

DESARROLLO DEL PROCESO. DEBERES DEL JUEZ Y CARGAS DE LAS PARTES

Santiago SENTÍS MELENDO†

SUMARIO

I. Origen de este trabajo: el obsesionante concepto de carga; su explicación del proceso desde el punto de vista del litigante (de la parte). II. Deberes: concepto. III. Deberes procesales; inexistencia de ellos para el litigante. IV. Deberes del juez: a) desarrollo del proceso; b) fin del proceso. V. Conclusión: contemplación general del proceso; juez y partes; deberes y cargas.

I. Origen de este trabajo: el obsesionante concepto de carga; su explicación del proceso desde el punto de vista del litigante (de la parte)

Cuando califico de obsesionante el concepto de carga, considero, naturalmente, la obsesión que representa para mí; la obsesión de aclarar este concepto y su funcionamiento dentro de ese mecanismo que es el proceso. Comprendo que la vida judicial se ha podido desarrollar a lo largo de siglos sin mayores obsesiones por desentrañar la naturaleza de este concepto; que quizá yo mismo he intervenido en innumerables procesos sin haber sentido tal obsesión; y que no han faltado autores (y de considerable gravitación en la ciencia jurídica) para quienes la fijación del *concepto de carga* no ha pasado de estimarse puro bizantinismo jurídico;¹ ya nos hemos ocupado de ellos en otra ocasión,² y no sería procedente insistir aquí. Pero llega un momento en la vida intelectual en que se siente la necesidad no sólo de aclarar conceptos para el futuro sino de explicárselos retrospectivamente.

Los *deberes*, las *obligaciones*, pueden referirse al juzgador y al justiciable; las *cargas* incumben sólo a éste. Sobre el juez no pesan cargas; tiene *deberes*; tiene también *poderes*, *potestades*, *facultades*.³ Sobre estos últimos

¹ Para Manzini, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1952, tomo III, p. 99, "toda obligación importa una carga y toda carga importa una obligación".

² Véase mi trabajo "La carga procesal" en *Teoría y práctica del proceso*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, vol. III, pp. 81 y ss., especialmente p. 97.

³ Sobre estos conceptos pueden leerse con utilidad los trabajos de Santi Romano, "Deberes. Obligaciones" y "Poderes. Potestades". En *Fragmentos de un Diccionario*

conceptos habremos de volver en seguida; pero el de *carga* debemos dejarlo fijado, hasta donde es posible, en este primer párrafo.

Couture, bajo el concepto genérico de *imperativos jurídicos*, especificó las *obligaciones*, los *deberes* y las *cargas*,⁴ y nos dijo: las primeras están instituidas en interés de un acreedor; los deberes lo están en interés de la comunidad; las cargas son imperativos que se determinan en razón de nuestro propio interés. A esta clasificación le argüimos que la idea de *imperativo* podía resultar incompatible con la de *libertad*, que va ineludiblemente unida a la disposición del *propio interés*. La idea de imperativo lleva consigo la de coacción, o la de coerción y, por eso, entendemos que la carga no es un imperativo.⁵ Claro es que después veremos al concepto de carga hacer un movimiento pendular, y ser considerado como ejercicio de un derecho subjetivo,⁶ por su “perfil de situación activa”, añadiendo que “la carga está ínsita en el derecho subjetivo y no constituye por sí una situación distinta de él”; sin que el razonamiento sea muy convincente puesto que, según ese criterio, situación activa también se apreciaría en el cumplimiento de una obligación. No siguen dirección distinta otros autores, como Gottheil y Palacio,⁷ cuando contraponen “el mundo de lo facultativo jurídico al mundo de lo obligatorio jurídico”, y nos dicen que “la elección de una u otra posibilidad para nuestra conducta queda librada a nuestra decisión individual. Se trata de los derechos subjetivos, más propiamente llamados facultades jurídicas”; para estos estudiosos se establece una identidad entre derechos subjetivos y facultades jurídicas. No debe extrañarnos esto, pues algún autor, y de la talla de Santi Romano, nos dirá⁸ que “en los textos del derecho positivo, los términos ‘derecho’, ‘facultad’, ‘poder’, ‘potestad’ se emplean muchas veces indistintamente”; y añadirá en seguida que “de

Jurídico, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires, EJE, 1964.

⁴ A decir verdad, a esta claridad conceptual Couture llegó en la segunda edición de sus *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1951, p. 117; en la primera edición de este libro (Buenos Aires, Aniceto López, Editor, 1942), en el estudio de las cargas procesales se entraba tratándolas como situación de impulso procesal; pero no es menos verdad que aquella claridad, por su sencillez, que acaso resultaba excesiva, se pierde en la tercera edición (póstuma), de 1958.

⁵ Sin embargo, no podemos dejar de señalar que la consideración de la *carga como imperativo*, se encuentra ya en *Goldschmidt* (véase *Teoría general del proceso*, Barcelona, Ed. Labor, 1936, p. 83; *Teoría general del Proceso*, Buenos Aires, EJE, Breviarios de Derecho, 1961, véase p. 91), quien no ofrece la clasificación como tripartita sino que habla de los deberes (en general) “que siempre representan imperativos impuestos por el interés de un tercero o de la comunidad”.

⁶ De Angelis, Barrios, “Contribución al estudio de la carga”, en *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración*, año XLVI, núm. 11.

⁷ “Notas para una noción de la carga procesal”, en *La Ley*, tomo 96, pp. 819 y ss.

⁸ “Poderes. Potestades”, *op. cit.*, *supra*, nota 3, p. 303.

este modo, divergencias doctrinales y faltas de certeza o inexactitudes terminológicas han contribuido a levantar una especie de torre de Babel, en la cual se confunden conceptos que no se sabe si se quieren identificar, contraponer o aproximar”.

Pero a lo que debemos tender es a que ese confusionismo no se produzca; a establecer claridad. Y creemos haberla logrado, como ya señalamos en otro trabajo,⁹ utilizando la distinción que Capelletti¹⁰ nos marca entre *facultad* y *derecho subjetivo* con finura idiomática: la facultad es un *agere licere*; el derecho subjetivo es un *jubere licere*; en los dos casos estamos ante un *licere*, o sea ante lo que a mí me es lícito; pero en la facultad me es lícito hacerlo, *agere*; en el derecho me es lícito mandar, ordenar, que otro haga, *jubere*; hay, como señala Cappelletti, una “potencia de mando”. Vemos así con claridad que *la carga es una facultad, pero no es un derecho subjetivo*.

