

# PROBLEMAS ACTUALES DEL DERECHO PROCESAL ALEMÁN

Karl Heinz SCHWAB\*

## SUMARIO

I. *Sobre el conocimiento de los presupuestos procesales.* II. *Primacía de los actos procesales.* III. *El problema del objeto de la controversia.* IV. *La esencia de la cosa juzgada.*

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo a quien se dedican estas líneas, siempre estuvo muy ligado al derecho procesal civil alemán. Realizó estudios en Alemania durante la época del gran florecimiento del derecho procesal, autores tales como Kisch, Rosenberg, Goldschmidt y Stein son testigos elocuentes de lo anterior.

Quizá en lo futuro se lleguen a calificar los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, y sobre todo los últimos veinte años, como una época de decaimiento del derecho procesal. Sin embargo, durante estos años aparecieron muchos manuales, comentarios y monografías dedicados a esta disciplina; y, sobre todo, muchos jóvenes investigadores utilizan el derecho procesal como tema de sus tesis doctorales y textos de cátedra y lo han convertido en objeto de sus investigaciones. Es así como durante estas últimas décadas, el derecho procesal alemán ha recibido diversos estímulos, a los cuales tiene aún que responder.

Trataremos en esta obra, cuatro temas, los cuales enfocan antiguos problemas bajo nuevos ángulos, que quizá despierten interés entre los estudiosos del derecho procesal de otros países.

### I. *Sobre el conocimiento de los presupuestos procesales*

1. Durante muchos años no se discutió en el derecho alemán la naturaleza jurídica de los presupuestos necesarios para el proceso. Se consideraban, en general, como las condiciones para la controversia y la discusión.<sup>1</sup> Esto significa que no debe de iniciarse o proseguirse un juicio, cuando haya duda sobre la existencia de un presupuesto procesal o bien cuando no exista éste. Tal concepto sobre la esencia de los presupuestos procesales se ha impuesto a la teoría de Oskar Büllow, quien los había definido como "los requisitos previos para constituir la relación procesal".<sup>2</sup>

\* Profesor de la Universidad de Erlanger, Nürnberg, Alemania.

<sup>1</sup> *Cfr.*, Rosenberg-Schwab (11ª ed.) 1974, párr. 97, 1.

<sup>2</sup> *Cfr.*, Oskar Büllow, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, 1886, p. 6; ZZZ, 27, 201.

Los presupuestos procesales, en el sentido de que sin ellos no existe un proceso, de hecho no deben considerarse como tales, ya que éstos son el objeto de la discusión y de la decisión en el proceso y, por tanto, implican el establecimiento de éste último y no pueden considerarse como las condiciones para su existencia. Tampoco se impuso la teoría de Hellwig,<sup>3</sup> quien define los presupuestos procesales como condiciones de la demanda y las limita a requisitos para la presentación de la misma.

2. Desde hace pocos años, con motivo de la aparición del libro de Rimmelspacher,<sup>4</sup> se ha vuelto a discutir la esencia de los presupuestos procesales. Un grupo de autores acepta, ya sea total o parcialmente, esa teoría,<sup>5</sup> y otros por el contrario la rechazan.<sup>6</sup> Rimmelspacher opina que para comprender el concepto de los presupuestos entendidos como requisitos del proceso se debe estudiar el desarrollo histórico del derecho procesal civil alemán, aunque en la actualidad ya no se les considere como "condiciones para una sentencia favorable", pues se sitúan en el mismo rango de las condiciones para el fundamento de la demanda. Sin embargo, con esto se niega la posibilidad de verificación de primacía de los presupuestos procesales.

Según Rimmelspacher, puede rechazarse una demanda cuando se prueba que ésta carece de fundamento, mientras que se discute aún la existencia de presupuestos procesales. Pero, ¿cuál de las preguntas puede contestarse de forma más rápida y fácil?<sup>7</sup>

3. Para adoptar una postura sobre esta nueva doctrina de la naturaleza de los presupuestos procesales se deben examinar cada uno de ellos a partir de la importancia que tienen para el procedimiento judicial y para el desarrollo del juicio. Varios autores ya realizan estas investigaciones<sup>8</sup> y señalan que casi todos los presupuestos procesales deben propiciar la protección jurídica a través del juicio y garantizar que se emitan resoluciones correctas, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Esto puede ser aclarado en el siguiente resumen:

a) Empezamos con las condiciones procesales que conciernen directamente al tribunal mismo. Un proceso seguido fuera de la jurisdicción es contrario al derecho internacional y, por tanto, nulo. En consecuencia deberá de probarse, previamente a los requisitos de la demanda, la competencia del tribunal. De manera similar sucede en la *jurisdicción internacional*. En el caso de que solamente sean competentes los tribunales extranjeros, conforme a las reglas sobre la jurisdicción internacional, no es procedente que un tribunal alemán conozca del proceso porque implicaría una violación en aplicar las reglas del derecho interno a la jurisdicción

<sup>3</sup> Hellwig, *Klagrecht und Klagmoeglichkeit*, p. 55.

