

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ONTOLOGIA  
DEL PROCESO JUDICIAL**

**TESIS**

*que para obtener el título de*  
**LICENCIADO EN DERECHO**

*presenta*  
**MANUEL ECHEVERRIA RUIZ**

**MEXICO**

**1965**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*A la memoria de mi abuelo Rodolfo.*

## I N D I C E

	Pág. —
<b>CAPÍTULO I. INTRODUCCION AL DEBATE.</b>	
La controversia . . . . .	11
La historia . . . . .	14
 <b>CAPÍTULO II. LOS MISTAGOGOS.</b>	
Teoría del contrato . . . . .	23
Teoría del cuasicontrato . . . . .	28
Teoría de la reproducción jurídica . . . . .	30
Teoría de la relación jurídica, . . . . .	33
Teoría de la situación jurídica . . . . .	38
Teoría de la institución. . . . .	41
Otras hipótesis . . . . .	44
 <b>CAPÍTULO III. MIS CONJETURAS.</b>	
La solución relacionista . . . . .	53
El proceso como una situación jurídica . . . . .	57
La teoría de la institución. . . . .	64
Pregunta y respuesta . . . . .	65
Proceso y procedimiento . . . . .	67
¿Proceso y procedimiento? . . . . .	71
El procedimiento es una serie de contratos . . . . .	73
Voluntad jurídica y voluntad psicológica. . . . .	79
<b>CONCLUSIONES.</b> . . . . .	93
<b>SÍNTESIS</b> . . . . .	95
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> . . . . .	97

**CAPÍTULO I**  
**INTRODUCCION AL DEBATE**

## LA CONTROVERSIA

El destino doctrinario de este problema ha sido ejemplar. Un siglo y medio no ha bastado para que los teóricos más calificados encuentren esta especie de clave perdida. Las páginas de numerosos tratados registran los intentos (infortunados mayoritariamente) que ha verificado la teoría por aclarar la naturaleza jurídica del proceso. Los decenios han resultado insuficientes para mitigar la pasión. Aún ahora, 130 años después de que se descubrió el problema, los teóricos italianos y alemanes disputan agriamente como de cuestiones de honor. Unos a otros se acusan de ineficacia. Unos y otros, lo sospecho, se autoconsideran culpables. El enojoso problema se ha convertido en una especie de pecado científico original. Imagino que el reproche se formula así: muchos años cuenta ya de vida la ciencia procesal. Muchos nombres ilustres han teorizado, con buen éxito, en torno de graves cuestiones. Pero basta que un extranjero en la materia asuma la duda primaria para que la doctrina enmudezca y se adjudique entre sí las acusaciones más detonantes. En efecto: no hay todavía una respuesta satisfactoria que haya lucificado esta duda trascendental: ¿Qué es el proceso? ¿Qué sucede entre los protagonistas de un juicio? ¿Qué tipo de vinculación los enlaza en cada aventura procesal?

Son éstos los datos que integran el problema. La teoría los ha sintetizado bajo una denominación sospechosa: ¿Cuál es, en fin, la naturaleza jurídica del proceso?

Previsiblemente, no han faltado los dogmáticos. Juristas o prácticos que para especular dan por conocida la solución. Tratadistas que omiten el problema sin justificar su actitud. Pero los doctrinólogos más importantes han asumido la responsabilidad. Los años consignan la maquinación de ruidosas polémicas. Consignan dilatados períodos de silencio. Demuestran que el mutismo, a veces, pue-

de ser una forma de la decisión. Cuando en minuciosos tratados la doctrina ha creído tocar la respuesta, estudios posteriores han despertado a los juristas del feble sueño que permite el optimismo. Solución sobre solución. Réplica sobre réplica. Hubo un desacuerdo unánime hasta 1896. En esta fecha los juristas de la germania armaron el aparato conceptual que obtuvo el proselitismo de los técnicos. Oscar von Bulow introdujo la respuesta en la ciencia procesal: el proceso es una relación jurídica. La tesis, visiblemente, fue saludada con júbilo. El pensamiento de Bulow comprometía seriamente el escepticismo de la doctrina. Otros, tal vez muchos, la dejaron pasar con desaliento y fatiga. En cierta forma la nueva respuesta vigorizaba la ciencia procesal. Se manejó por vez primera la terminología y el rigor. Luego vinieron las disensiones: Kohler, Hellwig y Wach son los cismáticos más ilustres. Cada teórico se creyó en el deber de modificar la concepción originaria. Al final (poco antes de la demolición goldsmithiana), bajo un mismo grupo quedaron supuestas las ideas más heterogéneas y divergentes. Pero la tesis, fatalmente, había conquistado la simpatía de los tratados. Eran ya infinitos años de ayuno científico. Era, lo sospecho, el cansancio y la decepción. El pensamiento jurídico de Bulow, de Chiovenda y de Hegel alcanzó asenso unánime hasta 1934.

James Goldsmith, poco después, hizo saltar en añicos el sueño relacionista. El jurista alemán formuló graves reproches a la teoría dominante. Fueron críticas, me parece, insuperables para siempre. Este furor destructivo se complementó con su alucinante construcción. La teoría relacionista fue suplantada por un acto explicativo de dudosa textura: con artificios mayoritariamente psicológicos integró Goldsmith su pensamiento.

Pero la demolición fue más útil que la tarea constructiva. En verdad son pocos los teóricos que admiten hoy la explicación del proceso como un haz de posibilidades, expectativas, cargas e imperativos del interés. Pero son pocos también los que se atreven a sostener, sin correctivos fundamentales, la doctrina de la relación.

A estos esfuerzos monumentales suceden la decadencia y la aflicción. Delusionados por el desastre algunos héroes de la especulativa urdieron explicaciones sin valimiento. A cada respuesta siguió un complot destructivo. Con estricto respeto por esta dialéctica ineluctable fulgieron y perdieron la existencia sucesivamente: la teoría de la institución, la de la pluralidad, la del ser-

vicio público, la del enlace vinculatorio. Por momentos, el censo de teorías pudo parecer abrumador. Al final fue meramente alucinatorio. En torno de estos esfuerzos existe una populosa región de literatura vertiginosa: Calamandrei afirmó, no sin orgullo, que el proceso era un juego, un torneo de estrategias, un malabarismo inexplicable y fatal. Carnelutti pudo sentir que el fenómeno se vinculaba directamente con la física y aun con la botánica: el proceso, árbol de cuyas ramas caen las hojas miserablemente. El jurista romano Capograssi describió la evolución procesal como una búsqueda del tiempo perdido, a la manera de Proust. (Mis preferencias en esa latitud, hubieran maquinado una exégesis faulkneriana.) Satta, escéptico irremediable, declaró (tal vez con desdén) que el proceso era un misterio.

Esta es la situación. Hoy, a un siglo y tres cuartos de su comienzo, busco mi sitio en la controversia.

Me alientan en la empresa algunas lamentaciones autorizadas. Reproduzco las de un notable jurista español. Desde Santa Fe, Argentina, visiblemente alarmado dice el maestro Niceto Alcalá Zamora: "Ninguna de las teorías hasta ahora lanzadas para explicar el proceso resultan plenamente satisfactorias". Alcalá deplora a continuación las interpretaciones privatistas y llora el quebranto de la doctrina de la relación jurídica. Después califica a Goldsmith como autor de un "gigantesco esfuerzo científico" y concluye así: "En cuanto a doctrinas de menor significado no parecen destinadas a sacar el carro procesal del atolladero en el que hoy por hoy se encuentra y del que es de esperar salga algún día".<sup>1</sup>

En la segunda sección de este capítulo me demoro en dos referencias a la historia del derecho procesal. Juzgo que estas divagaciones son de trámite inexcusable.

El capítulo segundo está dedicado a la exposición de las teorías más importantes. En esta parte de la monografía relato con absoluta imparcialidad los intentos doctrinarios que han trascendido la tarea corrosiva del tiempo. Refiero con cierto detenimiento la teoría del contrato, la del cuasicontrato, la de la reproducción, la de la relación, la de la situación, la de la institución. En un apar-

---

<sup>1</sup> NICETO ALCALÁ ZAMORA Y RICARDO LEVENE. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Guillermo Kraft. Buenos Aires. Tomo I, pág. 21.



tado final agrupo, bajo la denominación: "Otras hipótesis", teorías de menor calibre y significado.

La primera parte del capítulo tercero está dedicada a mis observaciones. En ella consigno las dudas que me produjo estudiar el pensamiento tradicional desde un ángulo puramente jurídico. En páginas subsecuentes reconsidero el problema; busco plantearlo en sus correctas determinaciones y aventuro una solución.

Es preciso, antes de intentar ningún paso, poner en claro los alcances de la hipótesis que aquí se formula. El título del trabajo bien podría inducir a confusión. Las palabras proceso jurídico tienen un significado vastísimo e inabarcable para esta monografía. No se intenta aquí la solución de un problema tan dilatado. El orden jurídico, que es un continuo proceso de producción normativa, puede ser analizado desde múltiples puntos de vista en orden a su generación. Son muchos los procesos que concurren a formar la voluntad estatal: el voto popular, la decisión legislativa, el decreto presidencial, etc. En esta monografía no se aborda más problema que el de la naturaleza jurídica de un tipo especial de proceso: el judicial. Es preciso señalar que las proposiciones que de este trabajo puedan desprenderse no son valederas —en principio— sino para el tipo de proceso jurídico que se desenvuelve ante las autoridades jurisdiccionales.

## LA HISTORIA

### 1. *El proceso civil*

La invasión de los bárbaros a Italia encontró dos tipos de proceso radicalmente distintos: había el proceso indígena o romano y el proceso de los invasores o germánico.

Ambos tipos diferían entre sí, fundamentalmente, porque el germánico era de una textura más basta y primitiva. Dice Rocco que el proceso romano era una verdadera función judicial. El juez era una especie de árbitro que resolvía según su convicción. La sentencia emana de una persona extraña al litigio. Esta conformación procesal determina ya la naturaleza de las probanzas: medios demostrativos que buscan integrar la convicción del juzgador. La prueba se cataloga como una carga que corresponde al

actor. Se dice: *onus probandi incumbit ei qui dicit non ei qui negat*. La sentencia no tenía más que un valor relativo.

El proceso germánico era distinto. Este procedimiento mítico y divinizado no buscaba como fin primordial la solución de la controversia mediante la decisión de un tercero imparcial. En este caso los litigios se resuelven a través de una serie de manifestaciones sobrenaturales que se imputan a los dioses. Esta noción primaria determina toda la superestructura del proceso. Las pruebas no buscan formar la convicción humana sino excitar el dictamen divino. El juramento y los juicios de Dios eran actos habituales en el seno del proceso.

De esta suerte la intervención del juez quedaba seriamente delimitada: no hacía sino constatar los designios divinos y fallar conforme a la voluntad del cielo. Su poder decisorio, empero, no se hallaba definitivamente coartado: el juez podía discriminar libremente las pruebas ofrecidas. La trascendencia de estas eliminaciones se constataba en la sentencia. El fallo no era la expresión de una voluntad personal. Se trataba de reproducir un designio absoluto; por tanto con valor absoluto y no relativo como era entre los romanos: *sententia facit ius etiam adversus tertius*.

El proceso germano, por razones estrictamente políticas y dominicales, prevaleció. Pero esta subsistencia no fue muy larga. Varios factores determinaron su destierro: el derecho romano se hallaba presente, de manera indeleble, en la conciencia de los italianos. Los trabajos de revisión, emprendidos en el siglo XII determinaron el renacimiento de la juricidad románica. Previsiblemente, el proceso redescubierto no era de linaje puro. No fue sino hasta el hallazgo, en 1016, del manual de Gayo que se tuvieron noticias insospechables. A partir de entonces la glosa se encargó de reconfigurarlo. Los exégetas arrancaron del "Corpus Iuris" y de las compilaciones escolásticas; las "ordines judiciales" surgen hacia el siglo XII.

Fue Guillermo Duranti quien alrededor de 1206 escribió el "Speculum Iudiciale" obra que incluye todas las elaboraciones de la glosa. A éste siguieron Baldo de los Ubaldi y Bartolo de Sassoferrato: ambos dieron cima a los "Commentatori". A ellos siguieron los prácticos que difundieron los secretos del procedimiento en manuales poco científicos.

Estos dilatados esfuerzos culminaron con el proceso común. A la integración de éste concurren: la interpretación de los roma-

nistas que incluyen impensadamente, rasgos germánicos que se consolidan con la victoria. Y el derecho canónico. Pero el proceso común era fundamentalmente romano. La normación de sus caracteres no deja lugar a dudas: el juez debía ser un tercero; debía ser diverso de las partes y decidía según su convicción. La prueba no buscaba elucidar la voluntad divina sino comprobar la veracidad de los hechos. La sentencia, además, no tenía valor absoluto sino inter-partes únicamente.

Pero el proceso común contaba también con elementos germánicos: un rasgo muy importante a este respecto era la dinámica del juicio. El juez no actuaba: era un sujeto meramente pasivo que dejaba a la actividad de las partes el movimiento del proceso. La prueba se hallaba limitativamente regulada. Es pues el proceso germánico el que aporta la idea de la prueba tasada. La idea de contumacia y todo lo relativo a su reglamentación son instituciones igualmente germánicas. El riguroso orden procesal era ya un anticipo de la preclusión.

El proceso común fue sumamente complicado. El excesivo formalismo no podía implicar otra consecuencia. El procedimiento era fundamentalmente escrito. Ante esa situación, fue necesario suavizar el rigor de la forma. La solución derivó del derecho canónico: el pontífice autorizó al juez a fallar sin obligación de cumplimentar ciertas partes del rito. Este proceso, llamado indeterminado, fue instituido en la famosa bula de Clemente Quinto: "Clementia Saepe". Se indicaba en ella que los procesos debían ser: *simpliciter et de plano ac sine strepito et figura iudicii*. El juicio escrito devino oral. Las formalidades fueron abolidas y el proceso se concretó a una audiencia omnicompreensiva.

Junto a este proceso sumario se inauguraron otros menos simplistas pero igualmente eficaces. Se trataba de procesos fundamentalmente ejecutivos. *El pactum executivum* fue el modo inicial de los sumarios ejecutivos. De esta manera, cuando las partes demostraban que existía un pacto previo que permitía la supresión del conocimiento se tenía, en virtud del *pactum executivum*, un sumario ejecutivo. Otro ejecutivo era el proceso documental, sustancialmente análogo al descrito anteriormente. En virtud de un documento expedido por un notario se tenía derecho a una sentencia y con ella a la ejecución. *El mandatum de solvendum* fue otro modo ejecutivo.

El proceso común influyó directamente en Europa. Cuando Alemania pasa por esta vicisitud aparece en la historia jurídica el fenómeno conocido con el nombre de la "recepción".

En Francia hubo un duelo de subsistencia. En la Francia meridional campeaba el espíritu romano. En el norte se había parapetado el proceso germánico. El parlamento de París llevó a buen término la conciliación sistemática de las dos maneras. El proceso surgido de esta fusión —en la que no dejaron de filtrarse elementos canonizantes— fue comentado profusamente. Estas relaciones de los comentaristas franceses prevalecieron en el parlamento bajo el nombre de *stilus Curiae Parlamenti*; Du Brueil es el compilador más famoso.

El proceso francés se hallaba integrado, esencialmente, según el proceso romano canónico. Esta similitud fue corregida en lo referente a la oralidad y publicidad de los juicios, en la mayor iniciativa del juez y en la supresión de las etapas procesales. Este proceso fue reproducido más tarde por el Código de Procedimiento Civil de Napoleón. Y rige en Francia desde 1807.

## 2. *El proceso penal*

Frente el proceso civil, ostenta el penal una especial característica: su regulación y estructura ha sido cambiante y mudadiza según las transformaciones históricas. En Grecia, el proceso por natural razón era público y oral. El acusador era el propio ofendido que sometía ante los jueces su querrela. La jurisdicción estaba a cargo del arcontado o del tribunal de los heliastas quienes decidían luego de escuchar a las partes. El acusado acometía solo su defensa (la que podía ser leída). Y su tiempo de exposición era medido por unos relojes de agua denominados clepsidras.

El tribunal decidía —por medio de bolos blancos o negros— sobre la absolución o la condena. El veredicto era emitido en acto subsecuente a la narración de los hechos parciales.

Cuando Grecia es sojuzgada por Flaminio se produce una influencia contraria: el proceso griego institutivo es proyectado al foro romano donde alcanza el brillo insuperable de que supo infundirle el genio latino. El proceso griego se ve sensiblemente transfigurado por obra de la sapiencia románica. Aquel proceso (causa

remota del instituto actual) alcanzó bajo el imperio exactitud y coherencia imperfectibles.

La evolución jurídica determina un cambio sustancial en el proceso punitivo. Surge un tercero, ajeno a los hechos que, sin embargo, ejerce la voz acusatoria. Con esto se alcanza un estado de serenidad y madurez. El acusador no será ya un apasionado que busca el castigo a todo trance. Algunos autores encuentran en este remoto antecedente del proceso romano la simiente del sistema acusatorio y del ministerio público.

El modo procesal que primeramente determina a la antigüedad es el denominado sistema acusatorio. Este aparato jurídico se caracteriza fundamentalmente por la oralidad, la publicidad, la libertad de defensa, la inmediatividad y la concentración procesal. El proceso se desarrolla en forma popular y la libertad de expresión es irrestricta. Este sistema origina un proceso de partes por la autonomía e incanjeabilidad de las tres funciones primordiales: la acusatoria, la defensiva y la de decisión. Cada una de estas funciones se halla encomendada a órganos distintos. Y las tres actividades no pueden reunirse jamás en uno solo: el proceso se integra por la imprescindible convergencia de todas ellas.

La función acusatoria y la función decisoria descansan en el *ius puniendi*. La primera tiene como primordial objeto perseguir a los violadores de la ley penal en cumplimiento del principio: *ius perseguendi iudicii quod eius debetur*. La segunda se limita a decidir sobre la relación penal que se somete al órgano y a ejecutar la sanción.

Al acto invasivo de los bárbaros los juristas asumen la soledad de los monasterios hasta el advenimiento del poderío feudal. La nueva configuración política prepara el arribo del sistema inquisitivo. Esta modalidad se caracteriza porque las tres funciones antes citadas se concentran en el señor feudal, quien gobierna para un crecido grupo de hombres. La destrucción del estado feudal determina que el proceso inquisitivo (ese infamante recurso de lamentable eficacia) sea entregado al nuevo gobernante: el monarca. En estas condiciones la corona acusaba, asumía la defensa y emitía la decisión. El derecho canónico se encargó de nulificar el procedimiento mediante el secreto, la escritura y el arbitrio jurisdiccional.

En el siglo XII los juristas italianos fabrican un nuevo sistema denominado mixto. Esta forma procesal es una luminosa conjunción de los sistemas antedescritos. La nueva construcción es adoptada en Alemania en la "constitutio criminalis carolina". Y en Francia en la ordenanza criminal de Luis XIV. Pero en esta época prevalecen los rasgos distintivos del proceso inquisitorio: deplorable sistema que resulta desterrado con el advenimiento de las formas democráticas.

La enciclopedia francesa transmutó, en favor de la jurisdicción popular, el derecho divino de los reyes.

El sistema mixto sustituye al inquisitivo, pero el nuevo procedimiento guarda con el anterior algunas similitudes: ambos (durante la investigación y el ejercicio de la acción punitiva) deben ser secretos y escritos. Durante la instrucción y el juicio, públicos y orales.

