

050736  
UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

# LA SENTENCIA COMO FUENTE DE OBLIGACIONES



## T E S I S

PRESENTADA POR

**CARLOS ARTURO ORTIZ CORNEJO**

PREVIA A LA INVESTIDURA ACADEMICA DE

**DOCTOR**

EN

**JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

345.077  
0772  
1975  
F. V. J. C. S. S.  
E. S. 3

UES BIBLIOTECA CENTRAL



INVENTARIO: 10112179

# UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

## RECTOR:

Dr. Juan Allwood Paredes

## SECRETARIO GENERAL:

Dr. Manuel Atilio Hasbun

# FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

## DECANO:

Dr. Luis Domínguez Parada

## SECRETARIO:

Dr. Pedro Francisco Vanegas

TRIBUNALES QUE PRACTICARON EXAMENES GENERALES PRIVADOS

MATERIAS: CIVILES, PENALES y MERCANTILES.

Presidente:.....Dr. Roberto Oliva

Primer vocal:.....Dr. Mauricio Alfredo Clará

Segundo " :.....Dr. José Guillermo Orellana Osorio

-----oOoOoOoOo-----

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS.

Presidente:.....Dr. Carlos Alfredo Ramos Contreras

Primer vocal:.....Dr. Héctor Mauricio Arce Gutiérrez

Segundo " :.....Dr. Francisco José Barrientos

-----oOoOoOoOo-----

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL.

Presidente:.....Dr. Aristides Augusto Larín

Primer vocal:.....Dr. Javier Angel

Segundo " :.....Dr. Jorge Eduardo Tenorio

-----oOoOoOoOo-----

ASESOR DE TESIS.

Dr. Mauro Alfredo Bernal Silva

-----oOoOoOoOo-----

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS.

Presidente:.....Dr. Francisco Arrieta Gallegos

Primer vocal:.....Dr. Ronoldy Valencia Uribe

Segundo " :.....Dr. Francisco Vega Gómez h.

.....  
-----oOoOoOoOo-----

Como sincero testimonio de mis sentimientos, esta TESIS  
la dedico:

A mis padres:

CARLOS ORTIZ OLMOS

Y

CAERRY CORNEJO DE ORTIZ

Quiēnes representān en mi vida, mis mās  
preciados tesoros,.....con verdadero --  
amor de hijo.

A mis hermanos:

MARIO STANLEY,

SONIA YOLANDA,

CARMEN MIRIAN LISETH y

RICARDO ERNESTO

Con gran amor fraternal.

A mi abuelo:

DR. ARTURO CORNEJO GUERRERO (Q.E.P.D.)

Como un homenaje a su memoria.

.....  
-----oOoOoOoO-----

- I N D I C E -

I INTRODUCCION.		
A) Fuentes de las obligaciones. Concepto.		Pág. 1 y sigts.
B) " formales y fuentes materiales.....	"	6 " "
C) " tradicionales de las obligaciones.....	"	10 " "
II ACTOS JURISDICCIONALES COMO FUENTE DE DERECHOS REALES Y PERSONALES.....		
	"	10 " "
III DEFINICION Y ELEMENTOS DE LA SENTENCIA.		
A) Definición de Sentencia.....	"	12 " "
B) Elementos de la Sentencia: esenciales y de validez.....	"	15 " "
C) Clases de Sentencias.....	"	16 " "
IV NATURALEZA JURIDICA DE LA SENTENCIA.		
A) La Sentencia como acto jurídico.....	"	23 " "
B) " " " " público.....	"	26 " "
C) " " " norma jurídica.....	"	27 " "
D) " " " forma de integración del Derecho.....	"	31 " "
E) La cosa juzgada como una situación jurídica nueva e irrevocable en el orden jurídico.....	"	35 " "
V ASPECTOS DE LA SENTENCIA.		
A) Sentencias ilícitas.....	"	38 " "
B) Caducidad.....	"	41 " "
C) Personas que pueden impugnar la Sentencia.....	"	43 " "
D) Ratificación.....	"	45 " "
VI CASOS EN QUE LA SENTENCIA PUEDE SER FUENTE DE OBLIGACIONES.		
A) Primera serie de casos.....	"	48 " "
B) Segunda. " " " .....	"	51 " "
VII SENTENCIAS CONSTITUTIVAS Y SU PAPEL COMO FUENTE DE DERECHOS.		
A) Sentencias constitutivas.....	"	58 " "
B) " " " como fuente de derechos reales y personales.....	"	61 " "
VIII TEORIAS PRINCIPALES Y ESCUELA SOCIOLOGICA DEL DERECHO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA Y LA SENTENCIA CONSTITUTIVA.		
A) Teoría pura del derecho y la Sentencia como fuente autónoma de consecuencias jurídicas.....	"	63 " "
B) Teoría Ecológica del Derecho y el papel de la Sentencia como forma creadora.....	"	64 " "
C) La Escuela Sociológica del Derecho en los Estados Unidos de Norteamérica y la Sentencia constitutiva.....	"	67 " "
IX CONCLUSIONES.....		
	"	70 " "

## I- INTRODUCCION.

A) Fuentes de las obligaciones. Concepto: Fuentes formales y fuentes materiales.

B) Fuentes tradicionales de las obligaciones.

C) " modernas de las obligaciones.

### A) FUENTES DE LAS OBLIGACIONES. CONCEPTO: FUENTES FORMALES Y FUENTES MATERIALES.

Previamente a tratar los temas propuestos en esta breve introducción, y por ser los mismos afines y estar íntimamente ligados, voy a dar el concepto de fuente y a repetir con los maestros del derecho Alessandri y Somarriva, una definición de obligación.

FUENTE es todo lo que da origen a algo, es el manantial de donde emana, emerge o se origina algo.

OBLIGACION es un vínculo jurídico establecido entre dos o más personas, por virtud del cual una de ellas -el deudor, deudor- se encuentra en la necesidad de realizar en -- provecho de otro -el acreedor, creditor- una prestación. Viene el término del latín: OBLIGARE (obligar), integrado por -- la preposición OB (procedencia, agente) y LIGARE (atar, li-- gar). (1).

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES sólo fueron dos en la -- época clásica del derecho Romano: contractus y delictum, jun-- to a las cuales aparece la clasificación tripartita de las -- fuentes de las obligaciones, añadiendo a las anteriores una

(1) Pbro. Juan Pedro de Andrea. "Diccionario Manual Latino - CASTELLANO".

tercera: la de las obligaciones nacidas de OTRAS VARIAS FIGURAS DE CAUSAS, de otros hechos. Posteriormente se analizaron esos hechos y se constató que tenían pronunciadas analogías o con los contratos o con los delitos.

"LAS INSTITUCIONES" de Justiniano recogió esta evolución y señaló cuatro orígenes de fuentes de obligaciones: ex-contractu, cuasi-ex-contractu, ex-maleficio y cuasi-ex-maleficio; de donde surgieron las cuatro grandes fuentes de las obligaciones: CONTRATO, CUASICONTRATO, DELITO y CUASIDELITO, que a través de la doctrina de Pothier, pasaron al código francés que creó la categoría de las obligaciones QUE SE ORIGINAN SIN CONVENCION, y dentro de las cuales está la ley y las obligaciones nacidas de cuasicontratos, delitos y cuasidelitos.

La teoría Romana de las obligaciones, por obra de Don Andrés Bello pasó del código chileno fuente del nuestro, en el cual, desde 1902, se encuentra una fuente más: las faltas, introducida por reformas de ese año en el Art. 1308 C.

El citado Art. 1308 del código civil enumera las fuentes de las obligaciones, ignorando la sentencia.

Nuestro Código Civil, lo mismo que el chileno, francés, italiano y alemán, no define la obligación; pero en el Art. 1309, señala algunos elementos de ésta cuando dice: --- "Contrato es una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otra u otras, o recíprocamente, a dar, hacer o no hacer alguna cosa,"(1).

(1) Alessandri- Somarriva, "Curso de Derecho Civil", Tomo III, pág. 7.



De una manera similar, antes de expresar los conceptos de fuentes formales y fuentes materiales de las obligaciones, enfocaré a grosso modo, las fuentes de las obligaciones.

Tales fuentes están constituidas por los hechos que las originan, los hechos de donde emanan o nacen. El código civil las enumera en el Art. 1308 al decir: "Las obligaciones nacen de los contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos faltas y de la ley."

De acuerdo con este artículo las fuentes de las obligaciones son seis, e insiste en esto el Art. 2035, al decir: "Las obligaciones que se contraen sin convención nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. -- Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituyen un cuasicontrato. Si el hecho es ilícito y cometido con la intención de dañar, constituye un delito o una falta. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito..".

En los referidos artículos el Código hace la clasificación de las fuentes de las obligaciones adoptando la doctrina tradicional y haciéndose acreedor, por tanto, a una doble crítica, cuando menos:

1- Si reducimos un poco, concluiremos que sólo hay dos fuentes: Contrato y Ley, porque las obligaciones que nacen del cuasicontrato, delito, cuasidelito y falta, son verdaderas obligaciones legales. Lo comprende así el mismo le--

gislador; porque el artículo 567, al definir el derecho personal, dice: "que es aquél que se puede exigir de una persona determinada que ha contraído la obligación correlativa, - por un hecho suyo o por disposición de la ley". Con esta última expresión, reduce a dos, las fuentes de las obligaciones: el contrato y la ley.

2- La otra crítica consiste, en que tal clasificación no contempla nuevas fuentes, nacidas con el avance del derecho, tales como la declaración unilateral de voluntad, - el enriquecimiento sin causa (1) y la sentencia.

Existen muchos hechos jurídicos que son fuentes de obligaciones, y trataré de precisar cuáles son esos hechos. Se advierte, tanto en doctrina como en el derecho positivo, una absoluta insuficiencia en cuanto a la enumeración de los hechos jurídicos que son fuente de obligaciones. Partiendo del derecho romano, podemos señalar grandes etapas. En tal derecho, se distinguieron los contratos, los delitos, las figuras semejantes al contrato y al delito, como fuentes de obligaciones; es decir, de estas cuatro, tenemos, que tres, eran consideradas hechos jurídicos: delitos, figuras semejantes al delito y figuras semejantes al contrato. Estas últimas se clasificaron como hechos jurídicos lícitos; en cambio, los delitos y figuras semejantes al delito, como hechos jurídicos ilícitos.

Los glosadores y los postglosadores, en realidad, no hacen sino crear términos para la clasificación romana,

(1) Alessandri Somarriva. Ob. cit. pág. 22 y 23.

ya no hablaron de figuras semejantes al delito y el contrato, sino de cuasidelitos y cuasicontratos. Por lo tanto se mantiene esa clasificación, y agrupan, en los cuasicontratos, los hechos voluntarios lícitos, principalmente la gestión de negocios y el pago de lo indebido, y, en los delitos y cuasidelitos, todos los hechos voluntarios ilícitos. Se habla ya de la ley como fuente de obligaciones, para refundir en ella todos los hechos no clasificados, y la ley viene a desempeñar el papel de ser una fuente a la cual se mandan todos los hechos o actos jurídicos no comprendidos en la clasificación romana. En la doctrina posterior, se viene repitiendo, casi en sus términos, la clasificación de los glosadores y postglosadores. Posteriormente, a partir del Código Civil francés, se hace ya una clasificación sistemática, distinguiendo contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos. En los códigos modernos, se piensa que existen otras fuentes de obligaciones, unas, desde el punto de vista de los actos jurídicos y, otras, desde los hechos jurídicos. (1).

De lo dicho hasta acá, se infiere fácilmente la existencia de dos clases de fuentes de las obligaciones, como una clasificación general y de mayor ámbito jurídico: --- fuentes formales y fuentes materiales.

Fuentes formales son, entonces, aquellas para cuya elaboración se requiere un proceso de adecuación por la -

(1) Rafael Rojina Villegas, "D. Civil Mexicano" Tom. V, pág. 108 - 110.

autoridad competente. Así, tenemos, que la ley es de incumbencia del Poder Legislativo, principalmente, y la sentencia, del Poder Judicial.

Las fuentes materiales, como su nombre lo indica, se están más a lo substancial del acto y a sus resultados jurídicos o antijurídicos.

#### B) FUENTES TRADICIONALES DE LAS OBLIGACIONES.

El Artículo 1308 de nuestro Código Civil, al cual ya anteriormente nos hemos referido, nos enumera las fuentes de las obligaciones, fuentes que son, precisamente, las tradicionales, las que nos vienen, por tradición, desde las épocas de los romanos, cuyas instituciones jurídicas aún sirven de modelo para la inspiración o perfeccionamiento de los institutos jurídicos modernos de todos los pueblos de la tierra. Esas fuentes son el contrato, el delito, el cuasicontrato, el cuasidelito, las faltas y la ley.

