

dores, *el orden judicial* pertenece á las instituciones de derecho público; y como segun dichas reglas este no puede ser abrogado ni modificado por los pactos privados, * los tribunales han encontrado en ellas el tema obligado de todos los fallos reprobatorios del enjuiciamiento convencional; por lo cual es preciso examinar con atencion el punto en el capítulo siguiente, para demostrar que se ha estado haciendo una falsa aplicacion del apotegma enunciado.

* Leyes 27 y 45 (*in fine*) de reg. jur.

CAPITULO VIII.

Imperfectas nociones de los romanos acerca del derecho público.—Cómo se lo debe definir.—A él no corresponde la sustanciacion civil.—Se examinan las opiniones de los tratadistas que se oponen al enjuiciamiento convencional.

Tratada ya la cuestion en abstracto á la luz de la historia y conforme á los principios del derecho universal, conviene ahora concretarla, procurando fijar la aplicacion de la Regla citada poco há, y examinando las teorías de los glosadores mas notables que han disentido de la opinion comun.

Entre los romanos la palabra *derecho*

público tenía varias acepciones. Bajo un aspecto, el derecho comun era público en cuanto á la facultad de usarlo, porque cualquiera individuo podia valerse de él.* En este sentido habla Terencio cuando dice:

An ne id quidem ego adipiscar quod publicum est?

Phorm., act. 2^o, scen. 3^a, vers. 65.

Bajo otro punto de vista se llamaba público el derecho por razon de origen, porque procedia de la autoridad, aun cuando se dirigiera á la utilidad privada, á diferencia del que nace de convenios particulares. † Se empleaba, por último, dicha denominacion en el sentido propio, aplicándola al derecho que tenia por objeto primario el orden público.

Pero aun bajo esta última acepcion,

* Ley 8^a D. *de tutel.*

† Antonio Faber, á la ley 38 D. *de pactis.*

el derecho público de los romanos comprendia una multitud de disposiciones que realmente pertenecen al privado. Abarcaba todo lo relativo á las cosas sagradas, á los sacerdotes, á la religion y á los magistrados, así como el derecho fiscal y en general todas las leyes, plebiscitos, senado-consultos, edictos de los pretores y costumbres del pueblo romano, que, al parecer de los jurisconsultos, se dirigian al bien procomunal y no al provecho de los particulares. Todo esto constituia el derecho que no podian, segun la Regla, alterar los pactos privados.*

La ley Falcidia, por ejemplo, estaba considerada como de derecho público; y el heredero no podia renunciar el beneficio de ella sino despues de la muerte del testador. De igual manera fueron

* Cuyacio á la ley 38 D. *de pactis.*

clasificadas las Reglas del Derecho, declarándose, por lo mismo, insubsistentes los pactos que las modificaban ó infringían. * Justiniano introdujo el juramento de calumnia, y siendo reputada esta fórmula como de utilidad general, puesto que se la habia establecido para evitar que se litigara temerariamente, no era lícito omitirla por convenio de las partes. †

Eran tan caprichosas, por decirlo así, las nociones que los juristas romanos se habian formado acerca del derecho público y del privado, que una misma convencion podia considerarse ó no como ilegal, segun las circunstancias en que se la celebraba; y por ellas se decidia si se hallaba en oposicion con el uno,

* Ley 26 D. *de pactis*.

† *Authent. Principales personæ*, §. 4º *de jurejur. propter calum.*

ó versaba simplemente sobre materia correspondiente al otro. Se acaba de decir que no se permitia al heredero renunciar el beneficio de la ley Falcidia ántes del fallecimiento del testador. Se determinó así, porque la accion á la cuarta se reputaba como de derecho público, y el pacto privado no podia impedir el nacimiento de ella; pero una vez nacida á consecuencia de la muerte del testador y adquirida por el heredero, degeneraba en privada, quedando este expedito para renunciarla. El mismo frívolo razonamiento fué parte para que se prohibiera al comprador pactar con el vendedor la renuncia de la accion redhibitoria ántes de consumado el contrato, en atencion á haberla establecido el Edicto Edilicio que estaba clasificado entre las instituciones de derecho público.