Por lo demás, ya hace años Carnelutti, en la primera edición de su *Teoría General del Derecho*,¹¹ ya señalaba esa distinción entre *agere* y *jubere*, que le servía también para establecer la diferencia entre *derecho subjetivo* y *facultad*. Pero ha de reconocerse que entonces Carnelutti está todavía preocupado por establecer tajantemente la diferencia entre *carga* y *obligación*, viendo en la primera una subordinación al interés propio y en la segunda una subordinación al interés ajeno, y apreciando un *genus commune*, la *necessitas*, y una diferencia específica, en el sujeto necesitado;¹² señalando la diferencia entre el *acto necesario* y el *acto debido*.

Lo cierto es que Carnelutti no aproxima el concepto de carga al de derecho, ni siquiera al de facultad, ya que cuando procede a la clasificación de las relaciones jurídicas,¹³ hace de los seis tipos delineados un grupo de tres que considera activas; la *potestad*, el *derecho subjetivo* y la *facultad*; y otro grupo de otras tres de carácter pasivo; la *sujeción*, la *obligación* y la *carga*, que tienen formas de *deber*. Es claro que, para Carnelutti, que tanto se esforzó en separar la carga de la obligación, resultaba indispensable mantener a la carga en el terreno de las relaciones pasivas, considerándola como una forma de *deber*. ¿Será lo más importante, como elemento de distinción, contemplar el aspecto activo o el pasivo? ¿O serán de mayor trascendencia el concepto de *necesidad* y el de *libertad*?

⁹ “Perención de instancia y carga procesal”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año iv, núm. 8 tomo iv, pp. 405 y ss., especialmente p. 435.

¹⁰ *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità (Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile)*, Milano, Dott. A. Giuffrè - Editore, 1962, p. 50, nota 3.

¹¹ Utilizo la traducción española, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1941, p. 184.

¹² *Teoría General*, cit., supra, nota 11, ed. española, p. 190; 2ª ed. italiana, Roma, Soc. Ed. del Foro Italiano, 1946, p. 162; 3ª ed. italiana, Roma, Soc. Ed. del Foro Italiano, 1951, p. 174.

¹³ *Teoría general*, cit., supra, nota 11, 2ª ed., p. 139; 3ª ed., p. 145.

De cualquier manera, hay un aspecto importante en la clasificación carnelluttiana: la carga no se confunde allí con el derecho subjetivo; tampoco con la facultad; la carga es una relación jurídica con categoría propia. ¿Por qué esforzarnos en ver en ella una especie del género derecho subjetivo o del género facultad? El mérito de haberla independizado de la obligación pertenece a Carnelutti y a Goldschmidt; pero con una diferencia esencial; en Carnelutti esa separación no constituye un momento ni un aspecto esencial de su doctrina general; en cambio, en Goldschmidt, sin la figura de la carga difícilmente se alcanza a percibir, en toda su trascendencia, la concepción de la *situación jurídica*.

He puesto al frente de este parágrafo las palabras "origen de este trabajo". Puedo afirmar que ese origen ha de buscarse, no sólo en las obras citadas sino también en un estudio inédito de un colega, el profesor Clemente Díaz, de la Universidad de Buenos Aires,¹⁴ de quien transcribo lo siguiente:

La formulación más sencilla de la carga puede ser la siguiente: en el proceso, el individuo no está obligado a nada; existen ciertos imperativos cuyo cumplimiento colocará al individuo en situación de poder evitar lo más desfavorable, pero sin que ese cumplimiento le dé ningún derecho a aspirar a lo más favorable. Sobre este aspecto de favorabilidad tendrá solamente una expectativa, una posibilidad que se concretará en la sentencia. La carga, entonces, se libera con el cumplimiento, pero el incumplimiento solamente origina una posibilidad de lo desfavorable, no lo desfavorable mismo.

El ingreso de la carga en la concepción del acto procesal, constituye un aporte de inapreciable valor, pues con ella queda explicada la mayoría de los fenómenos procesales y desde ese momento el acto procesal fue entendido en función de la carga y de la liberación de la carga. Quien con mayor agudeza desarrolló la idea de carga como fenómeno del acto procesal, fue James Goldschmidt en su obra fundamental "*Der Prozess als Rechtslage*", cuyas conclusiones se resumen en su *Teoría General del Proceso*.

La teoría de Goldschmidt considera la carga como ocupando en el proceso el lugar que la obligación ocupa en el derecho privado; en el proceso solamente existen cargas o sea situaciones de necesidad de realizar determinados actos para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal.

Si prescindimos del concepto de *imperativo* que, a mi entender, está utilizado, pura y simplemente, en el sentido de *necesidad*, veremos que, con absoluta claridad, la carga queda vinculada a la dictrina de la situación, explicándola, y únicamente se siente uno obligado a aclarar la parte final del pasaje transcrito.

¹⁴ Este trabajo, titulado *Contribución al estudio de los deberes procesales*, del cual su autor me facilitó una copia mecanográfica, se escribió en septiembre-octubre de 1955. Lo considero uno de los más interesantes que se han producido en nuestro medio científico; pero su autor no ha querido publicarlo, sin duda por estimar que no se trata de una elaboración terminada. Creo que hubiera sido muy beneficioso darlo a conocer, por las inquietudes que en él se contienen y por las que habría podido despertar en los estudiosos.

Goldschmidt no es tan categórico como Díaz lo quiere presentar, en orden al paralelismo de los conceptos de *carga*, en el proceso, y *obligación*, en el derecho privado. Cuando nos dice (y aprovecho las citas de Clemente Díaz) que "las cargas ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones",¹⁵ o que "esta última categoría del enfoque procesal (la carga) corresponde al concepto material del deber o de la obligación"¹⁶ parece percibirse, como en Carnelutti, un fenómeno de sustitución o de diferenciación del concepto de carga respecto del de obligación, dentro del proceso; no un enfrentamiento de lo procesal a lo material; que, por otra parte, nos obligaría a pensar en la zona, de creación goldschmistianiana, del *derecho justicial material*. Y no podemos atribuir las expresiones a fenómenos de traducción, ya que la obra mayor, en su versión castellana, y la obra menor, en su redacción en nuestra lengua¹⁷ han contado con la intervención idiomática del mismo profesor Prieto Castro. Yo quiero suponer que las cargas ocupan el lugar de las obligaciones, siempre dentro del mismo ámbito procesal; es en este ámbito en el que el concepto de carga ha sustituido al de obligación; y principalmente debido a la labor del propio Goldschmidt quien ha trabajado, lo mismo que Carnelutti, por independizar ese concepto del de obligación; habiendo alcanzado, en tal sentido, plenamente su propósito; pero con diferencias esenciales de fundamentos: para Goldschmidt, el estudio de la *carga*, y la necesidad de limitar el concepto, no es otra cosa que una consecuencia, o una derivación, de la concepción del proceso como *situación jurídica*; para Carnelutti, la misma labor, o bien se nos presenta como un fenómeno específico e independientemente, o bien formando parte del cuadro general de las *relaciones jurídicas*.

