

OSKAR VON BÜLOW

LOS PRESUPUESTOS PROCESALES



2015

INSTITUTO PACÍFICO

OSKAR VON BÜLOW

LOS PRESUPUESTOS PROCESALES



Este libro recoge los puntos más importantes de la obra *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* de Oskar von Bülow. El título original de la obra es *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Processvoraussetzungen* publicada en Giesen, 1868, por Emil Roth. La traducción es Miguel Ángel Rosas Lichtschein.

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO I LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL, LOS PRESUPUESTOS PROCESALES Y LA TEORÍA DE LAS EXCEPCIONES PROCESALES

- | | | |
|------|---|----|
| I. | El proceso como una relación jurídica entre el tribunal y las partes. Unilateralidad del criterio tradicional sobre el concepto proceso. La expresión "proceso"..... | 9 |
| II. | Las condiciones para la constitución de la relación jurídica procesal o los presupuestos procesales. Importancia de este concepto. El supuesto de hecho (Tatbestand) de la relación material en litigio y el de la relación procesal. Consiguiente estructura del proceso. La litiscontestatio y la absolutio ab instantia. Hechos constitutivos, impeditivos y extintivos del proceso..... | 11 |
| III. | La teoría actual. Las excepciones dilatorias. Examen de los presupuestos procesales solo desde el punto de vista de la excepción. Defectos de esta doctrina. Necesidad de abandonarla. La solución. . | 15 |

CAPÍTULO II RESULTADOS EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL ALEMAN

- | | | |
|------|--|----|
| I. | ¿Es la teoría de las excepciones procesales una creación del desarrollo jurídico moderno? Franca enmienda de construcciones conceptuales por medio de la ciencia. La idea moderna de excepción; inaplicabilidad a las excepciones procesales. Vieja opinión alemana de la función judicial como una función predominantemente pasiva. Influencia de esta idea en el nacimiento de la teoría de las excepciones procesales. Su desaparición en la evolución jurídica posterior. Derecho romano-canónico actual. | 21 |
| II. | Carácter absoluto de la mayoría de los presupuestos procesales. Examen de oficio. Similitud en el trato de la relación procesal y la material litigiosa. ¿Proceso convencional? Carga de la prueba respecto de los presupuestos procesales. Reniego de todo principio que valga para las excepciones. Trato de los presupuestos procesales igual que en derecho romano. Las praeparatoria iudicii. Cambios a través de la legislación alemana del Reich. El principio de eventualidad. Repercusión en la teoría de las excepciones procesales..... | 25 |
| III. | Peligrosidad de la teoría de las excepciones procesales para la aplicación del derecho. Sustitución del concepto de excepciones procesales por el de presupuestos procesales. Consideración integral de la relación procesal. Amplia función de la ciencia. Propuestas para la redacción de una ley procesal civil de la Confederación Alemana del Norte..... | 29 |

CAPÍTULO I

LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL, LOS PRESUPUESTOS PROCESALES Y LA TEORÍA DE LAS EXCEPCIONES PROCESALES

I. El proceso como una relación jurídica entre el tribunal y las partes. Unilateralidad del criterio tradicional sobre el concepto proceso. La expresión “proceso”.

Nunca se ha dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se ha afirmado, también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una *relación jurídica*.

Esta simple, pero, para el derecho científico, realidad importantísima, desde todo punto de vista, no ha sido hasta ahora debidamente apreciada ni siquiera claramente entendida¹. Se acostumbra a hablar, tan sólo, de relaciones de derecho privado. A estas, sin embargo, no puede ser referido el proceso. Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del listado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una *relación jurídica pública*².

1 Solo a la profunda mirada de BETHMANN-HOLLWEG (*Civilprocess des gem. Rechts* [Proceso civil de derecho común], t. 1, pp. 22 y 103) no se ha escapado. Pero la pasa por encima, en pocas líneas, sin ninguna fundamentación o examen más preciso y, sobre todo, no extrae de ellas consecuencias por él expuestas *supra*. Por esto, su idea tan sencilla en apariencia, pero en realidad importantísima, ha quedado sin considerar y por eso el mismo autor solo secundariamente fija su atención en la más fausta confirmación de lo que expuso precedentemente.

2 Véase BÖCKING, *Grundriss zur Vorlesungen über den gem. d. Civil process* [Esquema de lecciones sobre el proceso civil común alemán], 1852, § 1, p. 1: “El derecho de las acciones como la disciplina que se separa del derecho privado: el proceso civil como lo que se abre al derecho público”.

La relación jurídica procesal se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, en gran parte, a desconocer su naturaleza de relación jurídica continua. El proceso es una *relación jurídica* que *avanza* gradualmente y que se *desarrolla* paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión. Esta se prepara por medio de actos particulares. Solo se perfecciona con la litiscontestación, el contrato de derecho público, por el cual, de una parte, el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otra, las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común³. Y también esta ulterior actividad discurre en una serie de actos separados, independientes y resultantes unos de otros. La relación jurídica procesal está en un constante movimiento y transformación⁴.

Pero, nuestra ciencia procesal ha dado demasiada trascendencia a este carácter evolutivo. No se ha conformado con ver en él solo una cualidad importante del proceso, sino que ha desatendido precisamente otra no menos trascendente: la de relación jurídica del mismo. En lugar de considerar al proceso como una relación de *derecho público*, que se *desenvuelve de modo progresivo, entre el tribunal y las partes*, ha destacado siempre únicamente aquel aspecto de la noción de proceso que salta a la vista de la mayoría: su marcha o adelanto gradual, el procedimiento; unilateralidad que tiene su origen en la jurisprudencia romana de la Edad Media y que ha sido favorecida por la concepción germánica del derecho. Se ha hecho, lamentablemente, de la palabra “proceso” un monumento imperecedero y un punto de apoyo muy difícil de abatir. Quien pretenda extraer la idea de la palabra, será llevado, desde el principio, por la expresión “proceso” hacia un camino, si no falso, bastante estrecho⁵. Sin embargo, los juristas romanos no se ha-

3 *Judicio contrahitur*. En el equivalente privado del proceso, el *arbitrium* compromisario, resaltan especial, aguda y precisamente, ambos aspectos del contrato de *litiscontestatio* y con mayor claridad en el *receptum* del *arbiter* y en el *compromissum* de las partes; como ofrece, principalmente, el *arbitrium* muchos puntos de comparación utilizables para el *judicium*.

4 En el proceso se da una transformación en cada relación; pues a causa de él la relación litigiosa –que, de ningún modo, debe ser identificada con la relación procesal– también sufre una metamorfosis (*dare, oportere... condemnare oportere... judicatum facere oportere* [conviene dar... conviene condenar... conviene emitir fallo]). Pero no solo el derecho subjetivo sino el objetivo experimenta una transformación por medio del proceso: la ley va del mandato jurídico abstracto (la *lex generalis*) al mandato jurídico concreto (la *lex specialis* de la sentencia) y finalmente, a la efectiva realización de este (la ejecución). Sobre la importancia de la sentencia en la mutación del derecho objetivo, véanse las clarísimas y sugestivas observaciones de BÄHR, *Rechtsstaat* [El Estado de Derecho], 1864, § 2; también KIERULFF, *Theorie des gem. Civilrechts* [Teoría del Derecho civil común], § 9 y pp. 18 y 42.

5 Por otra parte, también los procesalistas romanos no hablaban casi de “proceso” a secas, sino solo

bían quedado con la idea superficial del proceso como pura serie de actos del juez y de las partes, sino que habían concebido la naturaleza de aquel como una relación jurídica unitaria (*judicium*).

Se podría, según el viejo uso, hacer predominar aún el procedimiento en la definición del proceso, si no se descuidara mostrar la relación procesal como la otra parte de la noción.