Se ve, por lo expuesto, que las ideas

recibidas en el foro romano mal podían servir de norma para trazar la línea divisoria entre ambos derechos, y que no sería de gran peso en la disquisición científica el argumento que sobre el particular hubiera de formularse en cualquiera sentido, tomando por base la legislación justiniánea. Debe además advertirse, que en ella no se encuentra texto alguno terminante que eleve á la categoría de derecho público la sustanciación civil; y si bien es cierto que no era lícito alterarla por convenio de las partes, como lo manifiestan los términos en que se expresa Justiniano al fin de la ley quinta *de temporibus appellationum*, de ellos mismos se infiere que la prohibición tenía principalmente por causa el rigor tradicional con que se exigía la observancia de las fórmulas para la validez de los contratos y de los juicios.

Esto no obstante, algunos glosadores, como se ha indicado poco há, enseñaron que el orden judicial era de derecho público, sin cuidarse de fundar tal doctrina, que se ha sostenido en las aulas y en el foro merced á las vagas definiciones que, para caracterizar ambos derechos, se adoptaron por mucho tiempo en los tratados de jurisprudencia.

Segun ellos, se entiende por *derecho público* el que tiene por objeto primario la utilidad comun de preferencia á la individual; y por *derecho privado* el que inmediatamente se dirige á proteger los intereses individuales de cuya armonización resulta el bienestar general.

Pero como de este participan todos ó la mayor parte de los asociados, y como el provecho que á ellos directamente se proporciona redundá en el de la comunidad; de ahí resulta que en muchos ca-

esos es muy difícil discernir, si el beneficio de una ley es directo para la sociedad é indirecto para los miembros de ella, ó vice versa. Así, por ejemplo, tratándose del procedimiento civil, sostenrían unos que tiene por objeto primario el bienestar social, puesto que á este importa que nadie se haga justicia por su mano; miéntras otros afirmarían que se dirige á la utilidad privada, porque se lo emplea para resolver con gran probabilidad de acierto las cuestiones que sobre bienes se promueven por los particulares. Pues bien, ya se ha manifestado, que entre estas dos opiniones extremas existe una média, la cual puede sin vacilacion colocarse en el rango de apotegma, y es esta: el establecimiento de los tribunales tiene por objeto evitar el desórden general que resultaria de hacerse cada individuo justicia por sí solo,

y es, por lo mismo, de derecho público; pero la forma del procedimiento que se pone en práctica para dirimir las controversias de carácter civil, se ha establecido con la mira de proporcionar á las personas que litigan (muy escasas en número, comparándolo con el de las que no lo hacen) cuantos medios de accion y defensa pueden léitamente emplear en pro de sus intereses, y es, por consecuencia, de derecho privado.

La verdad de esta doctrina resalta mas todavía, recurriendo, para examinarla, á las exactas definiciones que de uno y otro derecho han dado los tratadistas modernos. Hélas aquí:

Derecho público es el que arregla las relaciones de los particulares para con la sociedad á que pertenecen.

Derecho privado es el que arregla las relaciones de los particulares entre sí.

Marcada en estos precisos términos la línea divisoria de ambos derechos, los juristas han podido, sin temor de equivocarse, clasificar entre las materias del derecho público el constitucional (que lleva imbito el político) y el administrativo. A ellos se agrega el criminal, incluso la sustanciación, porque la sociedad se interesa directamente en que se descubran y repriman los delitos, no obstante la remisión y aun la resistencia de la parte agraviada.