Sería largo para una introducción en el estudio de un distinto tema, tratar detalladamente cada una de estas fuentes, por más que ello sea interesante. No obstante, y siguiendo al gran jurista mexicano, Rojina Villegas, me referiré a un elemento común, base para las distintas clasificaciones, la culpa contractual, fuente de obligaciones.

Comunmente se entiende que existe culpa contractual

cuando se falta al cumplimiento de una obligación nacida de contrato; pero, como a su vez, se define la culpa extracontractual como aquella conducta ilícita que causa un daño por dolo o negligencia, sin que previamente exista una relación jurídica entre la víctima y el responsable (delitos y cuasidelitos civiles), lógicamente quedan fuera de clasificación aquellos casos en los que se falta al cumplimiento de obligaciones preconstituídas, pero, que no han nacido de un contrato, como sería la hipótesis de incumplimiento de las distintas obligaciones que en el derecho nacen de la declaración unilateral de voluntad. - Por ello, se amplía el concepto de culpa contractual a todos aquellos casos de incumplimiento de obligaciones preconstituídas, cualquiera que sea la fuente de donde deriven, respetando el concepto tradicional de culpa aquiliana o extracontractual, para referirla a delitos y cuasidelitos civiles.

La culpa contractual en sentido lato se extiende al incumplimiento de toda obligación preconstituída. Impropiamente se dice culpa contractual, porque evoca la idea de que es el incumplimiento de una obligación contractual; pero en realidad, todo incumplimiento de una obligación preconstituída comprende el hecho ilícito. La razón de este término inadecuado se debe a que es en las obligaciones contractuales en donde generalmente se determina el -

monto de la obligación, su fecha de exigibilidad y la pena por incumplimiento, llamada cláusula penal o convencional de daños y perjuicios, dado que el contrato, a través de sus diversas estipulaciones, puede ir precisando estos datos. En los casos de incumplimiento, la responsabilidad del deudor, según vamos a ver, es una responsabilidad distinta de la primitiva. De aquí que el incumplimiento sea fuente de obligaciones, porque va a crear nuevas consecuencias jurídicas. Pero no sólo el contrato es la única fuente jurídica de cuyo incumplimiento se desprende, ipso facto, una responsabilidad civil. En la actualidad, la declaración unilateral de voluntad, por ejemplo en la oferta al público, en la promesa de recompensa, en la estipulación en favor de tercero, se presenta también las condiciones de exigibilidad de una deuda y, por lo tanto, su incumplimiento puede traducirse en una responsabilidad civil que originará una obligación distinta, por cuanto que el monto de ella será diferente del de la primitiva obligación.

En las otras fuentes de obligaciones se requiere, -- que, primero, las partes se pongan de acuerdo para fijar el monto de la deuda y sus condiciones de exigibilidad, -- para que después en caso de incumplimiento de la obligación ya preconstituida, podamos decir que hay una culpa contractual, es decir, el hecho ilícito del incumplimiento.

to. Si no hay ese convenio previo, las fuentes de las obligaciones extracontractuales crean generalmente controversias; en la responsabilidad por hecho ilícito por ejemplo. No se puede decir, pues, que primero se crea una obligación cuyo monto sea indiscutible, consistente en pagar cierta suma, porque es eso lo que está por dilucidarse. Tampoco puede afirmarse, que, si no se paga la suma exigida inmediatamente, se incurra en un nuevo hecho ilícito, creándose otra obligación distinta, que sería, además de la prestación primitiva, la relativa a los daños y perjuicios causados. Este doble proceso no puede realizarse tratándose de fuentes extracontractuales, justamente porque si el deudor se niega a pagar, es porque pone en tela de juicio su responsabilidad. La culpa contractual es culpa en el incumplimiento de cualquiera obligación que ya está definida, bien sea por su fuente misma, contrato, declaración unilateral, sentencia, o por la ley. En el enriquecimiento ilícito, en la gestión de negocios y en la responsabilidad objetiva, se presenta el mismo problema. Si hay discusión en cuanto a la existencia misma de la obligación o en su cuantía, no podemos decir que el deudor incurra en incumplimiento por no pagar, porque se está discutiendo el derecho del acreedor. En cambio, en la obligación contractual o en la que nace de la declaración unilateral de voluntad, sí se precisan las condi-

ciones mismas del crédito, su exigibilidad, su cuantía, -- etc., y, respecto de ella, sí podemos decir que el deudor incurre en un hecho ilícito especial, al no cumplir en el plan estipulado, o bien en el que señala la ley para las obligaciones de dar o de hacer. En dichas obligaciones -- sí tenemos base para decir, con certeza, que el derecho del acreedor, para reclamar daños y perjuicios, se hace exigible en el momento en que el deudor falte al cumplimiento. Aclarando lo anterior, debemos entender por culpa contractual en sentido lato, todo incumplimiento de cualquier obligación contractual o extracontractual ya preconstituida en la que, por su naturaleza misma, puede determinarse, ipso facto, responsabilidad del deudor. (1).

#### C) FUENTES MODERNAS DE LAS OBLIGACIONES.

En lo tratado hasta acá, sobre las fuentes de las obligaciones, se ha visto que, además de las enumeradas -- por nuestro código, las cuales como hemos ya estudiado de sabor romanista, existen otras fuentes que, en el transcurso de los tiempos y con los avances del derecho, se han venido descubriendo, como el enriquecimiento ilegítimo, la declaración unilateral de voluntad y la sentencia. Tendríamos, entonces, como fuentes modernas, para hacer una enumeración más completa: contrato, actos ilícitos, enriquecimientos ilegítimos, declaración unilateral de voluntad, la ley y la sentencia. Esta última fuente es el -

(1) Rojina Villegas, Ob. cit. pág. 145-148.



objeto a tratar en este trabajo y, hacia ella, dirijo el esfuerzo en los numerales siguientes.

## II ACTOS JURISDICCIONALES COMO FUENTE DE DERECHOS REALES Y PERSONALES.

Los actos jurisdiccionales son indiscutiblemente -- fuentes de obligaciones y de derechos reales. Pero la -- doctrina civilista no ha tomado en cuenta esa forma constitutiva de tales derechos, repitiendo las fuentes que -- incompletamente mencionan los códigos civiles, para el -- caso que nos ocupa nuestro Art. 1308 C., cuyo tenor literal es el que sigue: "Las obligaciones nacen de los contratos, cuasicontratos, delitos o cuasidelitos, faltas y de la ley". Lo mismo se observa en la clasificación de -- las fuentes de las obligaciones (Art. del 1310 al 1314 -- C.), dado que se omite referencia a los actos jurisdic-- cionales.

La autonomía de los actos jurisdiccionales es importante para investigar si todos ellos crean derechos reales o personales, y podemos mencionar, como tales, a la sentencia, al embargo, el remate y la adjudicación judicial.

En el mismo derecho procesal no se han formulado estudios especiales para destacar, en esos actos, su aspecto de fuentes de derechos reales o personales.

Conviene estudiar la **sentencia** como acto jurídico y

como norma jurídica, pues, en ambos aspectos, crea, bajo ciertas condiciones, derechos reales o personales.

Si se considera como acto jurídico, entra en la clasificación general de los actos públicos o estatales, que comprenden los legislativos, los administrativos y los jurisdiccionales; si, como norma jurídica, presenta, según lo demuestra Kelsen, en cita que hace al respecto Rojina Villegas (1), todas las características de las normas jurídicas, sólo, que cabe diferenciar éstas, en normas generales y normas individualizadas.

El carácter de la sentencia como norma heterónoma, bilateral, externa y coercible, así como su naturaleza individualizada al determinar formas de conducta concreta, respecto de los litigantes, nos permite investigar su fuerza creadora en materia de derecho patrimoniales, tanto personales como reales.

### III DEFINICION Y ELEMENTOS DE LA SENTENCIA.

A) Definición de sentencia.

B) Elementos de la sentencia: esenciales y de validez.

C) Clases de sentencias.

#### A) DEFINICION DE SENTENCIA.

Alfredo Rocco define así la sentencia: "El acto por el cual el Estado por medio del órgano de la jurisdicción destinado para ello (juez), aplicando la norma al

(1) R. Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. Tomo V, pág. 175.

caso concreto, indica aquella norma jurídica que el derecho concede a un determinado interés. (1).

Rafael Rojina Villegas dice: "La sentencia es un acto jurídico en virtud de que constituye una manifestación de voluntad con el objeto de producir consecuencias de derecho". (2).

Dice, Alfredo Rocco, que, "según la opinión más difundida, la sentencia, juicio lógico y acto de voluntad del juez, se diferencia del juicio de un simple particular en que, aquél representa un órgano del Estado; y, según otra opinión, en la sentencia no hay ninguna declaración de voluntad del juez, que en un juicio lógico, aplica la norma al caso concreto, y, que en la sentencia, es la de la ley la voluntad declarada".

El, por su parte, cree que es el juicio lógico el elemento esencial de la sentencia, pues puede faltar el acto de voluntad en algunas sentencias, lo que no significa que niegue la concurrencia de ese elemento; pero "es la voluntad del Estado, dice, en el ejercicio de la función Legislativa, traducida en forma concreta por obra del juez; que en esto no hay ciertamente obra de la voluntad, sino sólo de la inteligencia, del juez". (3).

Sobre el particular, no obstante el respeto que desde luego, merece toda opinión, considero, en mi humilde

(1) Ugo Rocco. "Derecho Procesal Civil". Págs. 232-233-249 y 250.

(2) Obra citada.

(3) Obra citada. Págs. 52 a 55.

criterio personal, más fundada la tesis que sustenta el ilustre procesalista Alfredo Rocco, ya que, a mi modo de ver, en la sentencia, no hay ninguna manifestación de voluntad del juez, sino más bien se trata de aplicar la norma previamente establecida al caso concreto, y al aplicar la (el juez), no exterioriza su voluntad, sino la del Estado.

"Conviene tener presente que, con el término sentencia, se indica conjuntamente dos cosas: a) un acto jurídico procesal, y b) el documento en que él se consigna.

Como acto, la sentencia es aquel que emana de los agentes de la jurisdicción, y, mediante el cual, deciden la causa o puntos sometidos a su conocimiento. Como documento, la sentencia es la pieza escrita, emanada del tribunal, que contiene el texto de la decisión emitida. El contenido y la función de la sentencia son el contenido y la función de la jurisdicción.

Para el procesalista uruguayo Don Eduardo J. Couture, la sentencia, al mismo tiempo que un hecho y un acto jurídico, es un documento, elemento material, indispensable en un derecho evolucionado, para reflejar su existencia y sus efectos hacia el mundo jurídico" (1).

Nuestro código de procedimientos civiles da un concepto de sentencia, en el Art. 417, cuyo tenor literal es el siguiente: "Sentencia es la decisión del Juez so--

(1) Eduardo J. Couture. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Págs. 277 y 289.

bre la causa que ante él se controvierte. Es interlocutoria o definitiva".

B) ELEMENTOS DE LA SENTENCIA:

1- ESENCIALES:

- a) Manifestación de voluntad;
- b) Objeto;
- c) Reconocimiento;
- d) Consecuencias.

2- DE VALIDEZ:

- a) Competencia del Juez;
- b) Formalidades.

La sentencia se rige por las normas de todo acto jurídico, y, así, habrá en ella elementos esenciales y de validez para que pueda, como acto jurídico válido y existente, producir consecuencias de derecho y crear obligaciones, siendo esto un problema propio del derecho procesal.

Cuando nos referimos a la manifestación de voluntad la del Estado, tal como expliqué anteriormente, como elemento esencial de la sentencia, esa manifestación de voluntad se subordina al derecho objetivo, que puede crear, modificar o suprimir consecuencias del derecho. Las lagunas del derecho obligan al juez a resolver lo no previsto.

El objeto, como elemento esencial de la sentencia,-

según mi criterio, consiste en la declaración, creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones.

El elemento, reconocimiento, alude a lo que la norma debe hacer de la manifestación de voluntad y del objeto o consecuencia del acto jurídico.

En los contratos se habla de capacidad; en la sentencia, de competencia del juez. La incompetencia es motivo de nulidad.

En el mismo sentido que en derecho civil, se habla de, formalidades, en la sentencia. Las formalidades son exteriores e internas. Entre las primeras, está la fecha y firmas del juez y secretario, o del magistrado. Faltando un elemento de éstos, se tiene un vicio en la sentencia. Las internas son de contenido.

Por costumbre, se consideran formalidades, los resultados y los considerandos. Son también formalidades, las premisas claras y el análisis de los puntos cuestionados.