II. Las condiciones para la constitución de la relación jurídica procesal o los presupuestos procesales. Importancia de este concepto. El supuesto de hecho (*Tatbestand*) de la relación material en litigio y el de la relación procesal. Consiguiente estructura del proceso. La *litiscontestatio* y la *absolutio ab instantia*. Hechos constitutivos, impeditivos y extintivos del proceso.

Si el proceso es, por lo tanto, una relación jurídica, se presentan en la ciencia procesal análogos problemas a los que surgieron y fueron resueltos, tiempo antes, respecto de las demás relaciones jurídicas. La exposición sobre una relación jurídica debe dar, ante todo, una respuesta a la cuestión relacionada con los requisitos a que se sujeta el nacimiento de aquella. Se precisa saber entre qué personas puede tener lugar, a qué objeto se refiere, qué hecho o acto es necesario para su surgimiento, quién es capaz o está facultado para realizar tal acto.

Estos problemas deben plantearse también en la relación jurídica procesal y no se muestran a su respecto menos apropiados y fecundos que lo que se mostraron ya en las relaciones jurídicas privadas. También aquí ellos dirigen su atención a una serie de importantes preceptos legales estrechamente unidos. En particular, a las prescripciones sobre:

- 1) la competencia, capacidad e insospechabilidad del *tribunal*; la capacidad procesal de las *partes* (*persona legitima standi in iudicio*

de "*processus iudicii*", esto es, del desenvolvimiento de la relación procesal; así, *verbi gratia* en el *Ordo jud. init.*, atribuido a Jo. ANDREA: "*Antequam dicatur de processu iudicii*" [antes de que se hable del proceso (o de la marcha) del juicio, donde claramente –como en muchos autores más antiguos– el *judicium* es definido como "*actus trium personarum se, iudicis rei et actori*" [acto de tres personas, a saber, el juez, el reo y el actor]. Pero en general, es mantenida la palabra *judicium* y además son usados con mucha frecuencia *ordo iudiciarius*, *ordo iudiciorum* en lugar de *processus iudicii*. por ejemplo, en PILLIUS, TANGREDUS, GRATIA, DURANTI.

- [persona legítima para estar en juicio]) y la legitimación de su representante,
- 2) las cualidades propias e imprescindibles de una *materia litigiosa civil*,
 - 3) la redacción y comunicación (o notificación) de la *demanda* y la obligación del actor por las cauciones *procesales*,
 - 4) el *orden* entre varios procesos.

Estas prescripciones deben fijar –en clara contraposición con las reglas puramente relativas a la marcha del procedimiento, ya determinadas– los requisitos de admisibilidad y las condiciones previas para la tramitación de toda la relación procesal. Ellas precisan entre qué *personas*, sobre qué *materia*, por medio de qué *actos* y en qué *momento* se puede proceso. Un defecto en cualquiera de las relaciones indicadas impediría el surgir del proceso⁶. En suma, en esos principios están contenidos los elementos constitutivos de la relación jurídica procesal, idea tan poco tenida en cuenta hasta hoy, que una vez ha sitio designada con un nombre definido. Proponemos, como tal, la expresión “*presupuestos procesales*”.

Con la idea desenvuelta se ha ganado un punto de vista muy provechoso para el dominio científico del derecho procesal civil; semejante al que ya poseen el derecho privado y el derecho penal en las categorías correlativas de “requisitos constitutivos de una relación jurídica privada” y “delito tipo”⁷. No se trata tan solo del punto de vista más apropiado para la exposición del proceso civil –aunque actualmente esta ventaja no es bien apreciada a causa del gran abandono en que se encuentra la sistemática de nuestro derecho procesal civil– ni tampoco de una recopilación de algunas reglas procesales, que, como medios de un solo mismo fin, únicamente alcanzan plena significación gracias a esta concepción total y que, como miembros de un todo, solo logran a través de su reunión su fuerza y eficacia completas. Tal como resultará de las indicaciones siguientes, este punto de vista es adecuado también, para iniciar exámenes más profundos de la estructura

6 Según el derecho romano, también el sometimiento a juicio (*el indicium accipere*) y, en ciertas circunstancias, la constitución de una fianza, pertenecían a las condiciones previas del proceso. Hoy día, esa significación no les corresponde ya a consecuencia de la variación sufrida por los principios de la rebeldía.

7 En derecho procesal no existe –porque solo una relación jurídica está en cuestión– la diferencia entre requisitos generales y especiales o entre “tipo” (*tatbestand*) general y especial. Quizá únicamente se pueda hablar de presupuestos procesales comunes y de excepción, si se tiene en cuenta la distinción entre proceso ordinario y sumario. Las discrepancias del último tienen lugar casi siempre, respecto de los presupuestos enunciados en el n. 2.

de todo el proceso judicial y de la esencia de muchos fenómenos procesales particulares, cuya aclaración es muy necesaria.

Con los grupos mencionados de requisitos procesales –los presupuestos procesales– se añade a la relación litigiosa sustancial existente en el proceso (la llamada *merita causae*) una materia de debate más amplia y particular. El tribunal no solo debe decidir sobre la existencia de la pretensión jurídica en pleito, sino que, para poder hacerlo, también debe cerciorarse si concurren las condiciones de existencia del proceso mismo: además del *supuesto de hecho de la relación jurídica privada litigiosa* (de la *res in iudicium deducta* [cosa deducida en juicio (o llevada a juicio)]), tiene que comprobar si se da el supuesto de hecho de la relación jurídica procesal (del *iudicium*).

Este dualismo ha sido siempre decisivo en la *clasificación* del procedimiento judicial. Él ha llevado a una división del proceso en dos capítulos, de los cuales uno se dedica a la investigación de la relación litigiosa material y el otro, al examen de los presupuestos procesales. Así, en el proceso civil romano precede al *trámite de fondo* (el procedimiento *in iudicio*) un *trámite preparatorio* (*in iure*), el cual estaba destinado exclusivamente a la determinación de la relación procesal, *ad constituendum iudicium* [a constituir un juicio]. La misma finalidad perseguía en el proceso germánico el debate sobre la obligación de contestar: etapa designada en el romano con el nombre de *preparatoria iudicii*. Otro tanto ocurre, también, con la institución de los *finis de non recevoir* en el procedimiento francés. Desde la *jüngsten Reichsabschied*⁸ el proceso civil común germánico, *no precede* el trámite preparatorio sino que va junto con el principal, pero sin confundirse sustancialmente con él. Mas las nuevas ordenanzas procesales civiles han vuelto otra vez a la delimitación consiguiente entre las dos divisiones mencionadas.

Por lo tanto, los presupuestos procesales constituyen la materia del procedimiento previo y, consecuentemente, entran en íntima relación con el acto final de este; final que consiste ya en una *litiscontestatio* o ya en una *absolutio ab instantia* (rechazamiento de la demanda por inadmisibles⁹; la *denegatio actionis romana*). Ambas alternativas son nada más que el resultado de un examen de la relación procesal, así como la *condemnatio* o *absolutio ab actione* resultan de una investigación de la relación litigiosa material. La litis contestación es la respuesta positiva y el rechazamiento, la *negativa* a

8 La ley del año 1654, que contenía principalmente disposiciones procesales (N. del T.).

9 Inadmisibilidad puramente formal (*Klage angebrachtermassen*); de modo que el rechazamiento no implica decisión sobre el fondo, que constituiría la *absolutio ab actione* (N. del T.).

la cuestión de si se dan las condiciones de existencia de la relación jurídica procesal. Solo desde este punto de vista se pueden comprender totalmente ambas instituciones procesales.