En cuanto á la legislación civil, solo tres puntos contiene que pertenecen al dominio del derecho público: la patria potestad, el matrimonio y la herencia de los ascendientes y descendientes. * El motivo de esta excepción se comprende sin esfuerzo, si se reflexiona que la fa-

* Véase la nota inserta en la pág. 99.

milia es el origen de la sociedad: que es la sociedad misma en su primitiva forma. La familia se establece mediante un pacto que, al contrario de los del derecho civil, no es rescindible por el mutuo disenso de las partes. Una de estas tiene la fuerza física, y aun cuando no la emplee, puede abusar del afecto de la otra con perjuicio de sus intereses. Es por esto preciso que las relaciones civiles entre los consortes se arreglen por leyes especiales que no sean modificables á voluntad de ambas partes, porque respecto de la débil no hay manera segura de hacer constar la libertad del consentimiento.

En esa pequeña sociedad hay gobernantes y gobernados: aquellos sustentan y educan á estos, reprimen sus faltas y administran la hacienda comun. Importa, pues, al bienestar general, que los

primeros hagan buen uso de la autoridad que la naturaleza les concede, para que no se vicien esos planteles, que son el gérmen y la esperanza de los pueblos. En suma: si la sociedad reconoce gobernantes y gobernados en la familia, como los reconoce en el municipio ó en cualquiera fraccion del cuerpo político, preciso es que las relaciones civiles entre unos y otros sean asunto del derecho público.

Fuera de esas tres instituciones, todas las del derecho civil corresponden al privado, inclusa la sustanciacion; y la prueba es que la transaccion ó el desistimiento pueden poner término á cualquiera litigio, sin que alcance la autoridad á impedirlo, y aun cuando realmente hayan sido y queden sacrificados los intereses de uno ú otro de los litigantes, al contrario de lo que sucede en el procedimiento criminal.

Está con esto suficientemente demostrado, que oponerse al enjuiciamiento convencional en razon de que el derecho público no puede ser abrogado ni modificado por los pactos de los particulares, es hacer una falsa aplicacion de esta doctrina.

Para llevar la argumentacion al extremo, podria hipotéticamente concederse que el procedimiento civil es institucion de derecho público. Pero si examinada bajo otros aspectos la cuestion del enjuiciamiento convencional, resulta bien demostrada la conveniencia de adoptarlo definitivamente, deber de los legisladores será hacerle un lugar en los códigos de procedimientos. Una vez elevado al rango de pacto legítimo, ya no podria desecharse con fundamento de la regla *jus publicum privatorum pactis mutari non potest*; porque, segun la hi-

pótesis bajo la cual se está razonando, las disposiciones relativas de los códigos formarían parte del derecho público; y al ponerlas en práctica los contrayentes, lejos de abrogarlo, no harían mas que apoyarse en él. Fundándose en esta consideración, enseñan los tratadistas, con referencia á la ley quinta *de temporibus appellationum*, que el pacto de no apelar, ántes contrario al derecho público, dejó de serlo desde que la expidió Justiniano.*

Dilucidado hasta por demas este punto, tiempo es ya de examinar las teorías de los legistas que opinan porque los litigantes observen, mal de su grado, todos los ápices del formulario procesal.

Al fin del capítulo sexto se ha dado á conocer ya, entre otras doctrinas favo-

* Cuyacio á la ley 38 D. *de pactis*.

rables al enjuiciamiento convencional, la muy explícita de Parladorio, quien menciona como principales propugnadores de la idea á los glosógrafos del derecho canónico y á Maranta.

Este, en realidad, no expresa de una manera terminante su parecer, y se concreta á relacionar á los tratadistas que sostienen el pro y á los que siguen el contra; si bien, atendiendo á las reglas de interpretación, debe creerse que opina como los segundos, por ser los últimos que menciona.*

Los glosógrafos del derecho canónico se fundan en el capítulo cuarto *de officio delegati*, al comentar la palabra *consensu partium*. He aquí el texto de la decretal: “En los juicios que se te encomienden para decidirlos dentro de cierto

* *Speculum aureum*, part. 4^a, distinct. 9, num. 213.