<sup>4</sup> Rimmelspacher, *Zur Pruefung von Amts wegen im Zivilprozess*, 1966.

<sup>5</sup> Grunsky, *ZZP*, 80, 63; *Grundlagen des Verfahrensrechts*, (2ª ed.), 1974, pp. 323 y ss.; Lindacher, *NJW*, 1967, 1389.

<sup>6</sup> Wieser, *ZZP*, 84, 304; Berg, *Jus*, 1969, 123; J. Blomeyer, *ZZP*, 81, 20.

<sup>7</sup> *Cfr.*, Rimmelspacher, *aaO*, pp. 54 y ss. 116 y ss., 135, 144.

<sup>8</sup> *Cfr.*, Martin, *Prozessvoraussetzungen und Revision*, 1974; Wieser, *ZZP*, 84, 304.

internacional. Los creadores de la Constitución Política de la República Federal de Alemania establecieron diversas ramas de jurisdicción con el objeto de que cada controversia fuera resuelta por un tribunal de competencia específica, debido a la convicción de los constituyentes de que a través de la especialización judicial se asegura la protección jurídica.

Consecuentemente, la observancia de la *vía legal* correcta es un presupuesto procesal que deberá verificarse antes del proceso y aun antes de la emisión de un fallo. También la reglamentación de la *jurisdicción funcional, objetiva y local* se basan, en parte, en consideraciones sobre cómo puede promoverse la emisión de una resolución de la elección de ciertas partes.

No se puede desconocer que existen otros elementos importantes en la reglamentación de las disposiciones jurisdiccionales, los cuales no se pueden exponer en este trabajo. Todas las disposiciones jurisdiccionales han adquirido categoría constitucional, a través del artículo 101, 1 de la ley fundamental, según el cual nadie puede ser sustraído de su juez legal. De aquí también se deriva que deberán verificarse las disposiciones jurisdiccionales antes que los requisitos relativos al fundamento de la demanda.

b) También los presupuestos procesales relativos a las partes deben, sin excepción, verificarse antes de emitirse una sentencia. La *capacidad procesal*, se entiende como los derechos y relaciones jurídicas, cuyos titulares solamente pueden ser sujetos con capacidad jurídica. ¿Qué sentido tendría un juicio que adjudica o niega un derecho, cuando la parte no puede ser titular de este derecho?

La *capacidad procesal* tiende a garantizar a las partes la realización de un procedimiento judicial objetivo. Por lo tanto, un juicio llevado contra una parte, cuando ésta carezca de capacidad procesal, corre el riesgo de no prosperar en virtud del procedimiento judicial deficiente que resulta de la incapacidad de una de las partes, de acuerdo con el derecho objetivo. Por esta razón también tiene importancia la *representación legal* en el juicio. Cuando no hay para una parte una defensa legal adecuada existe el peligro de que el proceso no se lleve a cabo objetivamente. Además, una defensa legalmente incorrecta tampoco puede favorecer a la parte en el aspecto material y procesal, de manera que la sentencia firme podría eliminarse a través de la acción de nulidad. Estos puntos de vista justifican la afirmación de que el presupuesto procesal de la representación legal tiene carácter de prioridad sobre los supuestos del fundamento de la demanda.

Esto mismo también es válido para la mayoría de los casos de legitimación procesal, a pesar de que aquí se impugna especialmente la verificación previa. En mi opinión, lo importante es que frecuentemente la fuerza de un fallo afecta tanto al portador de un derecho material, como a su contraparte. ¿Por qué deberá comprometerse a través de una sentencia al portador de la relación legal controvertida, la que fue disputada con una parte supuestamente facultada legalmente para el proceso, pero a la cual, sin embargo, no le correspondía la legitimación procesal?

c) También los presupuestos procesales del litigio y de la fuerza legal material son decisivos para el juicio. Ambos deberán evitar que se omitan fallos que contradigan a otros en el mismo asunto. Estos fallos contradictorios llevan a fines diferentes a los que se perseguían con el juicio: otorgar protección jurídica. De este breve resumen se puede deducir que deberán verificarse, por razones bien fundamentadas, la mayoría de los presupuestos procesales antes de examinar los problemas legales materiales del fundamento de la demanda. En este sentido puede dejarse en suspenso si éste es siempre el caso en que exista la necesidad de protección jurídica. En todo caso, estos resultados contradicen la teoría de Rimmelspacher, según la cual los presupuestos procesales y los supuestos para el fundamento de una demanda tienen el mismo valor y el mismo rango. Por lo tanto, no hay motivo para desconocer la tradición establecida, según la cual los presupuestos procesales representan tanto el objeto de la controversia como al de discusión.

4. Por lo tanto, tampoco pueden aceptarse las conclusiones que Rimmelspacher dedujo en su examen de la supuesta igualdad de los requisitos del proceso y de las condiciones legales materiales del juicio, para el estudio de los presupuestos procesales, ya que sugiere que dichos presupuestos no son de carácter procesal, sino que se refieren a normas que reglamentan el contenido de una sentencia.