El examen acabado de los presupuestos procesales es también provechoso para resolver la importante cuestión de si la *carga de las alegaciones y de la prueba* corresponde al actor o al demandado en el proceso preparatorio. Es una de las más relevantes características del proceso judicial que la materia de debate se divida entre las partes, que cada una deba contribuir al fundamento de la convicción del juez. “Aparece como una exigencia de derecho material que, en la contienda, haya de distribuirse por igual entre las partes litigantes ventajas y desventajas y que no se eche toda la carga sobre la que persigue el logro de su derecho”. Respecto de la relación litigiosa material, este principio hace tiempo que ha llevado a una precisa separación entre demanda y excepción y entre hechos constitutivos, impeditivos y extintivos. Del mismo modo, es una apremiante necesidad dividir, también, de igual manera, el supuesto de hecho de la *relación jurídica procesal* y, por lo tanto, investigar, ante todo, qué hechos de los presupuestos procesales son *constitutivos* y cuáles *impeditivos*

Tiene, por último, gran valor la individualización de los hechos *extintivos* del proceso. Tan pronto como la falta de un presupuesto procesal sea denunciada y confirmada al principio del procedimiento, este se malogra totalmente. Pero ¿qué ocurre si esa falta no es notada y el proceso llega a su fin? ¿Se debe declarar siempre inválido, aun con posterioridad? Con otras palabras: ¿Se puede ir tan lejos como considerar causa de nulidad a la falta de un presupuesto procesal? Si no, ¿a la falta de cuál de ellos corresponde ese efecto? ¿Qué impedimentos procesales son —para usar una comparación aproximada— *impedimenta dirimentia*; cuáles son solo *impedientia*? ¿Dónde se encuentra el criterio para una distinción semejante? Solo con la respuesta a estas preguntas conseguirá la teoría de las nulidades procesales un fundamento seguro¹⁰.

¹⁰ No hará falta una refutación más amplia contra la pésima y generalmente desusada teoría de “los elementos intrínsecos (naturales y positivos, absolutos y relativos,) y extrínsecos (id.) del proceso”, cuando sea resuelto el último interrogante por medio de ella, tal cual se encuentra, por ejemplo en LINDE y aún en el mismo OSTERLO y como aparece también en los demás tratados con motivo de la teoría de la querrela de nulidad. Una norma de derecho procesal secundaria *in abstracto* es de por sí una quimera, no una regla jurídica; a lo más, un buen consejo. Véase, sobre el desarrollo histórico de este dogma, a BRIEGLER, *Summarische Prozesse* [Procesos Sumarios], pp. 70, 119 y 121. De todos modos, esta confusión tiene su causa en no percibir la necesidad de distinguir —como se ha dicho— los supuestos procesales.

III. La teoría actual. Las excepciones dilatorias. Examen de los presupuestos procesales solo desde el punto de vista de la excepción. Defectos de esta doctrina. Necesidad de abandonarla. La solución.

Los puntos de mira precedentemente indicados no fueron tenidos en cuenta hasta ahora por la ciencia procesal; tampoco, con gran detrimento, por la legislación. Apenas han sido considerados y faltó, de consiguiente, el punto de partida, con el cual solo puede alcanzarse el concepto de relación procesal y de presupuestos procesales.

Se acostumbra a tratar las disposiciones mencionadas –referentes al tribunal, a las partes y sus representantes, al objeto del proceso civil, a las cauciones y a la prelación de los procesos, que, junto con los requisitos para la iniciación de la demanda, hemos calificado de presupuestos procesales– solo a modo de nociones preliminares útiles en general y muy recomendables para el estudio del proceso, mezcladas con toda suerte de otras cosas varias, que sin duda son también interesantes, pero que, en absoluto, pueden ser tomadas por requisitos de la realización de aquel, a saber, los deberes generales del tribunal y de las partes, la demanda por daños y perjuicios contra el juez que no cumplió con su obligación, los escribanos [o secretarios], las costas, la legitimación sustancial, la determinación del tiempo en el juicio, la intervención, etc. Su finalidad –concordante a la que se debió que los principios procesales arriba indicados, se formularan–, su función común en el proceso, su estrecha relación con el preparatorio, con la litis contestación y con el rechazamiento de la demanda por inadmisibles, no han sido discutidos. Menos aún aceptado un criterio distinto con respecto a la carga de alegar y de probar, ni a la querrela de nulidad¹¹. Lo poco que se ha comprendido la verdadera importancia de estas prescripciones para el proceso resulta paladinamente de que el autor del más apreciado de nuestros tratados de derecho procesal civil se disculpe seriamente por haberles dado lugar tan principal. Él piensa que, “bien mirado”, no pertenecen, en absoluto, a la teoría del proceso, pero hace mucho que se las ha aceptado allí, por su vinculación¹². Más tarde, por cierto, también BAYER dedicó una tercera

11 Que, huelga decirlo, se ha indicado ya en particular y oportunamente desde uno y otro punto; pero también aquí falta una clara comprensión de las cosas.

12 BAYER, *Vorträge über den gem. Deutschen Civilprozess* [Conferencias sobre el proceso civil alemán], § 1. También en el valioso Tratado de WETZELL se busca, en vano, una teoría completa de los presupuestos procesales; pero estos, en el sistema de WETZELL, desmerecen más aún que en la parte general de los demás tratados, pues en este aspecto es más sensible la falta de método en la exposición. Un *sistema* de derecho procesal civil solo puede ser construido sobre la base de la

parte de su *Tratado* a las disposiciones que “bien miradas, no pertenecen absolutamente al derecho procesal”.

Mas, si preguntamos de qué manera se ha cumplido hasta ahora la misión totalmente necesaria de indicar, sea como sea, la función de aquel conjunto importante de reglas, llegaremos al sorprendente descubrimiento de que se lo ha hecho en un modestísimo y apartado rincón del sistema del proceso, con motivo de la teoría de la contestación a la demanda. Y encontraremos allí los presupuestos procesales, con el pobre e inadecuado ropaje de las excepciones dilatorias; disfraz que no deja de reconocer el verdadero contenido sino trabajosamente, que deforma por completo la materia de los presupuestos procesales, y del que debe ser librado en primer lugar y antes de emprender la animosa tarca de una completa y amplia elaboración de la teoría general.

Según la opinión dominante, hay dos clases distintas de excepciones dilatorias. Se acepta que solo una parte de ellas –como, por ejemplo, las *exceptio pacti de non petendo intra certum tempus, non adimpleti contractus, excussionis*– se refiere a la pretensión misma reclamada judicialmente (la *merita causae*), las demás, en cambio, conciernen a la forma de su ejercicio (al *modus procedendi*). Únicamente aquellas toman su contenido del derecho material; estas del procesal. Solo las primeras son semejantes a las excepciones perentorias de naturaleza material. Las últimas, al revés, son *excepciones procesales* (*exceptiones declinatoriae iudicii* [excepciones declinatorias (o desviadoras) del juicio], excepciones [*Einreden*] dilatorias procesales, objeciones [*Einwendungen*] procesales.

Considerado de cerca el asunto, se demuestra entonces que precisamente los presupuestos procesales enumerados son los que proveen la materia a las excepciones procesales; estas últimas no son otra cosa que *presupuestos procesales expresados negativamente, en forma de excepción*. Como tales, son enumeradas en particular¹³:

- 1) referentes a las *personas* del proceso: las *exceptio fori incompetentis, praeventionis, iudicis inhabilis vel suspecti; deficientis personae standi in iudicio; procuratoria vel deficientis legitimationis ad*

relación jurídica procesal y del presupuesto procesal. Con estos elementos gana el derecho procesal una sistemática más simple, más clara y más comprensible que cualquiera otra disciplina jurídica. El autor lo ha demostrado en sus lecciones sobre el derecho procesal civil.