Los derechos del hombre, la democracia y el espíritu inglés popularizaron la jurisdicción. Tiempo más tarde surgen altos juristas que protestan por el rigor del procedimiento: el marqués de Beccaria y Filangieri combatieron con generosidad conmovedora. Hacia 1791 las leyes procesales de Alemania y de Francia recogieron sus imploraciones.

La forma acusatoria priva actualmente en los pueblos civilizados. Enumero los países cuya estructura procesal se rige por este nobilísimo sistema: Alemania, con sus leyes procesales de 1848-1877 y 1924. La ley austriaca de procedimiento penal expedida en 1873. Las normaciones inglesas que introducen (en la *criminal justice act* de 1925) serias innovaciones en beneficio del acusado. Los códigos más evolucionados de la modernidad se han pronunciado en idéntica dirección.

**CAPÍTULO II**  
**LOS MISTAGOGOS**

## TEORÍA DEL CONTRATO

El avatar doctrinario de esta explicación es, en los teóricos modernos, unánime e irreversible. La consulta de los tratados no permite comprobar más que una breve lista de lamentaciones. En realidad, la concepción contractual del proceso ha sido revisada con desdén y con cierta premura. Nombres insospechables de autoridad la condenan (sin apelación) y predicán de ella "un valor puramente histórico" (Couture).<sup>2</sup> O vaticinan que refutar la tesis no es cuestión sino de pocas palabras. Sin embargo, la doctrina contractualista es, indudablemente, el primer intento de sistematización científico-procesal. Se trata de un esfuerzo intelectual surgido en el siglo XIX. Hablo de la época en que los estudiosos habían decidido, con un criterio omnipactista, que la sociedad, como fenómeno primigenio, y sus elementos subordinados, eran explicables convencionalmente.

Rousseau lanza su cuestionada proposición y en adelante la teórica se aferra apasionadamente a la balsa del pancontractualismo. La ciencia procesal, a su tiempo, no pudo excepcionarse de este furor. Afirman los investigadores que fue Pohitier, procesalista francés del siglo anterior, quien propuso la solución contractual del fenómeno. Hay otros cultivadores: Couture menciona a Demolombe, a Aubry Rau, a Rauter.

La narración de este planteamiento exige toda una serie de reflexiones históricas. Los teóricos afirman que este exceso de la especulación deriva del proceso romano. Afirman que fue recogida por los prácticos y reelaborada por los juristas del ochocientos. Paso a exponerla.

El proceso romano cruzó por tres fases diversamente estruc-

<sup>2</sup> EDUARDO J. COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera edición. De Palma, Buenos Aires, pág. 129.



turadas: la de las *legis actiones*, el procedimiento formulario y la del proceso *extraordinem*.

Las dos primeras etapas de este desarrollo procesal (agrupadas bajo la denominación: *ordo iudiciorum*) se hallan seccionadas en dos momentos fundamentales: el primero denominado *in iure*, que se desplegaba ante un magistrado. El segundo, llamado *in iudicium*, y que evolucionaba ante un juez privado o frente a un tribunal popular. Esta segunda fase era conocida, también, con el nombre de *apud iudicem*.

Esta estructuración biinstancial funcionaba de la siguiente manera: en el primer ciclo (*in iure*) las partes narraban al pretor las incidencias jurídicas del litigio. En la segunda instancia (*in iudicium*) se ofrecían, eran admitidas y se desahogaban las probanzas del caso. Posteriormente, eran presentados los alegatos de parte y el juez sentenciaba.

La actuación conjunta de los funcionarios (el *iudex* y el pretor) eran inescindibles. Jehring compara esta conjunción con la de las cajas públicas, provistas de cerradura doble y llaves distintas. La sentencia era el producto de una actividad conjunta: ni el *iudex* sin el pretor ni éste sin aquél. La costumbre alteró esta situación. Gradualmente el pretor comenzó a perseguir y a sentenciar —sin el concurso del *iudex*— ciertos litigios que eran sometidos a su jurisdicción. Esta práctica preparó el advenimiento de la tercera fase procesal: el sistema extraordinario.

La etapa del *ordo iudiciorum* delimita un estado transicional entre la venganza privada y el juspuniendi estatal. En esta fase la intervención autoritaria se restringía a una coercitividad preparativa: a que las partes acudieran frente a un *iudex privatus* para someter sus diferencias a un arbitraje. En el procedimiento formulario el Estado velaba por que el litigio fuera planteado en sus correctos términos ante el árbitro. Además, se imponía al magistrado un estricto catálogo de obligaciones procesales en el seno de las que debía emitir sentencia. En esta época la compulsión estatal-ejecutiva no era ejercida sino a petición de la parte vencedora. Se había extinguido la justicia privada. El proceso discurre ya por el sendero de una publicidad imperfecta. No hay omni-comprensión estatal del procedimiento. El papel del magistrado (como órgano) se reduce a: "Asegurar que las partes han recu-

rido al arbitraje y que la cuestión por resolver por el juez privado ha sido planteada correctamente” —según dice Arangio Ruiz.

Se ha dicho que el proceso se iniciaba en una fase primera denominada *in iure*. Este momento procesal daba principio con la *in ius vocatio* que en el sistema formulario era un acto privado a cargo del actor. Mediante esta determinación primera el actor invitaba al demandado para que se presentara ante el magistrado. La ley otorgaba a la parte demandada la facultad de comparecer inmediatamente o bien diferir esta audiencia liminar durante algunos días. En este último supuesto debía otorgar un fiador o *vindex*, que garantizara su presentación.

Había una tercera posibilidad. El demandado podía no asistir; en este último caso quedaba sujeto a que el actor, provisto de testigos, lo llevara coactivamente a la presencia del magistrado. Esta es una demostración inmejorable de la estructura sincrética que determinaba a esta primera fase del proceso románico. La situación descrita se borró en la fase imperial. El derecho concedido al actor para ejercer presión sobre el demandado fue estatalizado y se convirtió en una acción en contra del que *in ius vocatus neque veneret neque vindicem dederit*.

Inicialmente, era en el momento de la notificación que debía señalarse la causa del litigio. Con Marco Aurelio esta *denunciatio litis* dejó de ser potestativa.

Había otra posibilidad: el demandado imprevisiblemente huía de la ciudad. En este caso la ley concedía al actor la *missio in possessione bonorum* que era una especie de embargo precautivo. El actor, en este supuesto, debía notificar al demandado en cuanto le fuera posible. El Derecho Romano preveía, luego de plazos prudenciales, la venta de los bienes capturados.

Imaginemos empero un procedimiento sin conturbaciones. En este caso el demandado y el actor se presentaban con el magistrado. En este momento el actor exponía, mediante el *edicto-actiones*, sus pedimentos. Las posibilidades del demandado se reducían a cuatro previsibles hipótesis:

a) *Accipere actionem*: negaba, es decir, las afirmaciones de su contraparte. En este supuesto el actor se veía compelido a indagar, a recapitular probanzas y a demostrar *apud iudicem*, la veracidad de sus dichos.

b) El demandado podía responder con palabras de poder destructivo. Estas contestaciones podían ser insertas en la fórmula en calidad de *exceptio*; y a ésta podía seguir una *replicatio*. No había, sin embargo, reconvencción, ni, por tanto, sentencia condenativa contra el actor.

c) Una tercera posibilidad era la de cumplir con las reclamaciones; esto sin abandonar la fase *in iure*, por lo que no había necesidad de redactar la fórmula.

d) El demandado, finalmente, podía confesar la existencia de la obligación exigida. Esta solución era un equivalente de la sentencia condenatoria y de sus efectos ejecutivos.

Ahora bien: estos planteamientos liminares, esta discusión frente al magistrado, daba curso, como se ha indicado, a la redacción de una fórmula. Este documento se integraba con las afirmaciones y los actos denegativos de las partes. Era un acuerdo sobre los puntos cuestionados. Esta especie de convención recibía el nombre de *LITIS CONTESTATIO*. Y eran sus efectos primordiales:

a) Determinar el valor de las prestaciones reclamadas. Esta fijación, sin embargo, podía ser variable según la naturaleza del objeto litigioso. Pero si la fórmula era cobijada por la oración: *Quanti ea res erit tantam pecuniam condemnatio*, entonces era el momento de emisión de sentencia lo que determinaba el valor de las prestaciones.

b) Convertía en permanente una acción temporal. La ley fijaba para determinadas acciones un plazo de ejercicio. Y las leyes *juris iudiciorum* preveían que la sentencia debía emitirse dentro de los 18 meses siguientes al ejercicio de la acción.

c) Hacía transmisibles por herencia las acciones estrictamente personales verbigracia: la de difamación.

d) El poseedor *bona fide* cesaba de recibir los frutos.

e) El poseedor *mala fide* respondía del caso fortuito.

f) Y tenía efectos novativos. Cuando el actor aceptaba la fórmula perdía el derecho sustantivo que se transformaba en un derecho a una sentencia justa y a su ejecución.

La redacción de la fórmula en presencia de cinco testigos daba nacimiento a la *litis contestatio* y determinaba el fin de la primera instancia. Se inicia entonces la segunda fase del proceso o *in*

*iudicio*. En este momento la batalla procesal se hallará dirigida a comprobar las aseveraciones consignadas en la fórmula.

Tres días después de la constitución de la *litis* las partes debían, mediante un acto llamado *comperendatio*, presentarse ante el juez. La ausencia de parte podía producir una declaración judicial de contumacia.

El proceso formulario tenía una estructura preclusiva en su fase última y se componía de los momentos citados a continuación: ofrecimiento, admisión o rechazo y desahogo de las pruebas. Alegatos y sentencia final.

Esta relación apresurada nos permite definir el sitio en donde la voluntad de las partes se integraba convencionalmente. Con ciertas limitaciones podemos afirmar que la *litis contestatio* era una especie de contrato procesal. Un acuerdo de voluntades que fijaba los puntos cuestionados y determinaba el nacimiento de la segunda instancia. Estas actuaciones, que circunscribían la jurisdicción, eran forjadas en presencia de varios testigos. Ciudadanos que en la fase última aseveraban los términos y limitaciones en que había sido trabada la cuestión. En este segundo momento del proceso las partes y los testigos delimitaban con la fórmula preexistente, el campo de actuación judicial. La sentencia no hacía por tanto sino elegir dentro de cierto marco. De la misma forma, la cosa juzgada y el límite subjetivo de ésta eran causados por esta convención preliminar que se fincaba ante el magistrado.

De la observación del proceso románico —en su primer estadio evolutivo— extraen los juristas del ochocientos la teoría contractual del proceso. La objeción más importante que se formula a la tesis pactista se razona así: cuando el derecho procesal romano abandonó la fase de las acciones, y devino proceso extraordinario, la comparecencia de las partes ante el magistrado quedó abolida. La subsistencia de la *litis contestatio* no se explica sino como una mera ficción que de ninguna manera conservó su carácter originario. De esta forma, la explicación contractual no funciona para el proceso *extraordinem* y con mucha menor razón para el proceso de la modernidad.

Los juristas no conceden a esta postura más que algunos renglones de compasión científica. Y sus réplicas, cuando las hay, no trascienden del asombro y la ironía: se acusa a los hacedores de la tesis de subversión silogística. Se les imputa el grave riesgo del

anacronismo. Se les condena con la benevolencia de la sabiduría y se les olvida para siempre jamás.

## TEORÍA DEL CUASICONTRATO

Sin abandonar la zona privatística los juristas complotaron esta nueva explicación. El procedimiento para acceder a esta respuesta fue esencialmente exclusivo. La hipótesis contractual quedaba suprimida del concurso (aún no surgía la solución científica que pudiese conciliar lo aparentalmente inconciliable: libertad y coacción). De ahí que sólo quedaran en pie tres fuentes más: a) El cuasicontrato. b) El delito. c) El cuasidelito.

No fue necesario un dilatado silogismo para demostrar que el delito y el cuasidelito debían suprimirse *ab-initio*. No hay un solo trámite procesal del que pueda predicarse pecado de antijuridicidad. Todos, antes bien, suponen el ejercicio estricto de un derecho. El trinomio se había eliminado en favor de la segunda hipótesis. Previsiblemente con exultación se dijo que la naturaleza jurídica del proceso era cuasicontractual.

Un siglo más tarde la teoría procesal recogería las consecuencias de una fuente preterida por los clásicos: la ley. A partir de este descubrimiento es edificada la tesis relacionista que más adelante se historia.

Como fuente obligacional el cuasicontrato conserva, respecto del contrato, ciertas equidistancias: se dice por ejemplo que a semejanza del pacto contractual el cuasicontrato es un acto jurídico lícito. Característica ésta que le enemista radicalmente de las dos fuentes restantes: el delito y el cuasidelito. Pero frente al pacto contractual esta fuente ostenta asimismo una discrepancia notable: en el cuasicontrato no hay consentimiento. Se trata de un acuerdo de voluntades tácito y que se convalida por mandato legal.

Históricamente son estos los cuasicontratos más conocidos:

a) La aceptación de una herencia que podía crear deberes del heredero a favor de legatarios o fideicomisarios.

b) La aceptación de un legado que podía crear deberes del legatario a favor de un fideicomisario.

c) La copropiedad nacida de circunstancias ajenas a un acuerdo de las voluntades de los copropietarios, como cuando nace de un

legado, herencia o donación o de la comixtio. Creaba relaciones jurídicas que Justiniano también catalogó entre los cuasicontratos.

d) La aceptación de la tutela, que creaba deberes a cargo del tutor y a favor del incapaz. Como éste ni siquiera podía dar su consentimiento válido, era evidente que equivalía a un cuasicontrato.

Pero los cuasicontratos más nítidamente perfilados eran:

- a) La gestión de negocios.
- b) El enriquecimiento ilegítimo y
- c) La *lex rhodia de iactu*.

a) *La gestión de negocios*. Las modernas legislaciones han conservado la regulación de este instituto por un espíritu de solidaridad. El funcionamiento del mismo aclara esta afirmación: se trata fundamentalmente de un acto colaborativo. De una ayuda que presta el gestor sin mediar mandato o autorización del dueño. Por lo general, se presenta cuando la propiedad o los intereses de este último se hallan en peligro. Entonces el gestor hace suya la situación y provee al salvamento de los mencionados intereses. Esto puede asumir formas diversas: la defensa en juicio, la administración comercial, el combate contra siniestros.

b) *Enriquecimiento ilegítimo*. Surge este cuasicontrato como consecuencia de una serie de acciones (*condictio indebiti soluti*, *condictio obturpen causam*, etc.) de origen pretoriano y destinadas a rectificar la traslación sospechosa de ciertos bienes.

c) *Lex rhodia de iactu*. Esta institución romana surgió para solucionar un problema de transporte marítimo mercantil. En virtud de este cuasicontrato las pérdidas de propiedad por desastre marino eran asumidas por todos los propietarios en proporción a sus intereses.

Esta breve referencia a la naturaleza del cuasicontrato permite concluir —con Alcalá Zamora— que hace falta “una imaginación desbordante”<sup>3</sup> para encontrar correspondencia entre el proceso y el cuasicontrato en cualquiera de sus formas.

La evidente ineficacia de esta solución no ha impedido que durante mucho tiempo se le haya considerado con respeto. Malhumorado, afirma Alcalá Zamora que aún (ya que para el maestro la historia científica del proceso se divide en antes y después de la teo-

<sup>3</sup> NICETO ALCALÁ ZAMORA Y RICARDO LEVENE. *Op. Cit.* Tomo 2, pág. 108.

ría relacionista) hay autores que hablan del cuasicontrato de litis con la misma reverencia de hace 75 años.<sup>4</sup>

En realidad, la postura cuasicontractualista no es más afortunada que su antecesorio. La razón de esta imposibilidad debe localizarse en el propio concepto cuasicontractual. Resulta que la noción carece de un tratamiento —tan vasto y minucioso diremos— como el que se ha dedicado para desentrañar la naturaleza del contrato y del delito.

Sin embargo hubieron de transcurrir 75 años, casi un siglo, antes de que surgiera la panacea relacionista. Esta secular ineficacia de la doctrina es la causa indudable de que la explicación cuasicontractual se halle tan efundida. Debemos hacer notar que la teoría examinada observó un respeto definitivo por la índole del problema. Averiguar cuál es la naturaleza del proceso fue una cuestión que se planteó originariamente como un intento por reducir el fenómeno procesal a los límites institucionales de alguna figura conocida. La evolución doctrinaria desvirtuó más tarde esta exigencia fundamental. La teoría de la relación jurídica, la de la situación y la tesis institucionalista se excarcelaron de esta limitación y saltaron la barda que habían fincado —para acotar la cuestión— los juristas del ochocientos.

A 75 años de distancia la tesis cuasicontractual permanece hoy como un alto ejemplo de honradez científica. Arnault de Guenyveau es su expositor menos desconocido.

#### TEORÍA DE LA REPRODUCCIÓN JURÍDICA

El autor de esta ingeniosa cosmogonía procesal es Louis Estevez. El jurista brasileño, militante previsible de la escuela egológica fundada por el maestro argentino Carlos Cossio, empieza por interrogarse sobre el objeto del proceso. Es decir, lo que se hace con el proceso: su resultado inmediato. A esta cuestión sucede otra de importancia fundamental: ¿Cuál es la causa del proceso?; y dice: "Causa es el móvil que incita a cada parte actuante."<sup>5</sup> Afirma Estevez, por último, que la finalidad del proceso será la función que éste desempeñe institucionalmente.

<sup>4</sup> NICETO ALCALÁ ZAMORA Y RICARDO LEVENE. *Op. Cit.* Tomo 2, pág. 109.

<sup>5</sup> LOUIS ESTEVEZ, citado por Humberto Briceño Sierra. *Categorías Institucionales del Proceso*. Editorial José M. Cajica. Puebla Méx. Pág. 122.

Estevez explica lo que debemos entender por interferencia real. El derecho sustantivo y el adjetivo son dos congeries de normas que funcionan intersistemáticamente. Uno de ellos —el adjetivo— funciona cuando el otro —el sustantivo— ha resultado ineficaz. Así, el punto de conexión que vincula a ambos ordenamientos y delimita el área de su respectivo desempeño es la interferencia.

“No es difícil averiguar empíricamente cuáles son estos elementos —dice el jurista—. Una vez determinado que el ejercicio de una pretensión marca el instante en que se inicia todo proceso, no es insólito deducir que la pretensión ha de ser parte de la interferencia.”<sup>6</sup>

Se concluye de esto que la pretensión es el aspecto o forma procesal de la interferencia. ¿Pero cuál es entonces su aspecto material? La causa de la pretensión evidencia esta modalidad.

Supone este pensamiento que la interferencia se halla irrevocablemente vinculada a la pretensión. De lo que deriva Estevez que la interferencia es la incompatibilidad existencial de una pretensión y su equivalente jurídico.

La teoría que se expone afirma que el objeto del proceso es la reducción a orden jurídico de una interferencia. Estevez describe así la marcha del proceso según su particular concepción: las actividades procesales revisten tres formas: una primera se reduce a la reproducción de la interferencia —con esto se significa que en esta fase del proceso las partes exponen al juez la situación interferida—; en este acto se delimita por tanto el campo sobre el que debe ejercerse la jurisdicción. La segunda fase está dirigida a determinar la preferencia de las dos situaciones en pugna. En este momento se procede a la discriminación de la interferencia. El órgano jurisdiccional es quien ejerce este acto discriminatorio. En el tercer estadio se intenta que la discriminación judicial de la situación interferida adquiera —si esto es necesario— una culminación eficaz.