II. Deberes procesales: concepto

¿Existen los deberes procesales? Esta interrogante se formula Clemente Díaz en el trabajo a que me he referido. Y, si existen, ¿cuál es su ubicación en el sistema del derecho procesal? Será necesario que primeramente establezcamos el concepto de *deber* o, mejor dicho, aceptemos alguno ya establecido. No podemos tomar en consideración conceptos tan vagos e indefinidos como los que se contienen en el viejo trabajo de Carlo Lessona, *Los deberes sociales del derecho procesal civil*.¹⁸ Nos ayuda considerablemente Santi Romano, al señalarnos la correlación entre los *deberes* y los

¹⁵ *Derecho Procesal Civil*, traducción de Leonardo Prieto Castro, con adiciones sobre la doctrina y la legislación española, por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Barcelona, Ed. Labor, 1936, p. 8.

¹⁶ *Teoría General del Proceso*, cit., supra, nota 5, ed. 1936, p. 53; ed. 1961, p. 60.

¹⁷ Véase la nota que figura al frente del volumen en ambas ediciones.

¹⁸ Se tradujo en 1898, por Delfín Fuentes Espluga, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación. Es natural que en ese trabajo, ya como indica su propio título, no encontremos ninguna fijeza conceptual. El trabajo trata de la situación del litigante y de las posibles maneras de evitar su inferioridad.

*derechos*¹⁹ y más aún su concomitancia; pero, sobre todo, al poner de manifiesto, con absoluta claridad, la existencia de deberes a los cuales no corresponden derechos; y, recíprocamente, de derechos a los que no corresponden deberes; para llegar a la distinción entre deberes en sentido estricto y obligaciones. Todo lo que los trabajos de Romano significan lo ha puesto de relieve otro pensador insignic;²⁰ pero, en definitiva, para nosotros esa posibilidad de derechos sin deberes, esa vinculación reducida a concomitancia, nos puede conducir a aceptar el concepto de deber que otro autor²¹ formula independizándolo también de todo derecho, cuando nos dice que *deber jurídico* significa “la necesidad de conformar el propio libre arbitrio a la regla jurídica”: lo cual solamente nos producirá algún reparo en cuanto a esa formulación de “necesidad”, que nos hace pensar en la *carga*, también necesaria; y recordando aquella división tripartita de Couture (apoyada en Goldschmidt), que nosotros rechazamos precisamente porque en la carga, en la que veíamos la necesidad, no percibíamos la figura del imperativo, nos sentíamos impulsados a agregar a la definición de Barbero un adjetivo; y decir: “la necesidad imperiosa (o imperativa)”. Por lo demás, el concepto del profesor de Milán, era una lógica consecuencia de su personal construcción de la *relación jurídica* en general, como “relación entre un determinado sujeto y el ordenamiento jurídico”.

Cuando el *deber* se independiza de esta manera, parece que no debería llamar la atención el verlo elevarse a concepto central del orden jurídico; esto, que es tan natural en el mundo ético, anteponer el cumplimiento del deber al ejercicio del derecho, pero sin contraponerlos, puede ser también fenómeno normal en el mundo jurídico. No hay que detenerse en concepciones políticas y sociales, que Díaz relaciona con doctrinas no ya de Duguit sino también de Karl Larenz. Sin acudir a ellos, autores de hoy nos dirán, como acabo de señalar, que existe “una corriente de la moderna dogmática, según la cual, del carácter imperativo propio de la norma derivaría la consecuencia de que ‘el concepto de deber es el concepto central del orden jurídico’ ”;²² pero quien así discurre, no deja de explicarnos la razón

¹⁹ “Deberes. Obligaciones” en *op cit., supra*, nota 3, pp. 89 y ss., que comienza diciendo: “De las diversas figuras jurídicas subjetivas que recientes indagaciones se esfuerzan por distinguir y definir cada vez con mayor precisión, la que ha quedado más en la sombra es, indudablemente, la figura del deber o de la obligación, considerada generalmente única y designada indistintamente con la una o con la otra de dichas palabras”.

²⁰ Capograssi, “L’ultimo libro di Santi Romano”, en *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, tomo v, pp. 223 y ss.

²¹ Barbero, *Sistema del Diritto privato italiano*, 6ª ed., Torino, UTET, 1962, vol. I, núm. 54, p. 121.

²² Alessandro Levi, *Teoria generale del Diritto*, 2ª ed., Padova, CEDAM, 1953, p. 225. Ese entrecomillado que figura en el libro de Levi, como se indica al final del capítulo, pertenece a Francesco Ferrara, *Trattato di Diritto Civile italiano*, vol. I, parte I, Roma Athenaeum, 1921, p. 303. Utilizando también la doctrina de Ferrara, véase Frosini Vittorio, voz “Doverc” en *Novissimo Digesto italiano*, tomo VI, p. 302.

de que deba ocurrir de esa manera: "el concepto de deber —nos dirá Ferrara— es más amplio que el de derecho porque sólo a una clase de deberes corresponden derechos subjetivos. Hay deberes jurídicos que no importan una titularidad de otro ente privado". Es natural que los autores que contemplan este fenómeno, al igual que Barbero, sientan la necesidad de definir la figura aislada del deber; y Frosini (*locutio citata*) nos dirá: "comportamiento de obediencia jurídica". Posiblemente que la "necesidad" de Barbero, o el "comportamiento" de Frosini no nos parezcan todo lo explícitos que desearíamos; y que hayamos de acudir a Carnelutti, quien después de estudiar en general las *relaciones jurídicas*²³ como "relación constituida por el derecho entre dos sujetos respecto de un objeto"²⁴ dedica un título al estudio de los *poderes jurídicos* y otro al de los *deberes jurídicos*; y en éste, al contemplar la *sujección* como la relación jurídica pasiva en que más clara se manifiesta la figura del deber, nos dirá que "la sujeción se resuelve en la *necesidad*, rectamente entendida como negación de libertad", lo que no deja de producirnos una perturbación en nuestra idea de la *carga* como acto necesario, pero con sentido de libertad, o de imposibilidad de utilizarse la coacción.²⁵ Pero Carnelutti supera estas dificultades partiendo de la precedencia histórica del *poder* sobre el *deber*, para ir a parar a un predominio actual del concepto de deber; enfrentando *poder* y *deber* como *potencia de obrar* e *impotencia de obrar*, respectivamente, entendiendo el obrar como "capacidad de modificar el mundo traduciendo la posibilidad en existencia".

Impotencia de obrar, según Carnelutti; *necesidad*, según Barbero; *comportamiento*, según Frosini. Pero si nos fijamos en que Carnelutti,²⁶ aún considerando el deber como una especie de puente entre la necesidad y la libertad, afirma que precisamente porque "el deber supone el mandato, del cual es la proyección subjetiva, o mejor psicológica, el deber deriva del derecho (objetivo) y es extraño a la moral", creo que no sería un error reducir los conceptos de esos tres autores a la noción unitaria de *exigibilidad*:

²³ *Teoria generale, cit. supra*, nota 11, 3ª ed., pp. 141 y ss.