13 Véase, anteriormente, la lista completa y adecuada de presupuestos procesales

- processum, deficientis tutoris vel syndicatus* [excepción del foro incompetente, de la prevención, del juez inhábil o sospechoso; excepción de falta de personalidad para estar en juicio; excepción procuratoria o de falta de legitimación para el proceso, de falta de tutor o síndico];
- 2) correspondientes a la materia del proceso en sí: la *exceptio non rite formati processus* [excepción de proceso no ritualmente formado];
 - 3) concernientes a la *proposición* de la demanda, a su *comunicación* y a la *prestación de caución*: las *exceptio libelli obscuri vel inepti, termini nimis angusti, loci non tuti, praestandae cautionis pro expensis vel pro reconventione* [excepción de libelo oscuro o inepto, de plazo demasiado estrecho, de lugar inseguro de la caución que debe prestarse por las costas o la reconvencción].
 - 4) relativas al *orden consecutivo* de los procesos: *exceptio praejudicialis, connexitatis causarum, praeposteritatis* [excepción prejudicial, de conexión de causas, de intempestividad], etc.

Mediante esta enumeración de excepciones se cree haber terminado con todo cuanto se refiere a la función que tienen los presupuestos procesales en el procedimiento judicial. La doctrina dominante considera a todos los requisitos para la realización del proceso, al supuesto de hecho de la relación jurídica procesal, nada más que en su aspecto *negativo* de decir, desde el *punto de vista de la excepción*. No se habla de una diferencia entre hechos constitutivos e impeditivos del proceso; solo conoce a estos últimos. Respecto del supuesto de hecho de la relación procesal, valían las mismas ideas, habían sido aplicadas hasta hace pocas décadas al supuesto hecho de la relación material en litigio. Así, esta fue mirada siempre con un enfoque totalmente negativo y tratado como materia de una excepción, en toda su amplitud; de tal suerte que no hubo empacho de contar entre las excepciones hasta la negativa de un hecho constitutivo.

Las excepciones procesales dilatorias se muestran, pues también —como esas de fondo puramente negativas—, de una condición muy rara y asombrosa. Ante ellas, se renuncia a toda aplicación de principios que no sean válidos para las excepciones y derivados de su naturaleza. Se acepta que tales excepciones procesales pueden ser consideradas de oficio aun sin alegación del demandado, que no siempre se requiere que sean aprobadas por este; que ellas, aunque el supuesto de hecho que les corresponde no haya sido sometido en absoluto a conocimiento del tribunal, pueden, sin embargo

tener como consecuencia la nulidad irremediable del procedimiento, siendo secuencia la nulidad irremediable del procedimiento, siendo suficiente para alguno (¿quién?, no se ha dicho) “ que ellas tan solo y apenas por su nombre tradicional hayan sido alegadas”¹⁴¹¹. Es decir, excepciones que en general no necesitan de ninguna manera, ser alegadas, objeciones que no requieren, en absoluto, ser esgrimidas o, si el demandado se ha tomado la innecesaria molestia de aducirlas, que no precisan ser fundadas, ni menos probadas por la actividad del demandado, sino que consisten en nada más que un grito de exhortación al juez para que no olvide observar el deber que ya le es concedido y cuyo cumplimiento le está impuesto.

¡Hasta no se ha vacilado en hablar alguna vez de excepciones que puede oponer el actor contra el demandado!¹⁵

Hace mucho que se conviene en que toda esta teoría no puede llamarse feliz, precisamente¹⁶. Nunca, respecto de una doctrina procesal, se ha dado un juicio condenatorio tan severo y airado¹⁷

Sin embargo se ha mantenido inmutable hasta ahora. Se critica a su respecto, que conscientemente, busca que a un punto importante se lo pase por encima y lo más rápidamente posible¹⁸, pero, no se dice nada más fuera de eso, ni se trae otra conclusión o algo mejor en su lugar. Siempre queda a causa de ella, la visión suficiente para oscurecer la verdadera materia de los presupuestos procesales.

Y esa precisamente es su peor consecuencia. Se trata no ya solo de un lenguaje inadecuado, no de fijar fácilmente por medio de un acuerdo el sentido de las palabras “excepción” y “objeción”, sin lo cual aquel es tan ambiguo, sino de un concepto con un fundamento *falso y viciado*, que oculta la parte importante del derecho procesal civil y que *obstaculiza* todo desenvolvimien-

14 BAYER, *Vortrage über den gem. Ordernl. Civilprocess* [Conferencias sobre el proceso civil común], Segundo Centenario, § 178 *in fine*; Linde, *Lehrb. Des Civilp.* [Tratado de proceso civil], § 202 *in fine*; OSTERLOH, *Lehrb. des Civilpr.* [Tratado del proceso civil], § 196, p. 65; RENAUD, *Lehrb* [Tratado], p. 216, WETZELL, *System* [Sistema], § 14 *in fine*.

15 Por ejemplo, la *exceptio deficientis legitimationis ad processum pasivae* [excepción de falta de legitimación pasiva para el proceso] y la *exceptio pro oratoria* para el caso de que el personero del demandado no tuviera poder. Véase Capítulo tercero, sección 2, nota 52.

16 Véase WETZELL. *System* [Sistema], § 14, p.120 *in fine*.

17 GESTERDING, *Ausbewe von Nachforschungen* [Resultados de investigaciones], 1. 2. p. 186, lo llama un “monstruo que deforma, equivoca y deshonra a la ciencia jurídica”

18 Es fácilmente perceptible cómo los civilistas eluden la discusión del concepto de excepciones y defensas, y evitan pensar en las excepciones procesales, cómo es molesta para ellos la idea de una noble excepción dilatoria, y como esta clase de excepciones dilatorias mantiene alejados a los mismos procesalistas del resto de sus colegas, con los que se entienden muy mal ciertamente.

to que se intente. En la teoría de las excepciones procesales, se han mantenido sin resolver –¡parece imposible!– los apremiantes problemas más arriba señalados. Sobre todo, la cuestión de la carga de la prueba ha permanecido en completa penumbra. El supuesto de hecho de una relación jurídica en su totalidad, jamás podrá ser perfectamente apreciado desde el punto de vista de la excepción, mientras se tenga de esta una idea tan indeterminada. Una diferenciación entre hechos procesales constitutivos, impeditivos y extintivos será imposible mientras se conozca únicamente a estos últimos¹⁹.

Desgraciadamente, las excepciones procesales han mantenido su puesto en la *nueva legislación*; sobre todo, en los proyectos de leyes procesales para alemanes y prusianos; así que se necesita un rápido remedio para evitar que esa teoría inaceptable afirme su imperio, a la larga, bajo la protección de la ley²⁰.

Mas, el remedio solo puede llegar por el mismo camino por el cual vinieron las modificaciones que en buena parte ha sufrido va la teoría de las excepciones. Por su retorno a las fuentes de las que derivan esas excepciones; por una mejor comprensión del proceso civil romano; por un examen profundo e imparcial de la tradición jurídica romana. Por este camino se llegaría, en materia de excepciones procesales, a particulares, profundos y eficaces resultados, pues no se alcanzará ninguna rectificación si no se descarta absolutamente esta teoría. Se ha demostrado que todo el sistema de las excepciones procesales ha surgido solo de una serie de malas interpretaciones –de lo más heterogéneas– del derecho romano. Es notorio *que en este no existían excepciones procesales, sino que toda excepción –“exceptions” tanto como “praescriptiones”– pertenecía a la relación litigiosa.*

El objeto de las ulteriores consideraciones es realizar la demostración y, en consecuencia, eliminar los inconvenientes que se oponen a una exacta comprensión de los presupuestos procesales, la cual permanece como estadiza si se utiliza la estrecha mira de la excepción.