### c) CLASES DE SENTENCIAS.

Para desarrollar este punto, considero necesario referirme, en primer término, a la eficacia de la sentencia en relación con el proceso, para luego, explicar el derecho sustancial o material que en ellas se pone en vigor.

En tal virtud, tenemos que, en el transcurso de un juicio, el juez puede resolver cuestiones de simple impulso procesal; puede, asimismo, resolver cuestiones incidentales que surjan en el desarrollo de la instancia; puede, por último, poner fin al juicio, decidiéndolo en forma definitiva. Esas distintas decisiones toman, en los países de derecho escrito, como el nuestro, el nombre de: mere-interlocutorias, interlocutorias, simples y con fuerza de definitivas o sea las que producen daño irreparable o de difícil reparación por la definitiva, Art. 984 Inc. 2 Pr.) y definitivas.

Ahora bien, todas esas resoluciones adquieren un nombre que les es común: "providencias". Este vocablo deriva de proveer, suministrar, acceder, conceder. El juez provee a las peticiones de las partes, suministra, concede lo que está en sus manos otorgar. Pone algo que es suyo, que es la voluntad, mediante la cual, el juicio llega hasta su destino.

Esta colaboración a expensas de la voluntad jurídica del juez se dispensa tanto en las resoluciones de mero trámite, como en las interlocutorias, como en las definitivas. El juez no es menos juez cuando dicta una resolución mere-interlocutoria o de simple trámite, que cuando dicta una resolución o sentencia definitiva.

La función jurisdiccional se desarrolla tanto a ex

pensas de unas como de otras.

Siguiendo este lineamiento nuestro Código de Procedimientos Civiles, en el Art. 418 dice así: "Sentencia interlocutoria es la que se da sobre algún artículo o incidente surgido en el juicio. Definitiva es aquella en que el Juez, concluido el proceso, resuelve el asunto principal, condenando o absolviendo al demandado. Las sentencias interlocutorias se llaman también autos". Art. 419 Pr. " Las otras providencias que expide el Juez en el curso de la causa se llaman decretos de sustanciación".

La clasificación de las resoluciones judiciales, como mere-interlocutorias, interlocutorias, y definitivas tiene, como criterio de orientación, la eficacia de la sentencia con relación al proceso.

Pero cuando se trata de determinar los distintos tipos de sentencia, en consideración al derecho sustancial o material que ellas ponen en vigor, tenemos que la clasificación se divide en otros tipos o clases de sentencia:

- a) Sentencias declarativas,
- b) " de condena,
- c) " constitutivas y
- d) " cautelares.

a) Sentencias declarativas.

Las sentencias declarativas, o de mera declaración, tienen por objeto la pura declaración de la existencia -



de un derecho.

Hay que tomar en cuenta que todas las sentencias -- contienen una declaración del derecho como antecedente -- lógico de la decisión principal, sólo que las sentencias de mera declaración no van más allá de esa declaración.

Según la doctrina, son ejemplos de sentencias declarativas: las que establecen la falsedad de un documento, la inexistencia de una obligación, la jactancia. En general, la doctrina admite que todo estado de incertidumbre jurídica, que no tenga otro medio de solución que el de un fallo judicial, justifica una acción de mera declaración y una sentencia de esta naturaleza.

b) Sentencias de condena.

Son aquellas que imponen el cumplimiento de una -- prestación, ya sea en sentido positivo (dar, hacer), ya sea en sentido negativo ( no hacer, abstenerse).

Surge esta clase de sentencias de las numerosas -- circunstancias del comercio jurídico: lesiones del derecho ajeno, ( responsabilidad civil, pérdida de la propiedad, privación de herencias, etc.); incumplimiento de una obligación mediante omisión del deudor ( insatisfacción de los derechos del acreedor, falta de pago, etc.); como consecuencia de acciones por parte de aquellos que se han comprometido a abstenerse ( obligación de no hacer tal propaganda, obligación de no implantar cierta in

dustria, etc.)

Generalmente, la condena se traduce en imponer al obligado el cumplimiento de la prestación, en obligarlo a que se abstenga de realizar los actos que se le prohíben, o simplemente, en deshacer lo que haya realizado.

Hay que reconocer que la sentencia de condena, en sí, son las de más extenso campo de acción en la actividad jurisdiccional, pero, sin excluir, desde luego, las otras formas de tutela jurídica: las sentencias declarativas primeramente expuestas en este trabajo, las constitutivas y las cautelares.

c) Sentencias constitutivas.

Son aquellas que, sin limitarse a la mera declaración de un derecho y sin establecer una condena al cumplimiento de una prestación, crean, modifican o extinguen un estado jurídico.

En doctrina se considera que la sentencia constitutiva es una especie particular dentro del género de las sentencias y que forman parte de este tipo de sentencias aquellas, cuyos resultados no pueden obtenerse, ni por mera declaración, ni por una condena.

Estas sentencias crean, a veces, estados jurídicos nuevos; otras veces, deparan defectos jurídicos, de tal índole, que no podrían lograrse sino mediante la colaboración de los órganos jurisdiccionales (divorcios, separa-



ciones de bienes, etc.)

d) Sentencias cautelares.

Indistintamente se les llama providencias cautelares, medidas de seguridad, medidas precautorias, medidas de garantía, etc.

En cuanto atañe a su carácter, dentro de la clasificación tradicional de las sentencias, hay que establecer que la providencia que concede tal medida puede ser, indistintamente declarativa, de condena o constitutiva.

Las medidas cautelares tienen un contenido eminentemente preventivo: no juzgan, ni prejuzgan el derecho del peticionario. Se limitan a lo necesario para evitar males ciertos y futuros, o como se dice, en una frase -- feliz del procesalista Calamandrei: " para evitar que la justicia, como los guardias de la ópera bufa, esté condenada siempre a llegar demasiado tarde...." (1). Como ejemplos concretos de sentencias cautelares tenemos en -- nuestro Código de Procedimientos Civiles, el decreto de embargo, sentencia interlocutoria eminentemente cautelar, así se deduce de la lectura del Art. 594 - Inc. 1.º cuyo tenor literal es el que sigue: "El Juez, reconocida la -- legitimidad de la persona y la fuerza del instrumento, a -- gregará éste desde luego, sin citación contraria, e in-- mediatamente decretará el embargo de bienes del ejecuta-- do y librará el mandamiento respectivo, aun antes de ha--

(1) Calamandrei, Introducción, cit. pág. 140.

cer saber a las partes de esta providencia...".

Otros casos, desde el punto de vista del derecho registral y que pueden calificarse como providencias o medidas cautelares, están contemplados en el Art. 719 C., cuyo tenor literal me permito transcribir a continuación:

Art. 719 C. "Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos, en el Registro público correspondiente:

1- El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles, la constitución de cualquier derecho real, la declaratoria de nulidad de un instrumento relativo al dominio de bienes raíces, la cancelación de una inscripción en el Registro de la Propiedad, o el que demandare ejecutivamente el otorgamiento de una escritura de traspaso de dominio de bienes inmuebles o de la constitución de un derecho real.

El Juez no podrá ordenar la anotación preventiva en cualquiera de los casos anteriores, si no se le presenta instrumento inscrito que se refiera directamente a los inmuebles o derechos demandados, salvo que el instrumento, según el Art. 717, no exija el requisito de la inscripción;

2- El que presentare en el oficio del Registro, algún título cuya inscripción no pueda hacerse por falta de formalidades legales; y

3- El que en juicio ejecutivo, de quiebra o de concurso, obtuviere el embargo de bienes raíces inscritos a favor del deudor; y

4- El que no pueda obtener inscripción definitiva por oposición de parte en el caso del Art. 696". (1).

#### IV- NATURALEZA JURIDICA DE LA SENTENCIA.

- A) La sentencia como acto jurídico.
- B) " " " " público.
- C) " " " norma jurídica.
- D) " " " " de integración del Derecho.
- E) La cosa juzgada como una situación jurídica nueva e irrevocable en el orden jurídico.

#### A) LA SENTENCIA COMO ACTO JURIDICO.

Atendiendo a la naturaleza jurisdiccional del acto, existen en la sentencia los elementos esenciales de todo acto jurídico, como son: la manifestación de voluntad --- (Arts. 1416 - 1438 C.); el objeto, o sea la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones ( Arts. 1331 - 1419 - 1424 y 1426 C.), y el reconocimiento que la norma debe hacer de la manifestación de voluntad y del objeto o consecuencia del acto jurídico.

"La sentencia es al mismo tiempo, un hecho, un ac--

(1) Datos tomados de Eduardo J. Couture. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Pág. 314 a 327.

to jurídico y un documento" (1). Es un hecho, en cuanto constituye en sí misma un suceso, un acontecer humano, - que produce un nuevo objeto jurídico no existente antes de su aparición.

Pero, la manifestación de voluntad en el acto jurídico, no es absolutamente libre, sino que debe subordinarse a los términos y límites impuestos por el derecho objetivo, en un momento dado; derecho, que puede cambiar y reconocer consecuencias que antes no existían, o bien, suprimir o modificar las ya existentes. Al violar este derecho, el Juez, con su sentencia, ejecutaría un acto ilícito que jurídicamente no debe producir efectos.

El perjudicado, utilizando los recursos que el sistema le concede, podrá reparar las violaciones, logrando la modificación o revocación del fallo.

La labor interpretativa o de integración del derecho, por parte del Juez, que exterioriza la voluntad del Estado, en las sentencias, tiene un aspecto creador.

Las lagunas del derecho obligan al juzgador a resolver el caso imprevisto, para lo cual, la interpretación es del todo inconducente.

Es un acto jurídico, porque el hecho está impulsado por la voluntad y se halla dotado de determinados efectos jurídicos que se proyectan, o sobre el proceso en que se dicta, o sobre el derecho que en él se dilucida.

(1) Eduardo J. Couture. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil" pág. 277.

Es un documento, porque registra y representa una voluntad jurídica.

"El acto es una especie de hecho, dominado por la voluntad jurídica. La voluntad de uno de los sujetos, transforma al hecho lícito en acto jurídico" (1).

"Hecho jurídico es todo hecho que el derecho atribuye el nacimiento, la modificación o la extinción de las relaciones jurídicas.

Los hechos jurídicos se clasifican en, hechos naturales, y en, hechos jurídicos voluntarios (actos jurídicos).

Una distinción ulterior es la que separa los actos jurídicos ilícitos. Y una última distinción concierne a los hechos jurídicos voluntarios, y es la que media entre actos jurídicos en sentido estricto, y negocios jurídicos, estos últimos se distinguen, en negocios jurídicos unilaterales, y en negocios jurídicos bilaterales.

Sin embargo la doctrina, no siempre se muestra conforme con tales distinciones.

En el campo del derecho procesal civil, distinguimos también dos grandes categorías de hechos jurídicos procesales. Son éstos, aquellos acontecimientos procesales, o aquellas circunstancias de hechos relevantes, a las cuales, el derecho vincula efectos jurídicos procesales. Distínguense, como dije anteriormente, en hechos ju

(1) Eduardo J. Couture. Ob. citada.-

jurídicos procesales involuntarios ( o naturales) y hechos jurídicos procesales voluntarios ( o actos jurídicos procesales)".

"Así, pues, todos los actos procesales no pueden ser sino, o manifestaciones de voluntad ( acciones y ~~o~~ omisiones) jurídicamente permitidas, o autorizadas, constitutivas del ejercicio de un particular derecho subjetivo (derecho de acción); o manifestaciones de voluntad (acciones u omisiones) jurídicamente obligatorias, y que constituyen el cumplimiento de una obligación jurídica (obligación de las partes de ejecutar ciertos actos procesales).

Estas manifestaciones de voluntad que son, casi -- siempre, declaraciones de voluntad, en cuanto se enderezan a personas o a sujetos determinados ( elementos que faltan en la manifestación), pueden todavía distinguirse, según el contenido de las declaraciones de voluntad, y de los efectos jurídicos que éstas producen" (1).

#### R) LA SENTENCIA COMO ACTO JURIDICO PUBLICO.

El acto jurídico se denomina privado, cuando se ejecuta exclusivamente por y entre particulares. El acto jurídico es público o estatal, cuando se realiza por uno o varios órganos del Estado. De este punto de vista, son actos públicos, el legislativo, el administrativo y el jurisdiccional; pero los dos últimos pueden ser, mixtos,

(1) Ugo Rocco. "Derecho Procesal Civil" Págs. 232-233-249 y 250.



cuando en su celebración hay intervención simultánea de uno o varios órganos estatales y uno o varios particulares.

La sentencia es, exclusivamente, un acto público o estatal, porque se ejecuta por el Juez, por el tribunal, y no participan en su elaboración los litigantes. El embargo y el remate, son actos jurisdiccionales de carácter mixto: el Juez dicta la orden de embargo, el actuario lo ejecuta e intervienen los particulares: ejecutante, ejecutado y depositario. La concesión es acto administrativo mixto: intervienen, uno o varios órganos del Estado y el concesionario.

