

FRANCESCO CARNELUTTI

INSTITUCIONES
DEL
PROCESO CIVIL

TRADUCCION DE LA QUINTA EDICION ITALIANA POR
SANTIAGO SENTIS MELENDO

VOLUMEN I



EDICIONES JURIDICAS EUROPA-AMERICA

BUENOS AIRES

SUBTITULO PRIMERO

DEL PROCESO CONTENCIOSO (1)

4. FUNCION REPRESIVA DEL PROCESO.

La finalidad del proceso contencioso es típicamente represiva: hacer que cese la contienda, lo cual no quiere decir hacer que cese el conflicto, que es inmanente, sino componerlo mediante el derecho, bien con la formación de un mandato (infra, n. 31), bien con su integración (infra, n. 32), bien con su actuación (infra, n. 36).

La naturaleza contenciosa del proceso, se debe, no tanto, al conflicto de intereses cuanto a su actualidad, que reclama la función represiva del derecho. El estudio del proceso contencioso desde el punto de vista funcional compromete, pues, la investigación acerca de lo que es, no el conflicto de intereses, sino su actualidad.

5. LITIS (2).

El conflicto actual de intereses se denomina litis. La terminología a este respecto no está consolidada todavía; ciertamente, antes de que se propusiese su empleo, con un significado científico preciso, la palabra se utilizaba en más de un significado, tanto para denotar el conflicto de intereses para

(1) BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, págs. 7 y sigtes.; CARNELUTTI, *Sistema*, I, págs. 40, 131, 341; CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, Padova, Cedam, 1930, II, pág. 359; BETTI, *Ragione e azione*, en *Rivista di dir. proc. civ.*, 132, I, pág. 205.

(2) CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, pág. 20; CARNELUTTI, *Studi di diritto processuale*, III, Padova, Cedam, 1939, pág. 21; CARNELUTTI, *Lite e processo*, en *Riv. di dir. proc. civ.*, 1941, II, pág. 348; JAEGER, *Diritto processuale civile*, pág. 112; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, pág. 8.

cuya composición opera el proceso, como para denotar el proceso mismo; hay que reconocer también que las resistencias a la adopción del uso propuesto han sido en parte justificadas por ciertas imperfecciones o exageraciones inevitables en las primeras investigaciones en torno a la función del proceso: un fruto de tales resistencias es la incierta e impropia terminología del código, en el cual no sólo se ha evitado cuidadosamente la palabra "litis" y el concepto de ésta se indica mediante la palabra "causa", mucho menos propia, sino que esa misma palabra se la emplea promiscuamente, tanto para indicar el objeto (litis; ejemplo: arts. 10, 41¹, y sobre todo art. 40, donde está incluso contrapuesta *causa* a *proceso*), como el medio (proceso; ejemplo: arts. 50, 54¹) de la composición; en lugar de causa se dice también a menudo "controversia" (ejemplo: arts. 17, 295, 512, 788², 800, 806 y sigtes.), voz que, mucho más propia que causa, se usa después constantemente en el título IV del libro II a propósito de ciertas litis (litis de trabajo, litis colectivas), no por otra razón, sino porque se la había adoptado ya en textos anteriores, comenzando por la ley fundamental corporativa del 3 de abril de 1926, n. 563 (art. 13).

La pretensión es exigencia de subordinación de un interés ajeno al interés propio.

La resistencia es la no adaptación a la subordinación de un interés propio al interés ajeno, y se distingue en contes-tación (no tengo que subordinar mi interés al ajeno) y lesión (no lo subordino) de la pretensión.

La litis, por tanto, puede definirse como *un conflicto (intersubjetivo) de intereses calificado por una pretensión resistida (discutida)*. El conflicto de intereses es su elemento material, la pretensión y la resistencia son su elemento formal.

Aunque la noción de la litis pertenezca a la teoría general del derecho, su máxima importancia para la teoría del derecho procesal aconseja que hagamos de ella aquí un breve análisis.

6. SUJETO DE LA LITIS ⁽³⁾.

Una litis, puesto que es un conflicto intersubjetivo de intereses, tiene necesariamente dos sujetos.