19 Respecto del ensayo de WETZELL (§ 14, *in fine*, § 45, p. 489), que al menos trae *alguna* diferenciación en la *rudis indigestaque moles* de las excepciones procesales. También, REINHOLD, *Zeitschr. für Civilr. u. Process* [Revista de derecho civil y procesal], t. 13, pp. 202 y 203.

20 Ordenanza prusiana del 21 de julio de 1846, § § 5 y 6; Proyecto de Ordenanza procesal para el Oran Ducado de Hessen, artículos 309 y 333. Ordenanza procesal de Hannover, § § 196, 197 y 202; id. de Badén, § § 344 y 345; Proyecto prusiano de 1864, § 333; Proyecto alemán, § 243 (excepciones procesales impeditivas). Tan confusa como en el alemán, es la teoría de las excepciones procesales en el proceso civil francés.

La referida ojeada dogmática histórica ha de limitarse lo más brevemente posible al desarrollo simple, constante y sin ninguna controversia molesta, de esa teoría.

CAPÍTULO II

RESULTADOS EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL ALEMÁN

- I. **¿Es la teoría de las excepciones procesales una creación del desarrollo jurídico moderno? Franca enmienda de construcciones conceptuales por medio de la ciencia. La idea moderna de excepción; inaplicabilidad a las excepciones procesales. Vieja opinión alemana de la función judicial como una función predominantemente pasiva. Influencia de esta idea en el nacimiento de la teoría de las excepciones procesales. Su desaparición en la evolución jurídica posterior. Derecho romano-canónico actual.**

Ya se tiene experiencia repetida de que a teorías para cuya fundamentación no se dan, desde tiempo atrás, más que falsas interpretaciones de pasajes del *Corpus Juris* nunca se las ha desaprobado de alguna manera y considerado carentes de valor en el derecho actual. A veces, aquellos pasajes han servido de pretexto para procurar un punto de apoyo aceptable a una idea jurídica alemana o para abrir camino a un principio pedido por las necesidades propias del mundo moderno. En uno y otro caso ha ocurrido que, por una feliz casualidad, una mala interpretación del derecho romano ha producido –contra la voluntad de los intérpretes– una tesis que encontró una buena acogida general y que pronto arraigó por la costumbre.

Estoy seguro que algún lector que hasta ahora no haya podido negar su adhesión a mis conclusiones, sin embargo –influido por esa experiencia–, se mostrará indeciso cuando se trate de sacar consecuencias para el derecho actual, y que se inclinará a aceptar que la teoría de las excepciones proce-

sales –por más que haya merecido el rechazamiento en el derecho romano– sea considerada y mantenida como un producto espontáneo de la construcción jurídica moderna, unánimemente abonado por la teoría, la práctica y la legislación, no obstante su errónea vinculación al derecho romano.

A causa de estas concepciones totalmente infundadas, mis investigaciones han perdido su valor inmediato para el derecho práctico. Pero si uno no se desprende de ellas, ganan para nuestro derecho el mismo valor que para el romano. Así, pues, resulta más necesario aún refutar esmeradísima aquella aceptación.

Ante todo, debe considerarse que, en primer lugar, la teoría de las excepciones procesales no trata de establecer una *prescripción jurídica* que pueda tener eficacia vinculante absoluta por medio de la legislación y la costumbre, sino de una falsa formulación conceptual, sobre la que carecen de influencia los factores que crean derecho. Debido a que por tanto tiempo todos los sabios, legisladores, pontífices y prácticos imaginaron a los presupuestos procesales solamente bajo la forma de excepciones procesales, no ha podido llegarse, todavía, a la verdad de este error científico. Sí, porque el derecho canónico, las ordenanzas del Superior Tribunal del Reich, la *Jüngsten Reichsabschied* y todas las legislaciones particulares hablan de excepciones procesales dilatorias, queríamos mantenernos ligados por siempre a ese falso concepto, tampoco debíamos, entonces, haber agitado la noción de excepción perentoria que existe constantemente en las fuentes del derecho; ni sobrepasado las vagas y falsas ideas de litiscontestación, nulidad procesal, *titulus* y *modus acquirendi*, posesión, etc.; en una palabra, cortado *todo* progreso científico. Y no se diga que a los conceptos jurídicos desenvueltos por la jurisprudencia de la Edad Media corresponde una importancia más profunda y perdurable en nuestro derecho procesal civil que en nuestro derecho privado. Esto solo es cierto mientras se trata de la estructura de las *reglas jurídicas* positivas. En tanto se trata del conocimiento de la real naturaleza de una institución jurídica o de la mejor inteligencia o de la más perfecta expresión de conceptos, la investigación científica no es aquí menos libre que allá ni menos apartada de toda presión legal. ¿Y no tiene que ver nuestro problema, ante todo, con una desfiguración del derecho *material*, con una deformación enfermiza de los verdaderos derechos de excepción de derecho privado?

La subsistencia de las excepciones procesales solo podría justificarse si las normas jurídicas especiales que se han formado con motivo de aquel

concepto particular de los presupuestos procesales fueran de una clase tal que armonizaran con el punto de vista de las excepciones. Habría que mantenerse aferrado a la teoría de las excepciones procesales si los presupuestos procesales hubieran adquirido en el derecho actual una naturaleza distinta a la que tenían en el derecho romano y si hubieran sufrido, de hecho, una transformación tal que debiera aplicárseles los mismos principios de las excepciones o, por lo menos, de las excepciones modernas. Solo cabe preguntar ¿dónde quiere encontrarse esa metamorfosis y a qué fuente atribuirle? ¿al derecho germano, al romano o al actual?, ¿o, tal vez la ciencia ha logrado por medio de las excepciones procesales una figura jurídica tan necesaria y adecuada a las exigencias de nuestro procedimiento judicial que tenga derecho, por sí misma, a ser cuidadosamente mantenida? Ninguno de estos puntos de vista es acertado. El concepto de las excepciones procesales también para el derecho actual no es otra cosa que un esquema vacío, carente de fundamento y asidero en el progreso del derecho procesal moderno; solo proviene de equivocaciones y conduce a los más grandes extravíos. Ni siquiera lo que corresponde, en primer lugar, a la índole de las excepciones puede aplicarse a los presupuestos procesales.

Es posible ampliar el concepto moderno de excepción sobre el de la excepción romana y – ¡tan poco amigos parecen de la filosofía nuestros procesalistas, por lo común!– hacer entrar de una vez “la noción filosófica en lugar de la puramente formal romana”.²¹ Así, existiría siempre un límite que respetar, para no correr el peligro de perderse –tratándose de materia tan importante– en una ridícula vacuidad. No hay que decir que excepción es lo que el demandado *puede* alegar frente a la demanda, sino todo lo que él debe aducir contra aquella (y, si contradicho, probar) cuando él desee y quiera ciertamente que el tribunal lo considere. De este modo, el concepto de excepción tiene un sentido exacto y un óptimo fundamento. No es una degeneración de la idea romana de *exceptio* sino una nueva –sólo coincidente con esta en particulares puntos fundamentales–, que la comprende y abarca ampliamente y que merece ser conservada con toda fidelidad y cuidada con todo celo. Pues ella, en su contraposición a los hechos de la demanda, solo constituye la expresión y el órgano científico más útil para la descomposición del supuesto de hecho sometido al tribunal en sus elementos positivos y negativos; descomposición que –como pienso, en el más firme desacuerdo con las concepciones básicas sobre derecho y prueba recientemente expuestas por Von Bar ha de celebrarse cómo una de las conquistas de la ciencia jurídica

21 OSTERLOH, *Lehrb. Des gem. Civilp.* [Tratado del proceso civil común], t. 2, p. 55.

moderna y como uno de los progresos más importantes que hemos alcanzado en el perfeccionamiento y consolidación de la idea jurídica, sobrepujando al grado que habían logrado los juristas romanos. Sin embargo, es indiscutible que es amplio concepto moderno de excepción no presta más utilidades a las excepciones procesales que el estrecho de *exceptio* romano pues no sirve si se lo quiere aplicar a las cuestiones que constituyen el objeto de las excepciones procesales.

