

BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Bs. As. 1964, 313 pp.

“Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen”, fue publicada en Giesen el año de 1868. Marca esta obra para gran número de procesalistas, el verdadero punto de partida del procesalismo científico, porque desarrollando una idea de Hegel, dice Chiovenda (*Ensayos de Derecho procesal civil*, T. I, p. 12), “que atribuye a los pagos que dan las partes en el proceso, definió categóricamente el proceso como una relación jurídica que se desenvuelve gradualmente, con tres lados, esto es, que tiene lugar entre las partes y el juez, el esqueleto de la cual está constituido por la obligación del juez de emanar la sentencia (“necessitas cognoscendi et iudicandi”), por el derecho de las partes a tenerla, y por la obligatoriedad del resultado del proceso para las partes: relación de derecho público, que es fundada por la demanda judicial, y que tiene naturaleza formal, de donde el derecho de las partes en la relación procesal tiende a la sentencia, pero no a una determinada sentencia”.

Bülow entendió la relación como pública y creyó que la teoría de Wach estaba todavía demasiado subordinada al derecho privado, en cuanto el concepto de un derecho a la tutela jurídica era unilateral (no explicaba el derecho de ambas partes a la sentencia favorable para pretensiones que están, forzosamente, contrapuestas); de ahí que buscara una noción de autonomía que permitiera el conocimiento imparcial: el derecho a la sentencia justa. Bülow insistió siempre en la inexistencia de un derecho anterior a la litis, punto en el que coincidió Chiovenda afirmando que “no puede hablarse de un derecho a la tutela jurídica antes de la demanda judicial, precisamente por el hecho de que el juez no puede proceder sin demanda” (op. cit., p. 34). Con visión certera, Bülow sostuvo que el derecho a la sentencia surge en el momento en que la causa se cierra, lo que implica que el derecho de (o a) accionar es bien distinto del derecho a pretender que no es demostrado sino con los resultados de la instrucción (también en esto coincidió Chiovenda, avanzando hasta decir que el ordenamiento jurídico obliga al juez a “juzgar según la convicción que se habrá formado sobre el material de la causa”, (id., p. 36). Con todo ello Bülow construyó una doctrina procesal autónoma, si bien tuvo que abandonar la “actio” al derecho privado, perdiendo el necesario apoyo de la causa eficiente.

Fue Bülow uno de los tres ilustres juristas que dieron a Alemania su moderna ciencia procesal. Hay quienes consideran que Adolfo Wach fue más genial, que José Kohler tuvo geniales intuiciones y dio a esta doctrina un desarrollo más amplio y orgánico; pero correspondió a Bülow “proporcionar a esta ciencia una sólida base dogmática y sistemática poniendo los fundamentos de la doctrina de la relación jurídica procesal” (Chiovenda, *Ensayos*, I. p. 419). Cualquiera sea el criterio por el que se opte, no hay duda que “La teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales”, cayendo en el campo del romanismo histórico, puso en claro el aspecto publicista del derecho procesal, inaugurando la nueva dirección. Es cierto que en 1856 Bernhard Windscheid escribía sobre la “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho moderno, y que al año siguiente Theodor Muther publicaba su crítica, originando la polémica más comentada en la rama procesal, no sólo por la posición de los contendientes, sino por las repercusiones teóricas; pero también Bülow produjo enjundiosos estudios sobre el derecho romano (demostrando las afinidades entre el

concepto romano y el moderno de la relación jurídica procesal, cfr. Chiovenda, op. cit., p. 347, nota 198) y el longobardo.

Una estampa clara y contrastada de los tres maestros dejó Chiovenda en sus *Ensayos*, diciendo de ellos: "Parco escritor Bülow, condensó en pocos ensayos monográficos y polémicos los productos fragmentarios de un intelecto singularmente original y agudo; pensador lleno de dudas, más inclinado a la crítica sutil y cáustica que a las enunciaciones seguras y definitivas. Kohler en su abundantísima producción, enciclopédico, exuberante, inagotable; expositor brillante, todo ímpetu e imaginación, fácil a las conjeturas, de conclusiones rápidas. Entre los dos, Adolfo Wach: trabajador incansable hasta los últimos años, pero escritor lento; manejador poderoso de la lógica, formulador cauto pero seguro; tuvo la palabra mesurada y casi solemne, la frase escultórica, la expresión incisiva, cincelada, impecable, límpida traducción de ideas largamente meditadas" (T. I, p. 420).

