

DOCTRINA

EL ABOGADO, APRENDIZ DE BRUJO

Introducción.

1.— **Una confesión.**— Debo iniciar mis palabras con una confesión. No vengo a hablarles del elemento mágico que impulsa al abogado al éxito profesional en el triángulo en que desarrolla sus actividades: cliente, adversario y juez. En consecuencia no les traigo las fórmulas de los conjuros que deben usar para atraer la clientela, ni los maleficios que son susceptibles de dobligar la voluntad agresiva o la resistencia tenaz del adversario de sus clientes. Tampoco les ofrezco los sortilegios que han de inclinar la augusta balanza de la Justicia y hacer que el juez dicte su sentencia conforme a sus pretensiones.

2.— **La historia de Panguí (1).**— En mis años de estudiante, Pachi Báez (2) esposo de mi tía Pura, me refirió esta historia: “en una ocasión mi padre, Panguí, estuvo en Azua postulando como abogado en defensa de una litis sobre unos terrenos de nuestra familia. El asunto, aunque de naturaleza civil, se debatió oralmente como era entonces la costumbre, y durante varios días siguientes permaneció en esa ciudad aguardando la sentencia del Juez. La misma le fue desfavorable y contenía abundantes citas de autores franceses y referencias a decisiones del Dalloz Périodique. Sin embargo, Panguí pudo comprobar visitando a los escasos abogados de la localidad, que en toda la comarca no había un solo libro en francés”.

A seguidas me sentenció Pachi; la profesión que estudias es muy difícil puesto tendrás que lidiar con el abogado adversario, con el juez y con lo que está detrás del juez.

Nuevamente tengo que confesarles que mis palabras en nada se referirán a esa sombra negra de la profesión: lo que está detrás del juez.

3.— **Objeto de la charla.**— Vengo a señalarles algunos casos de perplejidad en que se encuentra el abogado, originados unos por el ámbito que acuerdan a la ley algunas decisiones de la Suprema Corte de Justicia y otros relativos a la prueba de los hechos de la causa a que están obligados las partes del proceso. Por ser dual la fuente de las indecisiones, he dividido el desarrollo del tema en dos partes: Una medio en broma, que se me ocurre llamarla: el mimetismo de la jurisprudencia, y la otra, medio en serio, que he intitulado: por los meandros de la prueba. Dado lo limitado del tiempo en que debo hablarles, en esta tarde sólo me referiré a esa primera parte.

I. — EL MIMETISMO DE LA JURISPRUDENCIA

4.— **El problema de la Ley.**— El intérprete: la doctrina y aún la jurisprudencia, al determinar el ámbito de las previsiones legales a aplicar, se encuentra frente a graves dificultades que provienen de la naturaleza de ellas. En efecto, la Ley es una norma social obligatoria que regula una situación general y como tal ejerce su imperio sobre muchas personas o situaciones jurídicas. Es la expresión abstracta de una norma de conducta de la cual no es posible obtener, en los hechos llamados a regir, una visualización semejante a la que tenemos cuando percibimos una cosa, ni su existencia es comprobable como lo son los síntomas de una enfermedad. Así, las nociones: imprudencia o negligencia no son susceptibles de percibirse con los sentidos. En definitiva, la Ley es un mero esqueleto conceptual que sólo cobra vida en contacto con la sociedad que rige, de manera más específica, cuando se derivan sus consecuencias a las personas o a las situaciones de hecho que regula.

4.— **Formas de manifestación de la Ley.**— Se nos revela, en primer término, de un modo estático en la fórmula legal. Entonces podría decirse que puede visualizarse materialmente mediante su comprobación en el órgano oficial en que se publica: la Gaceta Oficial. La ley viene a ser la cristalización de la norma en una fórmula jurídica que puede provenir de una concepción conceptual del legislador o en la consagración de soluciones admitidas por la jurisprudencia. Así es sinónima de derecho codificado.