“ tiempo, queremos que tengas presente,
 “ al sustanciarlos, que despues del dia
 “ prefijado por la Sede Apostólica espi-
 “ ra el mandato, á no ser que se proro-
 “ gue por consentimiento de las partes.”

Basta pasar ligeramente la vista por este cánon, para convencerse de que, en vez de reprobar los pactos de enjuiciamiento, mas bien parece que los apoya; puesto que segun él conserva su jurisdiccion por consentimiento de las partes el juez delegado que no debiera ya ejercerla, á causa de haber trascurrido el plazo de la comision.

Tambien está de parte de los opositores el cardenal Francisco de Zarabella en su comentario á la clementina segunda *de verborum significatione*; * pero á ella son aplicables las mismas ob-

* Quæst 13

servaciones que respecto de la decretal acaban de hacerse. Dispone que en los juicios por delegacion, cuando el Papa prevenga al juez que proceda *de plano y in estrépito ni figura de juicio*, no exija libelo ni contestacion, ni deje de actuar en los dias feriados: que abrevie, cuanto pueda, el litigio, desechando excepciones y apelaciones dilatorias, evitando contiendas de abogados y procuradores, y repeliendo la superflua muchedumbre de testigos.

Nada hay hasta aquí que contrarie ni funde la alteracion del procedimiento ordinario por convenio de las partes; pero en el resto de la bula se vierten especies que, ajenas de armonizar con la opinion del comentador, pudieran hacerse valer en contra de ella. En efecto, el Papa dispone que señale el juez un término para la absolucion de posiciones, *á no ser*

que expresen las partes su voluntad en contrario; y concluye diciendo que, mediante el consentimiento de ambas, es válida la sentencia pronunciada en la vía ordinaria, aun cuando por disposición pontificia, *general ó especial*, debiera haberse procedido sin figura de juicio.

De los anteriores conceptos se deduce que no discurrieron con madurez los glosadores, al buscar apoyo en los cánones para oponerse al enjuiciamiento convencional; pero aunque así no fuera, la ciencia no mira en estos mas que respetables doctrinas, ménos autorizadas á veces que las de los tratadistas, porque suele en ellas sacrificarse la filosofía del derecho al espíritu teocrático. Prueba de ello son la decretal y clementina de que se trata, puesto que aprueban ambas los juicios por comision contra los principios elementales de la recta admi-

nistracion de justicia. Se dirá que este fué un error de la época, y no de la curia romana exclusivamente. Bien está, pero no por eso deja de ser cierto el pernicioso influjo del ultramontanismo en la jurisprudencia canónica; y la multitud de bulas relativas al *oficio del juez delegado* parece indicar que esta abusiva práctica era mas frecuente en el foro eclesiástico que en el seglar.

Curcio Senior, interpretando en su tratado de los secuestros * la ley tercera C. *de pignoribus*, dice que el derecho que segun ella da el convenio al acreedor para entrar de propia autoridad en posesion de los bienes del deudor, solo tiene lugar miéntras no se recurra al juez, así como puede facultarse al arbitrador para que proceda sin guardar

* Inserto en el tom. 3º, part. 2ª del *Tractatus universi juris*, pág. 143, núm. 75.

el órden legal; pero que una vez deducida la accion judicialmente, habrá que recurrir á la sustanciacion ordinaria, que no admite modificaciones convencionales.

Desde luego se ve que tal interpretacion discrepa mucho de la que adoptan como genuina los juristas de nota, y de que se hizo mérito en el capítulo quinto. Allí se manifestó, refiriéndose á ellos, que en caso de haberse pactado la via de apremio, deberia el juez practicarla, y se dió por razon la siguiente: *El legislador quiso á tal grado roborar la LEY DEL PACTO, que declaró no ser caso de fuerza la posesion tomada de propia autoridad. Si pues dispone á renglon seguido que se pida al juez la ejecucion del convenio, y si por este se determinó el procedimiento que deberia emplearse, el seguir otro seria infringir y hacer*

irrisoria la LEY DEL PACTO, cuando tanta importancia se le atribuye.