²⁴ Obsérvese que nada tiene que ver con esta concepción, podríamos decir clásica, de la relación jurídica, la que Barbero pone al frente de la "Parte general" de su *Sistema*: "una relación entre un determinado sujeto y el ordenamiento jurídico por el trámite (o a través) de una norma jurídica". Sin que los aspectos literarios o gramaticales (véase *Sistema*, vol. I, núm. 50) tengan en este caso mucha importancia.

²⁵ No se olvide que en algún momento de su construcción, y no el menos importante, Carnelutti ha dicho: "No me he dado cuenta (o no me acordé) de que así dejaba fuera la cuarta figura del acto jurídico en sentido estricto, a la cual corresponde la carga; doy a esta figura el nombre de *acto necesario*" (*Sistema del Diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1938, vol. II, núm. 415, p. 69; en la traducción de Alcalá-Zamora y Sentís Melendo, Buenos Aires, Argentina, UTEHA, 1944, vol. III, p. 78); concepto que Alcalá-Zamora, en su prólogo (nota bio-bibliográfica) a la traducción, destaca bien enérgicamente (vol. I, p. XVII): "carga—acto necesario; obligación—acto debido".

²⁶ *Teoria generale, cit. supra*, nota 11, 3ª ed., p. 142.

el *deber*, como *acto debido*, es *exigible*; al contrario de la *carga*, que es *acto necesario*, pero *libre*, porque *no es exigible*.

Creo que el concepto de *exigibilidad* frente al de *libertad*, me sirve para poner término, por ahora, a ese obsesionante concepto de carga, que no puede prescindir del de *deber*, con el cual se integra.

Pero, en verdad, la preocupación idiomática, enderezada a la fijación terminológica, ofrece el peligro de llevarnos a la vana palabrería; queremos agotar aquélla sin caer en ésta. En alguna ocasión, al estudiar el concepto de carga, hemos dicho que tal concepto ha tropezado con un inconveniente idiomático: la inexistencia en nuestra lengua de un sustantivo que traduzca el vocablo latino *onus*; los italianos cuentan con la palabra *onere*; ni en francés ni en castellano tenemos palabras para traducir *onus*.²⁷ Puede ocurrir que con la palabra *necesidad* nos esté ocurriendo un fenómeno análogo. Ya hemos señalado una posible contradicción en Carnellutti (*necesidad* y *acto necesario* no concordando totalmente); hemos visto también la utilización de esta palabra en Barbero; no podemos olvidar el sentido de *estado de necesidad* en derecho penal;²⁸ pero cuando se trata de diferenciar entre la necesidad que da lugar a un *deber*, o a una *obligación*, y la necesidad que origina una *carga*, entonces conviene aquilatar el valor de los vocablos, observándose la especial construcción de los vocablos latinos

²⁷ Esta carencia de vocablo ha determinado que el *onere* italiano se haya traducido, en tiempos pasados, por *peso*, *cargo*, cuando no por *obligación*; pero es que el *onus* latino no ha sido objeto de menor anarquía: acudiendo a la obra de Mans Piugarnau, *Los Principios generales del Derecho*, Barcelona, Ed. Bosch, 1947, vemos que en una página (la 419) esa palabra se traduce por *trabajo* (núm. 35), por *obligación* (núm. 40), por *carga* (núm. 42). Hoy se puede considerar admitida la palabra *carga* y el concepto que ella expresa. Lo que ha de rechazarse de manera categórica es el empleo de sinónimos y aun de palabras afines. Sin incurrir en el orgullo de Gabriele D'Annunzio (tan justificado, por lo demás, en el caso del glorioso escritor) para quien los sinónimos no existían, ya que cada palabra tiene su especial sentido o su particular matiz. A veces es ya no una dificultad sino una tragedia, el perseguir el verdadero sentido de un vocablo o, más aún, el vocablo que corresponda a una idea, a fin de utilizar el que efectivamente requiere lo que deseamos expresar. El poeta de "Eternidades" sintió esa tragedia: "¡Intelijencia, dame — el nombre exacto de las cosas! — Que mi palabra sea — la cosa misma, — creada por mi alma nuevamente. — Que por mí vayan todos — los que no la conocen, a las cosas". Y antes aún: "No sé con qué decirlo — porque aún no está hecha — mi palabra". Juan Ramón Jiménez, "Eternidades", 1 y 3, en *Libros de Poesía*, Madrid, Ed. Aguilar, Biblioteca Premios Nobel, 1959, pp. 553 y 551.

²⁸ Según Gómez, *Derecho Penal*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1939, tomo 1, p. 550: "el estado de necesidad consiste en una situación de inminente y grave peligro para un derecho o bien jurídico, cuya salvación exige llevar a cabo un hecho que, a no responder a tal apremio, de manera exclusiva, constituiría delito", que no difiere esencialmente de la dada por Manzini, *Tratado de Derecho Penal*, traducción de Santiago Santís Melendo, primera parte, Teorías Generales, Buenos Aires, Ediar, 1949, vol. III. Por lo demás, es una figura jurídica que ya los antiguos conocieron.

expresivos del sentido de necesidad, que rechazan la idea de obligatoriedad, de exigencia y de sanción.²⁹

III. Deberes procesales. Inexistencia de ellos para el litigante

Como hemos visto, el deber sí es exigible y sancionable. Pero, ¿hay deberes procesales para las partes? Si nos atenemos a una manifestación general de Goldschmidt,³⁰ “hoy puede decirse que no existen deberes de las partes”. Pero enseguida Goldschmidt se referirá a la comparecencia personal, sancionada por el § 141, III, de la Ordenanza Procesal Civil:

El Tribunal puede ordenar la comparecencia personal de las partes para el esclarecimiento del negocio; pero deberá prescindir de esta medida si, por razón de la distancia del domicilio de la parte que deba comparecer o por motivos fundados, se estimase excesiva para la misma.

Una vez declarada la comparecencia personal de la parte el Tribunal la citará de oficio y en su persona, aunque tenga representante nombrado. La citación se llevará a efecto sin formalidades.

Si la parte citada no comparece, se le podrán imponer las mismas sanciones que a los testigos inobedientes, excepto la prisión subsidiaria de la multa. No habrá lugar a esto cuando la parte envíe a otra persona en su nombre capacitada para hacer las aclaraciones y declaraciones necesarias y con poder para transigir. En la citación que se haga a la parte se le harán saber las responsabilidades en que incurriría por su incomparecencia.