Cada uno de ellos toma el nombre de *parte*; con lo cual se indica más bien su *posición* que su *individualidad*, esto es, que es uno de los sujetos del conflicto y, por tanto, forma parte de él. La noción de parte, precisamente porque es propia del conflicto jurídicamente relevante en general, no de la litis en particular y, por tanto, es común al derecho procesal y al derecho material, debe buscársela también en la teoría general del derecho. Puesto que, como veremos, toman el nombre de partes también algunos de los sujetos del proceso, para denotar a los sujetos de la litis no se dice solamente partes, sino partes *en sentido material*. Ciertamente, el nombre de parte se emplea en el código promiscuamente, tanto en sentido material como en sentido procesal: cuando, por ejemplo, se habla de las partes como destinatarias de los efectos del proceso, son ellas los sujetos de la litis (ejemplo: arts. 91 y sigtes.); en cambio, cuando se habla de ellas como de titulares de derechos o de cargas procesales, se designa con ese nombre a los sujetos del proceso (ejemplo: arts. 75 y sigtes.).

Si una litis fuese simplemente un conflicto intersubjetivo de intereses, los sujetos de ella serían siempre y simplemente los dos hombres o los dos grupos a los cuales pertenecen los dos intereses en conflicto; pero la cosa se complica si se reflexiona que para constituir la litis tiene que agregarse a cada interés la pretensión o la resistencia, que son, como veremos, actos jurídicos. Se presenta así también respecto de la litis un posible desdoblamiento del sujeto, en el sentido de que una puede ser la persona a la cual corresponda el interés y otra la persona a la cual remonte la pretensión o la

(3) CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, págs. 114, 123; CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 219; REDENTI, *Profili*, págs. 101 y sigtes.; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, pág. 157; ZANZUCCHI, *Il nuovo dir. proc. civ.*, I, pág. 304; JAEGER, *Dir. proc. civ.*, pág. 260; SATTA, *Dir. proc. civ.*, pág. 63; SEONI, *Intervento adesivo*, Roma, Athenaeum, 1919, pág. 140.

resistencia, por ejemplo, el progenitor pretende el pago de un crédito de su hijo; el acreedor pretende del tercero la restitución de una cosa perteneciente a su deudor; el ministerio, al pedir que se declare la certeza de la nulidad de un matrimonio, propone la pretensión al estado libre de cada uno de los cónyuges. La dificultad opuesta por tales fenómenos a la construcción del concepto de sujeto de la litis se supera del mismo modo como se construye el concepto de sujeto de la relación jurídica, componiendo con la persona a quien pertenece el interés y con la otra persona a quien remonta la voluntad, un grupo al cual la teoría general le da el nombre de *persona compleja*. También el sujeto de la litis puede ser, por tanto, una persona *simple* o una persona *compleja* al igual que el sujeto de la relación jurídica.

Como los intereses en litigio no pueden ser más que dos, tampoco son más de dos los sujetos de la litis. Puede ocurrir que un interés de Ticio esté paralelamente en conflicto, no sólo con un interés de Cayo, sino también con otro interés de Sempronio; por lo demás en tales casos, no se da una sola litis con más de dos sujetos, sino dos litis, cada una de ellas con dos sujetos; sumando las dos litis los sujetos parecen tres, pero es porque Ticio es sujeto de ambas.

7. OBJETO DE LA LITIS (4).

Objeto del interés es un bien. Tal es necesariamente también el objeto del conflicto de intereses y, por tanto, de la relación jurídica y de la litis.

También el concepto del objeto de la litis, como el de los sujetos de ella, está elaborado por la teoría general del derecho. A ella, en particular, es necesario recurrir para conocer las distinciones que para la teoría procesal tiene notable importancia, entre objetos *simples* y *complejos*, *muebles* e *inmuebles*, *materiales* e *inmateriales*.

(4) CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 125; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 8ª ed., Padova, Cedam, 1954, pág. 334.

8. PRETENSION (6).

La pretensión (*supra*, n. 5), es un *acto* no un *poder*; algo que alguien *hace*, no que alguien *tiene*; una manifestación, no una superioridad de la voluntad. No sólo la pretensión es un acto y, por tanto, una manifestación de voluntad, sino uno de aquellos actos que se denominan *declaraciones de voluntad* (*infra*, n. 294); también ésta es otra de las nociones que el alumno debe tomar de la teoría general.