Dice Estevez que la discriminación eficaz de una interferencia equivale a la restitución del orden. Ya que si consideramos indistintamente el resultado de la discriminación eficaz veremos que o se habrá retirado la pretensión o el equivalente jurídico habrá perdido validez. “Y en cualquiera de las dos hipótesis —afirma Estevez— el choque entre la libertad y el orden queda suprimido.”<sup>7</sup> En

<sup>6</sup> LOUIS ESTEVEZ, citado por Humberto Briseño Sierra. *Op. Cit.*, pág. 123.

<sup>7</sup> LOUIS ESTEVEZ, citado por Humberto Briseño Sierra. *Op. Cit.*, pág. 124.



síntesis, el objeto del proceso es la discriminación eficaz de una interferencia. Fundados de esta manera los elementos presupuestales de su explicación concluye Estevez de la siguiente manera: "Sin ninguno de sus riesgos, la teoría subjetiva está comprendida y superada en la consideración del proceso como medio para la discriminación eficaz de una interferencia. Desde el punto de vista del actor, sigue siendo el objeto de sus actos no la realización de algún derecho subjetivo, lo que sería erróneo, pero sí el convertir su pretensión en acción, es decir el derecho preprocesal en derecho postprocesal. Con esto quedan eludidos todos los inconvenientes predichos; ya que la discriminación de una interferencia es predicable de cualquier especie de jurisdicción; porque la pretensión es actuada con independencia del posible derecho subjetivo; porque la interferencia es inevitablemente discriminada y, en fin, porque no hay ninguna oposición antes y después del proceso".

"... también la teoría objetiva, imaginando que el proceso es el medio para la actuación de la ley, es sobrepasada y mejorada desde nuestro punto de vista. En efecto: así el proceso aparece actuando la voluntad de la ley; pero actuándola como instrumento de su objeto. En resumen, la ley se actúa en el proceso en cuanto la interferencia ha de ser objeto de una discriminación legal. Sin embargo, no puede colegirse de allí que tal actuación sea el distintivo de la actuación jurisdiccional, como la teoría objetiva pretende".

"... la interferencia se discrimina eficazmente concediendo una acción a cualquiera de las partes. Entonces el proceso aparece actualizando la potencia coactiva: haciendo inminente la amenaza de la sanción".

"... la interferencia supone una pretensión aunque no como objeto, sino como medio para propulsarlo: tal es el aspecto empírico de los hechos. Y no es posible tomar la pretensión en otro sentido sin desnaturalizar la función que desempeña el proceso".<sup>8</sup>

"... también, por último, las teorías conflictualistas son comprendidas en tanto que dualísticamente afrontan los problemas de la dogmática procesal; ahora bien, sin que se incurra en sus mismos reparos, porque no se piensa en un conflicto —simple o doble— de voluntades, ni de intereses, ni de normas, sino en el conflicto que plantea una exigencia legitimada de obrar frente a un equivalen-

<sup>8</sup> LOUIS ESTEVEZ, citado por Humberto Briseño Sierra. *Op. Cit.*, págs. 124 y 125.

te jurídico que se le opone, con o sin la voluntad del titular favorecido. Y esta situación es universal en el proceso, pues cuando hay que acudir a él es al estar prohibida la autotutela, a causa de la protección dispensada a un estado de hecho”.

Y termina Louis Estevez:

“... el proceso tiene como finalidad institucional la constancia en el orden jurídico; es decir, el procurar su preservación, conservación y mantenimiento. Tiene como causa el no-orden; esto es, la interferencia; cosa evidente de por sí, ya que si imaginamos por un momento una sociedad sin interferencias, reinando el orden, arrebataremos al proceso toda razón de ser. Y, finalmente, tiene por objeto la vuelta al orden, forzando la ejecución de las actividades compatibilizadoras, ya al realizar una declaración, ya al mover por la inminencia de la coacción potencial la voluntad del obligado, ya al actuar ejecutivamente en sentido estricto. El objeto resulta así emplazado, como ha de ser en buena lógica, sirviendo de puente entre una y otra”.<sup>9</sup>

La explicación teórica del proceso como la reproducción jurídica de una interferencia real, no deja de ser atrayente. La plástica, por lo demás, siempre ha sido muy sugestiva. Pero esta concepción fundamentalmente arquitectónica no resiste el análisis. Como apunta el maestro Humberto Briseño Sierra, semejante definición del proceso elimina su existencia ahí donde no haya interferencia real: en los juicios constitutivos de un estado, por ejemplo.

Científicamente, cuando la empirie demuestra la inoperancia de una hipótesis, ésta, instantáneamente, pierde validez y debe ser sustituida por otra que recoja el hecho no considerado. La existencia de procesos sin interferencia real (como los antes citados) objeta definitivamente la validez científica de la explicación. Es necesario proseguir la búsqueda: paso a exponer la teoría dominante.

## TEORÍA DE LA RELACIÓN JURÍDICA

Describo los rasgos fundamentales del pensamiento hegemónico. Notoriamente, es la explicación relacionista del proceso la que ha

<sup>9</sup> LOUIS ESTEVEZ, citado por Humberto Briseño Sierra. *Op. Cit.*, pág. 125.

obtenido el favor de la mayoría doctrinaria. La concepción, interpretada y expuesta heterodoxamente por diversos autores, se halla sujeta a un profundo trabajo reelaborativo. Por lo demás, existen dudas incluso en torno de su origen y primera formulación. Se habla como de su hacedor más distante de Búlgaro Sassoferato. Pero, en concepto de Alcalá Zamora, la doctrina es, definitivamente, de origen alemán. Nombres como el de Hegel, Betham, Hellwig y Oscar Bulow son bastante razón para este dictamen. El avatar que tolera la explicación relacionista es, por otra parte, estrictamente germano: sus hacedores, quienes la publicitan, quienes la modifican y combaten después son todos exponentes del pensamiento jurídico alemán. La doctrina examinada es también obra del procesalismo civil. Recojo, líneas abajo, los rasgos fundamentales de esta construcción:

Hay un presupuesto básico: el proceso se halla integrado por un conjunto de derechos y de obligaciones que derivan de la ley. Entre los sujetos que protagonizan el proceso (actor, demandado, juez) se finca, en virtud de lo señalado, una relación jurídica. Las actuaciones procesales se hallan teleológicamente encadenadas hacia la emisión del fallo.

La relación jurídica procesal es de carácter autónomo. Es además, una relación compleja de derecho público. Se predica la autonomía en virtud de que su existencia es independiente de la relación jurídica material. Se habla de su complejidad al referir la serie de actos heterogéneos que estructuran las diversas fases del procedimiento. Se dice, por último, que pertenece al derecho público en tanto que el derecho procesal supone el funcionamiento de la jurisdicción del estado.

La relación jurídica procesal se integra con toda una serie de derechos y obligaciones que se implantan entre los protagonistas. De estas obligaciones pueden señalarse la del juez, de obsequiar las pretensiones de las partes; documentar sus escritos y correr traslado a la contraria, serían obligaciones de los litigantes. Se traban, además, derechos y obligaciones —relaciones— entre las partes y el tribunal y entre las partes entre sí. El conjunto de formas —la liturgia procedimental— integra el contenido formal de las relaciones.

La relación jurídica se plantea siempre en idénticos términos parciales: *a) Actor o acusador. b) Demandado o acusado. c) Juez.* Es decir: quien ejercita la acción, aquel contra quien se dirige

(en exigencia de una pretensión) y el órgano jurisdiccional que decide. La relación material puede causar la actividad interventiva de sujetos procesales secundarios —en caso, por ejemplo, de responsabilidad civil.

Una demorada disputa busca elucidar la dirección en que se fincan las relaciones. Los teóricos han inventado las coordenadas (tres y acaso las únicas posibles, en tanto que la geometría se agota con ellas), que describen la ubicación de las partes —juez, demandado y actor— en el interior del drama procesal.

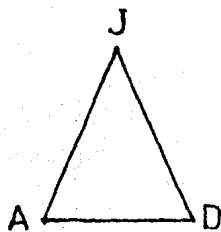


fig. 1

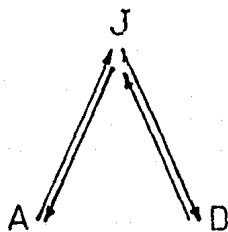


fig 2

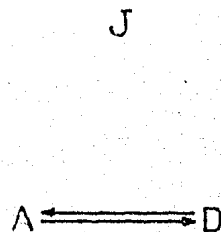


fig 3

La figura 1 representa la solución ideada por Bulow y por Wach. Ambos juristas piensan que la relación se finca triangularmente. Hay deberes y derechos del juez con las partes y de éstas con el juez. En otra latitud se implantan relaciones de las partes entre sí. A la obligación del juez de emitir una sentencia corresponde la del actor y la del demandado de someterse a ella. Obligaciones de las partes serían además: absolver posiciones, comparecer, contestar, etc.

La figura 2 reproduce la solución concebida por Hellwig. Este especulador niega la relación jurídica inter-partes. Niega la vinculación procesal entre los sujetos sometidos al órgano jurisdiccional y piensa que no hay más relaciones dentro del proceso que las creadas entre las partes y el juez.

La figura 3 fue estructurada por Kohler. Y es, seguramente, la última posibilidad de esta geometría procesal. Piensa el maestro alemán que la relación procesal no media entre las partes y el juez. Esta última exposición tiende sus coordenadas jurídicas entre las partes únicamente.

Surge ahora un problema de la mayor importancia en el seno de la teoría relacionista: ¿Cuándo se constituye la relación? La

doctrina, diversificada otra vez, prodiga suposiciones. Rende, por ejemplo, piensa, al hablar del proceso penal, que la relación no se inaugura sino hasta el momento de formular la acusación, etapa en que verdaderamente se ejercita la acción penal. En el proceso civil no hay discusión posible: éste se inicia —y por tanto se constituye la relación— en el instante en que el actor instaura su demanda.

Ahora bien, la relación procesal es fundamentalmente dinámica. Durante el proceso cruza por una serie de fases heterogéneas sin perder unicidad.

El fin de la relación jurídica no es otro que la obtención del fallo o sentencia. Con la emisión de ésta, las partes logran (al menos una de ellas) que el objeto litigioso alcance autoridad de cosa juzgada. La parte final de la relación será, si este extremo fuese necesario, ineluctablemente ejecutiva. La ejecución resultaría superflua en el supuesto, por ejemplo, de que el acusado fuera declarado inocente y se hallara en libertad.

Giuseppe Chiovenda, tal vez el expositor más afortunado de la teoría, ha dicho en torno a estas ideas: “El proceso es una unidad no solamente porque los varios actos de que se compone están coligados para un fin común. Esta unidad es propia de cualquier empresa, aunque no sea jurídica, como una obra de arte, la construcción de un edificio, un experimento científico y otras semejantes. El proceso es una unidad jurídica, una organización jurídica o, en otros términos, una relación jurídica. Antes que la demanda de actuación de la ley pueda ser juzgada tiene que ser examinada: esto produce un estado de pendencia durante el cual no se sabe si la demanda está o no fundada, pero se hace lo necesario para averiguarlo. Durante este estadio de pendencia, por consiguiente, las partes (actor y demandado) deben ser colocadas en aptitud de hacer valer sus razones eventuales: existen por ello, deberes y derechos. De aquí la idea simplísima, pero fundamental, vislumbrada por Hegel, afirmada por Betham, Hellwig y desenvuelta por Bulow y después por Kohler y otros muchos en Italia: el proceso civil contiene una relación jurídica. Es la idea ya inherente al *iudicium* romano, así como la definición que de él daban los procesalistas medievales: *Iudicium est actus trium personarum, actoris, rei, iudicio*. Es la idea que la doctrina y los prácticos expresaban ya, incons-

cientemente, con la palabra litispendencia, entendiendo por ésta la pendencia de un litigio con la plenitud de sus efectos jurídicos. Litispendencia y relación jurídica procesal son conceptos y expresiones no equivalentes pero sí coincidentes. Independientemente del derecho de acción, que no puede corresponder sino a una de las partes y que sólo una vez terminado el proceso corresponderá a unos o a otros, durante el proceso ambas partes tienen derecho al pronunciamiento, y el juez está obligado a darlo con respecto a ambas partes.

Si es incierto durante el proceso a cuál de las partes favorecerá la sentencia y, por consiguiente la tendencia de cada parte a obtenerla no puede considerarse entre tanto sino como una aspiración, es por el contrario una verdadera y propia expectativa jurídica, es decir, un derecho, aun cuando de naturaleza formal e instrumental, el que cada parte tiene durante el proceso con relación al pronunciamiento del juez.”<sup>10</sup>

La doctrina de la relación jurídica es, indudablemente, el esfuerzo científico más serio de cuantos existen en la literatura. No obstante, los procesalistas, expresamente o de actitud, demuestran que apenas si existe asenso unánime en algunos puntos. Las divergencias pueden resultar abrumantes. Pueden, también, evidenciar que la estructura fundamental de la construcción está seriamente lastimada. Con todo, la doctrina —o su sector mayoritario— saluda con alto júbilo la explicación.

Esta circunstancia exultativa, sin embargo, no se traduce en buenas obras. De los autores que se hincan a comulgar con ella pocos son los que dedican páginas suficientes para justificar su convicción. Pocos son los que sufren dudas sinceras. Otros, no muchos, inciden en el pecado contrario. La relación jurídica no ha sido más que un pretexto nominativo para que todos se formen su muy peculiar y especialísima concepción acerca de la teoría. Esta multiplicación de opiniones ha hecho exclamar a James Goldsmith —su enemigo más eficaz— que: “Sobre el contenido de la relación procesal domina la oscuridad más absoluta.”<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> GIUSEPPE CHIOVENDA, citado por Hugo Alsina. *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Segunda Edición. Editorial Soc. Anon. Editores Buenos Aires. Tomo I, pág. 418.

<sup>11</sup> JAMES GOLDSMITH, citado por Niceto Alcalá Zamora y Ricardo Levene. *Op. Cit.* pág. 125.

## TEORÍA DE LA SITUACIÓN JURÍDICA

El concepto de situación jurídica no es un dato terminológico de esta teoría. Kohler, jurista alemán, la describió ya en los términos siguientes: la situación jurídica, es una fase evolutiva de algún derecho subjetivo. Se trata, por ejemplo, del estado que guarda una relación jurídica antes de su total perfeccionamiento. Pero es James Goldsmith quien otorga al concepto una estructura de carácter procesal. Se trata, en el jurista antes citado, de "un conjunto de expectativas, posibilidades, cargas y liberación de cargas de cada una de las partes y que supone el estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las normas jurídicas".

La teoría de Goldsmith es edificada sobre las ruinas de la concepción relacionista. El sabio maestro adjudicó a esta última un embate crítico de poderío incontrastable y a partir de la destrucción, edificó su pensamiento. La demolición no fue en vano. La nueva tesis introdujo conceptos categoriales radicalmente diversos de los que estructuraban la noción del proceso como relación jurídica. Los derechos y obligaciones, conceptos básicos de la teoría derrotada, fueron canjeados por una terminología ruidosa y esotérica. Goldsmith es el hacedor de las expectativas, de las cargas, de las posibilidades.

La doctrina ha sido calificada de genial. Otros, menos desmesurados, calibran sus logros en la verdadera medida de su trascendencia. Se dice que el pensamiento de Goldsmith hizo, en última instancia, un alto servicio a la ciencia procesal: sometió la teoría dominante a un serio análisis e introdujo una lúcida terminología en ciertos aspectos que se hallaban hundidos en el anarquismo científico. Pero las ideas de Goldsmith han provocado más júbilo y pasión que adhesiones autorizadas. Desde un principio se le enjuició con escepticismo y ninguna exposición posterior ha podido superar las reservas de la doctrina.

Las nociones que integran esta cosmogonía procesal quedarán literalmente expuestas en los subsecuentes renglones. Dice James Goldsmith: "De la consideración del derecho como medida y del papel que el juez desempeña en ella, han de deducirse los nexos jurídicos; por este procedimiento se llega a los lazos procesales de las partes."

“De la naturaleza de las normas legales como medida del juez resulta que tienen frente a los individuos el carácter de promesas o amenazas de determinada conducta del juez, en último término de una sentencia de contenido determinado, con el efecto de que la pretensión de la parte vale para lo futuro, ante los tribunales, como jurídicamente fundada o no fundada. Los nexos jurídicos de los individuos que se constituyen correlativamente, son expectativas de una sentencia favorable o perspectivas de una sentencia desfavorable. Pero a la sentencia precede el proceso, y como es una lucha por el derecho, las expectativas de una sentencia favorable dependen regularmente de un acto procesal anterior de la parte interesada, que se ve coronado por éxito. Al contrario, las perspectivas de una sentencia desfavorable, dependen siempre, de un tal acto procesal de la parte interesada.

“Ahora bien, la parte que se encuentra en situación de proponerse mediante un acto una ventaja procesal, y en definitiva, una sentencia favorable, tiene una posibilidad u ocasión procesal. Por el contrario, cuando la parte tiene que ejecutar un acto para prevenir un perjuicio procesal y en definitiva una sentencia desfavorable, le incumbe una carga procesal. Excepcionalmente la ley puede dispensar a una parte de determinada carga en una situación que regularmente se le impone.

“La expectativa de una ventaja procesal, y en último término de una sentencia favorable, la dispensa de una carga procesal y la posibilidad de llegar a tal situación por la realización de un acto procesal, constituyen los derechos en el sentido procesal de la palabra. En realidad no se trata de derechos propiamente dichos, sino de situaciones que podrían denominarse con la palabra francesa *chances*. Las tres clases de derechos procesales que se han establecido, corresponden a las tres especies de derechos materiales que suelen distinguirse.

“Las expectativas de una ventaja procesal pueden compararse con los derechos relativos, porque hay por parte del juez vinculación de satisfacerlos; las dispensas de cargas procesales se parecen a los derechos absolutos en que ponen a salvo la libertad de la parte interesada contra cualquier perjuicio; por último, las posibilidades de actuar con éxito en el proceso, se corresponden totalmente con los derechos potestativos o constitutivos.



“Por otro lado, la necesidad de una actuación para prevenir un perjuicio procesal, y en último término, una sentencia desfavorable, representan una carga procesal. Esta última categoría del enfoque procesal corresponde al concepto material del deber o de la obligación.”

Goldsmith, define a los actos procesales como “aquellos de las partes y el juez que forman la situación procesal, es decir, que constituyen, modifican, o extinguen expectativas, posibilidades o cargas procesales o dispensan de cargas”.<sup>12</sup>

Goldsmith ha estudiado con detenimiento los actos de parte. Estos quedan divididos en actos de obtención (*erwirkungshandlungen*) y actos de causación (*bewirkungshandlungen*).

Los actos de obtención ocupan un sitio de gran importancia en el proceso. Estos se dirigen a “impetrar una resolución de contenido determinado mediante influjos psíquicos ejercidos sobre el juez”. A este primer grupo quedan adscritas las peticiones, las afirmaciones, y las aportaciones de prueba. Estos actos quedan sujetos a un criterio de valoración diverso del que rige el derecho civil: validez y eficacia —ambas nociones quedan sustituidas así por las de admisibilidad (un acto será admisible cuando el juez elucida su contenido) y la fundabilidad (un acto es fundado según que carezca o no de aptitud para cumplir su destino procesal).

Dice Goldsmith que son actos de causación todos los demás no clasificables dentro de la categoría narrada. Estos actos existen de manera marginada y pueden quedar insertos como tales: los convenios procesales, las declaraciones unilaterales de voluntad, las participaciones de voluntad, las participaciones de conocimiento y los actos reales. Su valoración se rige según su atendibilidad. Este concepto último ocupa en el proceso el sitio que la validez y la eficacia ocupan en el derecho sustantivo civil.

