a pago alguno al respecto pero es obvio que deben dejarse a salvo los derechos de la actora, sobre el particular, para que los ejercite como corresponde.

V. No estando el caso comprendido en ninguna de las situaciones previstas por el artículo 140 del Código de

APÉNDICE

Procedimientos Civiles, debe estimarse que no ha lugar a hacer especial condenación en costas.

En mérito de lo expuesto y fundado, se resuelve:

PRIMERO: En la medida que se precisa en el cuerpo de este fallo, la parte actora probó su acción y el demandado no probó sus defensas.

SEGUNDO: Se decreta el divorcio reclamado por Minerva Aráuz Mariani en contra de su esposo Ramón Rosas González, respecto de su matrimonio que celebraron en esta Capital el veinte de julio de mil novecientos cuarenta y cinco.

TERCERO: Tanto Minerva Aráuz Mariani como Ramón Rosas González, recobran su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio, sólo que el segundo de los citados no podrá casarse nuevamente, sino una vez que hayan transcurrido dos años a partir de la fecha en que esta sentencia cause ejecutoria.

CUARTO: Igualmente una vez que esta sentencia haya sido declarada ejecutoriada, remítase copia de la misma al C. Oficial del Registro Civil, ante quien se celebró el matrimonio, con el objeto de que levante el acta correspondiente, y, además, para que publique un extracto de la resolución, durante quince días, en las tablas destinadas al efecto.

QUINTO: Se declara que a Minerva Aráuz Mariani corresponde exclusivamente el ejercicio de la patria potestad sobre los niños María Martha, María de Lourdes y Félix Ramón, todos de apellido Rosas Aráuz.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

SEXTO: Se dejan a salvo los derechos de Minerva Aráuz Mariani por lo que hace a la pensión alimenticia reclamada en este juicio.

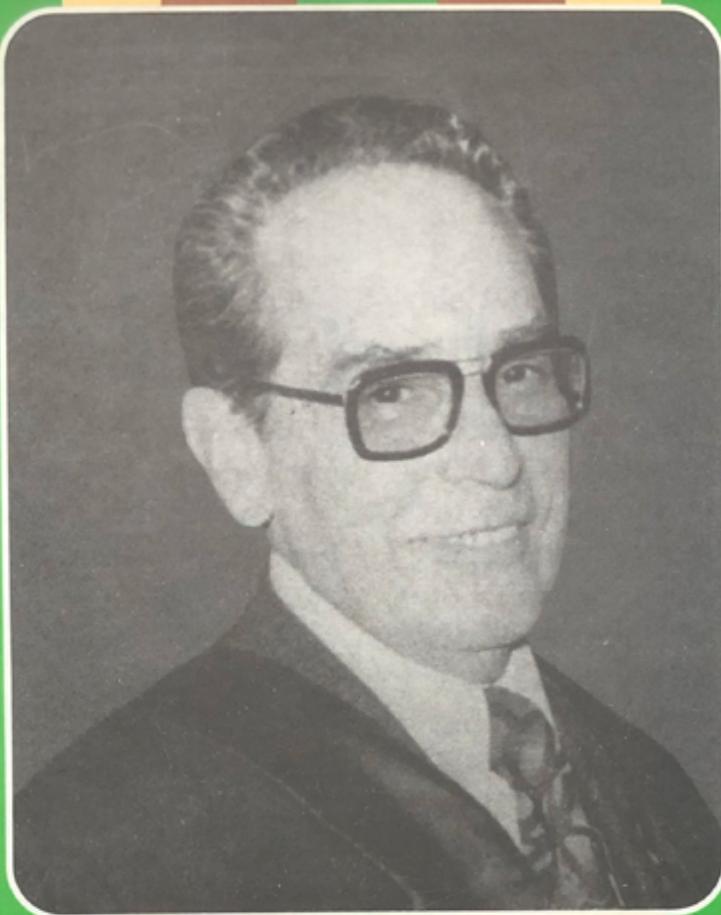
SÉPTIMO: No se hace especial condenación en costas.

OCTAVO: Sáquese copia autorizada de esta resolución, para que sea agregada al legajo de copias autorizadas de sentencias del Juzgado.

NOVENO: Notifíquese como corresponde.

Así, definitivamente juzgando, lo sentenció y firma el C. Juez Tercero de lo Civil, licenciado Alfonso Abitia Arzapalo. Doy fe.

De la cosa juzgada en materia civil se terminó de imprimir en noviembre del 2003, gracias a la generosa colaboración de la Lic. doña Luz Delfina Abitia Gutiérrez, Magistrada del Segundo Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito. La edición consta de 1000 ejemplares, y la revisión y supervisión editorial estuvo al cuidado del licenciado Juan Carlos Gómez Martínez.



**Dirección General de Anales
de Jurisprudencia y Boletín Judicial**

Colección "Doctrina"