Dicho acto, no sólo *no es*, sino que *ni siquiera supone* el derecho (subjetivo); la pretensión puede ser propuesta tanto por quien tiene como por quien no tiene el derecho y, por tanto, puede ser *fundada* o *infundada*. Tampoco el derecho reclama necesariamente la pretensión; como puede haber *pretensión sin derecho*, así también puede haber *derecho sin pretensión*; al lado de la *pretensión infundada* tenemos, como fenómeno inverso, el *derecho inerte*.

9. RESISTENCIA A LA PRETENSION (6).

La resistencia a la pretensión puede consistir en que, aun sin *lesionar el interés*, el adversario *conteste a la pretensión* o, por el contrario, en que, sin *contestar a la pretensión*, *lesione el interés*; puede ocurrir también que la resistencia se la despliegue sobre la una y sobre la otra línea a la vez.

Tanto la *contestación* como la *lesión* de la pretensión, del mismo modo que la pretensión, son dos actos jurídicos, pero de diversa especie: la contestación, como la pretensión, una *declaración*; la lesión es, por el contrario, una *operación jurídica* (*infra*, n. 294).

(6) FADDA y BENSÀ, *Note al Diritto delle Pandette del Windscheid*, I, parte primera, Torino, Utet, 1902, pág. 679; CARNELUTTI, *Teoria generale*, pág. 20; CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 345; BETTI, *Diritto processuale*, pág. 63; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, 2ª ed., Roma, Edición del Ateneo, 1949, pág. 153; ANGELOTTI, *La pretesa giuridica*, Padova, Cedam, 1932.

(6) CARNELUTTI, *Teoria generale*, págs. 20, 279; BETTI, *Ragione e azione*, en *Riv. di dir. proc. civ.*, 1932, I, pág. 205; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, pág. 169.

Se distinguen así, en razón de la cualidad de la resistencia, la *litis de pretensión contestada* y la *litis de pretensión insatisfecha*. A la primera se le puede dar también el nombre de *controversia* (*supra*, n. 5).

10. RAZON DE LA PRETENSION (7).

La exigencia de la subordinación a un interés propio de un interés ajeno puede estar por sí, independientemente de su conformidad con el orden jurídico. La pretensión sin fundamento es siempre una pretensión; por lo demás, si en el campo de la fuerza puede tener fortuna, en el del derecho es una pretensión inerte e inútil. El arma con que la pretensión opera en el campo del derecho, es la *razón*.

Razón de la pretensión es su fundamento según el derecho; en otras palabras, la *coincidencia entre la pretensión y una relación jurídica activa*. En tanto una pretensión tiene razón en cuanto una norma o un precepto jurídico establece la prevalencia del interés que es el contenido de la pretensión. Así se distingue, no sólo la razón de la pretensión respecto de la *afirmación* y también de la *opinión de la tutela* concedida por el derecho a la pretensión: una pretensión puede tener razón sin que quien la propone lo diga o aun lo sepa; por el contrario, puede no tenerla por más de que quien la propone afirme o aun considere su conformidad con el derecho. Puesto que según el habla común las relaciones jurídicas activas se identifican con el derecho subjetivo, se comprende que quien propone una pretensión, afirmando la razón de ella, *hace valer un derecho*, según la vieja fórmula oportunamente conservada en el art. 99; allí la pretensión se resuelve en *hacer valer un derecho* y el derecho se propone como objeto de la pretensión en cuanto la razón afirmada resuelve el interés, que es el verdadero objeto de la pretensión, en un derecho, más exactamente, en una relación jurídica activa.

(7) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 347; CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, págs. 29, 323; REDENTI, *Profili*, pág. 105; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, pág. 169.

Si se toma en cuenta la relación que de ese modo la razón establece entre derecho y pretensión, se comprende que las pretensiones puedan ser clasificadas a la manera de los derechos, o mejor, de las relaciones jurídicas, en orden precisamente a la relación a que se refieren; esta posibilidad de distinción se da respecto de las pretensiones razonadas, no de las pretensiones consideradas independientemente de la razón. No, pues, las acciones (*infra*, n. 207), sino las pretensiones, son las que se distinguen en *reales o personales, mobiliarias o inmobiliarias, materiales o procesales*.