Los actos procesales del juez son, fundamentalmente, las resoluciones, esto es, “las manifestaciones de voluntad emitidas por el juez con el fin de verificar lo que se estima justo”. Como actos judiciales coexisten con las resoluciones las participaciones de conocimiento, ejemplo: notificaciones. Otros actos de carácter sustitutivo

---

<sup>12</sup> JAMES GOLDSMITH, citado por Niceto Alcalá Zamora y Ricardo Levene. *Op. cit.*, pág. 128 y siguientes.

frente a las partes: en materia de prueba o de información *ex officio*. Otros son los actos relativos a la celebración del debate y al recibimiento a prueba.

La construcción del jurista alemán es un esplendente mecanismo asombrosamente armonizado. Según el mismo Goldsmith lo manifiesta, su concepción fue el producto de ciertas observaciones de carácter histórico. Afirma el maestro que en tiempo de paz el derecho conserva una naturaleza estática, inmóvil. En estas circunstancias el derecho constituye un campo inaccesible e indisputable. Goldsmith proyecta esta constatación al ámbito de la juricidad privada. En cualquier instante puede sobrevenir el conflicto: imprevisiblemente, la guerra puede encenderse. Y entonces todo el derecho se pone en la punta de la espada. Los derechos más inatacables se ven seriamente comprometidos, sus defensores ven que, de pronto, no están en posesión sino de un conjunto de posibilidades, de cargas, de expectativas. Igualmente los derechos privados. En cuanto adviene la situación conflictiva (la guerra) éstos pierden su carácter de inviolabilidad. Las partes, en adelante, no tendrán derechos. Su mundo jurídico se verá reducido a una indecisa existencia de posibilidades, de cargas y de expectativas. No es otra la esencia del proceso: una situación de incertidumbre absoluta en la que, a semejanza del conflicto bélico, pueden ser reconocidos derechos que no existían.

## TEORÍA DE LA INSTITUCIÓN

Jaime Guasp, autor español, es su expositor más convencido. En su libro *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* el jurista emprende una serie de críticas a las posiciones que intentan explicar el proceso. Inicia su combate con algunos ataques a la concepción contractual. Afirma que “no hacen falta, sin embargo, largos razonamientos para convencerse de lo erróneo de esta tesis”. Niega el jurista que los derechos y obligaciones que surgen de un proceso tengan como fuente la voluntad de las partes. Más adelante se refiere a la teoría del cuasicontrato en los términos siguientes: “la caracterización del proceso como un cuasicontrato de *litis* incide en el mismo error fundamental que la concepción contractual ya censurada; es absolutamente inadecuada la consideración de la

voluntad presunta o tácita de las partes o de la simple voluntad de una de ellas como fuente de los vínculos procesales".<sup>13</sup>

Jaime Guasp niega la eficacia doctrinaria del pensamiento que tumultuosamente ha sido calificado de genial. La teoría de la relación jurídica, sin embargo, no lo es tanto para el jurista español quien empieza por decir que en el proceso no hay una relación, sino varias "la relación jurídica no es, pues, la noción que designa unitariamente la naturaleza del proceso sino los diversos elementos que la componen". Concluye Guasp su revisión crítica con la referencia a su propio pensamiento. Guasp concibe al proceso como una institución y desarrolla esta idea en los siguientes términos:

Dice el jurista español que la institución no debe entenderse tan sólo como una mera combinación de actos homogeneizados teleológicamente. La institución es un complejo de actividades vinculadas en razón de una idea común objetiva a la que se han adherido las distintas voluntades. La institución se integra con dos supuestos: a) La idea objetiva, cuya educación difiere de la de los sujetos, y b) El conjunto de individualidades volitivas que postulan la idea para su realización.

Es de esta suerte como debe entenderse institucionalmente al proceso. La idea objetiva y común que detectamos en el fenómeno procesal es la aceptación o denegación de la pretensión, las voluntades adheridas a estas ideas son las de quienes participan en el proceso. Esta idea vinculatoria y objetiva crea relaciones jurídicas entre las partes.

De lo anterior se desprende que "el proceso es una realidad jurídica de tendencia permanente".<sup>14</sup> La aparición o extinción de procesos puede variar; lo que no desaparece es la idea de la actuación estatal. El proceso tiene carácter objetivo. Se halla ónticamente determinado no por las voluntades integrativas sino por la idea objetiva supraordinada a estas voliciones aisladas.

El proceso es un sistema de subordinaciones y desigualdad. Esta gradación jerárquica es de la mayor importancia. El fenómeno no puede quedar subordinado volicionalmente respecto de las partes. Esta imposibilidad, no obstante, queda corregida con cierta libertad modificatoria que no por ello deja de ser contingencial.

<sup>13</sup> JAIME GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. M. Aguilar. Editor Madrid. Tomo I, pág. 18.

<sup>14</sup> JAIME GUASP. *Op. cit.* pág. 22

El proceso es proteico. Su realidad puede ser circunstanciada a cada momento. La inalterabilidad de situaciones subjetivas anteriores no es tan rigorista como en el campo del contrato.

Dice Guasp que la idea institucional del proceso alcanza un perfil más nítido con la descripción de los vínculos que ligan a las diversas voluntades determinadas por esa idea objetiva y común.

Los vínculos procesales son, en principio, reductibles a dos importantes categorías: la obligación y el derecho subjetivo.

“Derecho subjetivo —dice Guasp— es el poder conferido por el ordenamiento jurídico a una voluntad para la protección de un interés. Obligación es la necesidad exigida por el ordenamiento jurídico de realizar una determinada conducta.”<sup>15</sup> El proceso resulta ser un complejo de derechos y obligaciones; esta característica es una constante del fenómeno procesal.

Reconoce el jurista español que al lado de los derechos y de las obligaciones existen dentro del proceso las llamadas cargas y potestades. Con cierto escepticismo afirma Guasp que, sin embargo, tal vez sea necesario reconsiderar estos elementos como si se tratara de meras perspectivas o modos de los elementos fundamentales.

La carga se ha elaborado en confrontación diferenciatoria con la obligación. De la primera se dice que su inobservancia no conlleva sanción. Fenómeno éste de la naturaleza esencial de la obligación. La carga en este sentido puede ser definida como la subordinación de un interés del titular a otro interés del propio titular: es el fenómeno más frecuente del proceso. Una teoría de aparatoso planteamiento —el proceso como situación— reduce todo el problema a cargas y expectativas.

Dice Guasp que la verdadera naturaleza de la carga no se derivará de su choque comparativo con la obligación sino con el derecho subjetivo. Observa el maestro que el no ejercicio del derecho subjetivo puede producir, a su titular, una serie de perjuicios en virtud de que el interés, causa del derecho, quedó sin protección: el propietario que no reivindica una cosa sufre el perjuicio de su no-devolución. El acreedor que no reclama su derecho sufre el perjuicio de no-pago. De esta manera, la carga es “la consideración del resultado perjudicial que se produce por la falta de ejercicio de un derecho subjetivo. Así, todas las actuaciones procesales hay que

<sup>15</sup> JAIME GUASP. *Op. cit.*, pág. 23.

enjuiciarlas no como obligaciones, sino como posibles perjuicios, esto es, como los resultados perjudiciales que derivan del no ejercicio de un derecho subjetivo.”<sup>16</sup>

No desconoce Guasp la importancia científica de la prueba pero cree, con las razones expuestas, haberla situado dentro de su real y verdadera dimensión.

El maestro español fatiga un análisis similar para elucidar el concepto de atribución. Esta se ha elaborado a partir de sus notas distintorias frente al derecho subjetivo. Se dice que el derecho es un poder conferido con el propósito de tutelar un interés propio. Y la atribución un derecho conferido con el propósito de tutelar un interés ajeno. El análisis diferenciativo ha de hacerse no entre atribución y derecho, sino entre obligación y atribución. Dice Guasp que “como toda imposición de una determinada conducta a un sujeto lleva consigo la concesión al mismo sujeto de los poderes necesarios para realizar dicha conducta, estos poderes van inherentes a la idea misma de la obligación y no constituyen una entidad aparte”.<sup>17</sup> Dice el maestro que son estos poderes concedidos para el cumplimiento obligacional los que integran el cuadro de las atribuciones o potestades: cuando la ley impone al juez la obligación de fallar, le concede al mismo tiempo, como forzosa consecuencia, la potestad de decidir.

De esto se deduce la existencia de una dicotomía entre conceptos procesales y extraprocesales. Ya que una consecuencia puede estar regulada por normas diversas de las que regulan su causa generatriz. Termina Guasp con esta afirmación “así, pues, igual que la carga no es sino el derecho subjetivo subespecie de los efectos desfavorables, *id est*, de la subordinación que lleva consigo, la atribución no es sino la obligación subespecie de los efectos favorables que produce *id est*, de la situación de prevalencia que determina”.<sup>18</sup>

#### OTRAS HIPÓTESIS

Agrupo en este número las teorías que no alcanzaron la suerte del proselitismo. De ninguna manera supone lo anterior que estas

<sup>16</sup> JAIME GUASP. *Op. cit.*, pág. 24.

<sup>17</sup> JAIME GUASP. *Op. cit.*, pág. 24.

<sup>18</sup> JAIME GUASP. *Op. cit.*, pág. 25.

concepciones carecen de valimiento científico. En realidad, alguna de ellas merece sitio mejor. Sin embargo, ninguna ha sido publicada con la eficacia de las otras. Sus hacedores no han trascendido el artículo o la escasa monografía. Esto último me parece razón suficiente para justificar su fracaso. Las reproduzco parcialmente:

a) *Teoría de la modificación*. Es Salvador Satta, jurista italiano, quien imagina esta curiosa explicación del proceso. Satta comienza por explicitar su discordancia con la teoría relacionista. Admite el maestro la existencia de derechos y obligaciones en el proceso, pero niega que sean ellas el contenido del fenómeno cuestionado.

Sustancialmente afirma Satta que la jurisdicción tutela el interés privado que surge de la conducta violatoria mediante el acto creativo de una modificación jurídica denominada genéricamente como sanción. En este ingenioso trabajo constructivo el proceso desempeña un papel singularísimo: el de un mecanismo que produce la modificación o serie de modificaciones que terminarán con el nacimiento de una sanción reparadora.

El pensamiento de Satta no encontró un eco suficiente. Lanzado con tibieza en publicaciones insuladas, la teoría no mereció más que la corrosiva atención de Carnelutti y la malhumorada diatriba de Cristoffolini. El dictamen —reducido y unánime— vaticina que la tesis no prevalecerá.

b) *Teoría del servicio público*. Esta descripción del proceso fue inventada por Guarnieri e inspirada directamente en la teoría francesa del derecho administrativo. Se razona así:

Durante la tramitación del proceso el juez se ocupará de la demanda (y en general de las demás actuaciones intraprocesales) por la única y muy lógica razón de que es para ello que ha sido constituido como órgano estatal. La actividad de las partes no tendrá más objeto que accederle los datos que permitan el ejercicio de su función orgánica. Este mismo fenómeno es observable en el resto de la vida funcional del estado: todos los servicios públicos están constituidos en favor del ciudadano; desde el mecanismo jurisdiccional hasta la emisión de un telegrama.

Esta doctrina estimó que la función administrativa, indistintamente enjuiciada, encuentra la jurisdicción en su funcionamiento concretizado mediante el proceso, para realizar el servicio público.

Esto se confirma en la consideración histórica de los tribunales franceses. La constitución de los órganos jurisdiccionales encuentra un origen que no se observa en otros países: la función jurisdiccional había sido organizada por el parlamento de una forma puramente política. De ahí la natural tendencia de la doctrina francesa por explicar el proceso como uno más de los servicios públicos. Se veía el funcionamiento jurisdiccional como un instrumento que se otorga al particular para la realización de ciertas finalidades. Pero esta función difiere poco —gradacionalmente tan sólo— de aquéllas por las que el estado organiza los ferrocarriles o el servicio postal.

La teoría ha encontrado poca o ninguna aceptación. Guarneri, su hacedor más significado, declara que la tesis no debe ser analizada con excesivo rigor. La primera objeción puede plantearse en este sentido: la explicación del proceso como un servicio público incide en el viejo subjetivismo de considerar la existencia de la jurisdicción como un instituto al servicio de los intereses particulares. Se hace descansar la esencia de una importante noción sobre bases tan febles como son los intereses privados. Se dice también que la teoría identifica las nociones de servicio público y de función pública. Afirma Guarneri que “de esta manera puede llegarse a una notoria conjunción en perjuicio del prestigio del Estado, del servicio y de la función pública y toda la actividad del estado se reduciría a una mera actividad técnica, con lo que se comprende que la justicia vería disminuida su actividad, quedaría reducida a una cosa puramente empírica, mecánica, casi material, a una actividad frente a la cual el individuo se presenta como un contratante privado con fines puramente egoístas.

“Por el contrario el interés privado se considera no solamente como condición y presupuesto sino como medio para la satisfacción de un interés público”.

“...la gran amplitud del concepto del servicio público constituye la principal objeción a la doctrina, pero no puede desconocerse su cualidad de haber destacado lo que de técnico existe en las normas atinentes al proceso”.

“Venimos entonces a encontrarnos en la esfera de la relación jurídica y en presencia de una situación muy similar a aquella que se manifiesta con la demanda de un servicio público. Así en-

tendida, dentro de estos límites, la noción puede ser de la mayor utilidad... ”<sup>19</sup>

c) *Teoría del estado de ligamen*. A esta doctrina (que es un mero antecedente) se le ha catalogado como precursora del movimiento que descubrió la naturaleza relacionista del proceso. Kish —su explicador— niega la existencia dentro del proceso de derechos y obligaciones. Admite, sin embargo, que hay deberes del tribunal; pero éstos, dado su origen público, no guardan paralelo con el derecho civil. Existen, asimismo, derechos pero éstos no son más que “derivaciones y manifestaciones del poder estatal”.

Kish ha construido una concepción eclecticizante —sin visible propósito conciliatorio—. Así, admite la existencia procesal de las cargas, y las concibe no como derechos de las partes contra el tribunal o el Estado, sino como posibilidades de producir efectos jurídicos mediante un sistema de constricciones pluridireccionales: “esta capacidad puede considerarse como facultad y es de distinta clase según la naturaleza y efectos que producen los diversos actos... empero, en todo momento, hay que insistir en que estas facultades son fundamentalmente diferentes de las figuras análogas del derecho privado”.

Las partes de esta manera ocupan lugares diversos: “por lo mismo no existe entre ellas ninguna relación jurídica en el sentido en que corrientemente se toma el concepto, si bien cada uno de los actos procesales puede dar origen a un estado de ligamen... En último término puede llamarse relación jurídica a este vínculo, pero sin olvidar que el concepto tiene una significación completamente peculiar”.

Pero Kish no precisa las fronteras de estos ligámenes. Dice que esta tríplice vinculación se dilata a medida que el proceso avanza; de esta forma los lazos adquieren una precisión y un acotamiento que se perfecciona con la sentencia.

La sentencia se considera como el fin evolutivo de los actos procesales. La especial situación de los ligámenes permitirá en cualquier fase del proceso vaticinar la ubicación distancial de la meta: la sentencia. Y dice Kish “por último, cada etapa del desarrollo en que puede encontrarse es llamada situación o estadio procesal”.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> GUARNIERI, citado por Humberto Briseño Sierra. *Op. cit.*, pág. 115.

<sup>20</sup> KISH, citado por Humberto Briseño Sierra. *Op. cit.*, págs. 103 y 104.



d) *Teoría de la entidad jurídica compleja.* El jurista italiano Gaetano Foschini ha lanzado esta explicación. Afirma el maestro que la característica más notoria del proceso es la pluralidad de sus elementos íntimamente identificados entre sí. Se dice que esta pluralidad puede ser examinada normativamente: en esta dirección el proceso es una relación jurídica compleja. Pero el proceso puede también ser analizado desde un punto de vista estático: en esta dirección sería una situación jurídica compleja. Finalmente, el proceso, estudiado en forma dinámica configurará un acto jurídico complejo.

Se reprocha a esta postura un defecto cardinal; un pecado de origen, diríamos. Evidentemente que el proceso es algo complejo. Sabemos que se trata de un concepto problemático hipotéticamente construido por una multiplicidad de datos que no se han aclarado aún. Bien. Pero esto no es sino el punto de partida. Decir que el proceso es una cosa compleja o una unidad de elementos múltiples es, en verdad, no decir nada. Otras nociones jurídicas no eran menos complejas e intrincadas antes de su aclaramiento doctrinario. Y la investigación lógica enriqueció la complejidad de cada problema. El hombre, también, será cada día un misterio más rico para la ciencia. De ahí que buscar una catalogación del proceso implique algo más que el mero acto descriptivo del problema. "La calificación de un instituto como entidad jurídica compleja no es, virtualmente, una calificación". (Eduardo J. Couture.)<sup>21</sup>

La solución de Foschini no es en realidad otra cosa que el planteamiento de la cuestión. La tarea del jurista se inicia a partir de aseveraciones como las del maestro italiano. Ahora falta lo más importante. Resta insular los elementos confusos; analizarlos: internarlos en la coherencia. Falta coordinar todos los datos que han sido sujetos a un análisis individual. Luego podremos decir que el proceso es una entidad jurídica compleja cuya naturaleza es la de un contrato, un cuasicontrato, una relación, un servicio público o una institución.

e) *Teoría de la pluralidad de relaciones.* El legendario maestro de Padua, Francesco Carnelutti es el autor de esta concepción. El proceso engendra relaciones jurídicas y éstas se originan por la

<sup>21</sup> EDUARDO J. COUTURE. *Op. cit.*, pág. 140.

combinación de una obligación y un derecho cuyo fin no es otro que la colaboración procesal. De ahí que si existen una obligación y un derecho (subjetivo) de acción sea posible afirmar que en el proceso hay tantas relaciones jurídicas como conflictos. De esto se deriva la naturaleza del proceso como un conjunto o complejo de relaciones.

Vuelto literalmente:

“Si hay de una parte una obligación y de la otra un interés protegido o también, dentro de ciertos límites, que fueron descritos, un derecho subjetivo, todo eso se puede y se debe expresar también diciendo que hay una relación jurídica procesal; o mejor, que hay relaciones jurídicas procesales, tantas, cuanto sean los conflictos (entre el interés en cuanto a la composición del litigio, y los intereses de aquellos que deben proporcionar los medios al proceso) compuestos por el orden jurídico mediante la imposición de una obligación y eventualmente, un derecho. No habría necesidad de decir nada más sobre este punto, porque obligación y relación jurídica no son sino expresiones diversas de un mismo fenómeno; por eso es superfluo observar que, teniendo la obligación y el derecho carácter público y procesal, así ha de ocurrir también con la respectiva relación”.

“Considerar al proceso no ya solamente como una sucesión de actos, sino como un haz de relaciones jurídicas fue sin duda un mérito y un progreso porque la regulación del proceso se debe servir de los mismos medios del derecho material posibilitando su distinción... Pero esta visión tenía el defecto de no separar los unos de las otras, entre las varias relaciones, y de hacer de ellas un todo, en una noción de relación jurídica que no corresponde a la teoría general del derecho. Si el progreso del estudio del derecho procesal se manifiesta esencialmente en la subsunción cada vez más perfecta de los fenómenos de las categorías de la teoría general un empleo semejante de la noción de la relación jurídica no aparece útil ni a la ciencia del proceso ni, en general, a la ciencia del derecho”.

“Llamamos proceso a un conjunto de actos dirigidos a la formación o a la actuación de mandatos jurídicos cuya característica consiste en la colaboración para este fin, de las personas interesadas (las partes) con una o más personas desinteresadas (los jueces)...