Respecto de los presupuestos procesales, el tribunal ya retoma la actitud pasiva que parece habersele asignado en el viejo procedimiento alemán en cuanto a ellos. Entonces, se tendería evidentemente a conceder al tribunal un puro rol de espectador o a lo más, de guardián de la lucha y a dejar que las partes tacharan las contravenciones procesales cometidas por el adversario, por medio de los recursos pertinentes, y provocaran de ese modo la intervención del tribunal²²¹⁹. Tampoco me parece dudoso que, precisamente, a causa de esta concepción tradicional se haya preparado el ambiente –en cuanto le era posible ella sola– para que la noción de excepción adquiriera un amplitud tan excesiva que alcanzara a toda la materia del debate procesal y, en particular, para que arraigara también la teoría de las excepciones procesales. Pero tampoco cabe la menor duda de que esa interpretación de la función judicial no se mantuvo en el ulterior desarrollo del derecho procesal, que se operó sobre la base del derecho extranjero, y actualmente, ha desaparecido por completo. Como el derecho romano-canónico se ha mantenido extraño a dicho desarrollo, se necesita una breve glosa para quienes lo conocen en cierta manera. En este, nos encontramos con una reminiscencia muy rara de aquella fundamental interpretación nacional de la pasividad de la judicatura, esto es, con una falta de una libre dirección del proceso, ajustada a los distintos casos, según ha sido descrita y criticada tan magistralmente por Briegleb. Pero, de ninguna manera, todo el proceso y, en especial, el cuidado de los presupuestos procesales quedan a merced de la absoluta voluntad de las partes; al respecto, suministran suficiente prueba las numerosas nulidades que, en el derecho canónico, amenazaban a cada paso. En esto, la legislación, la ciencia y la *praxis* alemanas han dado el más extraño ejemplo.

22 Al respecto, las notas de SIEGEL –sumamente interesantes y coordinadas para un cuadro muy expresivo y claro– *Die Erholung und Wandelung im Gerichtl. Verf.* [El restablecimiento y modificación del procedimiento judicial], 1863, y *Die Gefahr vor Gericht und im Rechtsgang* [El riesgo ante el tribunal y en el procedimiento], 1866, permiten algunas explicaciones.

II. Carácter absoluto de la mayoría de los presupuestos procesales. Examen de oficio. Similitud en el trato de la relación procesal y la material litigiosa. ¿Proceso convencional? Carga de la prueba respecto de los presupuestos procesales. Reniego de todo principio que valga para las excepciones. Trato de los presupuestos procesales igual que en derecho romano. Las *praeparatoria iudicii*. Cambios a través de la legislación alemana del Reich. El principio de eventualidad. Repercusión en la teoría de las excepciones procesales.

Ni según el derecho romano, ni de acuerdo con el del Reich, ni conforme con el de cualquiera de los Estados alemanes, se precisa la iniciativa, la interpelación, del demandado para poder considerar la falta de los presupuestos procesales. La validez de la relación procesal es una cuestión que no puede dejarse librada en su totalidad a la disposición de las partes, pues no se trata de un ajuste privado entre los litigantes, solo influido por intereses individuales, sino de un acto realizado con la activa participación del tribunal y bajo la autoridad del Estado, cuyos requisitos son coactivos y en grandísima parte, absolutos. No está permitido entablar una demanda que no indique la relación jurídica que se alega (*unsubstantiirte Klage*); el proceso tramitado ante una autoridad no judicial o ante un tribunal incompetente o no prorrogado, o por una parte incapaz de actuar, o por medio de un representante no legitimado, o respecto de un derecho que no es privado, es, desde todo punto de vista, improcedente, nulo e inútil; el demandado puede admitirlo o no, según quiera; mas el tribunal no tiene que esperar a que el reo acuse el defecto-, debe considerarlo siempre, cualquiera sea quien lo haya denunciado. Mas no como si estuviera obligado a un sistema policial de rastreo; no; se ha de estar a lo que las partes expongan, pero a ese material que se tiene a la vista se ha de *aplicar*, de oficio, *la norma de derecho procesal respectiva* y *examinar* si el actor ha llenado los requisitos del nacimiento de la relación jurídica procesal. Solo en caso afirmativo, debe el juez aprobar el proceso y dejarlo seguir su curso. De consiguiente, el tribunal toma frente a la relación procesal una actitud cuya clase y modo no se diferencia mucho de la que asume frente a la materia en litigio. Tanto en este como en aquella, el juez niega su aprobación en caso de que el actor no suministre los puntos de apoyo suficientes para que sea posible considerar fundados los elementos propios de ellas; aquí como allá, se deja librado al demandado sacar a luz los defectos excepcionales que se hallan ocultos bajo la superficie, por

medio del oportuno recurso. Solo se exterioriza la esencialísima diferencia entre ambas en que la constitución de la relación procesal no se lleva a cabo *fuera* del tribunal, como la sustancial, sino ante él y con su importante colaboración; de consiguiente, la relación procesal cuida, por sí misma, en su constitución, un factor que debe, conducir a no abandonar todo a la iniciativa del de mandado.²³

Según lo dicho, no puede ya pensarse que el complejo de presupuestos procesales debe ser mirado desde el punto de vista de las excepciones procesales, como ha ocurrido siempre hasta ahora. Todo el supuesto de hecho de la relación procesal encuentra tan poco lugar en el concepto de *exceptio* como el de la relación material y aun mucho menos. Todavía se quiere permanecer aterrado a la teoría de las excepciones procesales, de modo que solo queda elegir entre ampliar el concepto de excepción a todo lo que el demandado diga *ocasionalmente* ante el tribunal, en vez de restringirlo a lo que debe decir y probar ante el mismo, o afirmar que no se da validez alguna a las prescripciones procesales, ni nulidad del proceso a causa de la transgresión del derecho procesal. En pocas palabras, o una *noción ridícula* de “*exceptio*” o un proceso contractual puro²⁴, es el precio que se puede pagar nada más que por el mantenimiento de las excepciones procesales. Debido a la gran repugnancia que se ha sentido siempre por el proceso contractual²⁵ no quedó a nuestros procesalistas otro camino que pagar el precio primeramente enunciado. De hecho, el concepto de excepción orientado por el de excepción procesal se redujo a esa nada, en todos los tratados de derecho procesal civil²⁶.

23 Por lo demás, se da también una clase de relaciones jurídicas privadas en que esta diferencia comienza a desaparecer: las que deben ser constituidas mediante un acto de *jurisdicción voluntaria*. Aquí, la formación de la relación jurídica privada está puesta desde un principio bajo la vigilancia y control del tribunal. Bien decididamente aparece esta similitud en el antiguo derecho romano. La esencia de la *in jure cessio* y sus variantes se puede sintetizar así: *Los romanos habían prestado a una gran parte de sus relaciones jurídicas privadas el modus de constitución existente para las procesales*.

24 Respecto de los límites del poder de disposición correspondiente a las partes, véase el escrito de HEIDENFELD, *Die Dispositionsbefugnis der Parteien Civilprozess* [El poder de disposición de las partes en el proceso civil], Berlín, 1868, que me fue remitido durante la impresión y que es un valioso ensayo, el cual no merece, de ninguna manera, el juicio formulado recientemente por el *Literarisches Centralblatt* [Anuario Bibliográfico].

25 MARTIN, *Lehrb.* [Tratado] y *Vorles.* [Lecciones], § 11; LINDE, § 12; BAYER, § 11; RENAUD, § 7; ENDEMANN, § 1 *in fine*. LINDE, § 12, hace hasta una división en “procesos justos e injustos”, pero le reconoce solamente un “valor científico”, “por cuanto se relaciona con la afirmación de que en un Estado totalmente organizado *no* se puede dar un proceso injusto o tumultuario”.