#### C) LA SENTENCIA COMO NORMA JURIDICA.

SI OBSERVAMOS detenidamente el ordenamiento jurídico, notamos que hay preceptos jurídicos que tienen una materia y un ámbito puramente concretos y singularizados (regulación jurídica de la compraventa), y encontramos, también, otros de una mayor singularización y concreción (sentencia judicial y resolución administrativa), en las cuales, se manda nominativamente, con plazo determinado, una cierta prestación o consecuencia.

Cito palabras textuales de Rafael Rojina Villegas, y que, con relación al tema que ahora enfoco, dicen así: "La sentencia es una norma jurídica individualizada que tiene todos los caracteres esenciales de las normas jurídicas; es decir, es bilateral, heterónoma, externa y coercible. No sólo existen las normas jurídicas generales, --

(1) R. Rojina Villegas. "Derecho Civil Mexicano" To. V, - Pág. 236.

llamadas leyes o reglamentos, sino también las normas jurídicas individualizadas, como las sentencias, las resoluciones administrativas, los contratos, los convenios y testamentos. Kelsen ha insistido mucho en la existencia de estas normas jurídicas individualizadas.

La sentencia como norma jurídica es el tipo de normas coactivas". (1).

En el siglo XIX, se sostuvo, que la sentencia judicial se explicaba como un silogismo, en el cual, la premisa mayor estaría representada por la norma jurídica general (ley, etc.); la premisa menor, por la constatación de los hechos relevantes, y la conclusión, por el fallo. (Esta tesis ha recibido el nombre de concepción mecánica de la función judicial).

Uno de los adversarios de esta doctrina, ha sido Kelsen, citado por L. Recasens Siches (2). Kelsen ha puesto en evidencia, que las normas individuales de la sentencia judicial y de la resolución administrativa, son tan Derecho como las normas generales, porque, al igual que éstas, aquellas forman parte del orden jurídico total, y ha puesto, además, en evidencia, que las normas individuales de la sentencia judicial y de la resolución administrativa, no constituyen una mera deducción lógica de la norma general, sino que aportan algo no contenido en ésta, a saber: las calificaciones y determinaciones individua-

(1) R. Rojina Villegas. "Derecho Civil Mexicano" To. V, - Pág. 236.

(2) Luis Recasens Siches. "Tratado General de la Filosofía del Derecho". Págs. 218-313 a 321.

les que no están ni pueden estar especificadas en la norma general.

Además, tenemos, que la norma no puede ser un silogismo, ya que es necesario que el órgano jurisdiccional determine cuál es la norma aplicable al caso planteado; pero, no podría determinar primero la norma aplicable a unos hechos, si antes, no se ha calificado, en alguna medida, esos hechos desde el punto de vista jurídico, y, no se podría calificar jurídicamente esos hechos, si al mismo tiempo, no se tiene, a la vista, el enfoque que de los mismos se sigue de acuerdo con lo establecido en la norma general; es decir, que la constatación de los hechos, junto con su calificación jurídica y el hallazgo de la norma aplicable a éstos, constituyen momentos inseparables y esencialmente ligados de modo recíproco.

Además, esos dos momentos están, también, recíprocamente vinculados a la anticipación mental del fallo, pues, es la representación previa de los posibles fallos, lo que sirve simultáneamente de guía para la constatación y calificación de los hechos y para la averiguación de la norma aplicable. La norma general suministra las directrices para que en aquellos casos el órgano jurisdiccional elabore la norma jurídica concreta o individualizada y el jurista está obligado a obedecer esa pauta que dan las normas generales; pero ninguna norma general cons

tituye una norma completa, es decir, susceptible de ser aplicada, directamente y de un modo ejecutivo, a las situaciones concretas de la vida, que esa norma general trata de cubrir. Para que una norma general pueda ser aplicada a unas relaciones sociales, es necesario tender un puente entre la generalidad de la norma y la particularidad del caso concreto.

Las normas generales contenidas en las leyes y reglamentos, son solamente uno de los ingredientes, con los cuales se van a elaborar las normas jurídicas perfectas, que son las individualizadas en los fallos y resoluciones jurisdiccionales. Esto no significa, de ninguna manera, menoscabar el alto rango y papel decisivo que ese ingrediente tiene y debe tener.

Significa que la norma general nunca es derecho ya directamente aplicable. El derecho aplicable directamente, el dotado de fuerza ejecutiva, de impositividad inexorable, es el contenido en las sentencias, resoluciones administrativas y órdenes o mandatos inapelables de los agentes de la autoridad.

Recopilando, tenemos, que de ordinario la mente del juez, primero, anticipa el fallo que considera pertinente y justo, luego, busca la norma que pueda servir de base para esa resolución, y da a los hechos la calificación adecuada, pero esto, dentro de un proceso men

tal unitario y dentro de una sola figura o estructura de ideas, también con sentido unitario. Por eso, concluyo -- en que la sentencia constituye un acto mental indiviso, -- un todo conjunto, con tres cosas o tres lados, de modo -- que ninguno de ellos tiene sentido, por sí mismo, separado de los otros dos.

La errónea concepción, que de la función judicial prevaleció en el siglo XIX, se debió a la equivocada tarea de conocimiento, y a haber olvidado que, en realidad, consiste en una faena de valoraciones de actos -- de voluntad, complementaria de la realizada previamente por el legislador (el legislador dicta normas porque estima que los efectos serán buenos.).

#### D) LA SENTENCIA COMO FORMA DE INTEGRACION DEL DERECHO.

La sentencia es término puramente procesal. A propósito me refiero a ella en este lugar, donde hago alusión al proceso. Este es la garantía de los derechos -- individuales, y culmina en la sentencia, que establece, -- en un conflicto de intereses, de parte de quien está el derecho, haciendo nacer obligaciones para la parte perdedora.

El aspecto creativo, o la calidad de fuentes de obligaciones de la sentencia, es rechazado por algunos autores, a la vez que sostenido y defendido por otros, --

los más, entre los que puede citarse a Kelsen, Couture, Kisch, Carnelutti y Rojina Villegas que se refieren, en la obra antes citada, tanto a los unos como a los otros.

Como queda dicho, en este trabajo, sigo los lineamientos de Rojina Villegas, procurando resumir, lo más y más claro posible, su exposición, adaptándola al plan que me he trazado y buscando las concordancias, --- cuando esto sea posible, de la doctrina ahí expuesta con los artículos pertinentes de nuestro Código Civil.

Los juristas distinguen la labor interpretativa del juez, de la función creadora que realiza, al integrar el derecho, cuando existen lagunas.

"La plenitud hermética del orden jurídico" es principio, según el cual, no existe caso o situación que no puedan ser decididos por el juez, al cual, el derecho positivo le impone ineludiblemente la obligación de fallar. Este principio se encuentra establecido en el Art. 421 de nuestro Código de Procedimientos Civiles, y cuyo tenor literal transcribo, a continuación: "Las sentencias recaerán sobre las cosas litigadas y en la manera en que han sido disputadas, sabida que sea la verdad por -- las pruebas del mismo proceso. Serán fundadas en las leyes vigentes; en su defecto, en doctrinas de los expositores del Derecho; y en falta de unas y otras, en consideraciones de buen sentido y razón natural".

Carlos Cossio en su obra "La plenitud Hermética del Orden Jurídico y la interpretación judicial de la Ley", considera, que los jueces dejarían de serlo si pudieran suspender su juicio, abstenerse de sentenciar, por cualquier motivo. Es axioma en que se afirma la plenitud hermética del ordenamiento jurídico: "Todo aquello, que no esté prohibido, está jurídicamente permitido". En efecto, está en lo lícito-potestativo la solución que el juez dé al caso concreto, ante la ausencia de una norma que lo regule. En este caso existe libertad jurídica en la función jurisdiccional, y constituye una de las manifestaciones de la actividad libre o creadora de los órganos estatales en los términos mencionados por Jorge Jelinek en su "Teoría General del Estado", como actividad libre, o no regulada jurídicamente.

Las lagunas de la ley no permiten, al juzgador, resolver el caso acudiendo a los métodos de la simple interpretación. Dichas lagunas justifican una nueva función judicial: la de integración del Derecho. Ante el imperativo de dictar sentencia, y ante la falta de norma aplicable al caso jurídico, el juez al dictar sentencia, expresando la voluntad estatal, la crea, o como dice Carlos Cossio: "El juez siempre debe juzgar, porque la norma que lo determina a juzgar es un supuesto gnoseológico del derecho, independiente de la acción del legislador, con -

validez lógica apriorística para el Derecho positivo mismo, y, por tanto, para el propio legislador, que es, a su turno, también órgano del derecho." (1).

En los ordenamientos jurídicos, el juez encuentra el procedimiento para suplir las lagunas de la ley.

Uno de los métodos, que se consideran como formas de integración del derecho, ante las lagunas de la ley, es el método analógico.

"Podemos decir, que la analogía supone una identidad parcial. Dos objetos son análogos cuando presentan algunas notas comunes; idénticos cuando todas sus notas coinciden. Si aplicamos las ideas expuestas al caso de los preceptos legales, descubriremos dos posibilidades distintas: Puede ocurrir, en efecto, que haya analogía de supuestos o analogía de disposiciones.....

La analogía consiste, pues, en atribuir a situaciones parcialmente idénticas ( una prevista y otra no prevista por la ley), las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso concreto. Ello equivale a formular una nueva norma, cuyo supuesto expresa en abstracto las características del caso no previsto, y atribuye a éste las consecuencias que producirían la realización del caso previsto, si bien entre uno y otro sólo hay una identidad parcial. La conclusión que, de lo anterior, se infiere, es, que no debe hablarse de aplicaciones ana-

(1) Carlos Cossio. "La Plenitud Hermética del Orden Jurídico y la Interpretación Judicial de la Ley". Buenos Aires. 1939, Pág. 58.



lógicas de un precepto legal a un caso no previsto, sino de creación o formulación analógica de una norma nueva, cuya disposición es idéntica a la de aquel precepto, pero cuyos supuestos sólo son semejantes". (1).

El juez debe también recurrir a los principios generales del derecho, según disponen nuestros textos legales, cuando no exista ley aplicable al caso con excepción, desde luego, en materia penal en que se elimina la analogía: Arts. 166-167- 169 C. P. 16 Pn. El juez, pues, puede crear, por medio de sentencia, un derecho real o personal.

#### E) LA COSA JUZGADA COMO UNA SITUACION JURIDICA NUEVA E IRREVOCABLE EN EL ORDEN JURIDICO.

El procesalista uruguayo, Eduardo J. Couture, define la cosa juzgada, desde el punto de vista jurídico, de la siguiente manera: "es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla". (2).

Notamos, pues, que la definición propuesta con lleva las características de autoridad y eficacia. Autoridad, se tiene, en este caso, como una calidad o atributo de una sentencia jurisdiccional cuando ha adquirido carácter definitivo.

El término, eficacia, como integrante del con-

(1) Eduardo García Maynes. "Introducción al Estudio del Derecho". Mexico 1944. Pág. 354 a 356.

(2) "Fundamentos del Derecho Procesal Civil" Pág. 401.

cepto de cosa juzgada, señala tres cosas, a saber: a) que la cosa juzgada es inimpugnable, es decir, que no se admite medio alguno con el objeto de obtener la revisión de la misma: non bis in eadem; b) es inmutable, en el sentido de que, en ningún caso, de oficio o a petición de parte, podrá otra autoridad, cambiar los términos de una sentencia pasada en cosa juzgada y c) coercible, como aquella posibilidad de que, en el presente o en el futuro, se llegue a la ejecución forzada.

Con estas bases, podemos decir que, en la función legislativa, el Estado puede nulificar la ley con una nueva ley, asimismo, puede derogar, suprimir o modificar parcialmente los efectos de la situación jurídica general, lo mismo que la situación jurídica individual que surge del acto administrativo; en cambio, en la función jurisdiccional, el Estado, aunque quisiera, no puede modificar los efectos de la cosa juzgada; ya que ésta produce efectos que entran o integran el patrimonio de las partes, y no puede el Estado, en forma retroactiva, ni posterior, modificar la sentencia que goza de tal calidad.

En el acto jurisdiccional existen elementos esenciales: la acción y la cosa juzgada que crea una situación jurídica individual, irrevocable y definitiva; elementos naturales: la contestación de la demanda, el período

do de pruebas y el de los alegatos; son elementos naturales, porque puede existir el acto jurisdiccional sin que medie contestación, ni haya pruebas, ni existan alegatos. Únicamente, y en forma exclusiva, es necesaria la acción para que surja la sentencia.