Si el traductor de la obra es Angel Rosas Lichtschein, y a él corresponde la satisfacción de ofrecer a los lectores hispanoamericanos la versión española hecha "con singular emoción", "no es menor que la del traductor, la emoción, y también el orgullo del editor y director de esta colección", porque Santiago Sentís Melendo, que se ha echado a cuestras la divulgación de la escuela italiana, se supera ahora al publicar lo mejor de la doctrina alemana (ya había incorporado los libros de Wach: *Conferencias sobre la Ordenanza procesal civil alemana*; de Rosenberg: *Tratado de Derecho procesal civil* y la *Carga de la prueba*; de Wenger: *Actio Iudicati*, y de Goldschmidt: *Derecho judicial material* y *Principios generales del proceso* en su segunda edición española).

Siete capítulos forman la obra: a saber: I). La relación jurídica procesal, los presupuestos procesales y la teoría de las excepciones procesales. II). Reseña dogmática histórica. III). La exceptio procuratoria y cognitoria. IV). La exceptio litis dividuae y rei residuae. V). La exceptio fori. VI). La exceptio preajudicii, y VII). Las excepciones procesales y la translatio de los pretores romanos (más la presentación con: Palabras del traductor, Palabras del editor y Prólogo del autor; índices sumario y alfabético de materias).

Fácil es advertir que los capítulos del tercero al sexto son verdaderos estudios históricos de derecho romano; pero los restantes ascienden a la teoría general y son la fuente de la moderna concepción del derecho procesal como rama jurídica, auténtica rama apoyada en principios autónomos, algunos de los cuales se llevarán después a otras disciplinas procedimentales.

Bülow realizó su investigación penetrando en la historia, aunque con la mira puesta en la búsqueda de conceptos fundamentales. Supo desde un principio que su trabajo "tiene algo de incompleto" y que más que apartarse de la tradición, podía fallar en lo que significara encontrarse todavía muy apegado a ella. A la distancia de casi un siglo, sus palabras tienen a veces tonalidades de arcaísmo procesal, pero de tan "gran sencillez", como dice el traductor, que conservan más que frescura, lozanía.

Así, en la primera página se lee: "Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el

proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública" (pp. 1-2). Bastaría alterar las premisas para que la tesis cayera: desde que los derechos y obligaciones procesales no se dan sólo entre los funcionarios estatales y los ciudadanos, porque en el arbitraje privado el juez público desaparece sin que por ello se elimine el proceso, la posible relación que entre las partes y el tercero imparcial se forme no puede ser pública.

Pero queda en pie el resto de su doctrina, esa posible relación se distingue de las demás por la singular característica de su continuidad, o como ahora se debe decir: por su dinamismo. "El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso" (p. 2). Otras materias se presentan como relaciones concluidas, la procesal se muestra en embrión.

El temor de Bülow de verse influenciado por la tradición se confirma cuando entiende que la relación procesal se perfecciona con la litiscontestación (idea que, proveniente del autor del criterio del proceso como relación, descubre que también los publicistas se apoyaron en la litiscontestación y no en la litispendencia, según se sostuvo más tarde), a la cual llamaba "contrato de derecho público" y con la que justificaba el deber de sentenciar y la obligación de colaborar de las partes y de someterse a sus resultados.

Más discutible, si se quiere, fue la afirmación de que los actos discurrían separados, independientes y resultantes unos de otros, porque formando una serie, no podían ofrecer solución de continuidad y, precluyendo en cada grado, no cabía siempre la causalidad. Sin embargo, se trata de observaciones que sólo pueden lograrse corrida la centuria y que por lo demás, aún no se encuentran depuradas ni profundizadas.