26 MARTIN, *Lehrb.* [Tratado], § 96, p. 193, dice: “El demandado debe oponer todas las excepciones verdaderas pertinentes, excepto las relativas a las validez jurídica del proceso”; véase *Vorles.* [Lecciones], t. I, p. 494. Con precisa coincidencia se expiden LINDE, § § 160, 202 y 203 en dicho *Lehrbuch* [Tratado], 7ª ed., 1850, § 158, todavía se encuentra la siguiente definición: “Excepción es, según el derecho procesal alemán, aquella alegación que sirve a la defensa y que no pertenece a la litiscon-

En la más estrecha relación con el punto principal recién expuesto, se encuentra el problema de la carga de la prueba. La vinculación de probar es una consecuencia de la vinculación de alegar; quien está en la necesidad de afirmar, está en la de probar también. Si las excepciones son afirmaciones que el Teo tiene que formular para que lleguen a la cognición del tribunal, resulta de eso mismo que él, en caso de contradicción ha de producir la prueba de ellas. Ya que “no la afirmación sino la prueba es una carga”²⁷, resulta que esta consecuencia de la idea de excepción tiene una importancia singularmente grave y sobre todo una gran trascendencia para los presupuestos procesales, si es verdad que todos estos caen bajo el concepto de excepción. De tal consecuencia, se deduce que nunca se puede exigir al actor la prueba de un presupuesto procesal, pues siempre sería asunto del demandado la demostración de su negativa. El actor que demanda a su deudor ante el *forum domicilii* no precisa probar, en caso de que el reo lo cuestione, que este vive en el distrito correspondiente al tribunal, pues siempre es a cargo del demandado la demostración de su negativa. Quien es llevado ante el tribunal de acuerdo con el *forum contracti* no tiene que esperar que el actor justifique su obligación de pagar en el lugar del juicio, sino que debe probar, en su caso, que no está obligado a cumplir allí. Tampoco, según el derecho actual, así como según el derecho clásico romano, nunca se debía pedir al abogado del actor la presentación de su poder –aunque ahora, a diferencia de entonces, no está asegurado por una fianza contra un personero sin mandato–; el reo tenía que comprobar que el abogado del contrario carecía de poder, etc.

Naturalmente, no se han consentido estas secuelas, ni –a este respecto– el inane nomen exceptiones ha impedido tener en cuenta las exigencias de la sana razón. ¡Y había buenos motivos para eso! Si las objeciones procesales no precisan ser aducidas, si estas maravillosas objeciones automáticas, a pesar de no haber sido traídas a debate en absoluto, producen la nulidad del proceso, es ciertamente imposible hacer que su consideración dependa

testación”). BRACKENHÖFT, *Erörter.* [Comentarios], p. 371, SINTENIS, *Erläuter.* [Comentarios], pp. 380 y sigs. BAYER, § 178 y § 198, enseña que el pasar por alto una excepción dilatoria no opuesta puede causar la nulidad irremediable del procedimiento. OSTERLOH (1856), t. 2, p. 65, expone: “De todos modos, son excepciones procesales las que se deben atender de oficio, cuando no han sido alegadas, si, en el caso la inobservancia acarrea nulidad o si falta a la demanda la fundamentación lógica o jurídica indispensable. A veces, basta para tales excepciones procesales la simple mención”. WETZELL. habla de excepciones dilatorias que son suplidas de oficio por el *judex* (§ 14 i. f. y § 45). Igualmente, RENAUD, § 93 y ENDEMANN, en el *Lehrb. des Civilpr.* [Tratado del proceso civil que concluyó cuando mi obra se encontraba en prensa (§ 169 y § 170). Lo más variado al respecto se encuentra en Fischer, *Handbuch der dilatorischen Einwendungen* [Manual de las excepciones dilatorias] especialmente, en los § § 109 y sigs.

27 UNGER, *Oesterr. Privatr.* [Derecho Privado austriaco], t. 2, p. 564, nota 26 a

de que el demandado pruebe su fundamentación fáctica. Además, estas excepciones son, en buena parte, ¡excepciones procesales que no tienen supuesto de hecho! Entonces, basta para ellas, a veces, la mera “nominación” (*Nennung*). Si tenemos aquí excepciones que son pura palabra y que deben mover al juez al cumplimiento de su deber; si para esto es suficiente la “brevísimas” alegación del “nombre corriente”, ¿qué debe probar el actor? – ¿El “nombre usual”?

Así, a consecuencia de la teoría de las excepciones procesales, se ha jugado ostensiblemente, en cuanto a él se refiere, con el concepto de excepción. Se lo utilizó a modo de sabia socapa, lo bastante buena para cubrir con misteriosas expresiones bárbaras latinas –como *exceptio preventionis, libelli obscuri, conexitatis, praeposteritatis*, etc.– al vacío interior y, tal vez para dar al examinando un punto de apoyo seguro o, quizá, no otra cosa que un tormento durísimo. En cuanto a lo demás, no molesta. A causa del apremio creado por las necesidades prácticas, se trata a los presupuestos procesales, cuando hay que aplicarlos, como si *no* fueran excepciones, tal cual los romanos habían tratado a sus presupuestos procesales.

Con especial claridad aparece esto mismo respecto de los puntos expuestos minuciosamente en el § I, referente al *stadium* del proceso correspondiente a las excepciones procesales y al *efecto* de las mismas.

Con relación al último, hemos visto cómo se supo encontrar, a cualquier precio y por medio de la más arbitraria interpretación de un pasaje de las *Institutas*, un subterfugio que asegurara a las “excepciones procesales dilatorias” una forma especial de sentencia que reemplazara a la *eficacia sustancial* propia de las demás excepciones, y cómo fue establecida aquella para los presupuestos procesales y siempre existió para ellos, con otro nombre, en el derecho romano.

Más decididamente sobresale aún en el primero la similitud de trato otorgado por el derecho romano a los presupuestos procesales y en el moderno, a las excepciones del mismo nombre. Tampoco en este caso se escatimo esfuerzo para aportar los testimonios de las fuentes que remiten todas las excepciones al debate de fondo y que reserva a las procesales un lugar aparte de aquel: el mismo que los romanos habían destinado para los presupuestos procesales –antes de la litiscontestación– en el *procedimiento pre-*

paratorio, en las *praeparatoria iudicii*.²⁸ Reciben su nombre, precisamente, en esa característica sobresaliente y así se les llama *exceptiones declinatoriae s. dilatoriae iudicii*. Todo esto, tal cual había sido estructurado en derecho romano, fue adoptado al principio, también, en el derecho procesal del Reich, hasta que, por último, se recurrió al medio de remitir una parte de las excepciones procesales a los estadios posteriores de la litiscontestación, al debate de fondo, para sacar del paso a un procedimiento infinitamente dilatado por culpa de aquellas excepciones “dilatorias”. En realidad, un remedio puramente externo y de un valor por demás dudoso. El difuso procedimiento fue *reducido con gran esfuerzo* solo por medio del firme vendaje del principio de eventualidad; el mal no fue solucionado sino rechazado hacia el interior ¡para provocar nuevas dolencias tanto más peligrosas!