La voz proceso indica por tanto un método para la formación o para la actuación de derecho, el cual tiende a garantizar la bondad del resultado, esto es, aquella regulación del conflicto de intereses que obtenga realmente la paz y sea, por ello, justa y cierta. . .”<sup>22</sup>

Empero, la tesis del significado maestro no se ha conducido hasta sus consecuencias más importantes. El rendimiento carneltiano a este respecto es pobre en comparación con otras construcciones de su genio monumental. Por otra parte se ha visto que toda solución relacionista tiene en su contra un dictamen adverso de James Goldsmith: la demolición doctrinal que éste formuló como prefacio de su pensamiento no ha sido sorteada aún por los hacedores de la teoría jurídica de la relación.

f) *El proceso como vinculación autárquica.* El maestro argentino Podetti explica el proceso a partir de la teoría jurídica stamleriana: “los nexos que vemos en el proceso —dice el jurista— en forma de peticiones al poder jurisdiccional de deberes o cargas, de derechos en contra del Estado y frente al colitigante (aunque de diversa índole) de expectativas y posibilidades, de futuros ligámenes y aun de obligaciones emanadas o reconocidas en las sentencias definitivas o interlocutorias, no son propiamente relaciones, en cuanto éstas surgen de la autonomía de la voluntad de los individuos, de las relaciones de convivencia, sino de la voluntad vinculatoria de la ley que se sobrepone a las voluntades vinculadas. Y esta voluntad vinculatoria autárquica, se manifiesta por intermedio del juez, pero vincula también a éste, sin atender a su propia voluntad, cuando le impone la realización de actos, supuestas determinadas condiciones. Y así, no sólo porque la ley establece obligaciones a cargo del juez, sino porque éste forma parte del orden jurídico, en cuya plena armonía tiene que desenvolverse”.<sup>23</sup>

El maestro Podetti, stamleriano convencido, construye su explicación sobre la teoría jurídica del filósofo alemán: el derecho como la voluntad vinculatoria, autárquica e inviolable. Estos datos funcionan en su teoría con aspiraciones sincréticas: conciliar la tesis relacionista con el pensamiento de James Goldsmith, fue la más pura intención del Dr. Podetti, argentino.

<sup>22</sup> FRANCESCO CARNELUTTI, citado por Humberto Briseño Sierra. *Op cit.*, págs. 84 y 85.

<sup>23</sup> PODETTI, citado por Alcalá Zamora y Ricardo Levene. *Op. cit.*, Tomo II, pág. 135.

**CAPÍTULO III**  
**MIS CONJETURAS**

El examen de los textos más calificados permite concluir que son tres las respuestas fundamentales. Indiscriminadamente, los teóricos más brillantes deploran y exaltan las mismas teorías: Alcalá Zamora, Couture, Hugo Alsina, predicán de la teoría contractual una absoluta ineficacia y eligen entre las restantes, la de la relación. A su tiempo cada uno dedica al pensamiento de James Goldsmith (teoría de la situación) y al de Jaime Guasp (el proceso como institución) elogios equitativos. Sus narraciones se agotan en una declaración de conformidad total con la teoría relacionista. En los renglones que siguen se intentará el análisis crítico de estas posturas.

#### LA SOLUCIÓN RELACIONISTA

Hacia 1880 el procesalismo alemán instituyó esta apasionante respuesta: el proceso es un haz de derechos y obligaciones. Este conjunto normativo confluye en los sujetos que protagonizan el litigio e integran, de esta forma, la celebrada relación. Apunta Alcalá Zamora que los actos procesales se encuentran encadenados teleológicamente. Pero los juristas controvierten el sentido en que esta relación se halla planteada. En textos de irrecusable valía prodigan esquemas y flechas que se abolen recíprocamente. Pero más que esta divergencia geográfica, interesa notar la similitud de pensamientos. En efecto puede afirmarse que la doctrina más numerosa admite con entusiasmo esta solución. Omito reproducir la inexplicable crítica que dedica Goldsmith como prefacio a sus trabajos. Decir que el proceso no es una relación jurídica es proponer una ingeniosa parábola del absurdo. Semejante creencia comporta negar no la existencia de la relación sino la del derecho mismo. Líneas abajo explícito esta aproximación.

Si observamos un sistema normativo determinado es posible

asumir un triple ángulo de visión. Frente al orden jurídico mexicano por ejemplo, un mismo estudioso puede plantear su actitud cognoscente en tres direcciones: científica, lógica y axiológica. En el primer caso actuará como un jurista en sentido estricto. Sobre el material dado (un conjunto de normas) se producirá dogmáticamente sin inquirir por la validez de las normas o por su justicia o injusticia. Su labor es de mera interpretación. El jurista —como explicaré más adelante— debe ordenar el material jurídico mediante una construcción institucional.

Una segunda posibilidad aparece cuando otro estudioso, o el mismo, se dispone a ejercer la axiología. En este caso, ineluctablemente, deberá resignarse a que sus fatigas intelectuales no trasciendan del ámbito meramente personal y subjetivo. Su labor habrá perdido toda seriedad científica. Sus conclusiones carecerán de validez objetiva y exigencia racional. Como axiólogo no podrá sino confirmar, con exultación o desaliento, que sus convicciones más íntimas (acerca de lo bueno o de lo malo, de lo justo o de lo injusto) se hallan concretizadas por un sistema normativo determinado. Hay otra posición. Como filósofo asumirá una perspectiva distinta de las precedentes: el orden jurídico X le interesará tanto (o tan poco) como el Z o el H. Su tarea se regirá por una desvinculación de la circunstancia normativa. Su inquietud se aleja de la juricidad mexicana o inglesa para aprender la pura juricidad. En esta empresa, extraordinariamente ardua, buscará elucidar las notas esenciales de lo jurídico, aquello sin lo cual no puede pensarse absolutamente en ningún sistema de normas. Se trata de obtener, mediante esta indagación, las nociones fundamentales. El maestro Juan Manuel Terán describe esta operación al hablar de las categorías jurídicas: “Aquí se trata, no de los conceptos fundamentales del Derecho mercantil o del Derecho penal o administrativo, sino de los conceptos fundamentales para toda rama o para toda especificación jurídica; por eso se habla de la deducción de las categorías jurídicas, o sea, de los conceptos jurídicos fundamentales, pero no fundamentales sólo para cierta esfera, sino para toda esfera jurídica”.<sup>24</sup>

El problema se circunscribe a rastrear las notas esenciales de toda norma jurídica. Toda norma —dice el maestro Terán— es

<sup>24</sup> JUAN MANUEL TERÁN. *Filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa. México, D. F., 1952, pág. 87.

una regla de conducta, y su fórmula esquemática es: a) debe ser b). Ejemplos: “no debes dar muerte a tus semejantes. . .” “Se encuentra en esa norma, como en cualquiera otra, desde luego, un sujeto. No es posible que haya normas sin aquél o aquéllos a quienes se dirige el precepto. . . Mas no basta la presencia del sujeto; para que haya relación normativa es necesario también la imputación de algo como deber, como conducta debida. Es lo que se llama el objeto de la determinación normativa. . . Así, se encuentran como nociones categoriales en toda relación normativa el sujeto y el objeto de derecho”.<sup>25</sup>

La norma jurídica cumple una función vinculatoria.

Establece facultades, impone obligaciones y correlaciona los dos términos de la proposición. Estamos en presencia de la relación jurídica, elemento categorial que Del Vecchio y Recaséns Siches definen como: “un vínculo entre varias personas, en mérito del cual, una de ellas puede pretender algo a lo que la otra está obligada”.<sup>26</sup>

La soberanía, la coacción, la sujeción, son otras nociones categoriales que el iusfilósofo debe elucidar. La minuciosa estructura de cada uno de estos conceptos no puede encontrar albergue en estas páginas. El objeto primordial de esta indagación es descalificar a la teoría que intenta explicar la naturaleza del proceso en forma relacional. La vertiginosa relación que he transcrito puede bastar.

Un examen histórico nos permitiría comprobar múltiples formas de lo jurídico. Modalidades de asombroso perfil. Sistemas radicalmente opuestos a las concepciones jurídicas de la modernidad. Ordenes inquisitivos o autocráticos; órdenes predominantemente civilistas, o notoriamente represivos. Ordenes, asimismo, sin estructura judicial. Las comunidades donde privaba la autodefensa son claros ejemplos a este respecto. Inversamente, la mera comprobación de una sociedad jurídicamente ordenada nos instala de inmediato frente a conceptos imborrables; así, el de la relación jurídica. El derecho es una forma de vinculación social “la situación de una persona de derecho —dice el maestro Terán— no es pura y simple, sino que siempre está referida a las circunstancias jurídi-

<sup>25</sup> JUAN MANUEL TERÁN. *Op. cit.*, págs. 89, 90.

<sup>26</sup> GIORGIO DEL VECCHIO y LUIS RECASÉNS SICHES. *Filosofía del Derecho*. Editorial Hispanoamericana. Tercera edición, Tomo I, pág. 313.

cas en que se encuentran otras personas o sujetos de derecho. No puede existir la situación pura y simple de padre de familia, sin las condiciones y circunstancias de los sujetos relativos”.<sup>27</sup> No puede —diríamos— existir la condición de actor, demandado o juez, sin la existencia de los sujetos relativos. El concepto jurídico relacional subyace en toda situación de derecho. Asimismo, toda situación de derecho se halla estructurada por sujetos, objetos, y determinada en su funcionamiento por nociones tan complejas como la soberanía, la sujeción y la coacción.

La conducta especulativa de la teoría dominante está sujeta a revisión. Una perpleja duda surge en este momento: ¿Qué se ha probado al afirmar que el proceso es una relación jurídica? Sin abandonar este mismo camino silogístico es posible arribar a conclusiones similares. A la pregunta: ¿Qué debemos entender cuando se habla de parte en el proceso? Un razonador que siguiera el método de la teoría en cuestión respondería que “parte” es un sujeto de derecho. Afirmar que el proceso es una relación o decir que las partes son sujetos de derecho es producir verdades aplastantes. Pero también, lo sospecho, es no decir absolutamente nada.

La tarea que se propuso la especulativa fue, precisamente, averiguar qué tipo de relación jurídica era el que se fincaba durante el Proceso Judicial. La teoría avanzaba, seguramente, sobre ciertos presupuestos insoslayables. Toda hipótesis se construía sin revisar o volver sobre algunos datos esenciales. Nadie afirmó, por ejemplo, que el proceso era un contrato —Arnault de Guenyveau— en el que la relación jurídica poco tenía que hacer. Las proposiciones que buscaban solucionar el problema eran lanzadas sobre la base de que el proceso —y con él todo el derecho— era relación jurídica. De ahí que la tarea se dirigió a poner en claro qué tipo de vinculamiento jurídico era ese que aparecía en el fenómeno procesal. Las distintas soluciones —más o menos afortunadas— jamás desconocieron este requisito previo que las sustentaba fundamentalmente. Cuando la teoría alemana afirmó que el proceso judicial era una relación jurídica había recorrido ya la mitad del camino. Había —digamoslo así— fincado, minuciosamente, el género próximo; pero faltaba la diferencia específica. Quedaba por formular ese rasgo diferencial que para unos fue institución y servicio público para otros. La teoría examinada formuló una bri-

<sup>27</sup> JUAN MANUEL TERÁN. *Op. cit.*, pág. 105.



llante descripción del modo que asume la relación jurídica durante el proceso judicial. Un superanálisis de la primera parte o capítulo de esa hipótesis que, en rigor, no llegó a explicitarse.

Sin embargo, es posible descubrir un propósito primordial en el pensamiento relacionista. Algo semejante a una maniobra de hipóstasis. Al extraer un concepto categorial (la relación jurídica) e identificarlo con el proceso judicial, la teoría otorgó a un fenómeno históricamente contingente (el proceso) un rango categorial. Un concepto cronológicamente fluctuante fue instalado en el reino jurídico de las nociones fundamentales. Esta actitud no está libre de sospechas ideológicas. Imagino que dotar al proceso de una estructura categorial es postular, veladamente, que el proceso judicial es el único medio de resolver las controversias. Identificarlo con una noción constante es predicar que el proceso, asimismo, es constante. Significa afirmar que es impensable un orden jurídico sin procedimiento judicial.

#### EL PROCESO COMO UNA SITUACIÓN JURÍDICA

Fue James Goldsmith quien, hacia 1925 se propuso (estruendosamente) trasladar todo el fango científico del pensamiento tradicional a la región del proceso. Invoco, para ejemplarizar el procedimiento, un concepto característico: la persona.

Durante decenios incomputables la doctrina tradicional se debatió en agrias disputas en torno a la noción de persona jurídica. El problema, curiosamente, se había planteado en forma unilateral. No se interrogaba por la persona física o individual; este era un concepto de indudable filiación. La posibilidad absoluta de identificar al hombre —en tanto que unidad psicobiológica— con la persona individual desterraba cualquier inquietud. El verdadero problema surgía frente a las personas colectivas: ¿Cómo explicar la existencia jurídica de estos entes misteriosos? Se recurrió entonces a la sociología, a la psicología, a la biología. Algunas veces, también, se recurrió a la magia sin éxito memorable. Altisonantemente, los teorizantes formularon aberraciones ilimitadas. La antropología desempeñó un papel esencial. El maestro Recaséns Siches enuncia el censo de las producidas en el siglo pasado: la teoría de la equiparación (Bolhau, Bruns); la de los derechos sin sujeto (Winsheid, Brinz, Bonelli); la de “los destinatarios de los bienes” o de la persona como instrumento técnico (Ihering);

la de las relaciones sociales privilegiadas (Van Der Hewel); la del régimen especial (Vareilles Sommieres).

El realismo jurídico ha desempeñado una función numerosa a este respecto; la corriente organicista no es la más afortunada de todas ellas. Su propósito central se halla determinado por un afán translaticio: ejercer el método de las ciencias naturales en el ámbito de lo jurídico; sigo al maestro Terán en esta exposición.

Organismo —según Claude Bernard— es un todo viviente formado por partes vivientes. Semejante definición fue adjudicada tanto al hombre aislado como a las personas colectivas. El plan descriptivo del organicismo aboga por una férrea comparación entre el individuo y la sociedad. Pero los resultados, a fin de cuentas, corren el riesgo de parecer demenciales. El rasgo distintivo de esta explicación radica en suponer a la personal moral como un ente que preexiste al margen de la personificación jurídica. La sociología aporta un dislate mayor. Los juristas sociólogos o los sociólogos juristas (ambas mixturas resultan deplorables) afirman, sin rubor ninguno, que en cada sociedad existe un alma o espíritu colectivo, independientemente de las almas individuales de los miembros del grupo. Se deduce de aquí la posibilidad ontológica de las personas colectivas: el alma colectiva determina a la persona. Este romanticismo lamentable incide también en la falacia descrita líneas atrás.

El pensamiento jurídico de Hans Kelsen abolió para siempre estos productos de la impericia metódica. La teoría pura del derecho buscó una solución normativa de esta incógnita insuperable para la metafísica tradicional. Examina el maestro de Viena el intento de la tradición por identificar la naturaleza de la persona física y la persona moral. Luego razona que el resultado de este esfuerzo es absolutamente ineficaz. La tradición buscaba determinar normativamente un concepto cuyo campo de estudio quedaba comprendido por la biología, la psicología y la fisiología. Dijo H. Kelsen: "Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural".<sup>28</sup> Señala

<sup>28</sup> HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Eudeba. Tercera edición, pág. 125.

el inmortal maestro la insalvable diferencia que media entre el hombre (objeto de la ciencia natural) y la persona (objeto de la ciencia jurídica): a partir de este acto discriminativo funda su noción de persona; ésta no es otra cosa que la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos. Se trata pues de un conjunto de normas determinantes de estas responsabilidades y derechos. Así, la persona llamada "física" es un conjunto de normas que rige la vida jurídica de un individuo. De esta forma queda salvada la insuperable contradicción que la teoría había fincado entre persona "física" y persona "moral". Esta última es un conjunto de normas que rige la existencia jurídica de una pluralidad de individuos. Cuando la teoría clásica habla de persona física alude al hombre como sujeto de deberes y derechos. Pero al referir la naturaleza de la persona moral suprime la noción biológica "hombre" y la reemplaza por incontables desatinos. La indiferencia metódica ha fundido el estudio de dos problemas que reclaman examen por separado: el hombre (unidad biopsíquica) y la persona (concepto jurídico). Para un tratamiento rigurosamente científico la secular divergencia queda superada: "La persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico". Afirma H. Kelsen que esta hipótesis desustancializa el concepto. "Al igual que la persona física —continúa el maestro— la persona jurídica carece pues de existencia real o natural."<sup>20</sup>

Vuelvo al proceso. En el capítulo precedente pude exponer, con algún detenimiento, la teoría de James Goldsmith. La economía de estas páginas exige ahora el epítome de sus trazos fundamentales. Luego formularé mis dudas.

Aparentialmente es Goldsmith quien cierra el debate. El proceso —dice el jurista alemán— no es relación sino situación. Esto es, el estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a normas. En épocas de paz los derechos conservan una posición estática e inconvivable. Antes de un conflicto bélico no existen dudas en torno de las distintas situaciones de derecho. La metáfora se vierte al campo jusprivatístico. En cualquier instante puede surgir la guerra. El derecho, entonces, quedará sujeto a las fluctuaciones del combate. Los derechos más bien fincados peligrarán seriamente; en estos momentos de ira y

---

<sup>20</sup> HANS KELSEN. *Op. cit.*, pág. 128.

confusión no puede hablarse más que de “posibilidades” de “cargas” y de “expectativas”.

Así en el proceso. El período que sigue a la incoación de un juicio es un lapso de incertidumbre y desesperanza. En estas condiciones la diligencia o la impericia pueden engendrar estados jurídicos que, antes del choque, no existían. Los derechos privados se tornan dinámicos con el proceso. Y, sustancialmente, canjean su anterior naturaleza por una existencia meramente relativa e inestabilizada. No podrá ya hablarse de derechos sino de posibilidades (*Möglichkeiten*) de que se reconozcan los mismos, de expectativas (*Aussichten*) de alcanzar tal declaración y de cargas (*Lasten*) que son “imperativos del interés” para actuar procesalmente.

De este planteamiento se deduce que no hay ni puede haber relación entre las partes y el juez. Las relaciones inter-partes quedan asimismo abolidas. La actuación del juez no corresponde a un derecho de los litigantes. El funcionario sentencia porque en ello le va un deber de carácter administrativo-político. Las partes no están vinculadas sino por una situación común: la de sujeción al orden jurídico. Todo esto no estructura una relación. Estamos, pura y simplemente, ante el estado (incertidumbre, angustia, posibilidad, esperanza, temor) de varias personas frente a la sentencia judicial.

Es necesario examinar con todo rigor la terminología de que se sirve el famoso jurista alemán. Urgentemente debemos aclarar el desempeño de cada término, el sitio que por naturaleza les corresponde. Evaluar ciertas afirmaciones de extremo no es la menos importante de las tareas. Evoco la titubeante frascología situacionista: hemos leído palabras tales como “posibilidades”, “expectativas”, “cargas”, “incertidumbre”, “batallas”, “espadas”, “dinámica”. A este alucinante catálogo de la agresión pudieran agregarse otras de naturaleza congénere: dolor, justicia, paz, muerte, victoria. ¿Qué busca la teoría situacionista al hablar de posibilidades? ¿Describe acaso una posibilidad de carácter material? ¿Es la posibilidad de que alguien solicite la presencia de un testigo y de que éste se presente al juez? Y una vez satisfecha en el mundo sensible esta hipótesis ¿han sido circunscritas ya todas las posibilidades que dentro de este episodio podrían clasificarse? Relato un ejemplo para tener acceso a la verosimilitud: el actor en juicio solicita del órgano jurisdiccional la presencia del testigo N. Este acto de mera

connotación facticia emitirá una dilatada constelación de posibilidades: *a)* El órgano jurisdiccional admite la promoción. *b)* El órgano jurisdiccional la rechaza. *c)* La promoción es aceptada pero el juez se olvida de citar. *d)* El juez demanda la presencia del testigo pero éste enferma o muere. *e)* El testigo se presenta al tribunal pero el tribunal se derrumba bajo un terremoto.