Es cierto que el autor nos explica que la imposición tiene lugar en cada caso por orden judicial, con el fin de esclarecer los hechos, y nos aclara que las alegaciones de hechos que haga la parte son sólo eso, no una declaración con alcance de prueba; por lo tanto —sigue diciendo Goldschmidt— “la obligación de comparecer afecta a la parte como tal, es decir, como sujeto procesal, y no como medio de prueba (‘sujeto de información’), siendo su finalidad permitir a la parte liberarse de la carga que sobre ella pesa de formular sus alegaciones y hacer sus declaraciones”. No vemos muy clara esta distinción, respecto de la parte, entre sujeto

²⁹ Independientemente de la voz *necessarius*, es corriente que en latín se nos diga *necesse est*, como voz indeclinable unida a la forma verbal; pero con igual sentido se dirá *opus est*; y si queremos distinguir entre las dos expresiones, cabe observar que su traducción no puede ser otra que la de “hay que”, con un sentido más o menos enérgico; en la primera, *necesse est*, se trataría de una necesidad más fuerte, podríamos decir anterior a la voluntad, de aplicación de leyes cósmicas; mientras que la segunda, *opus est*, expresa una necesidad menos enérgica, y con el sentido de medio a fin; si de ambas pudiéramos lograr una traducción literal al castellano, cabría afirmar que *necesse* representaría la necesidad ineludible y exigible, y *opus* la necesidad eludible y no exigible. Parecería un juego de palabras decir que el *onus probandi* no estaría representado por la *necessitas probandi* sino por el *opus probandi*. No tenemos en nuestra lengua más que una palabra, y con ella hemos de representar las dos situaciones, con sus distintos sentidos.

³⁰ *Op. cit.*, *supra*, nota 15, p. 201.

procesal y medio de prueba,³¹ y menos aún nos parece admisible una *obligación de comparecer* para liberarse de una *carga de alegar*. Más sencillo hubiera sido considerar esa obligación como un fenómeno excepcional o anormal dentro del articulado del Código. Pero aún nos parece más extraña la apreciación de Alcalá-Zamora³² cuando, frente a la situación análoga del artículo 592 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, nos dice que “a la parte que haya de presentarse a declarar no se la considera como *sujeto de proceso* sino como *medio de prueba*” (tiene aplicación también aquí la observación que hago en la nota 31).

Entre nosotros, existió el inciso 2º del artículo 21 de la Ley 14.237, que fue derogado por el Decreto-Ley 23.398;³³ ese inciso determinó fuerte resistencia y graves censuras en la discusión parlamentaria de la Ley.³⁴ Entiendo que no se puede desconocer la naturaleza obligatoria de tal comparecencia según ese precepto, lo mismo que según el § 141 de la *Zivilprozessordnung* y el artículo 592 de la Ley de Enjuiciamiento española.

Problema distinto es el de otros preceptos que figuran en proyectos y códigos, y que se refieren al comportamiento, sancionable, de las partes. Couture puso al frente de su Proyecto un capítulo dedicado a formular los *Principios generales*, dedicando el artículo 7 al *Principio de probidad*, con esta redacción: “El juez deberá tomar, de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendientes a prevenir o sancionar cualquier acto contrario a la dignidad, al respeto que se deben los litigantes y las faltas a la lealtad y probidad en el debate”. Igualmente, en el artículo 21 de la Ley 14.237, a que acabo de referirme, se decía en su inciso segundo:

Asimismo, en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 64 del Código de Procedimientos en lo civil y comercial, cuando las partes o sus mandatarios no hubiesen comparecido a la audiencia que se fije para lograr el ave-

³¹ Creo que hubiera sido conveniente que Goldschmidt nos hubiera señalado la distinción de los dos aspectos de la confesión: como testimonio de la parte y como posible negocio jurídico. En el primer sentido la ha estudiado admirablemente Cappelletti en el libro citado en nota 10. Pero, además, también habría resultado interesante señalar la distinción, que Carnelutti supo poner de manifiesto, entre *medio de prueba* y *fuentes de prueba*; véase al respecto *La prova civile*, 2ª ed., Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1947, pp. 82-83 (en la edición en español, Buenos Aires, Ediciones Arayú, traducción de Niceto Alcalá-Zamora, p. 70).

³² “Adiciones” de Alcalá-Zamora al *Derecho Procesal Civil*, de Goldschmidt, *Op. cit.*, *supra*, nota 15, p. 304.

³³ No se olvide que ese artículo, en ese inciso 2º, como el art. 23 y todo el articulado de la Ley 14.237, tiene vigencia en determinadas provincias (estados) de la Argentina, que habiendo recibido ese cuerpo legal cuando eran territorios nacionales, siguen aplicándolo como Ley modificadora del Código de Procedimientos, porque era la legislación vigente (que no han modificado) en el momento de elevarse al rango de provincias: sin que haya llegado a tener vigencia en ellas el D. L. 23.398, posterior a esa situación.

³⁴ Véase mi libro *El proceso civil* (Estudio de la reforma procesal argentina), Buenos Aires, EJE, 1957, p. 167.

nimiento de sus diferencias, o bien no concurriesen a la citación formulada para que dieran explicaciones sobre los puntos litigiosos, los jueces podrán hacer uso del auxilio de la fuerza pública. La citación a la primera audiencia se hará bajo apercibimiento de hacer efectiva la medida indicada.³⁵

Pero, ¿dónde se define la lealtad, la probidad y la buena fe? ¿Cómo se puede sancionar lo no definido? Y conste que al formular estas interrogantes no olvidamos la doctrina, tan generalizada, de que los códigos no deben contener definiciones; pero entendemos que una cosa son las definiciones y otra las formulaciones de tipos jurídicos (*Tatbestand*, diríamos con expresión alemana).³⁶

Procedieron con más cautela Lascano y antes Jofré al decir en sus proyectos: Lascano, "Artículo 18. Es obligación de los jueces: ... 4) Dirigir el procedimiento debiendo, dentro de los límites expresamente establecidos en la presente ley, disponer cuanto sea necesario para esclarecer la verdad de los hechos y para asegurar a la causa una decisión conforme a justicia; mantener la igualdad de las partes y vigilar para que la tramitación de la causa sea lo más rápida y económica posible"; Jofré, "Artículo 25. El procedimiento lo dirige el juez, salvo los casos de excepción, y a ese efecto debe: adoptar las medidas necesarias para el esclarecimiento de los hechos, a fin de pronunciar una resolución justa; mantener la igualdad entre las partes; y adoptar las medidas necesarias para obtener celeridad y economía en el juicio".