Para compensar la inseguridad que Chiovenda imputara a Bülow, convendría advertir que tuvo la virtud de distinguir entre proceso (la supuesta relación) y procedimiento (la marcha o adelanto gradual que salta a la vista de la mayoría, p. 3). También se mira en Bülow la distinción que luego se apropiara Carnelutti, entre litigio y proceso ("En el proceso se da una transformación en cada relación; pues a causa de él la relación litigiosa —que de ningún modo debe ser identificada con la relación procesal— también sufre una metamorfosis...", p. 3, nota 3). Y aprovechando el concepto de relación, Bülow penetra en las condiciones de la constitución del proceso, observando las prescripciones sobre la competencia, la capacidad ("rectus"; habilidad), "insospechabilidad" del tribunal, la legitimación del representante, las cualidades propias e imprescindibles de una materia litigiosa, la redacción y comunicación de la demanda, la obligación del actor por las cauciones procesales y el orden entre varios procesos.

Si en el derecho privado se habla de requisitos constitutivos de la relación y en el penal del delito tipo, no había para el procesal un término que englobara esas condiciones. De ahí que Bülow propusiera el concepto "presupuestos procesales" (p. 6). No cabe, pensaba el autor, una diferencia entre presupuestos generales y especiales, apenas sí una distinción entre presupuestos comunes y de excepción según se mirare al proceso ordinario o al sumario. De esta manera quedó advertido que el tribunal no sólo ha de resolver sobre la existencia de la pretensión en pleito, sino que debe cerciorarse si concurren las condiciones de existencia del proceso mismo. Pero en Bülow, los presupuestos constituyen la materia de un procedimiento previo (no obstante que ya en 1654, una ley procesal del derecho común alemán, el trámite preparatorio iba junto con el principal), y entran en íntima relación con el acto final que estriba en la litiscontestación o en la "absolutio ab instantia" (p. 7): erróneo punto de vista que

convierte al presupuesto en cuestión previa, es decir, confunde la significación del presupuesto con la forma de sustanciar el problema con él vinculado. Sin embargo, el análisis le permite separar la “*denegatio actionis*” romana de la “*condemnatio*” o “*absolutio ab actione*” que representan decisión sobre el litigio mismo, al tiempo que se arroja nueva luz sobre la figura de la “*litis contestatio*” o de la “*absolutio ab instantia*”, puesto que implican, respectivamente, la respuesta positiva o negativa a “la cuestión de si se dan las condiciones de existencia de la relación jurídica procesal” (p. 8).

Estos presupuestos habían venido siendo estudiados en el “modestísimo y apartado rincón” de la teoría de la contestación de la demanda, “con el pobre e inadecuado ropaje de las excepciones dilatorias” (p. 11). Bien mirada esta materia, resulta que las excepciones procesales no son sino presupuestos expresados negativamente. La doctrina no conocía, pues, la diferencia entre hechos impeditivos y constitutivos del proceso y sólo estudiaba los primeros y se admitía que podían ser considerados de oficio y que no siempre requerían ser probados por el demandado, que podían tener como consecuencia la nulidad irremediable del procedimiento: hasta se habló de excepción que podía oponer el actor contra el demandado (“*exceptio deficientis legitimationis ad processum passivae*”, excepción de falta de legitimación pasiva para el proceso, y “*exceptio procuratoria*” para cuando el personero no tuviere poder; p. 14, nota 14). Para combatir los equívocos e incomprensiones, Bülow propuso ir hasta las fuentes de donde derivaron esas excepciones, al “examen profundo e imparcial de la tradición jurídica romana” (p. 16), porque sólo así se advertirían las malas interpretaciones y se confirmaría que en el derecho romano “no existían excepciones procesales, sino que toda excepción —“excepciones” tanto como “*praescriptiones*”— pertenecía a la relación litigiosa” (p. 17). De ahí que en el capítulo segundo se efectúe una reseña dogmática histórica, en la que se comienza por observar que provienen del derecho germánico las excepciones materiales que impiden el proceso, según lo afirmara Planck (p. 19, nota 1).