Por esta razón estima que los presupuestos procesales forman parte del "derecho procesal material" y de esto deduce que para efectos de la casación el tribunal supremo está igualmente obligado a verificar los hechos para la aplicación del derecho material en la misma forma que el tribunal de apelación, según el artículo 561, II, ZPO. Por lo tanto, según Rimmelspacher, no deberán exponerse en la instancia de casación nuevos hechos relacionados con los presupuestos procesales.<sup>9</sup>

Un criterio tan amplio ha sido rechazado, hasta ahora, por la jurisprudencia alemana, la cual del principio de la verificación de la competencia deduce directamente que la presencia de los presupuestos procesales puede verificarse libremente por el tribunal de apelación en el momento de la discusión oral de los hechos, sin que los mismos queden sujetos a comprobación por el mismo tribunal. También en esta materia el tribunal de casación ha admitido nuevos hechos.<sup>10</sup>

Además, surge la pregunta sobre si por la importancia de los presupuestos procesales para la emisión de sentencias también se requiere que se tome en cuenta, en la instancia de casación, la presencia o ausencia de dichos presupuestos al término de la última audiencia. Esto supondría, que las disposiciones sobre los presupuestos procesales deberán tomarse en cuenta en todas las instancias, incluyendo la de casación.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Cfr., Rimmelspacher, *aaO*, p. 190.

<sup>10</sup> Cfr., *BGH*, 18, 185; *BGH. NJW*, 1970, 1683; y *FamRZ*, 1969, 477.

<sup>11</sup> Cfr., Rosenberg-Schwab (11ª ed.), 1974, párr. 97, v, 4; Martin, *Prozessvoraussetzungen und Revision*, 1974; y Gottwald, *Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz*, Erlangen, 1974.

En mi opinión únicamente esta solución justifica la finalidad del proceso, el cual se refiere, en el derecho procesal civil alemán, principalmente a la protección de derechos subjetivos. Esta finalidad del proceso solamente puede lograrse a través de una sentencia que proporcione protección al derecho subjetivo, o bien que demuestre su inexistencia. Pero si en la instancia de casación se establece que, con base en nuevos hechos, no se satisfacen los presupuestos procesales, la sentencia emitida por el tribunal de casación desvirtuaría la finalidad del proceso, porque en última instancia no sería obligatorio para la entidad legal y propiciaría con ello otros procesos (es decir, por lo general, a la acción de nulidad o la de restitución). Pero en caso contrario, cuando en una apelación contra una sentencia procesal ya existían o surgieron nuevos presupuestos procesales, el procedimiento puede llegar a su fin: la emisión de una decisión material.

## II. *Primacía de los actos procesales*

Otro problema, al cual se le ha puesto nuevamente atención después de un periodo de receso, es la apelación de los actos procesales, según las disposiciones del derecho civil.

1. Desde hace más de treinta años era un dogma en el derecho procesal, que los actos procesales no son impugnables según las reglas del derecho civil. Este dogma contribuyó a que se precisara la distinción entre el negocio jurídico y la actuación procesal. Actualmente se consideran como actos procesales aquellos que tienen efectos sobre el proceso y no en el derecho material. Los actos procesales, por lo general, no admiten condiciones ni prescripciones y no se someten, según la opinión predominante, a la impugnación por la ausencia de consentimiento.

Arens<sup>12</sup> parte, en base a sus profundas y minuciosas investigaciones, del hecho que el litigio, en consideración a la ausencia de consentimiento en los actos procesales, está bajo la influencia de la distinción entre la teoría de la voluntad interna y la teoría de la manifestación de la voluntad, que por mucho tiempo fue importante en el derecho civil.

Según la opinión predominante en la doctrina y en la jurisprudencia, la voluntad no pertenece al supuesto de hecho de los actos procesales y, por lo tanto, no es posible una impugnación por la ausencia de consentimiento. Arens considera este método como una definición legal y opina que en cada acto procesal deberán examinarse todos los intereses que se encuentran en juego, para establecer si existe la posibilidad de impugnación debido a falta de consentimiento. En esta investigación se concluye, apartándose de la opinión reinante, que deberán tomarse en cuenta a los vicios del consentimiento en el análisis de la demanda y de los medios de impugnación. En cuanto a que se acepta la impugnación contra los actos procesales, se está en concordancia con la opinión vigente, de tal suerte que no tenemos por qué ocuparnos de este problema.

<sup>12</sup> Arens, *Willensmaengel bei Parteihandlungen im Zivilprozess*, 1968.

