

REVISTA DE REVISTAS

DERECHO PROCESAL ..... 531

en la siguiente expresión: “penas, tan pocas como necesarias; ayudas, tantas como posibles” (p. 13). Indica que la espina dorsal del sistema de penas seguirá siendo la pena privativa de libertad, que en la reforma es considerada en forma *unitaria*, es decir, como una sola pena privativa, en cuyo cumplimiento se hacen diferencias atendiendo únicamente a su duración y a la personalidad del condenado.

Son interesantes los porcentajes estadísticos que proporciona el autor del cuadro de penas: cerca del 85% penas de multas, 5% arresto sustitutorio y 10% penas privativas de libertad. Este cuadro de penas en Alemania muestra una clara tendencia a reducir la aplicación de las penas privativas de libertad.

En cuanto a la pena de multa, se introdujo el sistema escandinavo de los días multa, en lugar del antiguo sistema del importe total y para su fijación se deben tomar en cuenta dos extremos: la culpabilidad y la finalidad preventiva, por una parte, y la capacidad económica del inculgado, por la otra.

Las medidas de seguridad privativas de libertad están constituidas por el internamiento en un hospital psiquiátrico, en un establecimiento de deshabitación o de terapéutica social y el internamiento en la custodia de seguridad. Las medidas de seguridad sin privación de libertad son la vigilancia de la conducta —que es una medida de nueva creación—, la privación del permiso de conducir y la inhabilitación.

Concluye el profesor Jescheck que la reforma del Derecho penal alemán representa, tal como está en la nueva redacción del Código penal, un hito en su historia más significativa que todos los anteriores pasos legislativos. En su parte dogmática la reforma recoge los más importantes logros de la jurisprudencia y la doctrina; en política criminal, con el paso de las penas privativas de libertad a las penas pecunarias como clase de pena a imponer más frecuentemente, la reforma “supone el comienzo de una nueva época, tan importante como en su día lo fue el paso de las penas contra la vida y aflictivas a las privativas de libertad” (p. 16).— José OVALLE FAVELA.

## DERECHO PROCESAL

CLARIÁ-OLMEDO, Jorge A. *La excepción procesal*. “Revista de Estudios Procesales”, núm. 26, febrero, 1976, pp. s-40. Rosario, Argentina.

En este excelente ensayo, el destacado procesalista argentino realiza una profunda revisión crítica de las interpretaciones teóricas y del desarrollo

histórico de la excepción, y propone nuevos elementos para una explicación más amplia y sistemática de aquélla, y sobre todo, más coherente con las concepciones abstraccionistas de la acción.

El primer problema que se plantea el profesor argentino es el de la denominación de ese “poder que tiene el perseguido jurisdiccionalmente para objetar el ejercicio y rebatir el contenido de la acción dentro del proceso en el cual se lo demanda o imputa” (p. 5). Entre las expresiones “contradicción”, “defensa” y “excepción”, opta por esta última, por dos razones: por su amplitud o generalidad para captar todos sus posibles contenidos proyectados en el proceso, y por su singularidad para caracterizarla como única frente a la posible pluralidad de contenidos.

Escogida la denominación, el autor precisa su significado: “la excepción es un poder amplio que ejercita quien es demandado presentando cuestiones jurídicas (negativa o afirmativamente) opuestas a las postuladas por el actor con el ejercicio de la acción” (pp. 8-9). La excepción, concebida de esta manera, “tiene por contenido una pretensión jurídica cuyo fundamento se resuelve en la negación o afirmación de hechos o derecho, opuestas al fundamento de la pretensión del actor” (pp. 9-10).

Este concepto de excepción se corresponde estrictamente con el de acción. A éste la define como “el poder de presentar y mantener ante el órgano jurisdiccional pretensiones jurídicas, requiriendo una decisión sobre el fundamento de ellas” (p. 12). De esta manera, es posible sostener que la acción y la excepción se complementan entre sí frente a la jurisdicción. Sin embargo, la homogeneidad de la acción y la excepción en cuanto a su esencia y su destino, no se extiende a la pretensión hecha valer, ya que la del actor y la del demandado tienen significación opuesta, “como el norte y el sur, o los dos extremos de la duda”: “No estamos —advierte— frente a la pretensión del actor y la oposición del demandado sino frente a dos pretensiones opuestas que el tribunal debe considerar para llegar a uno u otro resultado: el acogimiento o el rechazo de la demanda” (p. 15).