Ya los glosadores veían en los códigos justinianos dos tipos de excepciones dilatorias: las procesales y las materiales, y los procesalistas de los siglos XII al XV desarrollaron sistemáticamente la teoría de las excepciones procesales (el Panormitano llamaba emergentes a las excepciones procesales e incidentes a las materiales, nota 4, p. 21), y de muchas excepciones que no impugnaban la pretensión, se infirió que estaban destinadas todas a prevenir un procedimiento defectuoso (a desviar o eludir el juicio; a impedir la contestación). En todo caso, no se advirtió que los romanos no hablaban de impedir el proceso sino de demorarlo. Hubo pues, en la doctrina, en la legislación y en la práctica, total confusión entre impedimento y dilatación procesal, hasta que la “*Jüngsten Reichsabschied*” “remitió la discusión sobre la mayoría de estas excepciones al juicio principal” (p. 23).

Conviene en este punto, dejar precisado que ni Bülow ni los autores que le sucedieron inventaron una realidad. Doctrina, práctica y legislación conocían el problema, es decir, mientras en el derecho romano las excepciones integraban la fórmula y se consideraban en el “*iudicio*”, ya en la Edad Media se hacían valer, como excepciones verdaderos presupuestos procesales. Hubo autores (particularmente Gesterding en 1827, cfr. p. 26, nota 11), que señalaban la paradoja de llamar excepciones a la manera romana, lo que eran excepciones al procedimiento, se impugnaba que en derecho romano existieran tales excepciones, “pero no que faltaran, en sustancia, excepciones pro-

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

1183

cesales" (id.). Este es el mérito de Bülow, advertir el fenómeno y profundizar en su teoría. De ahí también, que el autor destine los siguientes capítulos al examen particular de las excepciones romanas y demuestre que el derecho romano desconoció las procesales.

Aunque todas las observaciones que formula el autor son significativas, ante la influencia privatista que pesa sobre la legislación actual (particularmente la mexicana), conviene destacar algunos puntos de mayor importancia.

Así, respecto a las excepciones "procuratorias" y "cognitorias" aclara Bülow que dentro del complejo relativo a la personería, unas deben ser llamadas de falta de poder y otras de falta de capacidad ("rectius": habilidad) (p. 33). La aplicación de la tesis no puede ser más demostrativa: si el fiador demandado no opone la "exceptio procuratoria" contra el procurador del acreedor, no por ello pierde la acción ("rectius": pretensión) de regreso contra el deudor, como indicaba Ulpiano (libr. 7 "Disput."). "Esa razón es muy acertada en cuanto a una "exceptio" de falta de capacidad ("rectius": habilidad) pero no lo es en absoluto para una de falta de poder" (p. 47). Por lo demás, la explicación del pasaje que da Bülow, consiste en que probablemente los compiladores del Digesto hayan introducido algunas modificaciones, colocando "procuratoria exceptio" por "cognitoria exceptio" que era de falta de habilidad para obrar (p. 48). Pues bien, tales excepciones, por la especial ordenación romana, no eran procesales sino sustantivas; no estaba en juego el trámite y validez del proceso, no versaba la legitimación procesal. "Se trataba en cambio, de demostrar una condición jurídica material. Estaba en juego la legitimación sustancial" (p. 61). El personero actuaba una pretensión originalmente ajena pero actualmente suya por mandato. Hoy en día, si el personero no ha sido autorizado para intervenir en el juicio, falta una condición indispensable para su tramitación que concierne a la "legitimatio ad processum", y "caería dentro del concepto de las excepciones procesales" (p. 60).