A propósito de las razones, y correlativamente de las pretensiones procesales, hay que recordar que si el proceso obra para la composición de la litis, se sigue de ello necesariamente la tutela del interés de una de las partes; por lo cual se comprende que la pretensión pueda fundarse no sólo en una relación jurídica material, sino también en una relación procesal; así, también debe ocurrir cuando la pretensión, en vez de estar puesta extrajudicialmente, sea deducida en el proceso; si Ticio hace valer contra Cayo en juicio un derecho, fundamento de su pretensión es no sólo la tutela otorgada por derecho a su interés, sino también que tal tutela debe serle reconocida mediante el proceso; de este modo, no sólo el derecho subjetivo material, sino también la acción (*infra*, ns. 198 y 206) funcionan como razón de la pretensión.

Puesto que la tutela jurídica se resuelve en la atribución a determinados hechos de determinados efectos, la razón a su vez se resuelve en la existencia de un *efecto* en que la tutela consiste, y de un *hecho*, del cual proviene la tutela. De ahí la distinción de la razón en dos elementos, *motivos y conclusiones*: los primeros se refieren a los hechos jurídicos que sostienen la pretensión; las segundas, a los efectos correspondientes a ellos; tal distinción se encuentra establecida con suficiente claridad, ya que no con terminología unívoca, por el art. 163², n. 4, respecto de la citación, por el art. 167¹, respecto del escrito de contestación, por el art. 190², respecto del escrito conclusional, por el art. 132², ns. 4 y 5, en cuanto a la sentencia, con la advertencia, por lo que a esta última

respecta, de que en ella las conclusiones adoptan el nombre especial de *parte dispositiva* (*infra*, n. 339).

Por último, puesto que la existencia de una relación jurídica activa se resuelve en la existencia de un precepto jurídico y en la existencia del hecho, del cual hace aquélla derivar la relación, se entiende que las razones se distingan en *razones de hecho* y *razones de derecho*, o más exactamente, que se resuelvan en *elementos de hecho* y *elementos de derecho* (de la razón); véanse a este propósito el art. 163³, n. 4, donde se habla de "hechos y... elementos de derecho (*rectius*, elementos de hecho y de derecho) que constituyen las razones de la demanda", y el art. 190².

II. RAZON DE LA CONTESTACION (*).

Como la razón se distingue de la pretensión, así también hay que distinguirla de la contestación; y no hay nada nuevo que agregar. La razón de la contestación es la *inexistencia de una relación jurídica que suministre razón a la pretensión*. Esta inexistencia, habida cuenta del mecanismo jurídico, puede resolverse en las siguientes hipótesis:

a) inexistencia de la razón de derecho de la pretensión (*supra*, n. 10), o mejor, inexistencia del elemento de derecho de su razón;

b) o bien, inexistencia del elemento de hecho de la razón de la pretensión (*ibi*);

c) o bien, existencia de un hecho que, según un diverso precepto jurídico, tenga efecto extintivo o invalidativo de la relación jurídica que constituye el fundamento de la pretensión.

Cuando está sostenida por una razón del tipo a) o b), la contestación se denomina *defensa*; según las dos hipótesis

(*) CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 351; REDENTI, *Profili*, pág. 107; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, I, pág. 54; BETTI, *Diritto processuale*, pág. 90; CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 304; CALAMANDREI, *Istituzioni*, I, pág. 105; ZANZUCCHI, *Il nuovo dir. proc. civ.*, I, pág. 188; LIEBMAN, *Lezioni di dir. proc. civ.*, I, Milano, Giuffrè, 1954, pág. 36; CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, Soc. ed. del "Foro italiano", 1930, II, pág. 149; BOLAFFI, *L'eccezione nel diritto sostanziale*, Milano, Soc. ed. libraria, 1936.

defensa de hecho o defensa de derecho; defensa es, por tanto, la *contestación de la pretensión fundada en la negación del elemento de hecho o de derecho de la razón de la pretensión*.

Cuando está sostenida por una razón del tipo c), la contestación se denomina *excepción*; este nombre, que toma su origen del proceso formulario romano, sirve para denotar la *contestación (de la pretensión) fundada en un hecho que tenga eficacia extintiva o invalidativa del efecto jurídico afirmado como razón de la pretensión*. Puesto que se funda en elementos de derecho y de hecho distintos de los que constituyen la razón de la pretensión, la excepción amplía el campo contencioso, o en otras palabras, el área de la litis; por eso, el art. 112, después de haber dicho que "el juez debe pronunciar sobre toda la demanda, y no más allá de los límites de ella" agrega que "no puede pronunciar de oficio sobre excepciones que pueden ser propuestas solamente por las partes"; en él "la demanda" se entiende como *demandadel actor*, por lo cual la excepción no queda comprendida en ella; más correcta sería la fórmula si dijese que el juez debe pronunciar sobre todas las razones de la pretensión y de la contestación.