Después de referirse a la evolución histórica y conceptual de la excepción, tanto en el proceso civil como en el penal, y de dar cuenta de los problemas que enfrentan las concepciones actuales, Clariá Olmedo examina la variedad de cuestiones que se pueden plantear al ejercer la excepción, entendida en los términos que él propone. Básicamente, el ejercicio del poder de excepcionar puede dirigirse a cuestionar el válido ejercicio del poder de acción (cuestiones procesales) y el fundamento alegado por el actor para el éxito de su pretensión (cuestiones sustanciales). Este deslinde del contenido de las cuestiones, sin embargo, no equivale —como pudiera parecer a primera vista— a la tradicional dis-

tinción entre “excepciones procesales” y “excepciones sustanciales”, que indudablemente obedece a una concepción concretista de la excepción.

Si bien las cuestiones procesales se refieren sólo a hechos relevantes desde el punto de vista de las normas procesales, que impiden la decisión sobre el fondo, las cuestiones sustanciales comprenden no sólo la afirmación de hechos con eficacia jurídica impeditiva, modificatoria o extintiva de la relación jurídica afirmada por el actor, sino también las negaciones simples o calificadas del demandado. Con esta amplitud del significado de la excepción, ésta “aparece realmente como un poder del demandado de controvertir la validez del ejercicio de la acción y el fundamento de la pretensión que con ella se ha hecho valer, cualesquiera sean las cuestiones que la ley permite o tolera plantear” (p. 34).

También resulta muy interesante la clasificación de las cuestiones planteadas en la excepción, que propone el procesalista argentino. Distingue las cuestiones que son contenido de la excepción teniendo en cuenta *el carácter de la decisión perseguida*: “Cuando, coincidiendo con el demandante, el demandado peticiona una resolución sobre el fondo pero favorable a su alegación, se tratará de cuestiones sobre el fondo... En cambio, cuando el demandado postula una decisión sobre si corresponde o no decidir sobre el fondo, pretendiendo negativamente frente a la tácita posición positiva del demandante, se tratará de cuestiones impeditivas de la decisión sobre el fondo, y por ello de resolución previa” (p. 37).

Tanto las *cuestiones sobre el fondo* como las *cuestiones previas* pueden ser, a su vez, subdivididas, teniendo en cuenta *el efecto que el demandado tiende a producir con su alegación*, sea en cuanto al derecho invocado por el actor, sea en cuanto al proceso provocado con la promoción de la acción: “Las cuestiones de fondo comprenden las que producirían o tienden a producir un efecto de rechazo *definitivo* (circunstancias impeditivas, extintivas o modificatorias) o *temporario* (negaciones de la exigibilidad actual) del fundamento de la pretensión del actor” (p. 38). En cambio, las cuestiones previas (impeditivas de la decisión sobre el fondo) pueden ser *perentorias* (cosa juzgada, transacción, prescripción penal y litispendencia absoluta y propia), *desplazatorias* (incompetencia y litispendencia relativa) y *dilatatorias* (pago de costas de un proceso anterior, citación de terceros en la intervención coactiva, beneficio de excusión, arraigo, falta de personería, de capacidad procesal o de carácter).

Como puede observarse, se trata de un nuevo planteamiento coherente y sistemático sobre la excepción, con un enfoque general y unitario, por lo que constituye, sin duda, una valiosa aportación a la teoría general del proceso. Implica un esfuerzo considerable y una reflexión seria, muy sólida, sobre un tema que aún no ha recibido el tratamiento sistemático y

definitivo para el cual, sin embargo, el ensayo excelente de Clariá Olmedo contribuye en forma muy razonable y consistente.—José OVALLE FAVELA.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Los principios procesales de oralidad y de publicidad general y su carácter técnico o político*. "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", 1975, núms. 2-3, pp. 309-336. Madrid, España.

En este interesante ensayo el conocido procesalista español trata de responder a la pregunta de si los principios de oralidad y de publicidad "constituyen tan sólo un sistema *técnico-procesal* o alcanzan la entidad superior de un sistema *político-procesal*". Para dar respuesta a esa interrogante, el profesor de la Facultad de Derecho de Valencia examina previamente los que llama principios de la independencia judicial, del "debido proceso legal", de la "audiencia bilateral", "del plazo razonable" y "las formalidades del juicio", especialmente a la luz de la doctrina y de los textos políticos fundamentales referentes a los derechos humanos.

En relación al principio de la oralidad, el autor aclara que actualmente no puede existir en ningún país civilizado un "proceso puramente oral". Como lo señala Cappelletti, citado por el profesor español, "el problema de la oralidad y de la escritura en el procedimiento se propone como de predominancia y de coordinación, y no de exclusión total". Precisa, además, que el principio de oralidad puede tener un carácter meramente técnico, si no se le vincula y subordina a otros principios, como son los de "adecuación" y "practicabilidad". En este sentido se orientaron, estima, las obras reformadoras de Franz Klein y Adolf Wach.