2. Gaul discute la opinión de Arens con todos los argumentos que pueden presentarse contra la impugnación de los actos procesales y esgrime los siguientes puntos de vista, que en su opinión no le permiten coincidir con las conclusiones de Arens:

a) Inclusive cuando se parte —con toda razón— del hecho de que, además del fundamento, la voluntad pertenece al supuesto del hecho del acto procesal, deben aceptarse con reservas las soluciones del Código Civil en esta materia. Los autores del Código Civil no se declararon ni a favor ni en contra de la teoría de la declaración de la voluntad o de la teoría de la voluntad interna, sino que buscaron el justo medio e intentaron hallar un punto de equilibrio entre los intereses de las partes. Con esto se logró establecer la relación correcta entre la libre voluntad de la parte que incurre en error, la cual requiere que se tomen en cuenta los vicios de su consentimiento, y la protección jurídica de la otra parte quien es afectada por la impugnación. De todos modos esto es válido para la solución usual prevista por el artículo 119 del Código Civil, el cual indica que son impugnables por su error las declaraciones de voluntad, su contenido y los estatutos legales, pero no el error en la causa. Sin embargo, resulta dudoso, que los intereses de la parte que incurre en error puedan apreciarse en el proceso al igual que en “el libre comercio jurídico”. Por el contrario, ya se ha dicho que la relación procesal no se restringe sólo a las dos partes, sino que se extiende al tribunal. Por lo tanto, también deben de tomarse en cuenta los intereses de este último durante el desahogo de la prueba. Tanto el tribunal como las partes tienen la tarea de contribuir a que el proceso conduzca en la forma más expedita a una sentencia adecuada. Para esto tienen, como indica Gaul (*aaO*, página 350), a su disposición un proceso “concretamente normado”, en el cual no puede situarse en un mismo nivel la actuación de las partes y su actuación autónoma en “el libre comercio jurídico”. Los actos procesales que están a disposición de las partes para la realización de un proceso, deberán facilitar la prueba. Solamente son erróneos dichos actos, según la opinión prevaleciente, cuando faltan los presupuestos de los actos procesales o bien cuando se han violado las disposiciones promulgadas para su ejecución. (Por lo general, la verificación de estos presupuestos no presenta dificultad alguna.) De manera contraria, la decisión sobre el fundamento de una apelación traería consigo “un proceso dentro del proceso”, y contribuiría así a la demora de la controversia.

b) Además, no hay necesidad de admitir la apelación por ausencia de consentimiento por lo que respecta al medio legal, ya que se deriva que aun después de haber sido desechado puede nuevamente recurrirse a él dentro del término legal. A partir de que surte efecto la autoridad de la sentencia únicamente queda la posibilidad, como también lo acepta Arens, de la demanda de restitución, cuando se satisfagan los presupuestos. Aun cuando se haya retirado la demanda puede presentarse en cualquier momento una nueva demanda, pues, conforme al artículo 212, II, del Código

Civil, continúa interrumpida la prescripción —interrupción que se inició al presentarse la primera demanda— cuando se presenta la nueva demanda dentro de los seis meses siguientes. Si ya han sido establecidas las costas judiciales, según el artículo 271, III, 3 o el artículo 515, IV, ZPO, y se desea desistir de la demanda y los medios legales, surgen dificultades considerables. Tales notificaciones deberán quedar sin efecto, según la opinión de Arens (*aaO*, páginas 120/121), cuando se elimina el desistimiento de la demanda o de los medios legales, con base en la ausencia de consentimiento. El hecho de que las decisiones judiciales queden sin efecto con base en los actos de las partes solamente es posible en algunos casos excepcionales, según el Código de Procedimientos Civiles alemán. Una excepción de este caso la constituye la señalada por el artículo 271, III, 1, ZPO, según el cual al desistirse de la demanda queda sin efecto una sentencia ya pronunciada; otro tanto puede ocurrir cuando después del pronunciamiento de una sentencia y que ésta adquiera autoridad de cosa juzgada se cierra una transacción procesal o bien cuando ambas partes están de acuerdo en declarar por concluida la controversia. Es de pensarse prudentemente el multiplicar los casos excepcionales de impugnación del desistimiento de la demanda y de los medios legales.

Respecto a la pregunta, de que si existe la necesidad en la admisión de impugnación la renuncia o el reconocimiento, deberá señalarse que la opinión dominante ayuda a esclarecer estos casos. De esta manera pueden corregirse errores en una declaración, aparentemente debidos a faltas de escritura o bien provenientes de un descuido, cuando los conoce el impugnador o bien cuando los reconoce. A menudo la interpretación en estos casos llevará, con base en las condiciones conocidas por la contraparte del declarante, a que tenga validez lo que se quiso decir y no lo dicho.<sup>13</sup> Además, es posible una revocación por motivos de restitución, a través de los cuales se pueden emplear los supuestos de dolo, mala fe, y amenaza. La ayuda en estos casos debe presuponer que la sanción legal no se considere como parte del motivo de restitución sino solamente como una condición para la admisión de la demanda de restitución.<sup>14</sup> Además no hay necesidad de impugnar los actos procesales. Esto es especialmente válido para la impugnación del error que Arens considera admisible. El proceso en el que se involucre un abogado, éste reconoce la trascendencia de la admisión, de la renuncia o de la confesión y consiguientemente es válida la siguiente frase: *ius est scriptum vigilantibus*. En un proceso entre partes es obligación del tribunal (artículo 139, ZPO) señalar la importancia de los actos procesales a la parte que ignora el derecho antes de aceptar su declaración de reconocimiento o de renuncia y también de su confesión.