Pero entre esos proyectos argentinos y la reforma procesal de la Ley 14.237, y antes de ella el Proyecto Couture, se habían promulgado el Código italiano, y con anterioridad se había publicado el Proyecto Solmi. El artículo 88 del Código italiano dice: "Las partes y sus defensores tienen el deber de comportarse en juicio con lealtad y probidad"; texto que coin-

³⁵ Desaparecido ese segundo inciso del art. 21, no debe olvidarse que el inciso primero, de carácter tan amplio (es, por sí solo, un código dentro de otro código), puede permitirle al juez acordar medidas de toda índole, pero no con el carácter de obligaciones, como las establecía ese inciso. En cuanto al art. 64, reza así: "Los jueces deberán procurar, en cuanto sea compatible con el ejercicio de sus atribuciones, que los litigantes pongan término a sus diferencias por medio de avenimientos amigables, y a ese efecto tendrán la facultad de convocarlos a su presencia en cualquier estado del juicio, siempre que crean posible conseguir aquel objeto". Y conviene fijarse que esas "diferencias" pueden ser de muy distinto orden; incluso referirse a la amplitud de los hechos controvertidos, de manera que ese artículo podría ocupar el vacío que deja el art. 23 de la Ley, al ser derogado; o, mejor dicho, como interpretación amplia, ese artículo habría permitido siempre al juez alcanzar el resultado que, imperativamente, se propusieron los redactores del art. 23.

³⁶ El concepto de *Tatbestand*, como nos señala Quintano Ripollés en su *Diccionario*, no es ajeno al derecho procesal civil, entendiéndose por tal "la concisa presentación del hecho y el litigio", de acuerdo con el § 313 de ZPO. Pero aquí sería de aplicación más exacta el *Tatbestand* en el sentido en que se utiliza en derecho penal.

cide, casi literalmente, con el artículo 29 del Proyecto Solmi.³⁷ Pero el Código vigente añade a continuación: "En caso de que los defensores falten a este deber, el juez debe dar cuenta a las autoridades que ejercen el poder disciplinario sobre ellos".

No es necesaria violencia alguna para estar de acuerdo con Liebman, según el cual³⁸ "la ley usa una fórmula elástica y genérica que el intérprete debe adaptar a los casos concretos". Pero no la ve tan elástica Calamandrei³⁹ cuando aprecia (en el Proyecto Solmi) el propósito de sustituir "a la obligación genérica de no litigar de mala fe, que contempla sobre todo el resultado final del proceso y que se limita a exigir en el litigante la convicción de tener razón", "un más específico y más particularizado deber de decir la verdad en todas las declaraciones que las partes son llamadas a hacer en el curso del proceso". Aunque, de manera menos concreta, Calamandrei nos dirá que "el artículo 26 del Proyecto (Solmi) puede entenderse, pues, como una expresa referencia a aquel deber de buena fe procesal, que debería estar antes en la costumbre que en la ley y que no puede encontrar otra sanción jurídica fuera de la responsabilidad agravada (costas judiciales y daños) del litigante de mala fe que el mismo Proyecto consagra en su artículo 77".⁴⁰ Apreciaciones que permitieron a Calogero⁴¹ señalar la distinción, en Calamandrei, entre "veridicidad" y "probidad" (o "lealtad"). Sin embargo, Andrioli,⁴² teniendo presentes los trabajos de Calamandrei y de Calogero, cree que no existe en la norma del artículo 88 del vigente Código italiano una imprecisión de contornos; e incluso ve en ella (y esto nos parece de verdadera trascendencia) la necesaria premisa del artículo 116, de acuerdo con el cual "el juez debe valorar las pruebas según su prudente apreciación, salvo que la ley disponga otra cosa"; pero en su segundo inciso establece que "el juez puede deducir argumentos de prueba de las respuestas que las partes le dan a tenor del

³⁷ El texto del *Proyecto Solmi* decía, en su art. 29: "Las partes y sus procuradores y defensores tienen el deber de obrar con probidad y con lealtad", apartándose en su redacción del art. 26 del Proyecto preliminar, según el cual "Las partes, los procuradores y los defensores tienen la obligación de exponer al juez los hechos según la verdad y de no proponer demandas, defensas, excepciones o pruebas que no sean de buena fe".

³⁸ *Corso di Diritto Processuale Civile*, Milano, Dott. A. Giuffrè - Editore, 1952, p. 86.

³⁹ *Studi sul processo civile*, Padova, CEDAM, 1939, vol. IV, p. 169.

⁴⁰ Véase Calamandrei, *Op. cit.*, supra, nota 39, con referencia a Wach, y con transcripción de las palabras de Redenti, según el cual resultaría inútil "escribir en el código el deber de la lealtad procesal si no es sentido ante todo en el orden moral". Véase, sin embargo, Zanzucchi, *Diritto Processuale civile*, Milano, Dott. A. Giuffrè - Editore, 1946, vol. I, p. 335.

⁴¹ Calogero, "Probità, lealtà, veridicità nel processo civile", en *Rivista di Diritto Processuale civile*, 1939, vol. XVI, parte I, p. 131. Véase también Couture, "El deber de las partes de decir la verdad", en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, EDIAR, vol. III, especialmente p. 253, donde señala la distinción entre la obligación de decir la verdad y el deber de probidad y de lealtad.

⁴² *Commento al Codice di procedura civile*, Napoli, Jovene, 1943, vol. I, p. 229.

artículo siguiente, de su negativa injustificada a consentir las inspecciones que él ha ordenado y, en general, del comportamiento de dichas partes en el proceso".

Entre nosotros, Couture, varios años antes de redactar su Proyecto, había escrito sobre "el deber de las partes de decir la verdad",⁴³ y después sobre "el precepto *nemo tenetur edere contra se*".⁴⁴ Fue en el primero de esos trabajos donde Couture nos ofreció el antecedente, de verdadero interés para la historia de nuestro derecho procesal, de la Real Cédula de Aranjuez, de 1794, instituyendo el Tribunal del Consulado de Buenos Aires, el cual debía actuar en juicio "a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada".⁴⁵ Un interesante desarrollo de este tema puede encontrarse, con amplia y actualizada bibliografía, en la nueva edición de Alsina;⁴⁶ pero el maestro argentino no puede dejar de llegar a la conclusión de que el artículo 21 de la Ley 14.237, al autorizar al juez para sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe, "no establece reglas para su determinación, ni indica la sanción para el caso de violación de ese deber".

Complemento del estudio sobre el deber de decir verdad es el que se refiere al perjurio. Y Alsina nos señalará⁴⁷ igualmente, y en toda su gravedad, "la falta de sanción contra el perjurio"; aunque "la conducta de las partes en el proceso no puede ser indiferente al juez, y por el contrario éste debe tomarla en cuenta al apreciar la prueba en la sentencia". Este punto de vista de Alsina, que no podemos dejar de relacionar con el texto del artículo 116 del Código italiano, nos obligaría a un amplio desarrollo, que no corresponde a este lugar; pero no podíamos dejar de indicar la relación entre las dificultades de sanción jurídica en general, y el caso específico en que la falta más grave contra la probidad, penetrando en el campo del delito, queda también sin sancionar.