La Ley también puede manifestarse en segundo término, en su aspecto dinámico, lo cual resulta en la determinación de su ámbito por la jurisprudencia, cuyas afirmaciones conceptuales son susceptibles de variar por las transformaciones de las situaciones de hecho llamadas a regular o aun por la modificación de las concepciones sociales. Así la jurisprudencia acomoda la regla legal a situaciones nuevas. El artículo 4 del Código Civil obliga al Juez a decir el ámbito del derecho aplicable al caso que le ha sido sometido aun en casos de oscuridad o insuficiencia de la Ley. Esa dinámica que cobra con su aplicación por los tribunales ha llevado a la doctrina moderna a admitir que la jurisprudencia es una fuente del derecho.

5.— **La orientación de la jurisprudencia.**— La Ley cobra vida mediante su interpretación por las distintas jurisdicciones. Al hacerlo establecen nuevas fórmulas conceptuales mediante las cuales determinan su ámbito. En ellas dicen el sentido de la ley. Es entonces cuando surge la orientación de la jurisprudencia, la cual, cuando es mantenida en una serie sucesiva de casos suele llamarse: jurisprudencia constante, mientras que cuando no tiene esa característica se la sindicó como vacilante.

6.— **Necesidad de la jurisprudencia constante.**— Así como el legislador dicta la Ley en una fórmula definida llamada a regir las situaciones que apunta, con lo cual da estabilidad a sus previsiones, igualmente se hace necesario que el juez al interpretarla lo haga siempre de igual modo, con el fin de que quede bien delimitado su campo de acción. A ello impele la seguridad jurídica que garantiza todo ordenamiento jurídico. Se necesita, para garantía de la estabilidad social, saber cómo las personas deben regular sus actividades y cuál es el alcance de sus actos, para que éstos no vengán a

constituir trasgresiones al ordenamiento legal establecido.

7.— **El diagnóstico y el pronóstico del caso.**— Esa seguridad en el ámbito de la aplicación de la ley reviste particular importancia para el ejercicio profesional. En efecto, cuando el cliente somete un caso a la consideración de un abogado, le obliga, antes de toda decisión para iniciar el proceso, a enmarcar la situación de hecho que le es sometida dentro de lo que dispone la norma legal aplicable, esto es, hacer su diagnóstico, operación previa y correlativa dentro de la misma área de acción, a la que establece las posibilidades de éxito en los tribunales, o sea: el pronóstico de la solución a alcanzar.

La condición básica para que puedan producirse tal pronóstico y diagnóstico dentro de parámetros de certidumbre aceptables depende básicamente de la seguridad jurídica que garantice la jurisprudencia en la interpretación de la ley.

A. — LOS CAMBIOS EN LA JURISPRUDENCIA.

8.— **Modos de operarse.**— Al igual que cuando se trata de la modificación de la ley, los cambios en la orientación de la jurisprudencia suelen producirse de manera expresa o tácita. El primero de ellos es poco común. Suele acontecer cuando se estima conveniente hacerlo recalcar en razón de su importancia en el campo jurídico o social. Como ejemplo de esa primera hipótesis, merece citarse una sentencia de la Suprema Corte de Justicia del 28 de abril de 1971 (3) de la cual transcribo los párrafos siguientes:

“Considerando: ...que la Corte a qua rechazó esa demanda sobre la base de que estos recurrentes no podían ser reputados como hijos reconocidos en razón de que para el 3 de noviembre de 1938, fecha de los alegados reconocimientos, regía el Art. 335 del Código Civil que prohibía los reconocimientos de los hijos adulterinos;

“Considerando que no obstante ser esa interpretación seguida por la jurisprudencia, un estudio más detenido de los propósitos perseguidos por la ley 985 de 1945, en el estado actual de la conciencia jurídica, conduce a esta Suprema Corte de Justicia a variar dicha interpretación en el

sentido de dar efecto jurídico al reconocimiento de paternidad de un hijo natural, aún cuando en la época en que lo hubiere hecho, estuviese casado;...” (4)

Contrapuesto a ese cambio expreso de la orientación jurisprudencial, figura la forma tácita que es en la que comúnmente ocurre, aun en casos en que se produce un radical cambio de interpretación, tal como ocurrió en las nuevas rutas que trazara la admisión de la vigencia de la máxima “no hay nulidad sin agravio” en el régimen jurídico de las nulidades de los actos procesales (5).