A pesar de que para los más importantes defectos procesales no se encontraron las correspondientes excepciones, por ejemplo, para "hacer valer contra la falta de la persona legítima "standi in iudicio": tampoco contra la incapacidad ("rectius": habilidad) o parcialidad del juez, la improcedencia de un trámite o procedimiento judicial civil, la redacción defectuosa o la viciosa notificación de la demanda, la falta de "cautio rati", etc. (p. 81), todavía se creyó encontrar algunas pocas excepciones procesales romanas en la "exceptio litis dividuae", "rei residuae", "praescriptio", "fori" y "praeiudicii"; es por ello que Bülow dedica el capítulo cuarto a su análisis, demostrando que se trata de excepciones sustantivas, tal y como lo fuera la "exceptio pacti de non petendo intra quinquenium", por implicar una falta de pretensión intrínsecamente (p. 83). En otras palabras, no estaba en cuestión una improcedencia o caducidad del proceso; si el actor mantenía su actitud, el proceso se iniciaba sin mayor detenimiento y resultaría una "exceptio rei in iudicio deductae" que presupone un "valido iudicium" (p. 84). Fue por ello que Gayo destacaba la semejanza entre la "exceptio litis dividuae" y "rei residuae" con la "exceptio de pati de non petendo temporalis", pues eran excepciones de prórroga.

Ni siquiera la "exceptio vel praescriptio fori", por atañer a la competencia del tribunal, pudo constituir entre los romanos una excepción procesal, como lo demuestra el autor en el capítulo quinto, ya que de ninguna manera pudo ser reservada para el procedimiento "in iudicio" (p. 89). Sólo estando cegado por la teoría de las excepciones

procesales se pudo dejar de advertir, "ya que saltaba a la vista el contrasentido de aceptar que la competencia del "magistrus" fuera resuelta por el "judex" en el proceso romano" (p. 113).

Eliminadas las supuestas excepciones procesales que antes estudiara el autor, sólo quedaba la "exceptio praejudicii", que es revisada en el capítulo sexto. "En derecho romano se ha determinado que un proceso de cierta entidad no debe ser juzgado después de otro de menor importancia que le haya precedido" (p. 116). Parece que la regla es establecer un orden real y no permitir que el proceso menos trascendente gane la delantera al más importante; pero esto no debió ser aplicable cuando el principal fuera meramente posible (de futuro incierto, porque entonces "apenas quedaría una sola demanda que pudiera llevarse al cabo sin inconvenientes", p. 118). De cualquier manera, no podía pensarse en una excepción, desde que el magistrado debía cuidar, de oficio, que el proceso de menor importancia se suspendiera hasta la resolución del mayor.

Entre decreto de prejudicialidad y las excepciones del mismo nombre se levantaba tajante diferencia. El decreto recuerda muchas veces la excepción de litispendencia, "por cuanto en ambos se trata de la suspensión de un proceso durante la tramitación de otro" (p. 157, nota 52, donde se exponen importantes distinciones entre litispendencia y decreto de prejudicialidad). Pero el decreto no podía promoverse de parte, dado que ello constituiría una "contradictorio in adjecto" (p. 163). Cada excepción trae el rechazamiento definitivo de la demanda "la absolución del demandado con fuerza de cosa juzgada" (p. 164). Desde que el decreto sirve para apartar el peligro de prejuzgar en procesos pendientes, la excepción evitará el peligro del pre-juzicio en procesos futuros (p. 167). La demanda principal es lo que descuidó el actor y por tal motivo, le interpela el demandado, forzándolo a iniciar el "judicium majus". Esta excepción se encuentra limitada a tres asuntos: proceso sobre herencia, de propiedad inmobiliaria o uno criminal (pp. 169 a 180), explicable el último caso porque en la época clásica aún no se distinguía entre derecho público y privado, pero cuando esto aconteció la excepción fue derogada (p. 180).

Puesto que la excepción de prejudicialidad no tenía función directriz del proceso (como sí podía verse en el decreto), y ya que no existían dos procesos simultáneos, se trataba, "tan sólo, de la coexistencia de dos derechos, de la concurrencia de dos derechos de demandar ("acciones", en sentido material) . . . La excepción de prejudicialidad es un regulador de la concurrencia de acciones, no de procesos" (p. 206); pero, además, debe distinguirse entre mera conexión, que hace posible el decreto, y verdadera concurrencia que permite la excepción (p. 210).