Podemos decir que la función jurisdiccional, es pues, una de las actividades del Estado, le sirve para expresar su voluntad en el orden jurisdiccional preexistente y solucionar legalmente los conflictos jurídicos, creando situaciones jurídicas individuales, de carácter definitivo e irrevocables, para las partes.

La función jurisdiccional, en casos dudosos, establece la certeza jurídica, haya o no controversia, y, al establecerla, crea situaciones jurídicas concretas en los casos que le han sido planteados.

La cosa juzgada integra el orden jurídico en sentido normativo.

La constitución se desarrolla en la legislación; la legislación se desarrolla en la cosa juzgada. Esta es, no sólo la ley del caso concreto, sino la justicia prometida en la constitución.

#### V- ASPECTOS DE LA SENTENCIA.

- A) Sentencias ilícitas,
- B) Caducidad,
- C) Personas que pueden impugnar la sentencia,
- D) Ratificación y

## E) Efectos.

A) SENTENCIAS ILICITAS.

La sentencia es ilícita cuando viola la ley.--- En derecho procesal, se considera, la sentencia contraria a la ley causa un agravio que debe repararse mediante la revisión de un órgano superior, a efectos de que, una vez constatada la violación, revoque la sentencia del órgano inferior. En el fondo, la sentencia contraria a la ley, - es ilícita, máxime cuando va en contra de una garantía individual, pues, entonces, viola normas de carácter constitucional y, por consiguiente, de derecho público. Coinciden el derecho civil y el procesal, en que, el acto ilícito no produce efectos, y en que, todo acto jurídico tenga, en principio, la presunción de validez, y, de aquí, que tanto el acto nulo del derecho civil como la -- sentencia impugnada, produzcan efectos provisionales que quedarán destruidos cuando se declare la nulidad del acto o de la sentencia.

Los órganos jurisdiccionales realizan tres clases de actos procesales, a saber: sentencia, ordenanza y decretos.

Los actos procesales lícitos pueden ser meras manifestaciones de voluntad, que, en el fondo, son las - acciones o actos procesales en sentido estricto; también pueden ser manifestaciones de voluntad dispositivas negociables, que son los negocios jurídicos y procesales.

El juez, como ser humano que es, puede cometer errores al realizar su labor; esos errores son de dos clases, no obstante, que hay autores que sostienen que tal distinción es improcedente, lo cual, en mi criterio, considero que es lo correcto, ya que siempre se tratará de un error en el procedimiento, como veremos a continuación. Tenemos en primer lugar el "error in procedendo"; error en que se incurre en varias formas, a saber: 1- cuando se aparta de los medios señalados por el derecho procesal para dirigir el juicio; 2- por error de las partes, y 3- por error del propio Juez. Al incurrir, el juez, en esta clase de error, puede disminuir las garantías del contradictorio y privar, al mismo tiempo, a las partes de una defensa plena de su derecho.

Hay otro tipo de error o desviación, que no afecta a los medios de formar el proceso, sino que ataca su contenido, o sea, el fondo del mismo (derecho substancial). El juez incurre en esta segunda clase de error, cuando aplica una ley inaplicable al caso, o cuando no emplea la ley aplicable. Puede consistir asimismo, en una impropia utilización de los principios lógicos o empíricos del fallo. La consecuencia, que produce este error, no afecta a la sentencia desde el punto de vista de su forma, sino que afecta a su propia justicia. Este tipo de error, en que pueden incurrir el juez, recibe el nombre de "error in iudicando"



Tenemos, pues, que la sentencia injusta no lo es por falsa aplicación de la ley sustancial, sino por no aplicar la ley procesal que obliga a juzgar según el derecho vigente. Pues, no obstante, que nuestra Ley de Casación, admite tanto el error de fondo como el de forma (Art. 2 L. C.), mi afirmación anterior, encuentra asidero legal en el Art. 421 Pr., al decir: "Las sentencias .....serán fundadas en las leyes vigentes; en su defecto, en doctrinas de los expositores del Derecho; y en falta de unas y otras, en consideraciones de buen sentido y razón natural!"

Con base a lo expuesto, se puede afirmar que, en definitiva, siempre hay error en el procedimiento y no error en cuanto al fondo de la controversia.

Para concluir, y recalcar sobre la existencia de sentencias ilícitas o injustas, traigo a cuento las palabras literales de Montesquieu sobre el particular: "La sentencia podrá ser justa o injusta, porque los hombres necesariamente se equivocan. No se ha inventado todavía una máquina de hacer sentencias. Sólo el día en que sea posible decidir los casos judiciales como se deciden las carreras de caballos, mediante un ojo eléctrico que registra físicamente el triunfo o la derrota, la concepción constitutiva del proceso carecerá de sentido y la sentencia será una pura declaración!". (1).

Nuestro código de Procedimientos Civiles, en el Ar

(1) Montesquieu. "Introducción al Estudio del Proceso Civil". Pág. 77.

tículo 124, define la "acción" de la siguiente manera: "acción es el medio legal de pedir en juicio lo que se nos debe". Este derecho de acción, lo ejercen, tanto los que tienen razón, como los que carecen de ella, y, esto, no supone dar a las sentencias injustas un valor superior al que realmente tienen. En verdad que son la minoría en la vida jurídica, pero, son tan sentencias como las restantes.

En todo caso, nunca se puede saber si una sentencia se halla, o no, de acuerdo con el derecho sustancial, porque, para saberlo, sería indispensable un proceso íntegro de revisión. Y, éste no sólo está prohibido por la cosa juzgada, sino porque siempre habría que admitir la posibilidad de una revisión del proceso de revisión, y así sucesivamente.

#### B) CADUCIDAD.

Se entiende por caducidad: "el lapso que produce la pérdida o extinción de una cosa o de un derecho". (1).

En el derecho procesal moderno, el perjudicado (demandante), debe hacer valer su derecho dentro del plazo de caducidad, y no de prescripción, para evitar que su demandado le oponga la excepción de caducidad.

Los actos nulos del Derecho Civil, cuando son ilícitos, originan generalmente una nulidad absoluta: Art. 1551 C.". Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o es----

(1) Guillermo Cabanellas. "Diccionario de Derecho Usual".

tado de las partes". Otros Arts. 1552 Inc. 1 y 2 -1553 C.

En el derecho procesal, el perjudicado debe intentar el recurso correspondiente dentro del término de ley; por el sólo transcurso del plazo, se pierde el derecho, ~~en~~ sin poder evitarse que corra, como ocurre, en el caso de la prescripción, en que hay maneras de interrumpirla; Art. 2240 c. " Posesión no interrumpida es la que no ha sufrido ninguna interrupción natural o civil".

Art. 2241 C. La interrupción es natural...." Art.-2242 C. "Interrupción civil es ...."

La única manera de evitar los efectos de la caducidad, que en el derecho procesal originan la preclusión, -- es, haciendo valer el recurso, o remedio legal correspondiente, para impugnar el acto. En el Amparo, que es un verdadero juicio, también existen términos de caducidad, para el caso que nos ocupa, el Art. 12 Inc. 3 -Ley de Procedimientos Constitucionales dice: "La acción de amparo únicamente podrá incoarse cuando el acto contra el que se reclama no puede subsanarse dentro del respectivo procedimiento mediante otros recursos....". Interpretado a contrario sensu, si no hay recursos ya, para subsanar el acto contra el que se reclama, dentro del mismo proceso, y no se interpone el amparo en su oportunidad, caduca el derecho y se entiende consentido tácitamente el acto reclamado, de aquí -- que se sobresea el juicio de garantías porque ha habido -- preclusión o caducidad, Art. 31 Nos. 1,2 y 3 L. P.C. -



La prescripción, a diferencia de la caducidad, no puede declararse de oficio y puede ser renunciada (Art. 2232 y 2233 C.).

C) PERSONAS QUE PUEDEN IMPUGNAR LA SENTENCIA.

Impugnación, refutación y contradicción. "Se refiere tanto, a los actos y escritos de la parte contraria cuando puede ser objeto de discusión ante los tribunales, como, a las resoluciones judiciales que no son firmes, y, contra las cuales, cabe un recurso". (1).

La nulidad absoluta puede hacerse valer por todo individuo que sufra un perjuicio.

Todo aquél, que tenga un interés jurídico, porque resulte afectado por el acto ilícito que le produce agravios, bien sea en el derecho civil o en el procesal, puede impugnarlo, Art. 1553C. "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley....".

Respecto a la declaración de nulidad relativa, Art. 1554C. "La nulidad relativa no puede ser declarada por el Juez, sino a pedimento de parte; ni puede pedirse

(1) G. Cabanellas. "Diccionario de Derecho Usual".

su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios;.....". Ahora bien, declarada la nulidad, proceden las restituciones mutuas, Art. 1557 Inc. I. "La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo;.....".

El tercero, que resulta perjudicado por la sentencia, también puede apelar, además de los litigantes. - El tercero no es cualquier persona, debe tener un interés positivo y cierto, apreciable económicamente y nacido del proceso mismo.

Para el caso, nuestro Código de Procedimientos Civiles establece: Art. 980 -"Apelación o alzada es un recurso ordinario que la ley concede a todo litigante -- cuando crea haber recibido agravio por la sentencia del Juez inferior,.....". Art. 982: "El uso de este derecho -- corresponde también a cualquier interesado en la causa, -- entendiéndose que lo es todo aquel a quien la sentencia -- perjudica o aprovecha aunque no haya intervenido en el -- juicio;.....".

Los recursos son medios de impugnación de los actos procesales, cuando éstos han producido agravio a -- la parte, pero deberá interponerlos precisamente dentro --

de los términos que la ley le concede. Para la apelación de toda sentencia, será el de tres días, contados, desde el siguiente al de la notificación respectiva, Art. 981 Inc. 1 Pr.; la casación dentro del término fatal de cinco días, contados desde el día siguiente al de la notificación respectiva, Art. 8 L.C.

El objeto de la impugnación es promover la revisión de la sentencia y su eventual modificación.

Dictada y notificada la sentencia de primera instancia, se abre una nueva etapa del procedimiento, durante la cual, ella queda a merced de la impugnación de las partes.

Esa posibilidad de impugnación consiste en la facultad de deducir, contra el fallo los recursos, que el derecho positivo autoriza. La impugnación del recurrente apareja, la suspensión de los efectos de la sentencia.

#### D) RATIFICACION.

Según Cabanellas; "es la aprobación de un acto ajeno, relativo a cosas o derechos propios". (1)

Tratándose de la sentencia, cabe la ratificación expresa o tácita, pero, aquí, la ratificación lleva otro nombre.

El consentimiento de la sentencia puede resultar, expreso porque así se declare por el afectado, o tácito, por no ejercitarse el recurso legal correspondiente.

(1) G. Cabanellas. Ob. cit.

En efecto, nuestro Código de Procedimientos Civiles dice, en su Art. 445: "Los jueces de Primera Instancia librarán también ejecutoria de las sentencias pasadas en autoridades de cosa juzgada. Reciben, autoridad de cosa juzgada las sentencias:

1- Cuando las partes hacen un reconocimiento expreso de la pronunciada; y

2- Cuando consienten tácitamente en ella, no alzándose o no continuando sus recursos en el término que señalan las leyes".

#### E) EFECTOS.

Uno de los principales, y quizás el más fundamental de los efectos de la sentencia, es producir la calidad de cosa juzgada, se presenta una cuestión importante, -cual es, los efectos de la sentencia en el tiempo (retroactividad de la sentencia.).

El problema estriba en establecer si la sentencia produce efectos jurídicos para lo futuro ( ex nunc.), -o, por el contrario, si los puede retroceder hacia lo pasado ( ex-tunc). En éste último caso, surge otra cuestión, de si el efecto empezará el día de la demanda, o el día en que ocurrieron los hechos que han dado motivo al juicio.

Las sentencias declarativas retrotraen sus efectos hacia lo pasado, con relación al instante de adquisición del derecho declarado.

Las sentencias de condena los retrotraen hasta el día de la demanda, no obstante, que la conclusión, estrictamente lógica, sería que la sentencia de condena reintegrara totalmente el derecho lesionado; pero, esta conclusión lógica, cede ante disposiciones legales expresas, por ejemplo: si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora se determinará así: si hay intereses convencionales superiores al legal, se siguen debiendo, si no los hay, empiezan a deberse los intereses legales, Art. 1430 No. 1 C.

Otro caso, sería la restitución de los frutos naturales y civiles de la cosa reivindicada; se deben desde la contestación de la demanda si el poseedor es de buena fe, Art. 909 Inc. 3 C. - Los alimentos se deben desde la notificación de la demanda judicial, Art. 349 Inc. 1 C. En todos éstos ejemplos, basados en disposiciones legales expresas, debe ceder la conclusión lógica a que antes hice alusión.