9.— **Ventajas de los cambios de la jurisprudencia.**— Por ellos los tribunales acomodan la ley a situaciones nuevas. En efecto, como la Ley es una norma abstracta concebida en una fórmula que sería inalterable si no interviene nuevamente el legislador, y que ha sido concebida para ser aplicada a la sociedad, ente vivo y susceptible de transformarse, las mutaciones que en ella se producen son susceptibles de hacer obsoletas sus disposiciones, lo cual frente a la indiferencia del legislador lleva a la jurisprudencia a derivar consecuencias hasta entonces no admitidas. El ejemplo más sobresaliente de nuestro derecho lo constituye las soluciones dadas en la responsabilidad de las cosas inanimadas elaboradas en torno a un texto que desde su redacción ha permanecido inalterado, el artículo 1384 del Código Civil. Dentro de la misma esfera jurídica merece particular señalamiento la orientación que se inicia en una sentencia del día 16 de abril de 1969 (6), mediante la cual cuando el propietario o el poseedor de un vehículo de motor lo confía a otra persona se presume comitente para los fines de la responsabilidad civil y del Seguro Obligatorio (7).

Además, los cambios de la jurisprudencia acomodan la Ley a concepciones jurídicas nuevas. En el caso que les referí precedentemente como ejemplo de cambio expreso contenido en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia del 28 de abril de 1971, se asevera que “un estudio más detenido de los propósitos perseguidos por la Ley 985 de 1945, en el estado actual de la conciencia jurídica conduce...” al cambio de la orientación de la interpretación hasta entonces mantenida.

10.— **Peligros de los cambios de la jurisprudencia.**— El peligro más serio que se

produce con todo cambio de la jurisprudencia es el que resulta de su carácter retroactivo, lo cual es particularmente grave en un sistema jurídico como el nuestro, en que la Constitución de la República se lo prohíbe a la Ley.

En efecto, el cambio en la interpretación de la ley significa que ella tiene un ámbito distinto al que hasta entonces se le venía reconociendo, que ella expresa preceptos distintos sin que pueda decirse que se atenta contra el principio de la irretroactividad consagrado por el artículo 47 de la Constitución en razón de que —el texto legal no ha sido alterado. Pero la nueva orientación que se consagre será susceptible, de hacerse constante, de dar soluciones nuevas hasta entonces no admitidas dentro del mismo contexto jurídico.

11.— **La casuística de la jurisprudencia. El mimetismo jurisprudencial.**— Uno de los rasgos esenciales del conjunto de las decisiones de la Suprema Corte de Justicia es que la mayoría de ellas no van enmarcadas dentro de un sistema coordinado de interpretación. Pocas son las materias en que la secuencia de sus decisiones están impregnadas de un solo espíritu que las rijan. Como uno de esos pocos casos puede citarse lo que se denomina la teoría de la unidad de la jurisdicción judicial, aun cuando de tarde en tarde aparece en el Boletín Judicial una decisión de especie que salta y choca contra los principios que la rigen. Otro de ellos lo constituye las soluciones dadas a propósito de la máxima “no hay nulidad sin agravio”.

La mayoría de las decisiones de la Suprema Corte de Justicia son soluciones de especie, aunque muchas de ellas tengan el ropaje de las sentencias de principio, en las cuales el fallo es pronunciado en atención a las circunstancias del caso sin tomarse en consideración las consecuencias adversas a concepciones jurídicas ya consagradas en otras decisiones. Así la labor de la Suprema Corte de Justicia luce anárquica y divorciada de la misión de orientar y unificar la jurisprudencia, lo cual surge del casuismo de sus soluciones. Esa casuística crea un nuevo fenómeno jurídico que se me ocurre llamar el mimetismo de la jurisprudencia.