Termina Curocio Senior su razonamiento, fundándose en la citada Regla del Derecho, y aplicándola en el sentido poco ántes impugnado.

En ella misma se apoya Lucas de Penna, * siguiendo á Alejandro en sus "Adiciones á Bartolo," † para sostener que no puede sustituirse la via sumaria á la ordinaria por convenio de las partes.

Cuyacio, aunque no se pronuncia explícitamente en uno ú otro sentido, parece inclinado tambien á creer en su comentario á la ley treinta y ocho D. *de pactis*, que el procedimiento civil corresponde al derecho público.

Al talento de estos eruditos comenta-

* A la ley *submersis* C. *de naufragiis*.

† A la ley *in societatem*, §. *arbitrorum* D. *pro socio*.

dores no podian ocultarse, en medio de su oposicion al enjuiciamiento convencional, las razones que en favor de él militan, entre las cuales descuella la que se deduce de la facultad que por la ley natural corresponde á los litigantes para someter sus disidencias al juicio arbitral. En efecto, el dar jurisdiccion á quien no la tiene, es mas que determinar el modo de ejercerla; y si ellos pueden hacer lo uno y lo otro, ¿por qué se les priva en parte, la ménos importante, del derecho que en toda su plenitud les incumbe, y mas cuando los jueces, por el cargo que desempeñan, se hallan en el deber de entender en los litigios, y tienen á su favor la presuncion de aptitud y honradez?

Esta reflexion es de tal manera convincente, que hubo al fin de hacer fuerza en el ánimo del Cardenal y de Lucas de Penna, quienes, despues de sostener que

no era lícito el pacto de sustituir la sustanciacion ordinaria con la sumaria, añaden que para obtener las partes este resultado, les bastaria dar al juez facultad para que procediese como arbitrador. Así es que acaban por convertir en logomaquia lo que debiera ser una cuestion de principios, puesto que su doctrina queda resumida en estos términos: *para ajustar el pacto puede emplearse esta ó aquella fórmula; en el primer caso es válido y no en el segundo, aunque en ambos produzca igual efecto.* A tales inconsecuencias conduce el prohijamiento de una idea emanada de razonamientos erróneos!

Por lo que respecta á los tratados modernos de jurisprudencia, el autor del presente ignora que se haya dilucidado la materia en algun otro, y solo tiene noticia de la polémica sostenida

en el Cuerpo Legislativo sobre conveniencia de la cláusula de *voie parée*, al discutirse la ley de 2 de Junio de 1841. Como anteriormente se ha referido, la principal razon que se hizo entónces valer por los que sostuvieron el contra, fué el temor de los abusos. Así es que entre los adversarios del enjuiciamiento convencional, los antiguos se apoyan de preferencia en la consideracion de que el derecho público no puede ser alterado por pactos privados, y ya se ha procurado patentizar que sin razon invocan este principio: los modernos arguyen con los perjuicios que pudieran resentir los intereses particulares, y esta objecion será analizada al examinar el punto bajo el aspecto económico-político en el capítulo siguiente.

CAPITULO IX.

Propension de los gobiernos á ingerirse en los asuntos privados é inconvenientes de que se habitúen los pueblos á ese régimen.—El interes particular es mas previsor que las leyes.—Paralelo entre el principio de libertad y el de autoridad.—El enjuiciamiento convencional debe admitirse por razones análogas á las que hay para no poner tasa al interes del dinero.—Los pactos de enjuiciamiento contribuyen al desarrollo del crédito inmobiliario, y dan actividad á las transacciones.

De continuo propenden los gobiernos á ingerirse en negocios que son de la exclusiva competencia de los particulares, ora por la natural tendencia del poder á ensanchar su esfera de accion, ora porque las personas que lo ejercen, mirando á la sociedad desde la altura á que las ha elevado, llegan á persuadirse de