Al aludir al principio de publicidad en el proceso, el profesor Fairén Guillén distingue las diversas acepciones de este principio (participación de elementos populares en la integración de los tribunales: accesibilidad del local del juicio al público; la publicidad aplicada sólo a las partes, o también a los terceros) y las clases de publicidad (activa y pasiva; absoluta y limitada, y mediata e inmediata). Destaca, más adelante, la importancia que el principio de publicidad tiene para el proceso, como "instrumento de educación popular" (Couture), como medio de control popular de los tribunales (Neuer y Stalev), y sobre todo, como una forma de dotar a los tribunales de *auctoritas* en el sentido romano, es decir, "prestigio, dignidad social, fuerza moral".

En conclusión, para dar respuesta a la pregunta inicial el autor sostiene que "hay que tener en cuenta el principio general de que es inútil —si no nocivo— el crear técnicas sin considerar los fines a que se deben aplicar". De esta manera, afirma que los principios generales de oralidad y

de publicidad, estrechamente vinculados entre sí, “se hallan en la esfera de lo político-procesal mejor que de la simple técnica; ya que uno de los objetivos sociales del proceso —lograr la confianza del pueblo en la administración de justicia— es más difícil de lograr si de tales principios prescindimos”.—José OVALLE FAVELA.

GONZALEZ MONTES, José Luis, *La excepción de compromiso*. “Revista de Derecho Procesal Iberoamericana”, 1975, núms. 2-3, pp. 413-449. Madrid, España.

En este trabajo el profesor de la Facultad de Derecho de Granada procura dar solución a diversos problemas que plantea la “excepción de compromiso”, particularmenté a partir de la Ley española de Arbitrajes de Derecho privado de 22 de diciembre de 1953. Previamente, el profesor González Montes examina la naturaleza jurídica del arbitraje, a la luz de las dos principales teorías: la privatista y la jurisdiccionalista.

En opinión del autor, la solución al problema de la naturaleza jurídica del arbitraje debe buscarse “en la diferenciación sobre la potestad o ‘imperium’ y la ‘auctoritas’, vertientes éstas que pueden distinguirse en la actividad jurisdiccional”. La primera implica la facultad de realizar actos coactivos y la segunda, que “es la que caracteriza en mayor grado la función del Juez”, la de “declarar el derecho”. En consecuencia, “si la función que realizan los árbitros es la de declarar el derecho y es esta la actividad que fundamentalmente caracteriza a la función jurisdiccional, al darle el Estado al resultado de esa actividad —laudo— los mismos efectos de cosa juzgada y ejecutoriedad incondicionada que la sentencia jurisdiccional en aquellas materias que son de la libre disposición de las partes, no creemos que haya de negársele al arbitraje su condición jurisdiccional por el simple hecho de que los árbitros no tengan ‘potestad’ para ejecutar el laudo que dicten” (pp. 427-8).

Una vez definida su posición con respecto al debate sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, el procesalista español da cuenta de algunos de los problemas que plantea la “excepción de compromiso”. Así, analiza las diversas opiniones acerca de la posibilidad de que el efecto negativo de excluir el conocimiento de la controversia sometida a arbitraje, proceda no sólo a causa del compromiso, sino también de la cláusula compromisoria. Después de exponer las disposiciones legales, los criterios jurisprudenciales y la teoría sobre este punto, concluye que “sólo el compromiso otorgado, ya voluntariamente, ya mediante formalización judicial, y la pendencia de esta última, pueden producir el efecto negativo excluyente...” (p. 435).

Por último, González Montes alude al debate sobre si esta "excepción" tiene carácter autónomo, o si es incluíble en la de incompetencia, para inclinarse, por los motivos que indica, por la primera solución.—José OVALLE FAVELA.

PERROT, Roger. *La reforma de los procedimientos civiles franceses*. "Revista Procesal", Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 1975, núms. 4, 5 y 6, pp. 345-367. México, D. F.

En este trabajo, el destacado profesor de "Derecho judicial privado" de la Facultad de Derecho de París expone el contenido y el alcance de algunas de las reformas que se han venido practicando al Código de Procedimientos Civiles francés de 1806, a partir de que se constituyó, en 1669, la Comisión de Reformas a dicho ordenamiento, de la cual es miembro el profesor Perrot. Esta Comisión, que reúne diversos magistrados, abogados, procuradores, profesores, diputados y senadores, tiene por objeto proponer las reformas graduales necesarias para formular un nuevo Código de Procedimiento Civil destinado a reemplazar al de 1806. Estas reformas, conforme a lo previsto por el artículo 34 de la Constitución de 1858, no son de la competencia del parlamento, por lo que se han venido realizando por medio de decretos.