B.— LOS CAMBIOS DE ORIENTACION Y EL MIMETISMO DE LA JURISPRUDENCIA.

12.— **Características comunes y diferencias.**—

Tanto en los cambios de orientación de la jurisprudencia como en los casos de mimetismo se producen cambios de las soluciones anteriormente aceptadas; en ambos la decisión difiere del precedente. Sin embargo, se distinguen fundamentalmente en que en los primeros se alcanza una permanencia en el nuevo criterio consagrado, al punto de que las soluciones que subsiguen se encuentran impregnadas del mismo espíritu y constituyen un sistema coordinado de interpretación; es lo ocurrido con el ya citado cambio de orientación que se produjo con la aplicación de la máxima "no hay nulidad sin agravio", a las irregularidades de los actos de procedimiento.

Por el contrario, en los casos de mimetismo jurisprudencial reina el desconcierto. En un caso se da la solución en base a un principio jurídico mientras que en otro se toma el principio inverso de tal modo que las consecuencias jurídicas que se derivan de la doctrina admitida en la primera solución son contradichas por los de la segunda. Para una mejor comprensión de lo que acabo de expresar les mostraré dos casos característicos.

C.— CASOS DE MIMETISMO DE LA JURISPRUDENCIA.

13.— Efectos del embargo retentivo.— Para determinar cuáles son sus efectos es preciso partir de esta interrogante: ¿Es una medida conservatoria o un acto de ejecución? El interés en alcanzar la contestación correcta reviste interés, entre otros, porque los actos de ejecución están prohibidos cuando se ejerce una vía de recurso ordinaria: oposición o apelación, y además, en razón de que las sentencias civiles en defecto por falta de comparecer sólo pueden ser apeladas después de su ejecución.

a) Según una sentencia del 23 de julio de 1953 (8), el embargo retentivo es un acto conservatorio que sólo se convierte en medida de ejecución por efecto de la sentencia que lo valida y ordena al tercero embargado pagar en manos del embargante.

Las consecuencias de esa decisión son evidentes; la sentencia civil en virtud de la cual se traba el embargo podrá ser recurrida en oposición después que éste haya sido practicado; y además, se

puede trabar un embargo retentivo con una sentencia recurrida en oposición o en apelación.

b) De acuerdo a una sentencia del 11 de febrero de 1970 (9) "para los fines del artículo 449 del Código de Procedimiento Civil, la demanda en validez de un embargo retentivo trabado en base a una sentencia condenatoria, es una medida ejecutoria cuya ocurrencia habilita al condenado —embargado para apelar la sentencia condenatoria..."

Esta segunda decisión consagra el criterio de Garsonnet y Cezar-Bru (10), según el cual el embargo es en sí una medida de ejecución. Sus efectos son inversos a los consagrados por la sentencia anterior: después de trabado el embargo no se puede recurrir en oposición, y no es posible embargar con una sentencia recurrida en oposición o en apelación, en razón del carácter ejecutorio del embargo retentivo.

c) Una tercera sentencia dictada el 8 de noviembre de 1972 (11) consagra lo siguiente: "Cuando el beneficiario de una sentencia en defecto por falta de comparecer, practica, al amparo de ese título, un embargo retentivo contra el deudor, dicho embargo mantiene su carácter conservatorio..." "...este tipo de embargo en sus primeras fases no produce efectos irreversibles y no se convierte en un acto de ejecución sino después de pronunciada la sentencia sobre la validez del mismo..."

Ella constituye una vuelta al criterio de la primera decisión, que es lo admitido por la Corte de Casación Francesa. Sus efectos, son los señalados en primer término: la sentencia civil en virtud de la cual se traba el embargo retentivo podrá ser recurrida en oposición después que éste haya sido practicado y además, se puede trabar dicho embargo en base a una sentencia recurrida en oposición o en apelación.

Ahora yo les pregunto: ¿Cuándo se les plantee solucionar un caso en base a las decisiones señaladas, cuál será el criterio que será mantenido por los tribunales? Bueno, consulten la bola de cristal.