No creemos incurrir en exageración al afirmar que estimamos lógica la postura de quienes niegan en general (y salvo casos específicos como el del segundo inciso del artículo 21 de la Ley 14.237) la existencia de deberes procesales para las partes, contemplando únicamente la posibilidad de sanciones de tipo moral.

IV. Deberes del juez

Bien diferente de la que corresponde a la parte, en cuanto a la existencia de deberes, es la situación del juez en el proceso. Éste sí que tiene, a

⁴³ *Op. cit.*, *supra*, nota 41, vol. III, pp. 235 y ss.

⁴⁴ *Revista de Derecho Procesal*, año I, (1943), primera parte, pp. 53 y ss.

⁴⁵ Véase *Op. cit.*, *supra*, nota 41, en su redacción definitiva, p. 237. Por cierto que la Real Cédula de Aranjuez es citada, y apreciada en todo su valor, por Calogero, *Op. cit.*, *supra*, nota 41, p. 132.

⁴⁶ *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1956, tomo I, p. 487.

⁴⁷ *Op. cit.*, *supra*, nota 46, 2ª ed., Buenos Aires, 1958, tomo III, p. 384.

nuestro entender, deberes y obligaciones procesales. Su actuación es ineludible y exigible.⁴⁸ El juez tiene que actuar de una manera determinada; ha de juzgar. Y no vale decir que en derecho romano el juez podía pronunciar un *non liquet*, y que esto era una forma de *abstención* o de *omisión* de juzgar; nada de eso; el *non liquet* era, para mí, sin discusión, una forma de juzgar; era juzgar que no existían elementos suficientes para absolver ni para condenar; era juzgar que *en el estado de los autos*, no había más remedio que dejar las cosas en suspenso. Después hemos tenido la *absolución de la instancia*, y seguimos teniendo el *sobreseimiento provisional* en no pocas legislaciones; se trata de formas y soluciones que el legislador le ofrece al juez; y que, al ser utilizados correctamente, no colocan al juez al margen de la ley; *non liquet*, *absolución de la instancia*, *sobreseimiento provisional*, tienen un claro parentesco con *absolución por falta de pruebas*, que es una indudable manera de juzgar; lo que varía son las consecuencias, una veces procesales y otras sustanciales, de cada fórmula de juzgamiento. Pero el juez, en estos casos, no está faltando a su deber, no está incumpliendo su deber. Cuando un código dice: "Los jueces no pueden dejar de juzgar..." (artículo 15 del Código civil argentino), o "No es permitido a los jueces negarse a administrar justicia ni retardarla..." (artículo 48 del Código de Procedimientos de la capital), el juez, si existiera un precepto que le permitiera pronunciar un *non liquet*, no estaría faltando a su deber, porque no estaría dejando de juzgar ni negándose a administrar justicia; estaría juzgando y administrando justicia. El incumplimiento de sus deberes se producirá, no por *omisión* ni por *abstención*, que pueden ser legales, sino cuando haya *pasividad*. Vamos a verlo:

a) *Desarrollo del proceso*. Alcalá-Zamora nos dibujó la figura del *juez director* del proceso, no intermedia (a mi entender) sino frente a las del *juez espectador* y *juez dictador*. Pero es evidente que cualquiera de estas figuras de juzgador tiene sus deberes, que serán más o menos amplios. Contemplemos el sistema procesal del *impulso de oficio* frente al sistema del *impulso de parte*. En este último, la pasividad del juez es posible y la parte incurrirá en *negligencia*; pero en el otro, no: será el juez quien deba impulsar, una vez que el litigante ha formulado sus peticiones en virtud

⁴⁸ Díaz, *Op. cit.*, *supra*, nota 14, nos llevará a Cossio para quien "el juez debe juzgar siempre, no porque y cuando el legislador quiera, sino porque es juez, es decir, porque esa es su ontología jurídica" (con cita de *La plenitud del orden jurídico*, 2ª ed., Buenos Aires, 1947, p. 157). En la primera edición, Buenos Aires, 1939, se nos dice (pp. 88-89): "la resolución judicial es un acto ineludible para el juez, en la esfera de lo lícito jurídico, porque nadie puede dejar de actuar de algún modo; sabido es que, en este sentido ontológico, la omisión es ya una manera de obrar"; y, en seguida, "un juez, de hecho, tiene la alternativa de juzgar o de abstenerse de juzgar; pero lo primero es la consecuencia normativa que debe ser, dado el antecedente de ser juez; es decir, en derecho debe juzgar siempre, y debe hacerlo porque es juez y no porque el legislador lo diga". Esto, como juego de palabras, se puede admitir; lo que ocurre es que juez lo es porque el legislador así lo quiere; la función de juzgar le corresponde porque así lo establece la ley. Pero vamos a ver en seguida lo de la omisión y lo de la abstención.

del *principio dispositivo*.⁴⁹ Pensemos también en las *medidas para mejor proveer*, que el juez acuerda exclusivamente de oficio, ya que las partes no deben pedir las ni sugerirlas;⁵⁰ en la prueba de *reconocimiento judicial* que, en nuestros códigos, se puede acordar de oficio dentro del periodo probatorio, independientemente de la posibilidad de acordarlo para mejor proveer; en que las medidas para mejor proveer pueden ser de carácter no probatorio sino netamente procedimental, como cuando, denominándolos así, se acuerdan determinados *trastados*.⁵¹ En estos casos, la libertad, o el arbitrio, del juez funciona hasta el momento de acordar las medidas; pero cesa una vez acordadas, ya que, al acordarlas, nace para el juez la obligación de llevarlas a cumplimiento o de dejarlas sin efecto. Y estamos señalando deberes del juez, de carácter específico, durante la tramitación; nos referimos a ellos, porque su exigibilidad es de naturaleza sencilla, precisamente por lo específico de su obligatoriedad. Pero la intervención obligatoria del juez se produce a lo largo de todo el proceso. Otra cosa son los *deberes* genéricos, que nos encontramos confundidos y mezclados con *poderes*, con *facultades*. Nos basta acudir a los capítulos correspondientes de los proyectos Jofré y Lascano; y veremos un conglomerado de lo que el juez *puede hacer* y de lo que *debe hacer*; pero no ocurre otra cosa en el título v del libro primero del Código italiano (artículos 112 y siguientes) que bajo la rúbrica "De los poderes del juez" reúne el conjunto más abigarrado de poderes y deberes. La solución sólo puede estar, como he dicho en muchas ocasiones, en contemplar como *deberes* los *poderes* y las *facultades* de los jueces. El juez *debe hacer* todo aquello que, pudiéndolo hacer,