Todo el análisis precedente, sirve a Bülow para destacar que la confusión entre derecho a demandar, acción (Klagerecht) y proceso (entre "res in iudicium deducta" y "judicium", p. 218), es lo que ha permitido (todavía) la errónea concepción de las excepciones procesales. La "exceptio" romana, como las excepciones prejudiciales, atacan la demanda para excluir el contenido del petitorio y de la condena, verdadera relación entre la cláusula condicional afirmativa y la negativa de la "intention" que, por ende, tiene carácter sustancial. Hay un extremo, sin embargo, por el que la "exc. praej." puede calificarse de procesal. Normalmente, la "exceptio" se opone a la pretensión para quitar al actor toda posibilidad de conseguir su objeto. No sucede así con la "exc. praej." que supone varias pretensiones para un mismo fin, de

ahí que la "exc." no deje al actor sin medios de protección (el heredero que no puede reivindicar, está en condiciones de seguir la petición de herencia). Pero tal "exc." no es medio de hacer valer un defecto de forma procedimental, sino un defecto del contenido de la pretensión (p. 226). Se produce una "absolutio ab instantia" por pedir una cosa por otra. Aquí, no obstante la pureza metódica de Bülow, se expresa una idea errónea respecto a la acción ("Una excepción que se refiera a la "actio" no puede, por lo tanto, dejar de tocar el derecho", p. 228), quizás por influencia de Widscheid (cfr. nota 130, p. 228); pero la teoría es válida si, en vez de hacer referencia a la acción se alude a la pretensión.

El capítulo séptimo parte de la observación conclusiva de que en el derecho romano no existieron excepciones procesales, a pesar de que separó las excepciones "in rem" e "in personam", en perentorias y dilatorias y las últimas en de legitimación sustancial y puramente temporales (p. 233). Pero la doctrina no desmayó y quiso llenar el vacío acudiendo a los retóricos que hablaban de la "translatio" "cuan poco respetaban los juristas romanos la retórica "translatio", lo han documentado ellos mismos, desde que han usado esa palabra para un concepto completamente distinto (cambio de la fórmula a nombre de otra parte), sin atender a la designación técnica (pretendida)" (p. 235. nota 6).

La "translatio" tenía por objeto una "defensa evasiva", porque el demandado no negaba el derecho litigioso, sino que se le tachaba en un aspecto (como si al actor correspondiera otro derecho y no el deducido, que al delincuente debiera aplicarse pena distinta o que el proceso debiera sustanciarse ante otro tribunal, p. 237). Era pues, una concesión parcial y una parcial negativa. "No media la menor duda de que estamos ante una especie de confesión calificada" (p. 238). Ya se ha visto que estos medios de defensa constituían objeto de las excepciones de fondo en la mayor parte, pues a veces sólo conducían al examen posterior de la aplicabilidad del "juicio".

Algunos casos, ciertamente, se presentan como defensa translativa de contenido procesal, impidiendo la tramitación (recusación del juez, objeciones contra la habilidad procesal o de postulación del actor, recusación del acusador, afirmación de que la demanda no ha de ser admitida como fue propuesta, pedido de suspensión provisional del proceso); pero no ofrecen materia para una "exceptio" o "prescriptio" a tratar "in iudicio", son cuestiones que se investigan y resuelven por el "magistratus" en el procedimiento preparatorio, "in iure", antes de la "datio formulae" (p. 242). De ahí que los pretores de tiempos posteriores a Cicerón, agruparan la "translatio" con las "praescriptiones", y en el derecho francés se compararan la "translatio" y el "fin de non recevoir" (nota 26, p. 242). De todas maneras, la cuestión no estaba en la traslación, sino en la causa por la que las personas, los tiempos o las pretensiones debían trasladarse (p. 249, nota \*6).