Para nuestra teoría, ese cambio ha tenido una especial consecuencia ventajosa. Prestó *eficacísimo apoyo* a la teoría de las excepciones procesales. Pues si por la aproximación externa del procedimiento preparatorio con el principal no se alteraba, en lo más mínimo, la naturaleza de los presupuestos procesales y, en especial, esta de ninguna manera se acercaba a la de las excepciones, se perdía para la consideración científica la *claridad gráfica* con que basta entonces se habían diferenciado siempre los presupuestos procesales de la materia propia de la discusión de fondo, gracias al estadio procesal particular reservado para ellos. ¡A esta unión externa de toda la materia de debate –que ha sido establecido por la *Jüngsten Reichsabscheid*– no se puede imputar absolutamente que el verdadero significado de los presupuestos procesales haya quedado oculto durante tanto tiempo y que en su lugar prevaleciera la teoría de las excepciones procesales!

III. Peligrosidad de la teoría de las excepciones procesales para la aplicación del derecho. Sustitución del concepto de excepciones procesales por el de presupuestos procesales. Consideración integral de la relación procesal. Amplia función de la ciencia. Propuestas para la redacción de una ley procesal civil de la Confederación Alemana del Norte.

²⁸ Que la materia de este *stadium* preparatorio romano corresponda precisamente a la etapa *in jure* y que esas *exceptiones declinatoriae iudicii* son presupuestos procesales designados con el nombre de excepciones, es una observación que se nos impone con una evidencia asombrosa y clara, a través de la lectura de las obras sistemáticas de los procesalistas romanistas, en especial, TANCRE-DUS, PILIUS, DAMASUS, DURANTIS y PANORMITANUS.

Pero ahora es forzoso *romper abiertamente* y sin reservas con esa doctrina errónea, que deformó desde su raíz todo el sistema procesal civil. Aun cuando no se quiera estimar en mucho el grave mal que ha producido directamente a causa del oscurecimiento de los importantísimos conceptos básicos de relación procesal y presupuestos procesales –con todas las numerosas consecuencias que se derivan para la teoría de la litiscontestación, de la sentencia y de la nulidad–, solo los desconcertantes efectos, palmarios y próximos, que dicho oscurecimiento ha producido en la jurisprudencia da motivo suficiente para justificar en un todo nuestro postulado. La idea de que una *exceptio* realmente como *exceptio* y una excepción realmente como excepción deben ser tratadas pudo en tiempos *anteriores* –cuando sobre estos conceptos imperaba la mayor vaguedad y ni siquiera se hablaba de hacer jugar estrictamente los principios vigentes para ellos– haber tenido, en su aplicación a las excepciones procesales, muchas menos consecuencias sofísticas que las que ha de causar *ahora*, después de aclarada la institución. La más sensible secuela de esta clase es la contusión del problema relativo a la carga de la prueba, liste tema, que respecto de la relación litigiosa material ha sido sometido, desde tiempo atrás, a interesantísimos exámenes y ha provocado interpretaciones muy finas, en la relación procesal, a causa de la doctrina de las excepciones procesales, apenas si ha llamado la atención actualmente, a consecuencia del efecto producido en la concepción de la relación procesal por la doctrina que combatimos.

La *praxis* abandonó a sí misma la solución de los problemas atinentes al punto. Se vio obligada a decidirse guiada solamente por un inseguro sentimiento de conveniencia y oportunidad práctica y, en algunos casos, aproximadamente y sin ninguna claridad respecto de los principios básicos. Y habría alcanzado por ese oscuro camino, muchas veces, la solución adecuada si la ciencia, en vez de dirigirla acertadamente, no la hubiera desviado. Si se hubieran contemplado todos los presupuestos procesales desde el punto de vista de las excepciones y tenido en cuenta la regla absoluta *reus in exceptione probare debet*, ¿qué quedaba sino resolverse, en cualquier supuesto dudoso, porque correspondía al demandado la carga de la prueba? De haberse confiado firmemente en la ciencia, se habría resuelto siempre así.²⁹

29 Ejemplos de juicios equivocados, en la práctica, sobre los presupuestos procesales se tienen en SEUFFERT, *Archiv.* [Archivo], 1, n. 281, 2; n. 328, 3; n. 107, 4; n. 153, 5; n. 227, 7; ns. 46, 106, 278, 8, ns. 53 y 301, 11, ns. 202 y 302, 16, n. 78; RÖMER, *Entscheid. des Oberapp. Lübek* [Decisiones de última instancia de Lübek], en *Frankf. Rechts* [Jurisprudencia de Francfort], t. 1, pp. 52, 201 y 293; *Zeitschrift f. Rechtspf. im Königr. Sachsen* [Revista de jurisprudencia del Reino de Sajonia], nueva serie, 25, prejuicio, 40; véase *supra*, p. 193, nota 89 y pág. 226, nota 128. Más precisamente, v. gr., SEUFFERT, *Archiv.* [Archivo], 1, n. 304, 3, n. 209, 12; n. 310, 13; n. 57, y 14, n. 84.

Sólo cuando se deja la teoría de las excepciones procesales es posible juzgar correctamente todas estas cuestiones y advertir que el supuesto de hecho de la relación procesal, al igual que el de la relación litigiosa material, se compone de un elemento *positivo* y uno *negativo*; que también los hechos de los presupuestos procesales se encuentran, en parte, a cargo del actor y en parte, del *demandado*; que ellos tienen igualmente una mitad de *favorable* y otra de *desfavorable*. Cómo se entiende o aplica esta división en los *casos particulares* es tan difícil de resolver mediante una fórmula mecánica única como la cuestión referente a la carga material de la prueba. El problema ha de resolverse especialmente para cada presupuesto procesal y una respuesta completa solo puede alcanzarse después de una concienzuda investigación particular de las teorías de la competencia, de los poderes del tribunal, de la legitimación procesal, de los requisitos del objeto litigioso civil, etc. Mas la única condición esencial previa para tal investigación es considerar a esas teorías desde el punto de vista de la *relación procesal* y de los *presupuestos procesales* y *eliminar* totalmente del sistema procesal civil las excepciones procesales. Que se pierda este pomposo ornato del más caprichoso latín canónico, nadie lamentará seriamente.

Una ampliación del camino abierto al desecharse la teoría de las excepciones procesales es asunto de la *ciencia*. Pero, a la legislación incumbe el deber de no oponerle por más tiempo los anteriores inconvenientes y no prestar a estos, con su autoridad, nueva tuerza de resistencia.

Por eso, dirijo a la comisión encargada de proyectar la ordenanza procesal civil para la Confederación Alemana del Norte el apremiante pedido de someter a prueba las precedentes investigaciones y, si los resultados las acreditan, tenerlas presentes en la redacción, cuanto lucre posible. Al igual que las más modernas legislaciones particulares [de los Estados que formaban el Reich], también los proyectos previos a la obra de la nueva legislación común [para todo el Reich] se basan, toda vía, en los puntos de vista de la teoría de las excepciones procesales. Se debe tratar de evitar, por lo menos, que en la redacción de las partes más importantes se mantenga la equivocación de costumbre. El cambio que para esto se necesita no presenta mayor dificultad. Se ganaría mucho, ya, si en los § 243 a 246 del Proyecto de Ordenanza Procesal Civil general para los Estados federales alemanes y en los § § 333 a 335 del proyecto de Ordenanza Procesal civil para Prusia, en lugar de “excepciones procesales impositivas” se escribiera “presupuestos procesales” (u otra expresión que expresara mejor el concepto a interpretar) se *abandonara totalmente*, tanto en el § 243 del primero como en el § 333 del

segundo proyecto, la incompleta enunciación de distintos vicios procesales, la cual solo descansa en una inadecuada idea de la significación común de la relación procesal y conduce a inimaginables consecuencias³⁰.

30 Puedo esperar confiadamente que se tenga cuenta de mis proposiciones en el lugar oportuno, ya que he encontrado en el *Commentar* [Comentario] de LEONHARDT a la Ordenanza civil del reino de Hannover (§ 196) la muestra más decisiva de una comprensión profunda, como no he visto en otra parte alguna de la índole perteneciente a los presupuestos procesales.