14.— Efectos de la sentencia de adjudicación.— Esta decisión es la culminación del

procedimiento de embargo inmobiliario. El punto es determinar si ella es una verdadera sentencia, esto es, un acto jurisdiccional o, tan sólo, un acto de administración judicial que declara dueño al adjudicatario.

Varían las consecuencias según se adopte uno u otro criterio, en especial, en cuanto se refiere a la vía por la cual puede ser revocada. Si constituye una decisión judicial sería susceptible de las vías de recurso; si no lo es, sólo podría ser atacada por la acción principal en nulidad.

De acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia francesa es un simple acto de administración judicial que sólo se convierte en jurisdiccional cuando el juez estatuye a la vez sobre un incidente del procedimiento de embargo inmobiliario. En consecuencia, el modo de hacerle revocar es mediante una acción principal en nulidad, salvo el caso apuntado de que se haya fallado conjuntamente un incidente.

En una primera sentencia de la Suprema Corte de Justicia del día 19 de mayo de 1967 (12), expresó lo siguiente:

“Considerando que la Corte a qua para rechazar en la sentencia impugnada el medio de inadmisión propuesto por el actual recurrente, atribuye a la adjudicación operada con motivo de un procedimiento de embargo inmobiliario (sic), aún libre de toda clase de incidentes, el carácter indiscutible de una sentencia ejecutoria, no de un acto administrativo, como lo sostiene el recurrente; y dicha solución es correcta...”

En la especie se trató de un medio de inadmisión propuesto contra un recurso en tercería. El criterio en que se fundamenta la decisión es diametralmente opuesto al mantenido por la doctrina y la jurisprudencia francesa constante, señalado precedentemente.

En otra decisión del día 18 de enero de 1971 (13) la Suprema Corte de Justicia consagró lo que sigue: “Considerando que la Corte a—qua para declarar inadmisibile esa apelación, se basó en que las sentencias de adjudicación que son la consecuencia de un procedimiento de embargo, no son susceptibles de dicho recurso cuando como en el caso que nos ocupa “no versan sobre ninguna

contestación”, que este razonamiento no es más que la cosecuencia lógica de que el procedimiento de embargo puede ser objeto de incidentes dentro de los plazos y en la forma que prevé el Código de Procedimiento Civil, y si no lo es, dicho procedimiento culmina en un título ejecutorio según el artículo 712 del Código de Procedimiento Civil; que, además, es de principio que aun cuando la sentencia de adjudicación está revestida de la forma ordinaria de toda sentencia, si ella no estatuye sobre ningún incidente, sino que se reduce, como ocurrió en la especie, a dar acta de la regularidad del procedimiento seguido, ella no es susceptible de apelación; y el adjudicatario que lo que ha hecho es comprar el inmueble en una subasta pública, no puede ser accionado como apelado, puesto que en relación con él no se ha dictado fallo alguno que ponga fin a un litigio”.

El razonamiento contenido en el Considerando que acaba de ser transcrito hubiera conducido a una solución distinta en el caso anterior.

Si a ustedes se les sometiera el caso de impugnar una sentencia de adjudicación, ¿Cuál vía a emplear garantiza la admisibilidad de la acción?

Si no les agrada jugar a “cara o cruz”, sólo podrán tener certeza consultándolo en la bola de cristal.

15.— Ejemplos de la jurisprudencia francesa: La rotura de un neumático de un automóvil en marcha.— ¿Ese hecho constituye un caso fortuito o de fuerza mayor que exonera al chofer de toda responsabilidad? Tomando rápidamente especies juzgadas, encontramos que en una sentencia de la Cámara Civil de la Corte de Casación del 12 de junio de 1969 (14) se expresa que no comete falta alguna el conductor cuya camioneta ha dejado bruscamente la carretera para ir a chocar un muro, cuando los neumáticos de ese vehículo estaban en buen estado y el estallido inesperado de uno de ellos constituyó para el conductor un acontecimiento fortuito. No obstante otra decisión de la misma Cámara Civil de la Corte de Casación del 4 de diciembre de 1969 (15) había juzgado que: el estallido de un neumático de un vehículo no constituye un caso fortuito para su guardián, pues el vicio inherente a la cosa que causa el daño no es respecto de quien ejerce sobre la cosa los

poderes que corresponden a la guarda, una causa extraña de naturaleza a exonerarle de su responsabilidad hacia los terceros.