El último capítulo se destina a exponer los resultados de las investigaciones especiales en el derecho romano y en el actual, en especial, por "una fundamental desmentida a la teoría de las excepciones" (p. 251). Por tal refutación, Bülow llega a asegurar que la "exceptio", tanto como la "actio" (pretensión), pertenecen por su contenido al derecho material. Todas las "excepciones" se refieren al derecho deducido, lo único procesal en ellas, como en las "acciones", "es la forma en que son hechas valer en juicio. Sólo los actos de "exceptio" (el excepcionar, el "modus excipiendi") pertenecen al derecho procesal" (p. 252). Es notable la conclusión de que a causa de la



"exceptio" no podía hablarse de nulidad o rechazamiento de la demanda, pues la forma de ésta no existía "in concreto" antes de la "actio", antes de que la litiscontestación se cumpliera, la forma de la demanda no podía ser atacada. "al menos por una "exceptio", pues como ésta era una parte inseparable de la fórmula, al eliminarla se eliminaría, en primer lugar, a sí misma" (p. 253, nota 3).

Después de dar al concepto de excepción dilatoria un efecto suspensivo del derecho deducido, la diferencia entre perentorias y dilatorias no tiene la importancia que se le había asignado. "La diferencia consiste en que las perentorias son una limitación permanente y las dilatorias, temporaria del derecho del actor" (p. 257). Por lo demás, según las condiciones propias de cada caso, éstas excepciones toman el carácter perentorio o dilatorio (nunca mixto), como en la "procuratorio exceptio" o la "exceptio doli", comúnmente perentoria, es dilatoria "en su función de excepción de retención" (p. 258), y la "exceptio pacti de non petendo" es perentoria o dilatoria según que el acuerdo hubiere convenido un pago sin plazo o a plazo fijo.

A todo lo largo del estudio de Bülow, prácticamente apoyado en la distinción entre procedimiento "in jure" e "in iudicio", se presenta el interrogante de si las excepciones procesales no serán una creación del derecho moderno. Como la índole material de las excepciones se muestra en el efecto siempre material de su prueba, puesto que acarrearán una resolución de fondo, ninguna utilidad habrían tenido las excepciones procesales si no acarrearaban la invalidez del proceso, tal y como se propone en el derecho moderno. Sin embargo, la "absolutio ab actione" que era sustantiva, no fue la única forma romana, también se conoció la "absolutio ab instantia" con el nombre de "denegatio actionis", rechazamiento de la demanda por el "magistratus", medio en el cual encontraron los romanos la fórmula para "rechazar la demanda a causa de un vicio procesal, sin adelantar la resolución de fondo" (p. 267).

La dicotomía del procedimiento judicial romano no puede explicarse a base de razones de cantidad, en realidad descansaba "en una intrínseca diferencia cualitativa de la materia sometida a discusión en el proceso. Se funda en la contraposición en que se encuentra una mitad de ella —el supuesto de hecho de la relación procesal— con la otra mitad de la misma —el supuesto de hecho de la relación material litigiosa" (p. 280). La primera mitad constituía el estudio de los presupuestos procesales, la segunda atendía a la discusión del litigio material.

Cuánta importancia tiene hoy la separación romana, y cuál es la trascendencia en la distinción entre presupuestos y excepciones, las primeras impidiendo el proceso irregular y las segundas limitándose al litigio, queda puntualizado en las siguientes palabras de Bülow: "La litiscontestación merece destacarse firmemente como el punto más importante del proceso y como el pilar básico indiscutido de todo el procedimiento judicial. Ella no estribaba en una discusión superficial, mediana, hecha a modo de ensayo, del material litigioso, que vendría a dilucidación fundamental "in iudicio". Tampoco se basaba en un acuerdo privado de las partes. Era el resultado de un debate completo y decisión acabada de un complejo de cuestiones que no volverían al tapete por segunda vez. Era el momento en que se hacía constar que, por medio de la actividad de las partes y con el control y aprobación de la autoridad estatal, aquella relación de derecho público que llegaba a su constitución y término irrevocable, estaba destinada a contener dentro de sí la relación litigiosa privada existente entre las partes para hacer surgir ésta —después de una esmerada descomposición de sus distintos ele-



mentos y según el resultado favorable o desfavorable del análisis— en un estado mejor, más firme y útil que antes o para reducirla a la nada” (p. 287). Enseñanza más científica y fructífera pocas veces puede hallarse en toda la ciencia jurídica.

Humberto BRISEÑO SIERRA  
Profesor de la Facultad de Derecho  
de la U. N. A. M.