La excepción, como la defensa, puede ser *material o procesal*, según que afecte a la razón material o a la procesal de la pretensión. Cuando la contestación concierne sólo a la razón procesal de la pretensión, hay un tipo de litis que puede ser calificada de *secundaria*, con respecto a la *litis principal*, o también de *litis de orden* en comparación con la *litis de fondo*, de la cual está previsto un típico ejemplar en el art. 619 (*infra*, n. 815).

12. CONTRAPRETENSION.

Puede ocurrir que frente a la pretensión, la otra parte, en vez de contestarla o además de contestarla, presente a su vez, *respecto del mismo conflicto de intereses*, una pretensión; ésa es la *contrapretensión*.

El carácter particular de la contrapretensión está en que una pretensión se refiere al mismo conflicto de intere-

ses acerca del cual se eleva una pretensión opuesta; hay, pues, dos pretensiones en una misma litis. Bajo este aspecto, se puede hablar de litis *unilateral* o litis *bilateral*.

También la contrapretensión se distingue de su razón, según los principios ya expuestos (*supra*, n. 10).

13. CUESTION (9).

En cuanto la razón, ya sea de la pretensión o de la contestación, sea dudosa, surge una *cuestión*, la cual, por tanto, es la *duda acerca de una razón*. Puesto que la decisión de la litis se obtiene resolviendo las cuestiones, las cuestiones resueltas son luego razones de la decisión: las razones (de la pretensión o de la contestación) pasan a ser cuestiones (del proceso), y éstas se resuelven en razones (de la decisión).

La cuestión no es la litis; en efecto, ésta consiste, ante todo, en un conflicto de intereses, que es extraño a la cuestión; la cuestión, por el contrario, consiste en una duda, que puede ser extraña a la litis. Puede haber, por consiguiente, como cuestión sin litis (duda teórica o académica), también litis sin cuestiones (cuando la pretensión es contestada sin afirmación de razones, o sin ser contestada, queda insatisfecha). Cuando la litis presenta una o más cuestiones, se acostumbra a hablar de *controversia* (*supra*, n. 5), la cual es, pues, palabra que debe emplearse más propiamente para denotar esa especie de litis.

La palabra cuestión es frecuentemente usada con exactitud por la ley (arts. 187^{2 y 3}, 275¹, 279^{1, 2 y 4}); pero la terminología del código no siempre es coherente, pues a menudo se confunde la cuestión con el acto que la propone (demanda), o también con la razón a que se refiere (en particular, excepción), ejemplos de terminología incorrecta se encuentran en los arts. 112 y 277¹, en los cuales se pone como objeto de la decisión la demanda o la excepción en vez de la cuestión.

(9) CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, págs. 351 y sigtes.; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, pág. 145; CARNELUTTI, *Studi di diritto processuale*, III, pág. 97; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 128; MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, Vienna, Manz, 1904.

Por lo común la duda nace de las alegaciones opuestas de las partes (*infra*, n. 304); pero puede también, si no existe una carga de la alegación (*infra*, n. 224), ser planteada por el juez a sí mismo (cfr. art. 112) y aun puede ser propuesta por dicho juez a las partes (cfr. art. 183²).

Como las razones, también las cuestiones se distinguen según el tipo de las relaciones jurídicas a que se refiere; en particular se distinguen las cuestiones *materiales* y las cuestiones *procesales*. A las cuestiones materiales tanto la práctica como la ley suelen darles el nombre de *cuestiones de fondo* (cfr. art. 187^{1, 2}); *fondo* de la litis (cfr. arts. 277, 279², ns. 2 y 3), por tanto, significa *el conjunto de las cuestiones materiales que presenta la litis*; en la práctica las cuestiones procesales suelen llamarse *cuestiones de orden*, o también *de rito*.

Puede ocurrir que una litis presente sólo cuestiones materiales; puede acaecer, en cambio, que sólo deban resolverse cuestiones procesales; por ejemplo, Cayo no discute su deuda frente a Ticio, sino la embargabilidad de un bien que Ticio quiere expropiar; en tal caso la litis era sólo de lesión, no de contestación de la pretensión, pero lo que ha encendido la litis de la segunda especie ha sido precisamente el proceso; la litis de contestación procesal, que subsigue, se asemeja a las enfermedades secundarias, determinadas por el uso de ciertas medicinas (*supra*, n. 11).