El procesalista francés da cuenta concretamente de tres decretos: *a*) el número 71740, de 9 de septiembre de 1971, que contiene disposiciones llamadas "preliminares", en las que figuran determinados principios generales y las normas aplicables ante el tribunal de primera instancia; *b*) el número 72684, de 20 de julio de 1972, referente a la "acción en justicia" y a los medios de defensa, así como a la audiencia, las resoluciones y la sentencia; *c*) el número 72788, de 28 de agosto de 1972, que concierne a materias muy diversas: los actos procesales y los plazos, el juicio en rebeldía y la ejecución procesal.

En el trabajo que reseñamos, el profesor Perrot estudia particularmente los dos primeros decretos. De esta manera, examina, en primer término, la regulación de los principios relativos a los poderes del juzgador, del principio de la contradicción y del principio de la publicidad. Resulta interesante observar en la reforma procesal civil francesa, que si bien, por una parte, se conserva el principio dispositivo en relación a la introducción de la instancia y a la determinación del objeto del proceso, también, por la otra, relativizando dicho principio, se confieren al juzgador mayores poderes para la dirección y la instrucción del proceso. También es importante advertir que esa tendencia hacia lo que se ha llamado la publicización del proceso, ha ido acompañada, en aparente paradoja de

un deseo de asimilar la función del juzgador a la del árbitro, la del proceso jurisdiccional a la del arbitraje.

Al referirse a la "acción en justicia" y a los medios de defensa, el Director adjunto del Instituto de Estudios Judiciales de París explica que, junto a la demanda tradicional, las reformas han introducido una forma totalmente nueva y sugerente de iniciar el proceso: la demanda conjunta. Esta es presentada por ambas partes, de común acuerdo, y en ella éstas exponen sus respectivas pretensiones y los argumentos invocados para justificarlas. En el estudio del profesor Perrot no se indica, específicamente; si en la demanda conjunta se exponen los hechos también de común acuerdo, ya sea en forma total o parcial, pero es posible pensar que así es, con lo cual se deberá simplificar en muy buena medida la actividad probatoria. La similitud de esta institución con el compromiso arbitral se reafirma, todavía más, si se toma en cuenta que las partes pueden facultar al juzgador para que decida "en equidad".

Otras muy interesantes innovaciones y reformas analizadas por el profesor francés escapan al reducido espacio de esta reseña. Sólo hemos deseado mencionar brevemente algunas de ellas, para mostrar la trascendencia que tiene este muy bien sistematizado estudio, tanto para poder conocer y entender el sentido de la evolución del proceso civil en Francia, como para reflexionar en las reformas que requiere en nuestro propio país.—José OVALLE FAVELA.

VÉSCOVI, Enrique. *Nuevas proyecciones del proceso monitorio uruguayo*. "Revista Procesal", Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 1975, núms. 4, 5 y 6, pp. 89-101. México, D. F.

Con la salvedad del Código de Procedimiento Civil del Uruguay, de 1877, los ordenamientos procesales latinoamericanos no recogieron ni han introducido el proceso monitorio, el cual tampoco fue regulado por las leyes de enjuiciamiento civil españolas de 1855 y 1881. Por esta razón, resulta sumamente interesante conocer el desarrollo y los resultados de esta experiencia uruguaya, que son explicados, en forma amena y clara, por el destacado procesalista de aquel país, Enrique Véscovi, en el artículo que reseñamos.

En un principio, el Código de Procedimiento Civil del Uruguay instituyó el proceso monitorio para tres casos específicos: el "desalojo por mal pagador", "la entrega de la cosa" y "la entrega efectiva de la herencia". El autor advierte que el ordenamiento procesal uruguayo, además de separarse en este aspecto de su modelo —la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855—, se adelantó a su época y mejoró las fuentes,

pues introdujo reclamaciones sobre cosas en general, y no sólo sobre sumas líquidas de dinero, como ocurría en los países del continente europeo que adoptaron este tipo de proceso.

Por otro lado, la evolución del proceso monitorio uruguayo ha sido hacia la ampliación de su contenido. Así, la Ley de Desalojos de 1927 introdujo como proceso tipo de desalojo, el monitorio, y las nuevas leyes de desalojo han ido ampliando su ámbito. En algunas ocasiones, sin embargo, esas ampliaciones han excedido la función de dicho proceso: "Representan, indudablemente, y una vez más —estima—, la tendencia a abreviar los trámites procesales, aún a despecho de ciertas garantías (p. 93).