⁴⁹ He dedicado algún trabajo a tratar de la *celeridad procesal* (véase, con el título de "Celeridad en los juicios", en *Revista de Derecho Procesal*, año 1952, primera parte, pp. 92 y ss.; reproducido en *Op. cit., supra*, nota 2, pp. 51 y ss.); y he cuidado siempre de señalar la reforma introducida en la Ley de Enjuiciamiento Civil española por el decreto de 2 de abril de 1924, obra del ministro de la dictadura, don Galo Ponte y Escartín; decreto que la Comisión Revisora de la obra legislativa de la dictadura tuvo el buen acuerdo de confirmar. Posiblemente no se ha producido en la legislación procesal civil española una modificación más eficaz que la representada por ese decreto, en cuya virtud la justicia empezó a caminar a paso normal, sin necesidad de sucesivos impulsos (de parte). Con razón pudo decir don Angel Ossorio (*La Justicia*, Buenos Aires, EJE, Breviarios de Derecho, 1961, tomo II, p. 102) que "La jurisdicción civil es rogada, pero de una vez para siempre. Así, desde el momento en que una parte comparezca en autos y pida lo que interesa a su derecho, se entenderá que ha solicitado todo lo necesario al curso del pleito, y los tribunales conferirán traslado y acordarán los trámites de ley sin necesidad de petición alguna, mientras las partes no insten, de común acuerdo, la suspensión del procedimiento".

⁵⁰ Naturalmente que la petición o la "sugerencia" de la parte no puede coartar la libertad del juez, quien podrá tener por no formuladas aquéllas, y acordar las medidas como si las manifestaciones de las partes no se hubieran producido.

⁵¹ Es el caso del del art. 91 del Código de la capital, acordando un nuevo traslado en el trámite de las excepciones dilatorias (que es el utilizado también para los incidentes); o el del art. 496 en el juicio ejecutivo.

conduzca al mejor resultado del proceso.⁵² Pero sin dejar de reconocer que difícilmente el deber es exigible frente a normas genéricas e imprecisas. Por otra parte, no puede olvidarse el principio de responsabilidad de los jueces y de todos los funcionarios que intervienen en el proceso.⁵³

b) *Fin del proceso*. Los deberes más graves del juez son los que se refieren a la resolución definitiva del proceso, a la verdadera función del juzgar. El juez está juzgando a lo largo de todo el proceso; juzga desde el momento en que el litigante se dirige a él presentando su demanda o aun solicitando unas medidas preliminares; es un continuo juzgar; el impulso de oficio no es otro que un juzgamiento sobre la necesidad de que el proceso siga avanzando. Pero la cuestión de fondo o de mérito se juzga cuando llega el momento definitivo, y un *deber* del juez es precisamente no prejuzgarla. Todos los trámites se han seguido; ya no queda más que pronunciar la sentencia; y puede ocurrir que el juez sea negligente en el cumplimiento de sus obligaciones. Entonces los códigos no tienen más remedio que arbitrar alguna solución para evitar esa falta de justicia. Se podrá pedir *pronto despacho* y, si aun así no se consigue que el juez cumpla con su deber, se podrá recurrir en queja ante el superior. La rúbrica del Código reza: "Del recurso de queja por denegación o retardo de justicia", pero es evidente que, como en otros casos de igual denominación, no estamos ante un recurso sino ante un procedimiento para lograr un resultado que se pretende; el juez ha incumplido su deber y se reclama por ese incumplimiento; primero ante él y después ante el superior; es un deber, como hemos repetido, ineludible y exigible; no es un deber vago y genérico, sino bien concreto y específico.

V. *Conclusión: contemplación general del proceso; juez y partes; deberes y cargas*

Como tantos otros, este trabajo busca una explicación al fenómeno del proceso; y la busca a través o mediante el concepto de *carga* que, para mí, encuentra su complemento en el concepto de *deber*. Los sujetos protagonistas del proceso, de ese avanzar, de ese progresar, desde la demanda hasta la sentencia, son el juez y las partes, actuando éstas con libertad y aquél con sujeción, sometidos todos a las normas legales, pero con un sometimiento de diverso signo. En el proceso hay que ajustarse a unas normas y adaptarse a unas formas, porque sin éstas el proceso sería una anarquía; pero las formas no constituyen disminución de la libertad de las partes. En esa unidad que es el proceso; los distintos papeles exigen actuación muy diferente; al juez y las partes se mueven compelidos por

⁵² Véase *Op. cit.*, *supra*, nota 34, p. 158; y múltiples pasajes de mis tres volúmenes *Teoría y Práctica del proceso*, cit.: vol. I, pp. 173, 311; vol. II, p. 69; vol. III, pp. 49, 108, 200.

⁵³ Véase Carnelutti, *Istituzioni del Processo Civile italiano*, 5ª ed., Roma, Soc. Ed. del "Foro Italiano", 1956, pp. 181 y ss.; en la edición en castellano, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1959, vol. I, pp. 298 y ss.

fuerzas bien diversas: la parte formula una *pretensión*, ejercita una *acción*,⁵⁴ utilizando el vehículo de *demanda*; y esto lo hace con absoluta *libertad*; el juez provee a administrar justicia, a pronunciar sobre la *pretensión* a hacer lugar o no a la *demanda*, resolviendo sobre la *acción* ejercitada, actuando con la rigidez de quien está cumpliendo un deber. Pero si ésta es la visión general, forzoso será insistir, contemplando el itinerario procesal, que, como ya hemos dicho en otras ocasiones,⁵⁵ *deber* y *carga* se complementan y se integran. Si uno y otro concepto se explican a base de la idea de *necesidad*, ésta es muy distinta como soporte de una y otro: la necesidad de cumplir una carga no es imperiosa, no es ineludible; es una necesidad dentro de la libertad; no así la necesidad de cumplir un deber. Por eso, y como ya señalamos en la ocasión que acabamos de citar, donde el deber del juez existe y es exigible, desaparece, se esfuma, la necesidad de la carga. Por eso, juez y partes, deberes y cargas, se nos presentan como el conjunto armónico que integra el proceso civil.

⁵⁴ No tiene este trabajo por qué entrar a estudiar estos dos conceptos básicos; preocupado por el problema de la *pretensión*, cuidé de publicar recientemente el trascendental trabajo de Wach sobre la *pretensión de declaración* (en la Colección "Breviarios de Derecho", núm. 53, en traducción del Dr. Juan Semo); el autor que, en nuestro idioma, ha utilizado con mayor intensidad este concepto ha sido, sin duda alguna, el profesor Jaime Guasp; tampoco es de este lugar la determinación de si el concepto de *pretensión* puede hacer perder toda su importancia, en el campo del proceso, al concepto de *acción*.

⁵⁵ "La carga procesal", en *Op. cit., supra*, nota 2, pp. 81 y ss., especialmente p. 107.