Habida cuenta del orden en que deben ser decididas, toda vez que una cuestión debe ser resuelta antes que otra, a aquélla se la llama *preliminar* (cfr. art. 187²). En general, son preliminares, respecto de las cuestiones de fondo, las cuestiones atinentes al proceso; pero como un orden lógico, o aun solamente práctico, con frecuencia se impone también respecto de varias cuestiones de fondo, puede ser preliminar también una cuestión de fondo respecto de otra de la misma categoría (art. 187²). Si la cuestión de orden se refiere, no tanto al *quomodo* cuanto al *an* del proceso, en forma que deba ser resuelta para saber si se puede hacer el proceso, se la denomina *prejudicial* (arts. 187³, 279¹, n. 2).

La distinción entre cuestión y litis debe ser considerada

en el sentido de que, no sólo una litis puede implicar varias cuestiones, sino también en el de que una cuestión puede interesar a varias litis. Para comprender este último principio, piénsese que hay hechos jurídicos de *efecto complejo*, y no *simple* en el sentido de que de él derivan, no una, sino varias relaciones jurídicas; un ejemplar de tales hechos es el matrimonio; por tanto, la cuestión acerca de la existencia o de la validez del matrimonio atañe a todas las litis que puedan suscitarse entre los cónyuges acerca de cada una de las relaciones jurídicas que de él se siguen. Cuando una litis presenta una cuestión que pueda extenderse a otras litis, esa cuestión se denomina también *prejudicial*, pero en sentido distinto del recientemente considerado: en sentido estricto, es cuestión prejudicial la *cuestión cuya resolución constituye una premisa también para la decisión de otras litis*.

14. IDENTIDAD DE LA LITIS (19).

La identidad de la litis resulta naturalmente de la identidad de sus elementos: *sujetos, objeto y pretensión*.

En cuanto a los sujetos y al objeto, póngase cuidado en no confundir la identidad física con la identidad jurídica; todos saben, por ejemplo, que la identidad de una persona no queda prejuzgada por el hecho de que un capaz venga a ser incapaz, y así a la persona singular se sustituya una compleja; y que, igualmente, una sociedad anónima o un rebaño continúen siendo siempre los mismos a pesar de la mutación de los accionistas que constituyen la primera o de los animales que integran el segundo. Los principios relativos a la identidad jurídica de los entes, sujetos u objetos, se infieren de la función del derecho, que es la de regular mediante la composición de los conflictos de intereses la economía.

Por tanto, mientras respecto de las personas el cambio en la composición física acaece en orden a la mejor tutela del interés de un mismo hombre o grupo, ese cambio es in-

(19) CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pág. 323; CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 288; CALAMANDREI, *Istituzioni*, I, pág. 141; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 146; ZANZUCCHI, *Il nuovo dir. proc. civ.*, I, pág. 201.

diferente para la identidad jurídica; en términos técnicos, no perjudica a la identidad del sujeto de un interés el cambio de los hombres a quienes está encomendada su administración; así, si una persona física capaz pasa a ser incapaz, o viceversa (mutación de estado), o si en una persona compleja se cambia el administrador, el sujeto conserva su identidad. Asimismo, si el interés pertenece a un grupo, no queda excluida la identidad por el cambio de las personas que lo integran, dentro de los límites en que la finalidad del grupo admita la fungibilidad de ellas: así, una sociedad comercial, de personas o de capitales no cambia porque cambien los socios.

Por otra parte, respecto de las cosas, se infiere asimismo de su función económica en qué límites el cambio de su composición física es compatible con la persistencia de su identidad jurídica.

En cuanto a la identidad causal de la litis, nótese que es relevante, no sólo la naturaleza del interés que se hace valer, sino también la medida en que se lo haga valer; por ejemplo, la pretensión al goce perpetuo o al goce temporal de la misma cosa, son diversas, al igual que la pretensión al goce exclusivo o al goce en común. Esto explica que la razón entre a constituir un elemento de identificación de la pretensión; así ocurre cuando ella determina o concurre a determinar la medida en que la exigencia de la prevalencia del interés se manifiesta, lo cual se verifica si y porque la enunciación de la razón implica esa determinación; en los dos ejemplos, recién propuestos, se hace valer el derecho de propiedad o de usufructo, el de propiedad exclusiva o el de copropiedad. Más allá de estos límites, la razón es irrelevante en orden a la identidad de la pretensión: cuando se pretende la propiedad, la pretensión es siempre la misma, ya que la propiedad se haga derivar de la herencia, ya de la donación, ya de la venta.