Resulta fatigoso seguir de cerca esta parábola del absurdo. ¿Qué dato nos permitirá circunscribir con rigor esta vertiginosa sucesión de hipótesis infinitas? ¿Qué posibilidades inciden en el área de lo procesal y cuáles deben ser excluidas? Y en el supuesto anterior ¿qué razones se aducirían con fortuna para discriminar eficazmente una hipótesis de las restantes?

Absolutamente perplejo afronto ahora un misterio de semántica. En alguna región de su altisonante doctrina, Goldsmith inserta la palabra: "Expectativas". Doce letras. Un vocablo que usurpa algún renglón de importancia. Inexplicablemente la palabra produce zozobra. Leo en algún diccionario: Expectativa: (esperanza de que se produzca algún acontecimiento si aparece la condición que se desea). El término, recuerdo, tiene reservado un sitio en alguna parte de la doctrina civil: Merlín, al acometer la problemática de la validez temporal de la ley plantea su pensamiento al establecer una radical separación entre lo que denomina expectativa por una parte y facultades y derechos adquiridos por la otra. Dictamina Merlín que la retroactividad aparece cuando una ley menoscaba un derecho adquirido. "Derechos adquiridos son aquellos que han entrado en nuestro dominio y, en consecuencia, forman parte de él y no pueden ser arrebatados por aquel de quien los tenemos." A esta noción opone el concepto de facultad. Y dice: "Con las facultades otorgadas por la ley sucede lo propio que con las concedidas por los individuos. Mientras no asumen la forma de derechos contractuales, son siempre y esencialmente, revocables." A este planteamiento prologal sucede la noción de expectativa que se describe así: "Lo que decimos de la simple facultad no actualizada ¿es aplicable a la expectativa, es decir a la esperanza que se tiene atendiendo a un hecho pasado o a un estado actual de cosas, de gozar de un derecho cuando este nazca?"<sup>30</sup> Y se pregunta con azoro ¿constituye tal esperanza un derecho adquirido?

<sup>30</sup> MERLÍN, citado por Eduardo García Máynez. *Introducción al estudio del Derecho*. Editorial Porrúa. México. Octava edición, págs. 390, 391.

La noción en último grado se hace dimanar de la fluctuante voluntad del hombre o de una ley derogable a voluntad. Sobre esta distinción resuelve Merlín el intrincado problema: la ley puede operar retroactivamente sobre las expectativas; no así en el caso de las facultades legales y de los derechos adquiridos.

Es suficiente. De los dos testimonios se deriva una idea similar: la expectativa es considerada, fundamentalmente, como una esperanza sujeta a condición. Insertada en el campo de la teoría procesal el concepto puede encender la metáfora pero no aportar la respuesta. ¿Que se propone Goldsmith al relanzar semejante concepto? La teoría de la situación disuelve la problemática normativa en un vertiginoso juego de perfil psicológico. La expectativa, visiblemente, es un concepto adscrito al campo de las emociones. A partir de esta libérrima ubicación la tesis no puede aportar más que dislates: expectativa = esperanza. ¿Y la esperanza a qué es igual? La motivación psicológica admite múltiples impulsos que sólo son parcialmente develables. La razón que estructura una esperanza puede no objetivarse jamás. Por el contrario, lo que visiblemente determina esa espera angustiada, puede no ser más que el disfraz de una actitud transintencionada. Imagino cualquier anécdota procesal. Imagino el demorado trámite de un juicio indistinto. Veo al demandado, al juez, al actor. Veo, en cada rostro, signos de incertidumbre infinita. Recorro, por comodidad, al esquema utilizado líneas atrás: en cierto episodio el actor decide promover el desahogo de algunas probanzas. La teoría, que habla de una situación, de un planteamiento tripartito de angustias y vicisitudes tolera esta larga conjetura: el promotor N espera que su petición se acuerde favorablemente porque de esta suerte podrá violentar la dinámica procesal. O bien porque su adversario no podrá hallar ciertos datos de valor incalculable. O bien porque su abogado, audaz estrategia, piensa fingir que finge para desconcertar a la contraparte. O bien porque el actor desea perder el juicio: es altruista, o es hermano de su adversario. O porque nada le importa o se trata simplemente de un loco moral. Los ejemplos podrían multiplicarse. Es inútil buscar una lógica en el caos. Las motivaciones psíquicas son mayoritariamente inaprensibles. Son, me parece, una excelente ocasión para imaginar. Creo advertir una curiosa inversión en los términos situacionistas más importantes: en tanto que las llamadas posibilidades son esperanzas objetivas, las deno-

minadas expectativas son posibilidades subjetivas. Unas y otras sujetas a una legalidad causal. Unas y otras radicalmente ajenas al campo de lo normativo. Me acerco al final de esta logomaquia. Exitosamente, la teoría ha propuesto el concepto de "carga". Noción ésta que, según parece, queda estructurada con rasgos de origen similar. Es necesario deducir que estas cargas son, como señala E. J. Couture, imperativos o impulsos del propio interés para cumplir los actos procesales. De esta culminación podemos extraer un término de naturaleza extranjera: el interés.

Años atrás los taumaturgos del derecho civil habían manejado esta misma noción al definir la naturaleza del derecho subjetivo. Sin desmentir su confesión metafísica la doctrina incidió de nueva cuenta en confusiones irreparables. Revelar nítidamente la entraña del misterioso concepto fue tema que preocupó a no pocas mentes de la tradición. "La palabra interés —dice Ihering— debe tomarse en un sentido latísimo se aplica no sólo a los intereses susceptibles de apreciación pecuniaria sino a los de otra índole, como la personalidad, el honor, los vínculos familiares. La salvaguardia de los numerosos bienes a cuya consecución puede hallarse orientada la actividad individual, constituye la meta última del derecho"<sup>81</sup> el maestro García Máynez afirma que los conceptos supratranscritos implican consideraciones de carácter valorativo. Y dice que "el valor es la medida de la utilidad de un bien" y más adelante postula que "el valor en su relación peculiar con el individuo y sus aspiraciones" al final arriesga una última suposición "sería más correcto —afirma el maestro— decir que el interés es la apreciación que el sujeto hace de los fines cuya realización se propone".<sup>82</sup> Abiertamente se toma el campo que revisamos líneas atrás. Se manipulan palabras, nociones y conceptos de escurridiza textura. Difícilmente se podría acotar el alcance de afirmaciones tan vagas. Afirma García Máynez que "sólo se quiere aquello en que se tiene interés; sólo se tiene interés en aquello que se quiere"; el interés es un medidor de los objetivos de la voluntad. Esta se orienta hacia el logro de numerosas finalidades. La medida de la estimación es precisamente lo que denominamos interés. Trátase de una dimensión psicológica variable que aumenta o disminuye paralelamente a la valoración que el individuo hace de sus fines. La deducción es evidente.

<sup>81</sup> ADOLFO IHERING, citado por Eduardo García Máynez. *Op. cit.*, pág. 189.

<sup>82</sup> EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ. *Op. cit.*, pág. 190.

Pensar en el interés como una característica de las que integran el proceso es otra vez razonar de manera titubeante. Como en los ejemplos precitados el ejercicio anecdótico de esta noción puede resolverse en mera ironía. Los protagonistas de un juicio tienen “interés”; están determinados por “impulsos”, actúan bajo la actualización —o no— (según su muy particular e ignoto interés) de las cargas procesales. Puede haber intereses paradójicamente coincidentes. Puede haber intereses sanos, buenos, infames, benéficos, troglodíticos, ¿cuál de todos rige el proceso?; abandono semejante revisión: el estudio conjunto de estos conceptos no corrige los defectos de su examen individual. Afirma Goldsmith que el encadenamiento de estas ecuaciones integra la memorable situación. De esta suerte resulta imposible establecer vínculos entre las partes del proceso. El juez, en su caso, actuará no según cierto nexo que lo determine frente a los litigantes. La emisión de sentencia será un acto previsto por “un deber funcional, de carácter administrativo y político (Couture)”.<sup>81</sup> No hay vínculos de relación interpartes. Los protagonistas de esa tragedia alucinante (intereses, esperanzas, posibilidades, odios, simpatías y temores) se mueven dentro de una situación. Esta —recuerda Couture— “es el estado de una persona frente a la sentencia judicial”. El pensamiento de James Goldsmith produjo un cataclismo en la ciencia procesal. La doctrina más calificada admitió con altísimo júbilo esta compleja cosmogonía. Sospecho que la brusca magia de la tesis colmaba las aspiraciones metafísicas de la tradición. Pero el azoro sucumbió a la actitud reflexiva. Al final, paradójicamente, la doctrina obtuvo críticos y perdió prosélitos. No hay indicios de resurrección.

#### LA TEORÍA DE LA INSTITUCIÓN

Los juristas franceses del siglo pasado inauguran esta versión. El proceso es una más de las muchas instituciones que integran el derecho. Jaime Guasp desde España, recogió la idea. Al poco tiempo el jurista uruguayo Eduardo J. Couture le otorgó una adhesión célebre y efímera. “En dos oportunidades intentamos precisar el vocablo y dotar de cierta precisión el concepto. Confesamos hoy que no hemos podido lograr nuestro propósito”. Couture se queja

<sup>81</sup> EDUARDO J. COUTURE. *Op. cit.*, págs. 137, 138.



de las múltiples acepciones que pueden adjudicarse a la palabra. Invoca argumentos de tipo gramatical. Otros, de más envergadura, son sociológicos. El maestro acepta por fin que predicar una naturaleza institucional del proceso es correcto. Y dice que el proceso, como institución, es un complejo de actos, un método, un modo de acción unitario, que ha sido regulado por el derecho para obtener un fin. Nadie dudará que cuando se dice que el proceso es una institución se emite una proposición correcta. Equivale a decir que es un instituto, una creación del derecho para lograr uno de sus fines: "pero a partir de este instante comienzan los equívocos. La concepción institucional del derecho se apoya en una serie de supuestos más sociológicos que jurídicos. A través de ellos lo que se desea, en último término, es acentuar el predominio de los valores que interesan a la comunidad sobre los que interesan al individuo. De ello surge que la concepción puede ser utilizada desde las ideologías políticas de extrema izquierda hasta las de extrema derecha para la justificación de sus postulados, desde la concepción católica o protestante, hasta la agnóstica o atea".

#### PREGUNTA Y RESPUESTA

En la historia de esta perpleja disputa creo advertir un error común a todas las actitudes. He visto cómo unos y otros fatigan la imaginación en busca de resultados inatacables. Y asombrado he podido comprobar que la búsqueda de una solución les preocupa más que el correcto planteamiento del problema. Aparencialmente, la doctrina ha supuesto la misma incógnita y buscado la misma respuesta. Sin embargo, históricamente, hubo un primer especulador que hizo suya la cuestión. Fue él, seguramente, quien se planteó el dilema y fue él, al fin de cuentas, el primero que soñó con la clave. El resto es muy conocido. Los teorizantes, un poco asustados, emprendieron el vago camino de la dubitación. Y respondieron. Y, previsiblemente, respondieron a una interrogante que no se había problematizado. Durante decenios las soluciones se abolieron entre sí, vertiginosamente. Sin buscar un acotamiento delimitativo, la especulación se instaló ante una incógnita dogmatizada: ¿Qué es el proceso? Duda original que marcó el principio de la fatigante aventura. Pero los teóricos asumieron como punto de arranque una cuestión vastísima. Responder a esta interro-

gante suponía la construcción de múltiples hipótesis no por fuerza exclusivas. En realidad, el proceso es una institución y un servicio público y una relación y una entidad compleja. Pero todo esto no responde, salvo en ciertos casos, a la duda que subyace en cada una de las especulaciones. El camino debe andarse desde el principio. Reformular la incógnita, creo, debe ser la primera decisión.

Hacia 1938, desde Conigston R. G. Collingwood escribió: "no es posible saber lo que significa una proposición a menos que se sepa a qué pregunta contesta, si se comete error en lo relativo a la pregunta se cometerá en lo relativo a la respuesta. . . se sigue de ahí no sólo que no es posible decir que una proposición es verdadera o falsa hasta saber qué pregunta se tenía la intención de contestar, sino también que una proposición que de hecho es «verdadera» siempre puede pensarla como «falsa» cualquiera que se tome el trabajo de imaginar una pregunta para la cual habría sido la respuesta equivocada y que se convenza de que ésa era la pregunta que se suponía debía contestar la proposición. Y una proposición que de hecho es significativa siempre puede considerarla sin sentido cualquiera que se convenza de que se intentaba ofrecerla como respuesta a una pregunta a la que, si realmente hubiera intentado responder, no habría dado respuesta de ninguna manera, ni justa, ni equivocadamente. El hecho de que una proposición determinada sea verdadera o falsa, significativa o sin sentido, depende de la pregunta que se suponía iba a contestar; y cualquiera que desee saber si una proposición determinada es verdadera o falsa, significativa o sin sentido, debe averiguar a qué pregunta intentaba contestar".<sup>34</sup>

Ahora puede señalarse con cierta nitidez la impericia del planteamiento clásico. A la pregunta: ¿Qué es el proceso? Pueden otorgarse infinitas respuestas. Puede, por ejemplo, decirse que el proceso es la forma de integrar orgánicamente toda una serie de actos parciales que hallan su síntesis total en la sentencia judicial o en la ley (Kelsen).<sup>35</sup> Puede, también, responderse que el proceso judicial es un acto de creación normativa. Puede afirmarse que el proceso es un servicio público, que es una institución, una relación

<sup>34</sup> R. G. COLLINGWOOD. *Autobiografía*. Segunda Edición. Fondo de Cultura Económica, págs. 40, 41, 45 y 46.

<sup>35</sup> HANS KELSEN. *Teoría General del Estado*. Editorial Nacional, pág. 360.

o una situación. Cada una de estas respuestas es lanzada a manera de hipótesis. Cada una de ellas está sujeta a verificación. Y así, cada una de ellas, tras de salvar esta prueba, estará destinada a integrar el objeto (una mera incógnita al principio) que suscitó la búsqueda. Parece sencillo que los teóricos, antes de especular, debieron circunscribir con todo rigor el marco de su problema. Tras la pregunta: ¿Cuál es la naturaleza jurídica del proceso? no debió esconderse esta otra: ¿Qué es el proceso? sino esta última: ¿Qué tipo de relación jurídica se establece entre los protagonistas de un proceso?

Así delimitado el campo las críticas debían hacerse únicamente a las teorías que evolucionaban en el interior del problema. Combatir la teoría del servicio público, por ejemplo, es desconocer que ella busca dar solución a un problema distinto. Los embates críticos y los esfuerzos constructivos deben, por así decirlo, sistematizarse. De esta suerte todo ataque a una respuesta que no busque dar contestación a nuestra pregunta resultará ilógico y extrasistemático.

## PROCESO Y PROCEDIMIENTO

Establecida la incógnita que la tradición quiere aclarar, una tiniebla surge de nuevo. La teoría dominante, irredenta de su indeclinable furor dualista, ha instituido dos nociones que fomentan la duda: el proceso y el procedimiento. Dos conceptos entre los que, aparentialmente con rigor, se han fincado rasgos diferenciales. En textos de innegable valía famosos doctrinólogos prodigan desemejanzas de abismo. La intrusión de esta nueva cisura remite al examen de algunos pasajes característicos. De esta búsqueda pueden surgir interesantes invariaciones: ¿La vinculación entre las partes se produce en el proceso? Bien: entonces ¿qué sucede en el procedimiento? Y a la inversa: ¿se produce este sistema vinculatorio en el procedimiento? Bien. Y entonces: ¿dónde se queda el proceso? ¿Existe acaso?

El examen de los textos clásicos puede resultar provechoso. La cuestión es ardua y de uno y otro continente han surgido las proposiciones.

Leo en Claría Olmedo: "Proceso es voz teórica que da la idea de movimiento impulsado hacia un fin propuesto. La denominación de derecho procesal penal, más generalmente aceptada para nuestra disciplina, ha tomado su nombre del proceso penal por ser éste el principal objeto del conocimiento de aquél. Pero la noción del proceso penal no debe confundirse con la más práctica de procedimiento penal. La idea de proceso es teórica y sistematizadora; la de procedimiento es aplicada y sistematizada. El procedimiento es el rito o trámite a seguir frente a cada caso concreto conforme con las prescripciones legales que proporcionan las reglas a observar. Primero en general y después en especial, con respecto a determinadas excepciones, los llamados procedimientos especiales. El proceso es una actividad extraída de la múltiple y compleja actividad. En un mismo proceso puede variar el procedimiento, y así se advierten los distintos tipos de instrucción frente a un mismo ple-nario, procesos sin instrucción, etc."<sup>36</sup>

Otro penalista, Eugenio Florián, se produce en este sentido: "El proceso penal se puede, pues, considerar como el conjunto de las actividades y formas mediante las cuales los órganos competentes, preestablecidos en la ley, observando ciertos requisitos, proveen, juzgando, a la aplicación de la ley penal en cada caso concreto. Trata —dicho en otros términos— de definir la relación jurídica penal concreta y, eventualmente, las relaciones jurídicas secundarias conexas. De este concepto del proceso surge, a su vez, el de derecho procesal penal, el cual es el conjunto de normas jurídicas que regulan y disciplinan el proceso, sea en su conjunto, sea en los actos particulares que lo integran. El proceso consta de un complejo de actos, pero tanto el conjunto de los mismos, como cada uno de ellos, individualmente deben ser disciplinados por normas jurídicas, las cuales, contenidas en el Código de Procedimiento Penal y excepcionalmente, en leyes especiales, constituye el Derecho Procesal Penal."<sup>37</sup>

Hay más versiones. Santiago Sentís Melendo lo explica del modo siguiente: "¿Procedimentalismo? ¿Procesalismo? ¿Verdad

<sup>36</sup> JORGE A. CLARÍA OLMEDO. *Tratado de Derecho Procesal Penal* Ediar. Soc. Anon. Editores. Buenos Aires. Tomo I, pág. 386.

<sup>37</sup> EUGENIO FLORIÁN. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Editorial Bosch. Barcelona, págs. 14 y 15.

que esto tiene un primer sabor a juego de palabras? Y, sin embargo, una tajante diferenciación de estos conceptos ha llevado, a lo largo de este itinerario que desde Manuel Antonio Castro conduce a los representantes de la ciencia procesal... Ahora bien: No debe pensarse, cuando las denominaciones se enfrentan que distinguir el proceso de procedimiento sea cosa absolutamente sencilla. Carnelutti... (en el sistema) dice que «aun cuando sea ajeno, por no decir capilar, la diferencia del significado entre los dos vocablos y por muy extendida que se halle la costumbre de usarlos indistintamente invita a los estudiosos a tener en cuenta la distinción, sin cuya ayuda se hace casi imposible poner orden en el montón de fenómenos que la teoría del procedimiento debe enseñar a conocer (tomo IV, página 2)». Y más adelante dice: «Proceso es el conjunto de todos los actos que se realizan para la solución de una *litis*; procedimiento es la combinación de los diversos actos que se deben realizar para la solución de una *litis*».» Y agrega Sentís Melendo: “Claro que, digámoslo con toda claridad, si el concepto del proceso no se puede estimar total y definitivamente elaborado, es verdaderamente extraordinario, que el mismo, en unión del concepto de acción, al que en mi opinión ocurre lo mismo, haya contribuido a revolucionar esta rama del derecho determinando una nueva técnica y convirtiendo en verdadera ciencia lo que no pasaba de ser materia práctica.”