Las sentencias constitutivas no tienen efecto retroactivo, sus efectos se proyectan hacia el futuro; así, por ejemplo: la sentencia de divorcio dirige sus efectos hacia el futuro, sin que pueda suponerse que el matrimonio, ahora disuelto por la sentencia de divorcio, se hallaba realmente disuelto desde el día de la demanda.

Sintetizando, tenemos que los efectos de la sentencia son:

- a) Absolutorio: Con fuerza de cosa juzgada se extinguen determinadas situaciones jurídicas.
- b) Traslativo: Sólo lo hallamos en casos excepcionales; como en el mandato no representativo y el antecontrato.
- c) Modificativo: El juez determina la cuantía en la exigencia del acreedor del pago de daños y perjuicios.
- d) Declarativo: La sentencia declarará de que parte está el derecho.
- e) Restitutivo: La sentencia tiene este efecto.
- f) Constitutivo: Esto se ha discutido, se ha objetado que el juez no puede crear, ex nihilo, la fuente de obligaciones. Pero, a través del presente trabajo, se ha demostrado que la sentencia sí puede crear obligaciones o situaciones jurídicas concretas.

## VI- CASOS EN QUE LA SENTENCIA PUEDE SER FUENTE DE OBLIGACIONES.

### A) PRIMERA SERIE DE CASOS:

Aquí se pueden incluir todas aquellas situaciones, contrarias a la ley, pero, que adquieren la calidad de cosa juzgada, para definir si en ellas la sentencia es en sí misma, de manera directa, fuente de obligaciones. Se trata pues de casos de estimativa jurídica. Según el juez, la sentencia dictada y que puede ser revisada por el tribunal superior, está de acuerdo a la ley.

Los casos que podemos ubicar acá están agrupados en:

#### 1.- CASOS DE CONTRADICCIÓN EVIDENTE.

Se darían al haber contradicción evidente entre

las premisas del fallo. Si esta sentencia queda firmada por el juez y por el secretario, y es notificada a las partes, y el perjudicado no intenta el recurso legal correspondiente, la sentencia causa ejecutoria. El error puede estar también en una conclusión en evidente contradicción con las premisas.

En estos casos, el error judicial queda legitimado por la preclusión. Es decir, porque la sentencia causa ejecutoria, se crea un derecho personal, un derecho real o una situación jurídica concreta, cuya fuente sólo es la sentencia.

No puede ser ninguna de las otras fuentes que reconoce el derecho civil o el derecho mercantil, en virtud de que expresamente, del fallo, se desprende que no hay tal fuente.

Los procesalistas podrían decir que es la ley procesal la que causa ejecutoria; pero, en tal caso, no habría fuentes especiales de obligaciones o de derechos reales, o en general, derechos subjetivos, o situaciones jurídicas concretas, porque siempre habrá que referir cualquier situación a un precepto del derecho objetivo que, de modo directo o indirecto, se considere fuente de la última consecuencia que se analice.

## ----- 2.- CASOS DE ERROR JUDICIAL.

Aquí, están los casos discutibles en los que -

se afirma, que es la voluntad del juez, por violación expresa de un precepto de derecho, la que crea la obligación. El juez podrá incurrir en una falsa apreciación de las pruebas para considerar probado un hecho, acto o estados jurídicos, que son fuentes de obligaciones conforme al código civil, al código de comercio, etc. . Así, la violación estará, no en la tesis que sostenga el juez declarando, por ejemplo, que exista un contrato capaz de crear derechos y obligaciones, sino, que habrá que buscarla en la estimación falsa en que incurra, al considerar que hay un contrato, en donde no existe.

### 3.- ERROR EN LA ESTIMACION DE LAS PRUEBAS.

Aquí hay dos tipos de error:

- A) De Hecho: dar por cierta una fuente creadora de derechos y obligaciones, cuando en realidad no existe;
- B) De Derecho: hacer una calificación indebida del caso jurídico, de la fuente que haya dado origen al conflicto, para desprender consecuencias que no existen. Si el juez se ha equivocado, su error sería constitutivo de un vínculo jurídico que no debe formarse de acuerdo con la Ley. El derecho procesal da los medios para combatir una sentencia contra ley, sea por error de hecho o de derecho. El ordenamiento jurídico consagra el único procedimiento que se ha considerado adecuado para definir si un juez ha violado la ley o no. Es el tribunal superior quien decide,



y de estos casos discutibles no se puede saber si la sentencia, por sí misma, es o no, fuente de obligaciones. Si el perjudicado no agota los recursos, en el caso del error de derecho, y la sentencia causa ejecutoria, tendremos que aceptar que la interpretación del juez es la auténtica; si los agota, y el tribunal superior confirma el fallo, también tenemos que aceptar la autenticidad de tal declaración judicial. Existe un caso de error evidentemente judicial, cuando la sentencia estima vigente una ley derogada o viceversa.

Indiscutiblemente, la obligación impuesta en la misma sólo puede tener como fuente la propia sentencia.

#### 4.- EXTRALIMITACION DE FUNCIONES.

El juez, en sus considerandos, alude a la imprevisión del caso ( Art. 1791 regla y 2. C.), critica al legislador por la injusta solución y falla arbitrariamente.- Aquí la sentencia es fuente de obligaciones.

#### B) SEGUNDA SERIE DE CASOS.

Son situaciones en que la sentencia es declarativa de inexistencia, nulidad, rescisión, y en que, es constitutiva de determinadas situaciones jurídicas concretas, donde viene a colmar las lagunas de la ley, para precisar si, en esta función constitutiva, pueden crearse, principalmente en aquellos casos en que la sentencia viene a crear un estado civil. Estos casos son:

### 1.- CASOS DE INEXISTENCIA.

En éstos el juez no declara, simplemente registra un hecho, es decir, en los considerandos de su fallo, hace constar, que, por falta de un elemento esencial en el acto jurídico, especialmente en el contrato (1552 Inc. lo.; C.), sobrevino la inexistencia. Por esto, se dice, que propiamente no hay acción de inexistencia; pero pueden las partes discutir sobre la misma, habiendo un principio de ejecución; por ejemplo: una compra-venta resulta inexistente porque la cosa había perecido antes de celebrarse el contrato ( Art. 1618 C.). En este conflicto tiene que haber intervención judicial y dilucidar, si la cosa pereció antes o después del contrato, para determinar, en una sentencia, si faltó o no, un elemento esencial para deducir de ahí todas las consecuencias. Aquí interviene la consideración del juez sobre la inexistencia y, aunque las consecuencias estaban contenidas en la ley, no podrían actualizarse, ni menos considerarse de ejecución forzada, sino cuando la sentencia del juez cause ejecutoria.

El silogismo de inexistencia lo puede formular el particular o el juez, llegando a la misma conclusión de inexistencia; pero aquí se detiene el juicio de aquel, no llegándose a restituir lo que se hubiese percibido por el acto inexistente. En cambio, el silogismo del juez contenido en la sentencia, no sólo tiene fuerza declarativa, sino que determina la restitución de la prestación o prestacio-

nes, que hubieren sido entregadas en virtud de un acto inexistente. La obligación de restituir nace de la sentencia.

En rigor, siempre la consecuencia jurídica debe estar contenida en la ley, comprendida en esa segunda parte de la norma, que se llama "disposición normativa". La primera parte es la "hipótesis" que comprende el supuesto jurídico, y la segunda, la "disposición", en donde se contiene la consecuencia. Pero, el hecho de que en toda norma jurídica (completa) encontraremos las dos partes, no nos autoriza para decir que, la fuente única de todas las consecuencias jurídicas concretas, es la ley.

Habrá que condicionar esa consecuencia y actualizarla; más aún, podrá ser ejercida mediante la intervención de un órgano estatal, y este es el papel de la sentencia cuando se declara la inexistencia. El acto no produce efectos; pero si ha habido entrega de prestaciones, deben ser restituidas ( Art. 1619 C.) y su devolución no opera, por el silogismo del particular, sino del juez. "Se ha llegado a negar a la función jurisdiccional el carácter de actividad de orden jurídico, porque se dice que, en ella, el Estado no realiza, ni un acto de voluntad, ni crea una situación jurídica, que son los dos elementos fundamentales del acto jurídico.

Se afirma que, no hay acto de voluntad, sino una simple operación de la inteligencia que se resuelve en un silogismo, cuya premisa mayor es la regla legislativa -

de derecho; la menor, la comprobación de la especie concreta sometida al juez y la conclusión, la decisión de este último.

Se dice que la sentencia no aporta modificación alguna al orden jurídico, porque se limita a fijar el derecho que había sido discutido o contradicho.

En otros términos, se afirma que la sentencia judicial no es atributiva, sino simplemente, declarativa de derechos.

Las afirmaciones anteriores no pueden sostenerse si se tiene un concepto completo del acto jurisdiccional.

Si se reduce el carácter de éste a una simple operación lógica y a una simple declaración de derechos, no se explica, porqué esa misma operación y esa misma declaración, cuando son realizados por un particular, no tienen los mismos efectos que cuando se realizan por el Estado.

Esto hace suponer que existen otros elementos que no concurren cuando un particular interviene.

Y en efecto, cuando el Estado decide jurisdiccionalmente un conflicto de derechos, no se limita a determinar si éstos existen, sino que, además, como una consecuencia del reconocimiento de su existencia, provee el respeto de ellos por medio de un acto emanado de la voluntad, acto que, aunque realizado dentro de las normas legales, produce una modificación en el orden jurídico, puesto que

hace concreta y actual la garantía jurídica que en términos abstractos consagra la ley para los derechos de la naturaleza del que está en discusión". (1).

## 2- CASOS DE NULIDAD.

Declarando el acto nulo, las partes se harán la devolución de las prestaciones que hubiesen recibido o percibido por el mismo, y entre tanto una de ellas no restituya, la otra no tiene obligación de restituir, (Art. 1423 - C.).

Hay discusión sobre si el acto es válido o nulo. Declarada la nulidad, la obligación de devolver, de restituir, tiene su fuente en la sentencia ( Art. 1557, 1558, -- 1559 C.). Si bien, la ley, señala las consecuencias que -- produce la declaratoria de nulidad, el Juez, resuelve a través de la sentencia, y de acuerdo con el derecho, si se -- produjo o no la nulidad del acto o contrato. No hay simplemente ejecución de una norma más general respecto de otra menos general o individualizada, sino que se cumple el efecto de ejecución y de creación normativa al mismo tiempo.

## 3- CASOS DE RESCISION.

La rescisión se distingue de la nulidad en sus causas y en la naturaleza misma del acto. En tanto que la nulidad supone un vicio interno o externo, la rescisión, -- no implica vicio: el acto jurídico es perfecto, pero por

(1) Gabiño Fraga Jr. "Derecho Administrativo", México, -- 1934, Pág. 38.

una causa posterior a su celebración, imputable o no a una de las partes, el acto queda privado de efectos.

Es circunstancia imputable el incumplimiento de los contratos. Cuando una parte incumple, la otra tiene la facultad de exigir que el contrato quede privado de sus efectos. Coincide la rescisión con la nulidad en cuanto a sus consecuencias. Una vez declarada, produce efectos restitutorios con alcance retroactivo. Se respetan las consecuencias ya causadas respecto de actos de tracto sucesivo, de actos que implican situaciones consumadas, por una imposibilidad de hecho para destruir aquello que ya se realizó, excepto cuando, quepa dentro del orden jurídico la restitución misma, como la compraventa que se rescinde a pesar de que el precio ya esté entregado, pues cabe la posibilidad de devolver precio y cosa (Art. 1655 y 1662 C.). Pero, si se rescinde un arrendamiento por incumplimiento del arrendador o arrendatario (Arts. 1713 -1716 Inc.3 - 1718 (3) -- 1720 C.), el acto queda privado de efectos para el futuro, no pueden destruirse las consecuencias ya causadas. La restitución en cuanto al uso de la cosa arrendada es físicamente imposible ( Art. 1332 - parte la. del Inc. 4 C.). -- Nuevamente comprobamos aquí que la sentencia es la que viene propiamente a constiruir el efecto relativo a la restitución de prestaciones. La ley sigue siendo, como en todos los casos, la que contiene de manera general las consecuencias. El juez no puede crear-las de la nada, no puede a su

arbitrio determinarlas; pero sí queda a su criterio resolver, de acuerdo con el derecho, si se produjo o no, la causa de rescisión. Por esto, antes de la declaratoria de rescisión, excepto, cuando ésta se convenga de pleno derecho, sin necesidad de juicio, las partes contratantes no pueden privar de efectos a un contrato.