15. CONEXION ENTRE LAS LITIS ⁽¹¹⁾.

Si uno de los elementos es idéntico y no lo es otro, en vez de identidad, hay *conexión* entre las litis. Según la calidad del elemento común, se habla de *conexión personal o subjetiva, real u objetiva y causal*. Cuando en vez de ser uno son dos los elementos en común, se puede hablar de *conexión doble o bilateral*.

La conexión entre dos o más litis tiene relevancia jurídica, por cuanto, en razón de ella, es posible y hasta oportuno que las litis conexas se compongan mediante el mismo proceso y, por tanto, por el mismo juez (*infra*, n. 259); pero a este fin, la conexión, tal como recientemente la hemos definido, es un requisito necesario, pero no suficiente; hace falta además que tengan en común los instrumentos de su composición, esto es, las razones, si se trata de litis de pretensión discutida o los bienes, si se trata en cambio de litis de pretensión insatisfecha; en tal caso se habla eficazmente de *conexión instrumental*. Para que dos o más litis sean instrumentalmente conexas, debe existir entre ellas conexión *subjetiva, objetiva o causal*; en tanto unas mismas razones o unos mismos bienes pueden servir a su composición, en cuanto tengan ellas por lo menos un elemento en común; ésta, por lo demás, es a su vez una condición necesaria, pero no suficiente, a dicho fin, por lo cual puede darse conexión *subjetiva u objetiva o causal*, que no sea *instrumental*, por ejemplo, la litis de Ticio, contra Cayo, para la entrega de un fundo es subjetivamente, pero no instrumentalmente, conexas con la litis de Ticio contra Sempronio, o aun contra el mismo Cayo, para el pago de un crédito.

Para que exista conexión instrumental entre varias litis de pretensión discutida, habida cuenta del análisis de la razón tal como fue explicada en el n. 10, es necesaria la iden-

⁽¹¹⁾ CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, pág. 185; CARNELUTTI, *Sistema*, I, pág. 357; REDENTI, *Profili*, pág. 274; CALAMANDREI, *Istituzioni*, I, pág. 143; JAEGER, *Diritto proc. civ.*, pág. 148; ZANZUCCHI, *Il nuovo dir. proc. civ.*, I, pág. 204; CONIGLIO, *La continenza del processo nella dottrina e nel progetto di riforma*, Padova, Cedam, 1929.

tividad del *hecho jurídico* o del *efecto jurídico* en que se resuelve la razón: en el primer caso se habla de conexión *por razón del título*, locución en la cual título no significa, impropriamente, más que hecho jurídico (título de la demanda); en el segundo se habla de conexión *por razón del objeto*, y aquí objeto se refiere a la demanda e indica precisamente el efecto jurídico cuya declaración de certeza o cuya constitución se pide (cfr. art. 103). Cuando la conexión instrumental se agrega a la conexión subjetiva, objetiva o causal, y adquiere, por tanto, relevancia en orden al proceso, se la llama con más propiedad *interdependencia*.

Cuando el hecho o el efecto jurídico en que se resuelve la razón de la pretensión de varias litis distintas no sea *idéntico*, sino *similar* (lo cual puede ocurrir si las litis no son conexas por identidad de algunos de sus elementos), puede haber únicamente conexión *impropia*: tal es la relación entre varias litis en que los hechos o los efectos constitutivos de las razones sean distintos, pero pertenezcan al mismo género (por ejemplo, Ticio contiende con Cayo y Sempronio con Mevio acerca de la nulidad de dos testamentos a propósito de las cuales se presenta la misma cuestión; cfr. art. 103).

16. LITIS COLECTIVA ⁽¹²⁾.

Según el concepto hasta aquí expuesto, la pretensión y la resistencia, que constituyen el elemento formal de la litis, se refieren a un conflicto de intereses singular o determinado. Pero puede ocurrir que la pretensión o la resistencia se refieran, no a un solo conflicto de intereses, sino a una serie indeterminada de conflictos similares; en tal caso se habla de *litis colectiva* o *litis de categoría*. El *quid novi* de la litis colectiva, consiste, por tanto, en la vinculación de la pretensión o de la resistencia, no con un conflicto singular, sino con una categoría de conflictos.