Con base en estas reflexiones estoy de acuerdo con Gaul, en que no deberá abandonarse el punto de vista que sostiene la teoría dominante.

<sup>13</sup> *Cfr.*, Rosenberg-Schwab (11ª ed.), 1974, § 65, v, 1.

<sup>14</sup> *Cfr.*, Rosenberg-Schwab (11ª ed.), § 65, v, 2, c; y Gaul, *AcP*, 172, 352.

### III. *El problema del objeto de la controversia*

1. En el derecho procesal alemán lleva casi medio siglo la discusión sobre el concepto del objeto de controversia, sin que se haya llegado a una conclusión. En los últimos veinte años, se ha discutido el hecho de que los conceptos de reclamación no son iguales en el derecho civil y en el derecho procesal. El criterio para distinguir ambos conceptos de reclamación lo constituye la competencia en el derecho civil. Se habla de ella cuando corresponde al demandante hacer varias reclamaciones materiales legales, orientadas a un mismo fin, por ejemplo, la competencia de reclamaciones contractuales y penales. Si se pretendiera en estos casos, como en la antigua concepción del derecho material en el objeto de la controversia,<sup>15</sup> reclamar varios derechos en el sentido procesal se complicarían los procesos, pues, esta es la principal causa de la acumulación de demandas. Cuando hay más de un derecho, también deberá decidirse sobre cada uno de ellos; por ejemplo, si resulta tener fundamento un derecho por violación contractual, pero no tenerlo por actuación no permitida, entonces debería sólo admitirse en parte, pero también rechazarse en parte la demanda, a pesar de que el demandante obtenga lo que quiere.

Dificultades similares, que no se mencionan aquí en lo particular, surgen cuando se modifican la demanda, la controversia y la fuerza legal. Estas dificultades han configurado un concepto de reclamación procesal. Desde la primera edición del texto de Rosenberg, en 1927, el concepto de reclamación quedó configurado por las circunstancias y la petición. Este concepto es aún aceptado en el derecho procesal civil alemán por muchos autores. Sin embargo, no es operativo cuando se presentan diversas circunstancias que fundamentan una misma petición. Aquí surgen los mismos problemas que se presentaron en la competencia de la reclamación conforme a la antigua teoría del derecho material del objeto de controversia. Las dificultades de esta teoría procesal me condujeron a determinar el concepto de reclamación en el sentido procesal solamente a través de la petición (es decir la llamada teoría incorporada del objeto de controversia).<sup>16</sup>

El desarrollo de la reclamación procesal de contenido puramente procesal ha despertado nuevamente una reacción, que se manifiesta principalmente en el abandono de la reclamación procesal y en el retorno a una teoría del objeto de controversia determinada por el derecho material. El derecho procesal y el material deberán concordar nuevamente. Autores como Nikisch, Larenz y Henckel que figuran junto con otros autores lo apoyan.<sup>17</sup> Los caminos recorridos con sus esfuerzos no coinciden totalmente. Pero sus esfuerzos tienen lo siguiente en común: dar una solución a todas

<sup>15</sup> Cfr., Rosenberg-Schwab (11ª ed.), 1974, § 96, III.

<sup>16</sup> Cfr., Schwab, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, 1954, (para el proceso matrimonial), Boetticher, *Festgabe fuer Leo Rosenberg*, 1949, p. 73.

<sup>17</sup> Véase un resumen literario exacto en Rosenberg-Schwab (11ª ed.), 1974, § 96, III, 4, FN, 2.

las dificultades que se presentan en la competencia material legal del derecho durante el proceso en el campo del derecho material, sustituyendo toda una gama de derechos materiales legales por un solo derecho material legal.