En el mismo sentido de ampliación, la Ley de promesas de enajenación de inmuebles a plazos de 1937 estableció el proceso monitorio para el caso de falta de pago. Así también, la Ley 13,355 de 1965 convirtió el juicio ejecutivo en proceso monitorio, logrando mayor agilidad en su tramitación.

En conclusión, el profesor Véscovi sostiene que "resulta de sumo interés señalar esta experiencia uruguaya de un proceso quizá poco difundido en el mundo, pero de sumo interés, como medio de acelerar los procedimientos y abreviar los juicios, que, por lo demás, tiene un amplio respaldo práctico" (p. 97).—José OVALLE FAVELA.

Véscovi, Enrique. *Reformas al proceso civil en América Latina*. "Revista de la Escuela de Derecho de Durango", Universidad Juárez del Estado de Durango, núm. 3, enero-junio de 1976, pp. 53-72. Durango, (Dgo.), México.

En esta interesante conferencia sustentada en el Auditorio de la Escuela de Derecho de la Universidad Juárez del Estado de Durango, el conocido procesalista uruguayo expone los antecedentes y las características comunes del proceso civil en América Latina, las tendencias de los nuevos ordenamientos procesales civiles de la región y propone los aspectos fundamentales de un proceso predominantemente oral, más eficiente y justo que el actual.

El autor parte del reconocimiento del atraso de la organización de los tribunales latinoamericanos, cuyos orígenes encuentra en la época colonial. En forma paralela, observa que nuestros ordenamientos procesales civiles, elaborados bajo la influencia de las leyes españolas de enjuiciamiento civil de 1855 y 1881, se vieron marcados por el atraso de dos siglos que estas leyes tenían respecto del derecho procesal positivo europeo. Y aunque ha habido innovaciones y modificaciones en algunos Códigos de corte

moderno, como los de Brasil de 1939 y 1973, el de Guatemala de 1963, el de la Nación de Argentina de 1967, el de Colombia de 1970 y el de Cuba de 1974, estos aún no constituyen la tendencia predominante en la región.

Después de exponer brevemente los principios generales que rigen el proceso civil en Latinoamérica —principio dispositivo, escritura, poderes limitados del juzgador, etcétera—, señala los caracteres esenciales del proceso civil que propone para América Latina, conforme a la doctrina procesal de la región: el predominio de la oralidad, el aumento de los poderes del juzgador y la moralización del proceso, entre otros. Describe, finalmente, los actos y fases procesales fundamentales (proposición escrita, audiencia preliminar, audiencia de prueba y juzgamiento y recursos) del procedimiento ordinario del proceso propuesto.—José OVALLE FAVELA.

### TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

BOBBIO, Norberto. *Uguaglianza ed egualitarismo*. “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, iv serie, vol. LIII, 1976, núm. 3, julio-septiembre, pp. 321-330. Milán, Italia.

El trabajo de Bobbio, que nos ocupa, es su relación presentada al Coloquio del “Institut International de Philosophie Politique” que, sobre el tema de *la igualdad*, se celebró en Niza (Francia) en el mes de septiembre de 1975. El profesor de la Universidad de Turín empieza por señalar la estrecha relación que existe entre la doctrina de la *libertad* y la de la *igualdad*, así como la distinción que hay entre *igualitarismo* e *igualdad*, planteándose a guisa de tema central de su escrito la respuesta a las interrogantes sobre si hay “modos o formas” de igualdad que permitan distinguir una doctrina igualitaria de otra que no lo sea, y, en su caso, cuáles son esos modos o formas.

El motivo básico de la reflexión del célebre jurista italiano lo es el análisis de un texto que, según él, es prototipo de la ideología igualitaria, a saber la *Conspiration pour l'égalité dite de Babeuf*, de Filippo Bounarroti. Hablar de la igualdad en general, sin especificaciones, no tiene sentido; hay que aclarar por lo menos dos aspectos: igualdad entre quiénes y respecto de qué cosa, a las que puede darse cuatro respuestas posibles: a) igualdad de algunos en cualquier cosa; b) igualdad de algunos en todo; c) igualdad de todos en alguna cosa, y d) igualdad de todo en todo. Por consiguiente, “*igualitaria* es toda concepción conforme a la cual es deseable que todos los hombres o miembros de una determinada sociedad sean iguales en todo”; como ideal límite, naturalmente, ya que histórica-