“Tomando por base ese concepto, el procedimiento se ha convertido en derecho procesal y se ha podido señalar una línea divisoria entre lo procedimental y lo procesal; entre procedimentalistas y procesalistas. No poco corresponde el mérito, o si se quiere la culpa, de tal división, a mi ilustre compatriota Niceto Alcalá Zamora y Castillo.”<sup>88</sup>

Invoco, pues, un testimonio final. En su Tratado de Derecho Procesal Penal escrito con la adyuvancia de Ricardo Levene hace notar don Niceto Alcalá: “Los actos procesales de que se compone el proceso, son extraordinariamente variados; ...de cuantos sujetos intervienen en su sustanciación (juez, partes, ministerio público, encargados, auxiliares, terceros) y son susceptibles de clasificaciones muy diversas. A su vez, pueden ser contemplados aisladamente o en conjunto, es decir como tales actos procesales, o bien coordi-

<sup>88</sup> SANTIAGO SENTÍS MELENDO, citado por Percy McLean Stenós. *El Proceso Penal en el Derecho Comparado*. Valerio Abeledo. Editor. Buenos Aires, págs. 30 y 31.

nados entre sí para integrar el procedimiento. Surge así la cuestión de saber si entre ambos extremos, a saber: el acto procesal, como unidad, y el procedimiento como suma o producto de ellos, no existen nociones intermedias... por actos procesales deben entenderse las manifestaciones de voluntad, las exteriorizaciones de conducta relativas al desenvolvimiento del proceso, sea cual fuere el sujeto en el interviniente, de que provengan... podríamos describir el procedimiento, como la serie de actuaciones y diligencias, sustanciales y tramitadas según el orden y la forma prescriptos en cada caso por el legislador y relacionados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo.”<sup>30</sup>

Esta relación puede bastar. De todas las reflexiones pueden extraerse conclusiones dudosas. No hay tratadista que sin éxito visible omita fundar la distinción. Desde Claría Olmedo (que habla del proceso como una voz teórica y de impulsos teleológicos) hasta Alcalá Zamora que pretende, mágicamente por cierto, establecer una naturaleza para los actos aislados y otra para su conjunto, la doctrina coincide en producir terminología esotérica y del más alucinante ocultismo. No de otra forma puede interpretarse la inexplicable diferencia que supone Claría Olmedo al hablar del proceso como unidad extraída de la múltiple y compleja actividad. Y del procedimiento que no es otra cosa que una noción aplicada y sistematizada. Y cuando Santiago Sentís Melendo se demora en ociosos juegos lingüísticos, tampoco averiguamos nada resonante. Por último, leemos en Carnelutti que un simple acto de combinación (los actos procesales que devienen procedimiento al ser fusionados) preserva para siempre el dualismo. Estas posturas, por otra parte, coinciden totalmente con el espíritu de las escuelas tradicionalistas. Los textos de mayor importancia se han visto preocupados desde siempre por este afán deslindatorio. Deplorablemente, el dualismo ha sido un imborrable *leit-motiv* de la especulación jurídica. La teoría pura del derecho ha demostrado que tales actitudes corresponden a cosmovisiones míticas, religiosas y teológicas, pero no científicas. El furor dualístico de la jurisprudencia ochocentista implantó numerosos conceptos bifrontes e injustificados. Se dijo

<sup>30</sup> NICETO ALCALÁ ZAMORA y RICARDO LEVENE. *Op. cit.*, Tomo II, págs. 138, 139, 144 y 146.

que había un derecho natural y un derecho positivo. Se dijo que había un derecho público y un derecho privado. Se habló de estado y derecho como de dos nociones opuestas. Se postuló la trascendental diferencia entre el derecho subjetivo y el derecho objetivo. Se admitió la existencia por una parte, de una persona física y de otra, de una persona jurídica. Hans Kelsen elucidó el oculto propósito de estas maquinaciones intelectuales. Previsiblemente algo se parapetaba bajo este indeclinable afán de bipartición: el jurista vienés denunció las tendencias ideológicas que subyacían en el edificio tradicional. La ciencia jurídica se había convertido en un generoso albergue donde la sociología, la historia, la estimativa y la política se brindaban mutuos consejos. No se buscaba capturar la verdad, se ambicionaba justificar las creencias. La teoría pura, al fin, otorgó a los estudios jurídicos un rango verdaderamente científico. En adelante, la investigación jurídica debería excluir de su campo toda extraña intervención: la política, la sociología, la psicología y las ciencias naturales fueron desahuciadas del terreno de la juricidad.

En la inexplicable diferencia que establece la teoría entre proceso y procedimiento creo hallar una manifestación más de la tendencia señalada. Con argumentos de sospechosa factura la tradición duplica, innecesariamente, el objeto del conocimiento. Habla de proceso y de procedimiento como de dos entidades distintas. Recurre a datos incomprensibles. Se remite a la magia y al escamoteo para estructurar el doble concepto. Recomienda prudencia para evitar confusiones y afirma, por último, que tal dicotomía es científicamente indispensable. Yo descreo de lo anterior. Líneas abajo anoto mis dubitaciones.

#### ¿PROCESO Y PROCEDIMIENTO?

Hay (al margen de la estimativa) dos maneras esenciales de arrostrar el estudio jurídico. Dos vías que es preciso deslindar con rigor. En un primer momento la inquietud científica nos instalará ante los órdenes positivos: las distintas organizaciones tempo-espacialmente localizadas. En este caso el observador se dirigirá a establecer la específica manera como haya reglamentado su derecho.

cada institución: analizará la estructura de la hipoteca y del matrimonio. Buscará establecer con certeza los peculiares rasgos del comodato y la prenda. Luego intentará elucidar las conexiones de cada institución con el resto del sistema considerado. Previsiblemente, su tarea no es de propósitos omnicomprendidos. Los rendimientos alcanzados por este camino quedarán férreamente circunscritos a una región normativa. Sólo una coincidencia permitirá decir que sus conclusiones tienen un valor más dilatado que el de los límites positivos que desde un principio se autodemarcó. Las observaciones que se obtengan a través de este análisis no suponen, ni quieren, validez general. La estructura interna del fenómeno hipotecario en México puede ser muy diversa de la que postule el sistema jurídico noruego o el finlandés. No hay criterios generales. Todo razonamiento conclusivo estará naturalmente gobernado por la fluctuación legislativa del orden que se examina.

Frente a la región de los conceptos jurídico-positivos se alza con impulso ambicioso el mundo de las nociones lógico-jurídicas. El jurista que asuma la segunda actitud (senda en extremo ardua) buscará implantar los caracteres no-contingentes e insustituibles. Frente a la circunstancia de rasgo fincará la permanencia estructural. Esta maniobra exige una operación abstractiva. Reclama la desvinculación tempo-espacial. Se orienta, en fin, al captamiento de nociones con validez general. La compulsión de estos rendimientos con la estructura jurídico-positiva de un país indeterminado comprobará: a) Que una institución admite múltiples reglamentaciones. b) Que la distinta ordenación no está sujeta sino a ciertos límites. c) Que infringir estas demarcaciones implica desnaturalizar el concepto.

En el interior de estas fronteras el legislador puede implantar incontables rasgos laterales a la estructura central. De esta suerte surgirá una hipoteca alemana, suiza o mexicana. Se hablará de un mutuo argentino distinto del español. Pero en el interior de cada formatura local deberá latir el concepto básico, las notas esenciales, los rasgos inconfundibles.

Antes que nada es preciso asumir una posición. Y detentarla hasta el final. Quien decide transitar por el campo de la juricidad positiva no debe ambicionar hipótesis de validez irrestricta. Conoce los límites de su tarea y es capaz de prever lo que implicaría un acto de competencia extraordinaria. Bien: el procesalismo clásico



ha desconocido (con visible temeridad) estas consecuencias nada remotas. Los teorizantes más significados avanzan por la región de la juricidad positiva. Se detienen. Observan. Lanzan hipótesis de alta calidad y obtienen rendimientos de valor indudable. Esta fortuna les ha valido nombre universal y prestigio mercedísimo. Pero no hay que perder el horizonte. Es preciso no magnificar el alcance de ciertas conclusiones. Y esto es, exactamente, lo que ha hecho la teoría en relación con nuestro problema. La impecable dicotomía que priva entre proceso y procedimiento es una hipótesis verificable en el terreno de la juricidad positiva. No así en el ámbito de la teoría fundamental. Esta zanja diferencial es un rasgo lateral a la estructura. Proceso y procedimiento, palabras de alcance autónomo en el campo de la positividad jurídica no dejan de ser meros sinónimos en el cerco de la teoría fundamental.

La estructura procesal de un país indeterminado puede reglamentarse de acuerdo con esta bipartición. El hecho de que las codificaciones la consignent mayoritariamente no implica sino dos hechos: *a)* Que la teoría europea es considerada con reverencia en muchas partes del mundo y *b)* Que ciertas hipótesis pueden llegar a convertirse en dogmas de fe.

Pero lo anterior no se opone a que en otro régimen legal el proceso quedara vertebrado así: Parte I o subprocedimiento. Parte II o procedimiento especial. Parte III o subproceso. Parte IV o proceso general. Las posibilidades de combinación son infinitas. Juzgo que las denominaciones también. El poder imaginativo del legislador es imprevisible (y sorprendente a veces).

Las invariaciones secundarias no alteran la noción fundamental. Proceso y procedimiento son términos equivalentes o palabras de perfil sinonímico. Y postular que uno y otro se integran con rasgos de grave diferencia es tanto como elevar al rango de hipótesis general una simple contingencia extraída de la normación positiva.

#### EL PROCEDIMIENTO ES UNA SERIE DE CONTRATOS

Líneas atrás se dijo que el problema en cuestión podía resolverse en muchas direcciones. Decir que el proceso es un servicio público no excluye por fuerza que sea, al mismo tiempo, una institución y un estado de ligamen y una relación. En último término el proceso (su concepto) se integrará por la simultánea confluencia

de una serie de hipótesis que hayan resistido el embate de la verificación. El proceso no es un ser anterior al conocimiento y cuya naturaleza buscamos descubrir. No hay ni existe nada previo al conocimiento. El ser que se postula como anterior a la predicación es un ente absolutamente determinado, al margen del pensar y producto de una actitud metafísica. El proceso no es algo acabado y estático cuya entraña deba ser revelada. Nada más alejado de una consideración científica. Antes de la cognición no hay más que una X, una incógnita que el pensamiento irá suprimiendo mediante la judicación.

Afirmó Pablo Natorp que “nada determinado existe para el pensar que el pensar mismo no haya determinado” y esta determinación debe ser considerada como inacabable. El número de hipótesis (determinaciones) no puede tener límite ni fin. La creación objetiva es infinita labor de la ciencia. Pablo Natorp subraya estas ideas cuando dice que “el objeto es siempre objeto para el grado al que el conocimiento llega”.<sup>40</sup>

Las observaciones que se hicieron en torno de algunas teorías no buscaban excluirlas en definitiva. Pensar que una sola hipótesis (con prescindencia de las demás) pueda ser suficiente resulta abiertamente acientífico. El análisis mencionado no se proponía sino verificar ciertas afirmaciones: comprobar su derecho a participar en la creación del objeto. Algunas de esas proposiciones fueron acusadas de profesar el psicologismo. Otras, de no afirmar nada. Si como dice Pablo Natorp “el fundamento creador de todo acto de estructuración objetiva es la ley”<sup>41</sup> la hipótesis que se dirija a despejar una incógnita natural debe ser regulada por la causalidad. Y aquella que busque hacer lo propio en la región normativa debe regirse por la imputación. Arriesgar un juicio causal para despejar una incógnita normativa no es más que metafísica pura. Una predicación fundamentada meta-imputativamente no puede solucionar nada en la región del derecho. La suposición inversa conduciría a resultados jocosos en alto grado.

Los renglones que siguen quieren formular una hipótesis de fundamento imputativo que, no es preciso decirlo, queda sujeta a la verificación.

<sup>40</sup> PABLO NATORP. *Kant y la Escuela de Marburgo*. Ediciones de la Facultad de Filosofía y Letras. México 1956, pág. 44.

<sup>41</sup> PABLO NATORP. *Op. cit.*, pág. 22.

El segundo capítulo de estas reflexiones albergó la exposición detallada de las principales doctrinas que buscaron develar la naturaleza jurídica del “proceso”. Durante aquel recorrido fue posible detectar dos hechos importantes: a) Que la doctrina contractual no alcanza, en los diversos expositores, más que un piadoso desdén. b) Que la doctrina de la relación jurídica —manufacturada por la teoría italiana— es la que obtuvo el mayor número de adhesiones. Hemos expuesto —tal vez temblorosamente— las dudas que nos impiden aceptar esa tricotomía de respuestas (la relación, la situación y la institución). Ahora, es necesario explicitar la razón de nuestras convicciones contractualistas.

He agrupado, para mejor constatación, el catálogo de opiniones emitidas en torno de la explicación contractual. El dictamen, como podrá comprobarse, resulta adverso en definitiva.

Copio respetuosamente: “la crítica de esta concepción puede hacerse en pocas palabras. . . Sólo subvirtiendo la naturaleza de las cosas es posible ver en el proceso, situación coactiva, en el cual un litigante, el actor, conmina al adversario, aun en contra de sus naturales deseos, a contestar sus reclamaciones, el fruto de un acuerdo de voluntades” (Eduardo J. Couture).<sup>42</sup>

Añade el maestro Alcalá Zamora: “a las palabras del profesor uruguayo agregaremos que si la tesis contractualista es inadmisibile en el campo del proceso civil, donde, al fin y al cabo, se ventila una pretensión de derecho privado, con mayor razón lo será en la esfera del proceso penal de nuestros días, cuyo objeto primordial es esencialmente público, no obstante las reminiscencias privatistas a que antes se aludió y que no bastan para destruir esa característica”.<sup>43</sup>

El maestro argentino Hugo Alsina, emite, también, un fallo adverso: “pero no resulta difícil demostrar la inaplicabilidad de la doctrina contractualista al proceso moderno. En el procedimiento romano el juez desempeñaba, en realidad, una función de árbitro, y se explica entonces que sus poderes estuvieran limitados por la voluntad de las partes, en tanto que hoy nadie discute que el juez llena una función pública, puesto que ejerce en forma delegada uno de los atributos de la soberanía. . . No es tampoco indispen-

<sup>42</sup> EDUARDO J. COUTURE. *Op. cit.*, págs. 127 y 128.

<sup>43</sup> NICETO ALCALÁ ZAMORA y RICARDO LEVENE. *Op. cit.*, pág. 105.

sable ahora la presencia del demandado, pudiendo continuar el juicio en su rebeldía y es evidente que no puede hablarse de convención en ausencia de una de las partes”<sup>44</sup>

La discordancia es general. De los párrafos transcritos se desprende la total inconformidad de la teoría con las concepciones romanistas del proceso. Admito que las observaciones anotadas no son totalmente inoportunas. Parece que la explicación contractual se origina en la bipartición del proceso romano durante la época de las *legis actiones* y del procedimiento formulario. En este momento el litigio se desenvolvía en dos fases: a) *In iure*, etapa cuya liturgia se oficiaba ante el magistrado. b) *In iudicio*, fase terminal del procedimiento que se desahogaba ante el juez. La *litis contestatio* (fijación de los puntos controvertidos ante el pretor), era un acuerdo de voluntades integrado ante cinco testigos. En la segunda fase del proceso (*in iudicio*) los testigos confirmaban ante el juez el contenido de la controversia que había sido delimitada, convencionalmente, por los litigantes frente al magistrado.

En el siglo v el derecho procedimental de Roma sufre una transformación. En adelante la fase primera (*in iure*) va a desaparecer. En adelante, el juicio no tendrá una evolución dualística. Sin embargo, el derecho de Justiniano hace prevalecer la *litis contestatio* como un reflejo dudoso, como una mera ficción. Los doctrinarios franceses del ochocientos —principales hacedores de la explicación contractual— pervirtieron este símbolo y revitalizaron la concepción convencional del proceso. Es esta la crónica de un pensamiento que, según la convicción dominante, es apenas ya una mera curiosidad histórica.

Notoriamente, los escritores citados refutan la teoría contractual por idénticos desacuerdos. De uno y otro, según el orden de su transcripción, extraemos reflexiones de esta textura: “sólo subvirtiendo la naturaleza de las cosas es posible ver en el proceso, situación coactiva, en la cual un litigante, el actor, conmina a su adversario, aun en contra de sus naturales deseos, a contestar . . .” “no es tampoco indispensable ahora la presencia del demandado pudiendo continuar el juicio en su rebeldía y es evidente que no puede hablarse de convención en ausencia de una de las partes”

<sup>44</sup> HUGO ALSINA. *Op. cit.*, pág. 416.

“el proceso no es un contrato puesto que el consentimiento del demandado no es espontáneo”.

En este punto es preciso hacer una importante aclaración. En rigor de verdad las objeciones formuladas por la teoría a la tesis francesa del contrato son valiosas y de innegable seriedad. La tesis combatida no logra sostenerse en pie luego de estos ataques. La doctrina ha logrado un golpe crítico certero y devastador. Pero las afirmaciones vertidas líneas atrás no alcanzan a la explicación contractual que se postula en estas páginas. De esto se desprende una conclusión inaplazable. La hipótesis contractual aquí sostenida en nada se relaciona con la tesis francesa del proceso como un contrato. Esta explicación realizada sobre el plan del proceso romano no se postula aquí con ánimos resurrectivos. Por más de una razón disentimos de la tesis contractual francesa. Estos desacuerdos se harán valer renglones adelante. Por ahora es prudente insistir en que la referencia a los procesalistas se hace por mera afinidad de asignaturas; ya que en realidad los autores manejan una serie de conceptos de la teoría general del derecho que han sido vertidos al campo del proceso. De ahí que el examen de estas afirmaciones no busque preservar a la teoría francesa del embate crítico que le adjudica la doctrina procesal. Las citas que se consignan líneas arriba no son sino trozos representativos del pensamiento tradicional en torno de ciertos problemas. Quede claro entonces que la tesis contractual que se postula en estas líneas en nada se asemeja ni busca aproximarse a la explicación que la doctrina francesa subsume bajo la misma denominación.

De los pasajes críticos consignados se deducen dos nociones que es preciso sujetar a examen: el concepto de voluntad y el de libertad en orden a su significado jurídico.

Es urgente que estos conceptos sean explicados con rigor científico. Las deducciones que se obtengan a partir de esta revisión servirán para edificar esta hipótesis contractual que no guarda con su antecedente —la tesis francesa— más que una similitud de nominación.

Según la explicación más generalizada, existen dos campos científicos de investigación: la naturaleza y la sociedad. “Por naturaleza —dice H. Kelsen— entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad . . . la sociedad es un orden que regula la

conducta de los hombres". Luminosamente, Kelsen estableció que el principio explicativo de las ciencias sociales es el de imputación.

La ciencia natural describe la relación entre dos hechos mediante una ley causal: si un metal es calentado se dilatará. El fenómeno dilatorio es el efecto de la causa climática. La acción calorífica es la causa del efecto distensivo.