2. Arens expuso en contra de estas nuevas teorías (en *AcP* 170, 392 [1970]) importantes objeciones que me convencieron. En efecto, las nuevas tesis conducen a la exigencia de que el concepto de reclamación en el derecho civil también deberá otorgarse en el caso de competencia material legal de la reclamación, sin renunciar a una reclamación unitaria. Las razones invocadas, las considera Arens principalmente en el hecho de que muchas de las normas del derecho civil han adoptado el concepto de la reclamación de Windscheid. Esto es válido principalmente por lo que se refiere a las condiciones para la prescripción. Por ejemplo si se resume un derecho contractual y un derecho penal en un solo derecho, surge inmediatamente la pregunta de si el nuevo derecho se encuentra dentro de las condiciones penales legales o contractuales exigidas para la prescripción. Las respuestas que dan los simpatizantes de la teoría material legal, no son satisfactorias. Por ejemplo Larenz<sup>18</sup> quiere aplicar solamente las prescripciones contractuales. Esta solución puede traer consigo desventajas para el deudor cuando, conforme a las normas relativas a los contratos —lo que sucedería frecuentemente—, el plazo de prescripción es de treinta años, y según el derecho penal solamente de tres años. Otra solución la proporciona Georgiades,<sup>19</sup> quien afirma que deberá prevalecer el plazo de prescripción más adecuado para el acreedor, lo cual no va de acuerdo con los intereses del deudor, que en ningún momento debe menospreciarse. También hay la opinión de que en el derecho uniforme se puede emplear tanto el plazo de prescripción contractual como el penal; en otras palabras, que uno y otro pueden prescribirse por diferentes plazos.<sup>20</sup> Todos estos conceptos no van de acuerdo con los términos y el sentido de la normación. Algún motivo tuvo el legislador para atribuir a cada derecho material legal sus disposiciones de prescripción. Consecuentemente, se contradice el espíritu de una ley cuando, verbigracia, puede hacerse válido un derecho penal después de que transcurren los tres años de plazo de prescripción, tal como sucedería de adoptarse las tesis de Larenz y Georgiades. Por el contrario, sería en perjuicio del acreedor, si entre el derecho contractual y el penal también se hiciera prevalecer que los derechos contractuales prescriban en tres años. En todo caso no satisface la tesis conforme a la cual un derecho puede prevalecer según diversas normas. Ello demuestra, como lo explicó correctamente Arens (*aaO*, página 406), que el concepto del derecho unitario solamente representa una ficción.

Las dificultades de sintetizar varios derechos en pugna en un solo de-

<sup>18</sup> Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1972, parte 10, § 75, vi.

<sup>19</sup> Georgiades, *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht*, 1968, p. 184.

<sup>20</sup> *Cfr.*, Fikentscher, *Schuldrecht* (4ª ed.), 1973, § 102, v.

recho material legal se evidencia en otros casos. Así, frecuentemente la carga de la prueba depende de la naturaleza legal del derecho material que se ha hecho valer. Si en el derecho penal el acreedor tiene que probar la culpa del acusado y en el derecho contractual por el contrario el deudor es el que debe probar su inocencia. ¿Cuál de las dos normaciones es válida, al resumir los derechos contractuales y penales en un solo derecho? Aquí deberá decidirse la nueva teoría material legal por la normación de la carga de la prueba, lo cual puede perjudicar tanto al demandante como al demandado. Pero al emplear dos normaciones en el derecho unitario, queda evidenciado que el derecho unitario solamente representa una ficción.

Otras dificultades que no encuentran solución con la teoría del derecho unitario material legal, son las que surgen cuando se asimilan derechos con diferente grado de responsabilidad; las dificultades son aún mayores respecto de la compensación y la responsabilidad frente a terceros. Por límite de espacio no podemos entrar en mayores detalles al respecto; en todo caso todas estas dificultades indican que el derecho unitario material legal representa una imagen que es contraria a nuestro derecho.

3. Recientemente Rimmelspacher intentó superar la discrepancia entre el derecho civil y el procesal.<sup>21</sup> Para él no resulta tan importante que varios derechos en pugna se puedan resumir en uno solo. Del análisis de la esencia del derecho material concluye que éste puede dividirse en recurso jurídico y posición jurídica. Cada uno de estos elementos goza de una independencia relativa. Por posición jurídica entiende una "expectativa sobre un valor, una aspiración a adquirir un valor concreto, ligado a la competencia de conservar el valor adquirido" (página 103 y *passim*). Esta posición jurídica requiere para su seguridad y su realización de ciertos elementos auxiliares, que Rimmelspacher llama recurso jurídico (páginas 107, 168 y *passim*). La posición jurídica tiene una importancia primordial tanto en el cumplimiento y la delegación como en el ordenamiento en general y con ello en el proceso. Si bien entiendo a Rimmelspacher, la posición jurídica soluciona el problema de la acumulación de demandas, de la modificación de la demanda, de si la controversia se contrapone a una demanda y, finalmente, soluciona el problema de el contenido de la fuerza legal material. Esta teoría hace extensivos los resultados obtenidos por la teoría del derecho procesal, al derecho material legal. Resta preguntarse si esta extensión puede acoplarse al derecho. Y aquí es donde tengo mis reservas. La pretensión del derecho material representa una unidad, que no puede dividirse en dos componentes. En consecuencia, el derecho unitario constituye el objeto de la prescripción y no solamente un recurso jurídico, como lo supuso Rimmelspacher. Esto se deduce del hecho que también puede imponerse un derecho prescrito, mientras no se objete la prescripción en el proceso. Al surgir la excepción de la prescripción material legal, el derecho no pierde su fuerza de demanda, tan solo su

<sup>21</sup> Rimmelspacher, *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess*, 1970.

fundamento.<sup>22</sup> Cuando se cumple el derecho prescrito, queda eliminada la posibilidad de una reconversión, debido a que el demandante todavía tiene todo su derecho, y no porque, como afirma Rimmelspacher, le corresponda una posición jurídica. Así surgen muchos problemas precisamente en materia de prescripción, que Rimmelspacher convirtió en la piedra angular de su teoría.<sup>23</sup> En este punto no se debe ahondar más en la teoría de Rimmelspacher. Estoy convencido que su tesis no puede superar las dificultades que surgen de la competencia de derecho material legal, tanto en el campo del derecho material como en el derecho procesal.