La rescisión sólo puede ser declarada judicialmente, estipulada de común acuerdo por las partes, o admitida para que funcione de pleno derecho y sin necesidad de juicio, cuando desde la celebración del contrato así se convenga. Es decir, pueden darse tres hipótesis:

- a) Las partes admiten ante un determinado conflicto, que realmente ha ocurrido una causa de rescisión, y entonces, por mutuo, dejan sin efecto el contrato (Arts. 1416 -1438 la. parte.)
- b) Las partes, antes de que haya ocurrido la causa de rescisión, están de acuerdo en que si se presenta determinado hecho, por ejemplo, si el comprador no paga el precio, podrá el vendedor rescindir de plano y sin necesidad de juicio, la compraventa, para disponer de la cosa vendida (Art. 1406 C.).
- c) Una tercera hipótesis se presenta cuando, ante un conflicto y ante la falta de una cláusula de ese estilo, es necesario que el fallo judicial resuelva si debe rescindirse el contrato y privársele de efectos. Aquí, es la sentencia, la que aprecia soberanamente estos hechos, según las

pruebas rendidas, y la que crea el efecto restitutorio. (- Art. 1557 C.).

## VII - SENTENCIAS CONSTITUTIVAS Y SU PAPEL COMO FUENTE DE DERECHOS.

A) Sentencias constitutivas.

B) Sentencias constitutivas como fuente de derechos reales y personales.

### A) SENTENCIAS CONSTITUTIVAS.

Ugo Rocco considera que la sentencia tiene siempre la función de declarar relaciones jurídicas concretas (1), en contra de cuya opinión creo que el derecho civil presenta casos de constitución de derechos por sentencia tanto en materia de derechos personales como derechos reales (Art. 866 - 867 - 868 - 744 C.).

Rocco parte de la hipótesis contraria a la realidad, de que todas las sentencias son conforme a derecho, sin estudiar el caso de la sentencia injusta o contraria a las normas jurídicas, que llega a causar ejecutoria, tal como vimos anteriormente cuando tratamos el punto de las sentencias ilícitas.

En los casos constitutivos de derechos reales, la sentencia, cumple efecto fundamental de la función jurisdiccional, manteniendo su autonomía frente a la actividad legislativa. Alfredo Rocco define la jurisdicción así: "La actividad mediante la que el Estado procura directamente -

(1) Ob. cit. pág. 266.



la satisfacción de los intereses tutelares por el derecho, cuando por algún motivo ( inseguridad o inobservancia ) no se realiza la norma jurídica que los tutela"(1).

Aplicando esa definición al caso concreto, debería agregarse, que dentro de los motivos que impiden la realización de la norma jurídica que tutela intereses determinados, no sólo existen la inseguridad o la inobservancia, sino también la imposibilidad, por las circunstancias en que se dispensa la tutela, de actualizar eficazmente los derechos que de manera abstracta garantiza. Esto justifica, que el Estado, a través de la función jurisdiccional, procure directamente, como dice Rocco, la satisfacción de los intereses tutelados por el derecho, pues en este caso esa función es complementaria de la legislativa, constituyendo la única forma de dar vida real y efectiva a derechos que, de otra manera, permanecerían en el ámbito de las posibilidades abstractas, sin esperanza de actualización y ejercicio, por su especial naturaleza jurídica, como en el caso de las servidumbres de acueducto y paso, o de las hipotecas necesarias. Hans Kelsen en sus obras: "Teoría Pura del Derecho", "Teoría General del Estado", "El Contrato y el Tratado" y "Teoría General del Derecho y del Estado", formula su teoría sobre la producción escalonada del orden jurídico, bajo el principio de que, la creación del derecho va de lo general a lo particular, de lo abstracto a lo

(1) "La Sentencia Civil", pág. 15, traduc. de Mariano Ovejero. Editorial Stylo, México, D.F.-

concreto, y considera que, en este proceso genético, existen los grados:

- a) Constitución y Normas constitucionales;
- b) Leyes ordinarias;
- c) Reglamentos;
- d) Sentencias y resoluciones administrativas;
- e) Negocios Jurídicos.

En todos estos actos se crean normas de derecho. La constitución, las leyes y los reglamentos son normas jurídicas generales. Las sentencias, las resoluciones administrativas y los negocios jurídicos crean normas individualizadas. En unas y otras existen creaciones jurídicas, nuevas normas, que se prohijan en ese proceso descendente que va desde la constitución hasta los negocios jurídicos. Cada grado implica una manifestación nueva, menos general y abstracta y, por tanto, más determinada y concreta. En esta creación normativa no hay simplemente ejecución de una norma más general respecto de otra menos general o individualizada, sino que, a la vez, se cumple el efecto de ejecución y de creación normativa.

"El acto judicial como creación de una norma individual. Como aplicación del derecho, la doctrina tradicional considera en primer término a la decisión judicial, es decir, a la función desempeñada por los tribunales. Al resolver una controversia entre dos particulares, o condenar a un acusado a sufrir determinado castigo, el tribunal apli-

ca, es verdad, una norma general de derecho consuetudinario o legislado. Pero, al mismo tiempo, crea una norma individual que establece una determinada sanción que habrá de imponerse a un cierto individuo. Esta norma individual puede ser referida a normas generales, en la misma forma en que la ley es referida a la Constitución.

Así pues, la función judicial, lo mismo que la Legislativa es, al propio tiempo, creación y aplicación del derecho. La función judicial se encuentra ordinariamente determinada por normas generales, tanto en lo que respecta al procedimiento como en lo que atañe al contenido de la norma que debe crearse, mientras que la legislación, usualmente, sólo se halla determinada por la Constitución en el primero de los dos aspectos. Esta diferencia, sin embargo, es sólo de grado" (1). La función creadora de la sentencia ha sido ignorada por la doctrina general, o más bien dicho, muchos de los autores no la mencionan, señalando otros efectos jurídicos.

#### B). SENTENCIAS CONSTITUTIVAS COMO FUENTE DE DERECHOS REALES Y PERSONALES.

En la obra: "La sentencia Civil" del procesalista Alfredo Rocco, anteriormente citado, se reconoce, que las sentencias constitutivas, o sea, aquellas que, sin limitarse a la mera declaración de un derecho y sin establecer una condena al cumplimiento de una prestación, crean, modifican, o extinguen un estado jurídico, han sido aceptadas por la

(1) Hans Kelsen, "Teoría General del Derecho y del Estado". Traduc. de Eduardo García Máynez, México 1949, pág. 139 y 140.

doctrina alemana y por juristas italianos. Entre los alemanes cita a Kisch, que dice: "el fallo del juez no se contenta con reconocer una consecuencia jurídica ya verificada, - sino que coopera a la formación de relaciones jurídicas concretas. Aquí la sentencia, no comprueba lo que ya existe, - sino que crea algo nuevo, que antes no existía; tiene pues, en este sentido, valor, no puramente declarativo, sino constitutivo".

Entre los procesalistas italianos, Carnelutti también admite la categoría de sentencias constitutivas, quien las reconoce con el nombre de sentencias dispositivas.

".....al proceso dispositivo se le puede dar, y se le da, el nombre de " proceso de juicio de equidad". Se llama, en efecto, equidad, a la justicia, cuando reviste la forma de un mandato concreto y se adapta de ese modo al caso singular (justicia del caso singular); y puesto, que esa formación o adecuación se produce por obra del juez, cabría también llamar a la equidad "justicia del juez" (en antítesis con la ley como justicia del legislador). El proceso dispositivo es la fragua en que la justicia se transforma en equidad". (1).

VII- TEORIAS PRINCIPALES Y ESCUELA SOCIOLOGICA DEL DERECHO  
EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA Y LA SENTENCIA  
CONSTITUTIVA.

(1) Carnelutti, "Sistema de Derecho Procesal Civil", Tomo 1, págs. 157 a 159, versión española de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires.

- A) Teoría pura del derecho y la sentencia como fuente autónoma de consecuencias jurídicas.
- B) Teoría egológica del derecho y el papel de la sentencia como forma creadora.
- C) La escuela sociológica del derecho en los Estados Unidos de Norteamérica y la Sentencia Constitutiva.

A) TEORIA PURA DEL DERECHO Y LA SENTENCIA COMO FUENTE AUTONOMA DE CONSECUENCIAS JURIDICAS.

Kelsen ha señalado más exactamente el papel de la sentencia, como función de creación en el orden jurídico y en la producción general del derecho, tal como he dejado señalado anteriormente, cuando se trató el tema de las sentencias constitutivas. Se estima que la legislación y la jurisdicción constituyen etapas distintas del proceso de creación jurídica.

La sentencia judicial es aplicación del derecho, si se la considera en relación con el grado normativo superior de la ley, por la cual es la sentencia jurídicamente determinada. Pero es creación del derecho, si se la considera en relación con aquellos actos jurídicos que han de realizarse sobre la base de la misma ( para el caso: los actos de ejecución), o en relación con las partes cuyos deberes concretos son estatuidos por la sentencia.

La sentencia es fuente autónoma de derechos y deberes; en efecto, puede crear derechos reales o personales. En los derechos reales, la función constitutiva de la sentencia se manifiesta en los casos de incertidumbre o en los de determinación de la norma jurídica aplicable al caso concreto, -

para regir la situación determinada de ciertos bienes, como la constitución de servidumbres legales o hipotecas necesarias, que requieren la necesaria intervención del juez, en ciertos casos, para que puedan tener vigencia y posibilidad real de ejercicio.

Por estas razones no se acepta en este punto, la tesis de, Alfredo y Ugo Rocco y Rodolfo Ihering, quienes sostienen, que el derecho objetivo es una tutela general de intereses, y la sentencia, como la forma específica de la tutela particular, y que, tanto la tutela general como la particular se complementan, pues la verdad es, que la sentencia es forma de ejecución, coincidiendo en este punto con la ley; así como el Estado dicta la ley, pronuncia a través del juez la sentencia. El Estado protege el derecho en la sentencia, en el mismo sentido que lo estableció en la ley.

#### B) TEORIA EGOLÓGICA DEL DERECHO Y EL PAPEL DE LA SENTENCIA COMO FORMA CREADORA.

El proceso de creación jurídica que va de la constitución política en su carácter de ley fundamental, hasta las normas jurídicas individualizadas, tales como la sentencia o resoluciones administrativas, es aceptado por Carlos Cosío.

Por lo general, la sentencia es sólo un acto de aplicación de la ley; pero hay casos, en que la sentencia aplica directamente la ley fundamental (constitución política) a falta de ley.



En toda sentencia encontraremos una base legal que le señala de antemano al juez su actuación jurídica. La ley constituye el ámbito de la sentencia; por eso, la sentencia cumple una función de concretización jurídica. Las circunstancias del caso, constituyen otro elemento de la sentencia y ponen al juzgador en contacto directo con la realidad, para que pueda buscar la norma jurídica aplicable al caso concreto. Al estar el juez en contacto directo con la realidad, especialmente con el caso concreto ante él planteado, procede la valoración judicial, la cual, no sólo se refiere a las circunstancias del caso a que antes hice alusión, sino también a la estimación de la ley, en busca de una simple individualización de la ley (norma general) que por fuerza ha de realizarse en forma individual.

Notamos pues, que la sentencia, como todo acto jurídico reúne de esta manera los caracteres o elementos de la experiencia jurídica.

En la valoración jurídica, el juez hace la apreciación del caso, expresando en la sentencia valores jurídicos: justicia, orden, etc. etc. . Aristóteles ha dicho: "cuando se produce entre los hombres alguna diferencia, recurren ellos al juez. Ir a encontrar a éste es presentarse ante la justicia, pues el juez, es por así decirlo, la justicia encarnada". (1).

Al plantearse Cossio el papel del juez como creador del derecho, atribuye una función importante a la valoración

(1) Aristóteles. "Ethica Nicomachea" Libro V, Cap. IV.

ción jurídica o estimación judicial, así: "Para la teoría e  
 gológica la dificultad se resuelve con suma sencillez, pues  
 si la ley es sólo un concepto normativo que representa cier-  
 ta conducta y si la conducta como tal se conoce por compren-  
 sión, es claro que la valoración jurídica es inmanente a la  
 ley y siempre -no ya ocasionalmente- está dentro de ella in-  
 tegrando el conocimiento concéptual que ella da. Esta inma-  
 nencia de la valoración jurídica en la ley, tenemos que ver-  
 la bien de cerca, no sólo, para disipar todo equívoco, sino  
 principalmente por la importancia decisiva del asunto para -  
 la conceptuación dogmática. La cuestión se ha puesto de ma-  
 nifiesto en todos los ejemplos que hemos estado dando, de --  
 donde resulta el hecho extraordinario e incontrovertible de  
 que el pensamiento del juez no sólo refiere el caso a la ley  
 por subsunción deductiva, sino que también refiere la ley al  
 caso por dialéctica estimativa: el caso está sometido a la -  
ley por subsunción sólo después que la ley ha sido declarada  
apta para el caso por valoración. Lo que dijimos más arriba,  
 de que cualquiera cosa de la ley que aparezca en la sentencia  
 ha de tener forma deductiva por cuanto la ley es la estructu-  
 ra de la sentencia, sufre una primera complementación: ello  
 es así siempre que la valoración jurídica del juez haya acep-  
 tado a la ley como estructura del caso, de modo que la parte  
 deductiva de una sentencia tiene su punto de partida también  
 en la valoración jurídica. Precisamente la importancia de és-  
 ta afirmación es la que nos obliga a mostrar que la valora-  
 ción jurídica está dentro de la ley, inmanente a ella, y no



fuera, trascendiéndola". (1).