Conflictos de categoría han existido siempre. Pero para

(12) CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, Cedam, 1928; CARNELUTTI, *Studi*, IV, 1939, pág. 273; CARNELUTTI, *Sciopero e giudizio*, en *Rivista di dir. proc.*, 1949, I, pág. 1.

que tales conflictos de potenciales pasen a ser actuales y adquieran, por tanto, aspecto de litis, es necesario que la categoría presente una cierta organización, de modo que una o más personas administren sus intereses (o como se suele decir, asuman su representación) y, por tanto, promuevan para la tutela de ellos la pretensión o le opongan la resistencia. Por tanto, la litis colectiva es un fenómeno que se ha delineado y desarrollado, cuando, ante todo en el campo de las relaciones de intercambio del trabajo, al desplazarse los conflictos de los individuos a las categorías, se inició el movimiento de organización de éstas y se fueron realizando actos de pretensión o de resistencia dirigidos a la tutela de una categoría entera de intereses. Esta evolución de la litis del conflicto colectivo, o en otras palabras esta transformación de la litis, del plano individual al plano colectivo ha tenido manifestaciones dramáticas en los llamados *conflictos colectivos del trabajo*, o mejor, en las formas que los tales asumieron mediante la *huelga* y mediante el *cierre*.

La litis colectiva tuvo relevancia jurídica en Italia, en un primer tiempo, mediante la ley del 3 de abril de 1926, n. 563, sobre la regulación colectiva de las relaciones de trabajo en virtud de la cual pudo ser compuesta mediante el proceso sólo en cuanto tuviese como sujetos las opuestas categorías de los trabajadores y de los empresarios; pero en la misma ley se insinuaba cierta tímida extensión del principio más allá de los estrictos límites de la relación de trabajo. Con el posterior desenvolvimiento del sistema corporativo, que poco a poco fue comprendiendo conflictos entre categorías diversas de la de los empresarios y de los trabajadores (*conflictos de concurrencia* al lado de los *conflictos de colaboración*), también la relevancia jurídica de la litis colectiva se ha ampliado, al punto de que después *el proceso colectivo pudo operar también respecto de litis entre categorías distintas de los trabajadores y de los empresarios*, si bien respecto de estas últimas sólo como proceso *declarativo* (*infra*, n. 32).

Después de la última guerra, habiendo caído el ordenamiento corporativo, primero por providencias de los ejércitos ocupantes y después por el decreto del 23 de noviembre de

1944, n. 369, que suprimió las asociaciones profesionales que constituían el eje del ordenamiento mismo, la relevancia jurídica de la litis colectiva, por ahora, ha desaparecido; pero no es improbable, y tenemos que augurar que recupere vigor en virtud de las leyes previstas por el art. 40 de la Constitución.

17. PROCESO CONTENCIOSO.

El proceso contencioso, es, por tanto, un proceso caracterizado por el fin, que no es otro que la composición de la litis; quien hace consistir su fin en la declaración de certeza o en la actuación del derecho, confunde el fin con el medio, que veremos, precisamente consiste en esa declaración de certeza o en esa actuación: a lo más, la declaración de certeza o la actuación del derecho podría ser el fin próximo, pero no el fin último del proceso. Puesto que, como diremos más adelante, la composición debe hacerse según el derecho o según la equidad, y la conformidad con el derecho o con la equidad se expresa mediante el concepto de justicia, la fórmula puede ser integrada hablando de *justa composición de la litis*. Apenas hay necesidad de advertir que si la justicia de la composición constituye el fin, puede no corresponder a ella el resultado del proceso; la inevitable eliminación de éste, frente a aquél, es el signo de su humanidad.

Esta me ha parecido durante mucho tiempo, si no la única, por lo menos la verdadera figura del proceso, de manera que su figura complementaria (*proceso voluntario*) merecería ser denominada proceso impropio. Ahora, mientras considero firme la opinión acerca de la naturaleza del proceso contencioso, admito que, al lado de él, el proceso voluntario representa otra especie del género, la cual, si histórica y prácticamente tiene menor valor, lógicamente está a su lado, en paridad perfecta.