4. En base en esta reflexión llega a la misma conclusión a la cual también llegó Arens (*AcP*, 170, 392). Considero que todo planteamiento en el derecho material legal es perjudicial, a menos que esté resumido con otros derechos formando un derecho unitario, o bien cuando éste se divide en dos elementos. El derecho material legal puede cumplir las funciones que le transfiere el derecho material legal, solamente cuando no sufre ningún daño. Los problemas que se presentan en el derecho material mismo, como en el cumplimiento o en la cesión pueden solucionarse en la forma prevista por Arens (*aaO*). Por otra parte, el derecho procesal es el medio adecuado para tratar los problemas que son de la competencia del derecho material legal en el derecho civil. Por lo tanto también deberá conservarse.

#### IV. *A la esencia de la cosa juzgada material*

“Desde que existe la ciencia del derecho procesal, la cosa juzgada constituye uno de sus principales problemas” (Bruns, *Zivilprozessrecht*, 1968, párrafo 43, 1). Desde principios de este siglo se ha discutido en el derecho procesal alemán sobre la esencia de la cosa juzgada material. Esta discusión versa sobre la pugna entre la teoría de la cosa juzgada material y la procesal.<sup>24</sup> La teoría del derecho material, que prevaleció anteriormente, ve en la sentencia el fundamento para la formación material legal de las relaciones de las partes. Una sentencia adecuada deberá ratificar la posición jurídica, y la inadecuada deberá conformarla en los términos de su contenido. La teoría procesal de la cosa juzgada surgió de Stein y Hellwig y en la actualidad la adoptan la mayoría de los procesalistas. Niega cualquier influencia de la sentencia con autoridad de cosa juzgada sobre el derecho material. Las opiniones dentro de la teoría procesal se dividen cuando surge la pregunta de cómo puede evitarse el conflicto de varias sentencias en un mismo asunto. Stein y Hellwig manifiestan que la solución de este problema se lograría si el juez del nuevo proceso se apega a la sentencia del proceso anterior; Rosenberg y Boetticher señalan que se puede evitar el conflicto de sentencias si se elimina la posibilidad que

<sup>22</sup> *Cfr.*, Rosenberg-Schwab (11ª ed.), 1974, § 93, III, 1.

<sup>23</sup> *Cfr.*, Rimmelspacher, *aaO*, p. 48.

<sup>24</sup> *Cfr.*, Zur dogmengeschichtlichen Entwicklung der Rechtskraftlehre seit dem 19. Jahrhundert, Bruns, *Zivilprozessrecht*, 1968, § 43, v.

el juez tome una nueva postura respecto del mismo objeto de controversia (*ne bis in idem*). En la doctrina actual de derecho procesal, aparentemente el último concepto casi no se discute y existe la idea de que la teoría sobre la cosa juzgada material ya es anacrónica. En todos los libros de texto y comentarios se defiende la teoría *ne bis in idem*.<sup>25</sup>

2. Sin embargo esta apariencia es engañosa. No se puede pasar de un extremo afirmativo, *ne bis in idem*, a otro negativo, la teoría sobre la cosa juzgada material: así lo demuestran claramente los conceptos de Schumann y Leipold en el comentario de Stein-Jonas.<sup>26</sup> Estos autores opinan que la sola visión procesal de la cosa juzgada no va de acuerdo con su objetivo inicial: el establecimiento definitivo de las relaciones entre las partes. Lo que se declara como cosa juzgada en la sentencia es la posición legal, que deberá ser válida y a la cual deberán apegarse las partes. La suposición de un derecho material existente por sí solo, que se desvíe de la sentencia con autoridad de cosa juzgada no es compatible con esto. Por lo tanto, la cosa juzgada es un efecto atribuible al ámbito del derecho material.

Aquí, frente a nosotros, tenemos una teoría sobre la cosa juzgada del derecho material en forma pura, pero ligada al rechazo procesal de una nueva demanda a través del *ne bis in idem*. Radica aquí la diferencia principal con las antiguas teorías sobre derecho material. Resulta interesante la forma en que adicionalmente Schumann y Leipold fundamentan su teoría. Consideran que la opinión de la mayoría de los expositores de la teoría de la cosa juzgada del derecho material es superflua al considerar, que la sentencia crea un origen del supuesto del hecho adicional, el cual a su vez da origen o bien hace que desaparezcan conclusiones jurídicas incorrectas, pero materiales. Desde este punto de vista no se atiende lo suficiente a la distinción entre la posición legal, antes y después de la sentencia. Antes de la sentencia solamente existen ciertas normas legales. Aun cuando se parte de que ya existe en ellas la reglamentación del problema concreto del litigio, no se debe pasar por alto que la existencia de los derechos y obligaciones es diferente antes y después de la sentencia. De esta forma surge el concepto de que se concreta la norma general a través del proceso y de la sentencia legal y crea así "el derecho" de las partes.<sup>27</sup>