Existe una diferencia profunda entre la teoría racionalista que ve en la sentencia un juicio lógico, un silogismo (Alfredo Rocco) y la teoría egológica, de Carlos Cossio que aun cuando admite la existencia de una premisa mayor -- contenida en la ley que habrá de ser aplicada al caso concreto (premis menor), si toma en cuenta el papel importantísimo de la valoración judicial, que no supo apreciar la actitud racionalista, al sostener que la sentencia es sólo la conclusión de un silogismo en el cual el caso concreto ha sido referido por vía de la subsunción a la premisa mayor contenida en la ley, es decir, por un procedimiento estrictamente intelectual y no por un método axiológico en el cual el juez no sólo practique un acto de inteligencia, sino también de valoración jurídica.

#### C) LA ESCUELA SOCIOLOGICA DEL DERECHO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA Y LA SENTENCIA CONSTITUTIVA.

Según los juristas de esta escuela (Pound, Benjamín N. Cardoso, Oliver Wendel Holmes), el derecho no se encuentra exclusivamente en las normas jurídicas generales, sino principalmente en las sentencias. El papel creador del juez es innegable. Las normas generales, sólo constituyen patrones que indican de manera imprecisa las diversas soluciones de los conflictos o casos concretos. No existe autosuficiencia del derecho, pues es necesario constantemente que el juez intervenga para decidir discrecionalmente o conforme a di-

(1) Carlos Cossio, "La Teoría Egológica del Derecho". Págs. 80 y 81.

rectrices generales los problemas de la vida diaria ante -- los tribunales. Ante la gran variedad de casos, sólo procede hacer sugerencias u opiniones, mas o menos fundadas, en las normas generales. En cambio, el juez, es el único que -- tiene potestad de decidir conformé a criterio que, en gran parte, depende de su acervo jurídico personal, experiencia, actitud ante la vida, ética individual, etc., estableciendo la solución obligatoria del caso justiciable.

Para Pund, tanto en la justicia propiamente dicha como en la justicia administrativa, el juez tiene un gran poder de decisión, que es mayor en el segundo caso.

También el movimiento realista en la ciencia jurídica norteamericana, como corriente extrema dentro de la sociológica, considera que la sentencia es esencialmente creadora.

Para los juristas de esa escuela, la fase principal -- de la dinámica jurídica debe verse en el derecho elaborado por los tribunales. Los casos concretos y los procesos contenciosos son los que merecen su estudio. El derecho se les presenta, más que como un conjunto de normas, como un conjunto de decisiones judiciales o administrativas. Parten de que la norma general tiene una influencia restringida en la decisión de las cuestiones jurídicas inciertas o controvertidas. Desechan el punto de vista de la escuela analítica -- inglesa, que ve en la función judicial un verdadero silogismo, como proceso "lógico-mecánico" de deducción rígido, por medio del cual el Juez subsume un grupo determinado de hechos den-----

tro de una regla jurídica general que es aplicable al caso.

Los realistas jurídicos tienen una convicción opuesta a los juristas analíticos, para quienes el legislador ha elaborado un sistema completo a través de reglas jurídicas - generales, que prevén todos los casos o situaciones que la vida presenta en las relaciones o conflictos de los particulares. Por el contrario, los juristas del nuevo movimiento en la Sociología del derecho, plantean como problema principal, el relacionado con la actitud del juez ante el caso -- concreto.

"La teoría de que las normas deciden los asuntos, dece uno de los juristas de esa escuela, Karl N. Llewellyn, en "The Constitution as an Institution", parece haber engañado durante un siglo no sólo a los ratones de biblioteca, sino a los jueces".

En esta obra (1) el citado jurista dice: "El derecho es, en mi opinión, lo que estos funcionarios -se refiere a los jueces, hacen en relación con los pleitos".

Jerome Frank llega al extremo de afirmar que las decisiones judiciales dependen de un conjunto de circunstancias personales del juez, tales como sus prejuicios, sus estados de ánimo, agregando: "Nadie conoce el derecho relativo a -- ningún asunto o situación, transacción o acontecimiento, -- hasta que ha habido una decisión específica al respecto". - Este conjunto de circunstancias y datos que toman los juristas de la escuela realista norteamericana, es lo que ha da-

(1) Karl N. Llewellyn, "The Bramble Bush", 1930, Pág. 3.

do un carácter fundamental de incertidumbre a las soluciones legales, a cambio de una certeza en las decisiones judiciales, pero influida en gran parte por la libre discreción del juez, que constituye el elemento creador del derecho. (1).

Los autores, citas y datos de este tema son abordados y traídos a cuento, en la parte pertinente, por Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano, Tomo V.

#### IX.- CONCLUSIONES.

A pesar de la magnitud que es posible dar al tema que desarrollo en el presente trabajo, considero, que con las razones hasta ahora vertidas en el mismo, se nota más claramente que la sentencia, juicio lógico en que se manifiesta la voluntad del Estado, es concretización de la norma general abstracta mediante un acto de inteligencia del Juez, que produce por sí misma efectos jurídicos particulares, individuales y concretos, suyos exclusivamente, imposibles de encontrarse en ninguna otra norma de Derecho.

Dentro de esos efectos propios de la sentencia está el constitutivo o creativo a que antes hice alusión. Es precisamente el papel de la sentencia que más controversias ha suscitado, habiendo muchos autores que niegan a la sentencia su carácter creativo, pero siendo mayor el número de aquellos que defienden y prueban la existencia de tal carácter y su eficacia dentro del sistema jurídico; entre estos últimos podemos citar a: Couture Kelsen, Rojina Villegas, etc., etc.- Sería fastidioso volver a citar la llamada "Pirámide -

(1) Citas y datos tomados de la obra de Bodenheimer, "Teoría del Derecho", págs. 340 y 341.

Jurídica" de Kelsen, en que la sentencia juega su papel como norma jurídica individualizada, y los casos que Rojina - Villegas trae a cuento en los que la sentencia puede ser -- fuente de obligaciones.

Las diversas teorías jurídicas, principalmente la Teoría Pura del Derecho, la Teoría Ecológica del Derecho y la Escuela Sociológica del Derecho en los Estados Unidos de -- Norteamérica, preconizan el carácter constitutivo de la sentencia.

La pugna al respecto, existe en que la doctrina, tiene su fundamento en que no hay en la regulación del Derecho, una norma que expresamente manifieste que la sentencia es -- fuente de obligaciones, pues al enumerar el código civil, -- en el artículo pertinente, las fuentes de las obligaciones, no alude a la sentencia; pero sí, a la ley.

"Fuente de una obligación es el hecho que la produce", dice Luis Claro Solar, y esto salta con toda claridad a la comprensión de cualquier profano de la materia, como también la situación de quedar obligado a un dar, hacer o no hacer -- por efecto directo de una sentencia judicial, resultando así que la sentencia es fuente de obligaciones y debiera contemplarse como tal en el Art. 1308 C. el cual podría quedar redactado así: "Las obligaciones nacen de los contratos, cuasi contratos, delitos, faltas y de la ley, o, específicamente, de la sentencia judicial.

El art. 1309 C. trata de darnos la definición legal -

de la primera de las fuentes de las obligaciones del artículo anterior, el contrato, pero más que definición de contrato, es manifestación de los elementos de la obligación, según concepto de obligación dado en este mismo trabajo.

Art. 1309 "Contrato es una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otra u otras, o recíprocamente, a dar, hacer o no hacer alguna cosa".

Notamos que en primer lugar, contrato no es lo mismo que convención. Contrato es el acuerdo de voluntades destinado única y exclusivamente a crear obligaciones. Convención es la declaración bilateral de voluntad, ejecutada de acuerdo con la ley y destinada a crear, conservar, modificar, -- transferir o extinguir derechos y obligaciones.

La convención es el género; el contrato, la especie. -- Además el "recíprocamente", agregado en la reforma de 1902, alude a los contratos sinalagmáticos perfectos, o sea, aquellos en los cuales nacen por ambas partes contratantes, obligaciones simultáneas, lo cual exige la determinación de los sujetos participantes en el contrato; y existen artículos en el mismo cuerpo de leyes, que están demostrando el error de la disposición.

Así, al nacimiento del contrato, se tiene indeterminación momentánea del acreedor en algunos casos, Arts. 613 - parte final, 963 y 1039 C.; puede haber indeterminación momentánea de deudor, Art. 68 Pn. y finalmente indeterminación momentánea de acreedor y deudor, arts. 1167 y 1175 Com..-

Teniendo base legal esta crítica del artículo transcrito, el mismo talvez quedaría mejor redactado así: "Contrato es una especie de convención en virtud del cual una o más personas se obligan para con otra y otras, o recíprocamente si estuvieren determinadas al momento de su formación, a dar, hacer o no hacer alguna cosa".

Sería hacer demasiado largo este trabajo seguir citando los lapsus del legislador en aquellas disposiciones en las que no fue muy o nada feliz; traigo a cuento esta norma, a guisa de ejemplo, para decir que pudo haber también uno de estos lapsus del legislador al elaborar las normas de nuestro cuerpo de leyes, olvidando una que expresamente dijera QUE LA SENTENCIA ES FUENTE DE OBLIGACIONES.

Hay ciertos casos en que la misión del Juez se determina en una forma más clara, por ejemplo hay situaciones donde dos intereses pretenden estar amparados por el Derecho objetivo, uno de éstos será el que recibirá la protección de la norma objetiva, convirtiéndose así en Derecho subjetivo, pero sucede a veces que este conflicto de intereses no se encuentra amparado con la norma objetiva y es aquí donde el juez cumple su misión delicadísima, como es la de interpretar y cuando su resolución no queda alzada, aun cuando contrarie la norma efectivamente, es en este caso donde sí vemos en una forma clara que la sentencia es fuente de obligación. Hago mías las palabras de Francisco Gény al decir: "Ni el juez es ~~ni~~ una máquina receptora, ni la -



sentencia es únicamente una cadena de silogismos".

Aclaro que el tema que desarrollo en este trabajo, ha sido objeto de estudio deé eminentes procesalistas, por lo que con las reservas del caso, nada nuevo se puede vertir en el mismo, pero espero que el esfuerzo y sacrificio empleados en la recopilación de datos y búsqueda de textos, en algo pueda servir para los estudiosos del derecho.



## B I B L I O G R A F I A

- 1.- Prbo. JUAN PEDRO DE ANDREA.... "Diccionario Manual Latino Castellano";.
- 2.- ALESSANDRI SOMARRIVA..... "Curso de Derecho Civil", Tomo III.
- 3.- RAFAEL ROJINA VILLEGAS..... "Derecho Civil Mejicano", Tomo V.
- 4.- UGO ROCCO..... "Derecho Procesal Civil".
- 5.- EDUARDO J. COUTURE..... "Fundamentos del Derecho Procesal Civil".
- 6.- CALAMANDREI..... "INTRODUCCION".
- 7.- LUIS RECASENS SICHES..... "Tratado General de la Filosofía del Derecho".
- 8.- CARLOS COSSIO..... A). "La Plenitud Hermética -- del Orden Jurídico y la Interpretación judicial de la ley".  
B). "La teoría Ecológica del Derecho".
- 9.- EDUARDO GARCIA MAYNES..... "Introducción al Estudio del Derecho".
- 10.- MONTESQUIEU..... "Introducción al Estudio del Proceso Civil".
- 11.- GUILLERMO CABANELLAS..... "Diccionario de Derecho Usual".
- 12.- GABINO FRAGA Jr..... "Derecho Administrativo".
- 13.- ALFREDO ROCCO..... "La Sentencia Civil".
- 14.- HANS KELSEN..... "Teoría General del Derecho y del Estado".
- 15.- CARNELUTTI..... "Sistema de Derecho Procesal Civil".
- 16.- ARISTOTELES..... "Ethica nicomachea".
- 17.- KARL N. LLEWELLYN..... "The Bramble Bush".
- 18.- BODENHEIMER..... "Teoría del Derecho".