Así, a veces, las decisiones aparente o abiertamente contradictorias obligan al abogado a invocar a los Dioses del Olimpo en busca del hilo de Dédalo que permite alcanzar la salida del intrincado laberinto de la jurisprudencia.

IV.— CONSIDERACIONES FINALES

16.— Los largos años del ejercicio profesional me han enseñado que no existen fórmulas mágicas, ni conjuros, ni sortilegios de que pueda auxiliarse el abogado en su papel de aprendiz de brujo. Esto no quiere decir que se encuentre desamparado de toda orientación ni que sólo cuente con las eventualidades del azar. Los años me han enseñado que existen medios que permiten detectar soluciones para el caso que somete el cliente.

La primera, una cualidad intrínseca al abogado mismo, lo constituye el poseer un amplio y profundo conocimiento del derecho y de las soluciones de la jurisprudencia.

La segunda, que corresponde al caso de que se trate, se sintetiza en la necesidad de defender lo

que sea moral y jurídicamente justo, de tal modo que pueda ser aplicable a la causa del cliente el apotegma de Celso: el derecho es el arte de lo bueno y de lo equitativo.

JUAN ML. PELLERANO GOMEZ.

(*) *La presente es una versión reconstruida sobre las notas usadas, de la charla dictada por el autor el día 20 de junio de 1973, a los alumnos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña.*

(1) Apodo de Pablo Báez Lavastida. Noticia sobre su persona véase: MARTINEZ, Rufino, Diccionario Biográfico Histórico Dominicano, Pág. 57.

(2) Apodo del distinguido jurista y profesor Damián Báez B. Véase: ALFAU DURAN, Vetilio, Lic. Damián Báez B., Listín Diario, 8 de noviembre de 1965 y NOTAS BIBLIOGRAFICAS, Témis, 2da. Epoca, Año 1, No. 3.

(3) Boletín Judicial No. 725, Pág. 1064.

(4) PRESTOL CASTILLO, Freddy. *El hijo natural ante la Suprema Corte*, Estudios Jurídicos, Tomo II, Vol. I, Pág. 175.

(5) PELLERANO GOMEZ, Juan ML., *La máxima: no hay nulidad sin agravio*. Guía del Abogado, Vol. II, Pág. 133 y Sigs.

(6) Boletín Judicial No. 701, Pág. 804.

(7) SUBERO ISA, Jorge, *Accidentes de vehículos de motor*, Estudios Jurídicos, Tomo II, Vol. II, Pág. 125.

(8) Boletín Judicial 300, Pág. 254.

(9) Boletín Judicial 711, Pág. 278.

(10) Garsonnet y Cezar — Bru, *Traité de Procedure Civile et Commerciale*, 3ra. edición, T. 4, número 264, Página 554.

(11) Boletín Judicial 744, Pág. 2737.

(12) Boletín Judicial 678, Pág. 847.

(13) Boletín Judicial 722, Pág. 119.

(14) *Jurisprudence Automobile*, 1970, 135.

(15) *Jurisprudence Automobile*, 1969, 100.

Personal de los Talleres Offset de la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña, que trabajó en la edición de este número: Composición tipográfica: Rafael F. Mañón, Diagramación: Fausto Concepción Henríquez Fotomecánica: Oscar Danilo Pérez Carbonell, Impresión: Bartolomé González y Vicente Cordero, Compaginación y encuadernación: José Paniagua, Francisco Tavárez y Félix Aquino, Supervisión técnica: Fabio E. Ortiz.