Algunos conceptos de Bruns tienen alguna semejanza con esta teoría,<sup>28</sup> escribe que "ciertos derechos materiales legales se refuerzan a través de la sentencia condenatoria en materia civil, otros formados y reforzados, no existentes que se 'crean' a través de la sentencia condenatoria en materia

<sup>25</sup> Cfr., libros de texto de Bernhardt, Bruns, Lent-Jauerning, Nikisch, Schoeke-Kuchinke y Rosenberg-Schwab, así como comentarios de Baumbach-Lauterbach, Albers-Hartmann, Stein-Jonas-Schumann-Leipold, Thomas-Putzo, Wiczorek; también el Tribunal Supremo ha sustentado la teoría de *ne bis in idem*. Cfr., también *BGH* 36, 365 y 34, 337.

<sup>26</sup> Stein-Jonas-Schumann-Leipold, DPC (19ª ed.), § 322, III, 5, a y b.

<sup>27</sup> Opiniones parecidas presenta Pawlowski en *ZfP* 80, 345; y Schumann *Festschrift für Boetticher*, 1969, p. 308.

<sup>28</sup> Bruns, *Zivilprozessrecht*, 1968, § 43, II.

civil en un sentido que aún deberá verificarse" (*aaO*, párrafo 43, II, 2b). Un poco más tarde atenúa estos conceptos con la observación de que la intención del tribunal es establecer y no crear un derecho (*aaO*, párrafo 43, II, 2c). Sin embargo, habrá que deducir de estos conceptos que, según la opinión de Bruns, se constata una consecuencia legal material "a través de lo que ocurre durante el proceso", como él mismo lo dice. En este sentido también deben apreciarse sus teorías en el libro de homenaje a la obra de Boetticher (1969, página 83). Ahí también relaciona el *ne bis in idem*, como consecuencia instrumental de la cosa juzgada, con esta teoría de derecho material, lo cual debe nuevamente enfatizarse.

3. Mi opinión sobre la esencia de la cosa juzgada material se apega a la teoría de Boetticher, tal como la desarrolló en su obra *Kritische Beitrage zur Lehre von der materiellen Rechtskraft* (Consideraciones críticas de la teoría de la cosa juzgada), 1930. Al planteamiento que han vuelto a formular Schumann, Leipold y Bruns, de si la sentencia influye sobre la posición legal material fuera del proceso, la respuesta que en aquel entonces se dio fue que incumbía al derecho en general. La teoría sobre la cosa juzgada tendría que referirse a su propio problema, es decir, explicar en qué forma el legislador podría evitar un conflicto de sentencias contradictorias sobre el mismo asunto (*aaO*, página 104). Si se sigue esta teoría, entonces el *ne bis in idem* resulta ser la afirmación decisiva de la cosa juzgada material. Claro que no se debe pasar por alto, que el *ne bis in idem* se origina de la competencia del contenido de la decisión. Debido a que la sentencia ya no es impugnabile y que el asunto ya no se puede llevar nuevamente ante el tribunal, las partes deberán apegarse a ella. Sin resaltar los aspectos positivos de la cosa juzgada no pueden contestarse los problemas de la magnitud objetiva de la cosa juzgada material. También el problema de la llamada cosa juzgada relativa de las razones de decisión, que traté para la obra de Boetticher, 1969 (página 321), presupone la competencia del contenido de la decisión. La forma en que se deberá interpretar esta competencia, si se trata de derecho material o solamente de obligaciones "con un valor neutro", es de hecho un problema del derecho. Sin embargo, creo que es posible que la pérdida definitiva de una cosa juzgada, en el caso de la sentencia con fuerza legal rechazada, y la posibilidad del ejercicio del poder legal, en el caso de la sentencia con fuerza legal positiva, puede interpretarse como la pérdida o el préstamo de un derecho subjetivo.

Así, existe una diferencia entre los conceptos de Schumann, Leipold y también Bruns sobre la importancia que atribuimos al *ne bis in idem*. Es condición de la competencia de la decisión el *prius*, sin el cual el aspecto positivo de la cosa juzgada no puede actuar. Por el contrario de acuerdo con Schumann, Leipold y Bruns el *ne bis in idem* tiene solamente carácter instrumental y sirve para el rechazo de una nueva demanda con los mismos fines; sin embargo, no constituye una condición y el origen del aspecto positivo de la cosa juzgada.

A pesar de esta diferencia, es válida la afirmación de que las teorías

sobre la cosa juzgada material y procesal convergen. La teoría sobre derecho material ha reconocido que el *ne bis in idem* es el instrumento adecuado para evitar el conflicto de las sentencias contradictorias: sin embargo, la teoría procesal subraya en mayor medida el aspecto funcional de la cosa juzgada material.

Traducción del original en alemán  
por Jorge A. Sánchez-Cordero Dávila.