Nuestra observación de la conducta humana funciona mediante una judicación similar. Esto es: la regla de derecho vincula también dos hechos. Pero en esta circunstancia el principio causal no juega ningún papel. La norma enunciada de esta manera: "quien priva de la vida a otro será castigado" no implica un principio vinculatorio de índole causal. El castigo no es el efecto del delito ni éste la causa de aquél. Esta radical escisión entre la naturaleza y la sociedad, entre el ser y el deber ser, entre la ciencia jurídica y las ciencias causales constituye la férrea línea divisoria que subyace como postulado fundamental del pensamiento kelseniano: la pureza del método.

Se dijo líneas atrás que el principio causal funcionaba en el campo de la naturaleza. Se dijo, también, que el principio imputativo funcionaba en el campo de lo social. Ahora bien: no sólo las ciencias normativas —ética y derecho— estudian la conducta humana. Existe una serie de disciplinas científicas que con igual pretensión de exigencia universal y validez objetiva, analizan, según el principio causal, la conducta del hombre. Tales son la psicología, la biología, la sociología, la historia. Esta serie de estudios examinan la conducta humana considerando al hombre como unidad biológico-natural, es decir, explican el comportamiento humano a través de nexos causales: según la que efectivamente es en ese campo de indagación. El derecho y la ética, en cuanto ciencias normativas, estudian la conducta humana no en cuanto su efectivo y real devenir sino en relación con las normas que establecen como DEBEN SER tales comportamientos. A partir de esta postulación básica se hace necesario revisar y reconstruir los conceptos jurídicos. Parece evidente que no es posible, que no lo sería al menos, fabricar nociones jurídicas (normativas y no causales por tanto) manipulando el instrumental y el método de las ciencias naturales. Y sin embargo, tal ha sido el pecado tradicional de la jurisprudencia. El problema que motivó estas líneas ha sufrido un avatar semejante. En hojas anteriores hemos visto que la doctrina

rechaza la concepción contractual del proceso luego de analizar, sin mucho rigor, los elementos que estructuran la noción de contrato. He dicho que postulan la voluntad y la libertad para concluir con que en un proceso no hay "acuerdo de voluntades" ni "libre concurso".

Pero los juristas de la teoría clásica elaboran estos conceptos con absoluto desdén hacia el método normativo. Para ellos voluntad y libertad son dos fenómenos localizados en la esfera de lo psicológico. Según esta concepción el "libre acuerdo de voluntades" (esencia del contrato) no puede surgir en el procedimiento. A esta noción tradicional e inoperante quiero oponer idea de voluntad como un dato normativo, como un concepto estrictamente jurídico creado a través de un método inmaculadamente jurídico.

#### VOLUNTAD JURÍDICA Y VOLUNTAD PSICOLÓGICA

Explicar la naturaleza convencional del procedimiento supone el imperativo metódico de reconstruir la noción central del contrato: la voluntad. Las razones expuestas en contra de la descripción clásica de esta idea no son exhaustivas, pero pueden bastar; hacer una descripción jurídica del procedimiento implica transcurrir por caminos normativos. A riesgo de incidir en deplorables confusiones es necesario que aceptemos esta exigencia científica impostergable.

Si abordamos el estudio psicológico de la voluntad, considerada ésta en forma aislada, como un mero fenómeno natural, tendremos acceso a la compleja causación de un proceso fisiológico científicamente determinable. Pero la noción que interesa a nuestros propósitos rebasa los límites de este primer acto investigativo. Una vez determinado el concepto científico naturalista de la voluntad es necesario proceder a su elaboración jurídica. Construirlo, es decir, normativamente: a este segundo paso debe seguir otro de igual importancia: el análisis insular de la voluntad no es suficiente para nuestro problema. En el campo convencional la volición funciona íntegramente y da origen a un fenómeno distinto: el consentimiento. El acuerdo de dos voluntades que al fundirse producen una clase distinta de voluntad. Por último el exa-

men del consentimiento conlleva, inevitablemente, el de la libertad. No hay consentimiento sin libertad. No hay acuerdo de voluntades sin posibilidad de integrarlo mediante una elección irrestricta. Los renglones siguientes se destinarán a explicar estos problemas.

Frente a uno y otro concepto serán referidos, sumariamente, los métodos y conclusiones que utiliza el pensamiento clásico. Luego será planteada nuestra posición. Es posible decir que desde luego nos alejamos radicalmente de la primera respuesta. Los problemas jurídicos jamás serán aclarados a menos que se proceda con rigor. A la concepción metafísica de estos conceptos una teoría jurídica debe oponer edificaciones estricta y puramente normativas. No es otro el fin de los renglones que siguen.

1. *Voluntad psicológica*. Los rendimientos de la psicología moderna, los resultados, es decir, del fenómeno psíquico estudiado científicamente, son conceptualizaciones naturalistas y pertenecientes por tanto al mundo del ser. La psicología de esta forma, es una ciencia causal. Una explicación racional de un cierto sector de la naturaleza: la psique del hombre. La peripezia de la moderna psicología, los datos alcanzados mediante la indagación científica, son, actualmente, menos precisos y rigurosos que los rendimientos de la física o de la química. Pero esta circunstancia no denota más que una diferencia de grado y no esencial. Ahora bien: la revisión de los principales conceptos psicológicos y científicos nos permite razonar, si los confrontamos con la evolución de la teoría jurídica, que son muy distintas las diversas nociones que ambos esfuerzos indagatorios persiguen bajo la misma denominación. De esto se deduce que también son diversos los intereses teóricos que animan a una y a otra disciplina. Esta evidente divergencia permite afirmar que la teoría jurídica exige su propio concepto de voluntad. Permite afirmar que no es la voluntad psicológicamente considerada lo que el jurista requiere. Y autoriza a reconfirmar que la teoría de la voluntad debe ser objeto de una reconstrucción normativa.

Primeramente, podemos abordar la cuestión sin abandonar la ciencia que estudia la vida psíquica del hombre. Para ésta, la voluntad es un tipo especial de tendencia psíquica. Está vinculada a la representación de un fin y de un medio que permite alcanzarlo.



La conciencia es presupuesto básico e ineludible de la voluntad: resulta inimaginable una voluntad inconsciente.

Dentro de esta misma idea es necesario que el sujeto piense que la consecución de tal fin queda inserta en el límite de sus posibilidades. De aquí la radical diferencia entre voluntad y deseo. Resulta absurdo querer que se produzca un cataclismo atmosférico. Semejante circunstancia no puede sino desearse. La energía psíquica deviene voluntad si se produce sobre los supuestos descritos. Pero el sujeto de la voluntad no sólo quiere el fin, sino también los medios. Esta última posibilidad determinada, asimismo, por un querer consciente.

Para la ciencia del derecho (dadas las confusiones lamentabilísimas en que ha incurrido a este respecto) es imprescindible establecer la diferencia que media entre lo querido y lo realmente causado. Es evidente que la traducción factual de la voluntad no siempre coincide con el contenido de la misma. Esto hace inapla- zable establecer que la comprobación empírica resulta totalmente ineficaz para indagar el verdadero contenido de la existencia volitiva. Inversamente, puede quererse lo que no se causa. El ejemplo del maquinista que no evita el choque es muy oportuno para esta aclaración. El contenido volitivo de tal sujeto, es, evidentemente, la producción del accidente: ¿pero debe deducirse de ahí que sea también su causa real? La ciencia penal ha introducido una confusión atronante a este respecto. La doctrina más efundida ha inventado esta teratología: la omisión actúa como causa cuando se tiene el deber de realizar la acción omitida (estamos ante un ejemplo insuperable de los errores a que puede conducir la des- preocupación metódica).

Decir que la conducta del maquinista es la causa real del choque es implantar un absurdo; y sin embargo, el maquinista es jurídicamente responsable del accidente.

Si hablamos de causas del accidente no hay más que un camino: el explicativo-causal. Tales causas serán la inercia, la velocidad o la temperatura. Pero si enjuiciamos el problema jurídica- mente no es posible hablar de causas. En esta segunda actitud no podemos manipular sino conceptos perfectamente delimitados: hay responsabilidad porque se produce una imputación jurídica. Una persona es responsable en tanto que es sujeto de una imputación.

Causalmente, desde un ángulo naturalístico no puede haber causas negativas a riesgo de ingresar en el absurdo, pero jurídicamente hay responsabilidad por omisión. El desatino increíble de cierto sector —el mayoritario— de la doctrina penal es un doloroso ejemplo de lo que puede producir la indiferencia metódica y el desdén por la radical e intransferible división que media entre lo que es y lo que debe ser.

2. *Voluntad jurídica*. El examen de la concepción tradicional de la voluntad en el derecho, nos permite comprobar dos hechos inconfundibles: a) Los juristas han emprendido su elucidación sin tomar en cuenta los rendimientos de la psicología. Debe existir, pues, “una razón de su extraordinaria competencia”, como dice Ebenstein.<sup>45</sup> b) Este instinto divisorio, sin embargo, no había encontrado un tratamiento depurado y riguroso: situación que puede comprobarse en el tratamiento habitual de ciertos temas nodulares.

Podemos fincar la diferencia radical entre ambas nociones: para la ciencia psicológica la voluntad es una imagen o representación mental; un fenómeno que no puede excarcelarse del proceso psíquico. Se trata de un acontecimiento interno acotado estrictamente como estado del alma humana. Se deduce de lo anterior que los hechos exteriores, la captación facticia de un momento no confiere al fenómeno volitivo interno ninguna deformación o determinante. La voluntad psicológica no se identifica pues con el mundo exterior, una y otro evolucionan en campos abiertamente diferenciados. Es necesario no confundir el hecho exterior con la volición interna.

La teoría pura ha demostrado esta dolorosa ineptitud de la explicación tradicional. Esta impericia metodológica puede captarse con toda claridad en la tesis clásica del negocio jurídico:

Leemos —en la doctrina civil— que los efectos de un negocio jurídico se producen porque las partes los han querido. Estamos frente a la tesis de la declaración de la voluntad. Una breve revisión de ciertas hipótesis demuestran la naturaleza de esta impostura:

Hay un contrato. Las partes convienen, por ejemplo, en la compraventa de un inmueble determinado. ¿De aquí podríamos deri-

<sup>45</sup> WILLIAM EBENSTEIN. *La Teoría Pura del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México, Buenos Aires, pág. 75.

var que las partes quieren todos los efectos contractuales? Señala William Ebenstein que "incluso partes versadas en derecho a menudo son incapaces de ver en el momento de declarar su intención todas las consecuencias jurídicas posibles".<sup>40</sup>

El comprador puede desear y prever SOLO que la casa le sea entregada cierto día, a tales horas, mediante determinados requisitos. El vendedor que se le transfiera el precio, tal día, en circunstancias determinadas con precisión. Pueden, tal vez, prever y querer otros modos del contrato. Pero de esto no se deduce que puedan prever y querer TODAS las consecuencias de la convención. Es factible hipotetizar al respecto. Imaginar una infinitud de efectos jurídicos que llegado el momento aparecerían muy a pesar de que no hayan sido psicológicamente deseados o previstos. Se concluye de esto que los efectos jurídicos aparecen no porque sean deseados, sino que son deseados (jurídicamente) porque son válidos.

Algunos exégetas de Hans Kelsen (Recaséns Siches, León Dujovne, William Ebenstein) señalan otra probabilidad:

Si estudiamos la declaración de voluntad psicológica es posible encontrar dos ángulos diversos: *a)* La voluntad de declarar y *b)* la voluntad de cumplir lo declarado. Parece superfluo hacer notar que la segunda de las proposiciones resulta objetivamente incomprobable. A se obliga a pagar a B una cierta cantidad. En el momento de producir la declaración, A, sin embargo, sabe que el pago no tendrá lugar: porque no quiere o porque no puede hacerlo. En estricto sentido no quiere sino la declaración de una voluntad inexistente. No obstante nadie pensará que esta "reserva mental" pueda anular el acto jurídico. El negocio determinado psicológicamente por esa contradicción —lo que se declara y lo que se quiere— es, sin embargo, jurídicamente válido. La noción jurídica de la voluntad no puede estructurarse a expensas de la noción psicológica.

La coacción arroja más luz sobre el problema. Si alguien es conminado a firmar un recibo o un documento indeterminado es evidente que, psicológicamente, existe la intención de firmar. Y sin embargo, el negocio es nulo. En este caso no puede decirse que la nulidad se finque sobre la ausencia de voluntad: es evidente que la volición se manifestó en el acto de suscribir.

<sup>40</sup> WILLIAM EBENSTEIN. *Op. cit.*, pág. 77.

Los ejemplos son multiplicables. Estos que he narrado pueden bastar. La esencia de la confusión se localiza en lo que relato a continuación:

Se ha demostrado que la voluntad jurídica, a riesgo de caer en angustiosos absurdos, no es identificable con la voluntad psicológica. Se deriva de esto que la voluntad en derecho no puede manipularse según su naturaleza causal. En este punto se hace inaplazable conceptuar la volición según determinaciones normativas. La teoría pura explicó que un negocio jurídico no es válido en tanto es deseado sino que es deseado en tanto que es válido. Estamos ahora ante la solución científica del problema.

Si la psicología ha quedado descalificada como posibilidad explicativa de la voluntad en derecho es preciso entonces buscar un principio distinto, un criterio diverso que permita el acceso a la noción jurídica del acto volitivo.

La teoría pura ha dictaminado que es la imputación el principio clave de la volición jurídica. La imputación en el sistema kelseniano, es un modo de vincular dos hechos en la norma. Es, también, la manera de referir la sanción al autor del supuesto. Se arranca así la explicación jurídica del territorio causal. Se vinculan dos hechos según una categoría radical y abismáticamente distinta del ser: el deber ser.

Hemos llegado al verdadero contenido de las afirmaciones jurídicas: desear y querer. Decir que un hombre desea difiere sustancialmente del aserto: una persona desea. Jurídicamente, el que una persona desee supone que un negocio jurídico es válido, con absoluta prescindencia de que haya sido psicológicamente intentado. Esa situación, ese negocio jurídico implica, por otra parte, que está imputado a una persona por una norma jurídica. "Por consiguiente —señala Ebenstein— la voluntad de una persona no es en realidad una voluntad, sino el deber ser la obligación normativa del orden jurídico"<sup>47</sup>

Esta construcción normativa del acto volitivo despsicologiza su tratamiento y explica lógicamente algunos datos insolubles para la tradición: el hecho por ejemplo de que ciertos órdenes jurídicos hayan suprimido la voluntad de algunas personas: los esclavos, a saber. Y sin embargo, la circunstancia de que el derecho puede

<sup>47</sup> WILLIAM EBENSTEIN. *Op. cit.*, pág. 82.

otorgarla a quienes fisiológicamente carecen de ella: las personas jurídicas colectivas y los nonatos. La voluntad jurídica, no es entonces un hecho psicológico y humano. Se trata puramente de una edificación normativa, de una construcción jurídica, de un centro ideal de imputación.

Cuando la teoría afirma que la tesis contractual "subvierte la naturaleza de las cosas porque en el proceso el actor conmina a su adversario aun en contra de sus naturales deseos" o cuando dice que "la idea del contrato judicial sólo es una subsistencia histórica llamada a desaparecer" o que "es evidente que no pueda hablarse de convención en ausencia de una de las partes" (Couture, Alcalá, Alsina, respectivamente), no ha hecho sino derogar, con acierto indudable, la teoría contractualista fundada en el proceso romano. Pero no es ésta la tesis que se postula en estas páginas. Es evidente que la explicación contractual no funciona ya en el seno de un proceso cuya estructura positiva no incluye ninguna convención. Por el contrario, todo el proceso moderno está organizado mediante la sucesión de una serie de actos coercitivos y polémicos. Pero la respuesta que se busca no quiere hallar la clave en la ley positiva sino en el campo de la teoría general. Por otra parte, en el proceso romano había un contrato (de *litis contestatio*) en el que se fijaban los puntos a debatir, pero después de este acuerdo el proceso era un diálogo coactivo idéntico al de la modernidad. Evasión de la normatividad positiva. Reexamen jurídico de ciertas nociones. Son éstos los presupuestos de los que parte la respuesta que busca describir al proceso judicial como una serie de contratos que se encadenan hasta la sentencia.

Arribo al centro del planteamiento. Líneas atrás señalé la segunda objeción de la teoría clásica: las voluntades, para formar contrato, deben conexionarse por la libre determinación de las partes. La convención debe ser el producto de un libre acuerdo.

Las páginas anteriores se destinaron a confutar la noción clásica de la voluntad. Los renglones siguientes se ocupan de hacer lo mismo con el concepto de libertad. En la parte final de este capítulo sintetizo el motivo esencial de la tesis.

He dicho que la doctrina no dedica a la concepción contractual del proceso más que una o dos páginas de piadoso desdén. De ellas he deducido (o he creído deducir) el carácter fisiológico y

causativo que semejante interpretación supone. De ahí la imposibilidad de entender el procedimiento —diálogo polémico y coercitivo— como un libre acuerdo de voluntades.

No es el momento de retardar estas ideas con algún demorado planteamiento histórico-sociológico en torno de la libertad. Vastos sistemas filosóficos —mayoritariamente metafísicos— han emitido ya su dictamen. Son del general dominio las nociones que la política y la religión —como ideología— se han encargado de difundir con éxito definitivo. Más que el detenido examen de estas ilusiones, me interesa exaltar el nódulo de todas ellas y compulsar su valimiento científico. En el centro de todas las especulaciones —sin excluir la de los procesalistas— late como célula fundamental este binomio: libertad igual a posibilidad de elección. Tradicionalmente ha sido ésta y no otra la idea fundamental del problema.

Ser libre es poder elegir. Tener la posibilidad de optar. De seleccionar, cuando menos de entre dos, una de varias posibilidades. Esta idea supone, como presupuesto ineludible, el marginamiento de la función causal. Es ubicar al hombre de una vez y para siempre, fuera del campo causativo. Es en suma, descausalizar lo indescausalizable.

Como unidad biológica, como organismo biopsíquico el hombre es un mecanismo determinado por causas y efectos. Extraer la vida humana de ese campo, supone sin más base que la fe y las buenas intenciones que el hombre es algo más o algo menos que un ser natural. El libre albedrío, por tanto, es impostulable en la realidad natural. No hay libertad sino dentro del derecho. “El hombre es libre —dice Hans Kelsen— en tanto que es el punto final de una imputación.” De esta suerte, podemos decir que el hombre, la persona, es libre en tanto que puede ser sujeto de una imputación normativa. Solo hay libertad en el orden social. Sólo dentro del derecho hay margen opcional. Esta solución no es incompatible con el planteamiento indeterminista del libre albedrío. Más bien lo supone. Ha dicho Hans Kelsen en frases destinadas a la eternidad: “. . . la imputación de una pena o un crimen o de una recompensa a un acto heroico no concluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto

de conducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos. . . el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación”<sup>48</sup>

Estamos de nueva cuenta, frente a la solución científica de un problema importantísimo. Se abandona aquí la postura metafísica de la tradición y se abolen, de golpe y para siempre todas las confusiones. Rigurosa y sistemáticamente, el pensamiento científico-jurídico ha elucidado dos cuestiones de la mayor trascendencia: la voluntad y la libertad.

La idea contractual del procedimiento no puede construirse sino a partir de estas aclaraciones. Es evidente que la concepción romana del contrato proyectada al procedimiento carece de eficacia para explicar la cuestión. Privar de significancia a esas convicciones ha sido la intención de las páginas precedentes.

El procedimiento es un contrato. Un acuerdo de voluntades. Una libre convención de las partes. No obstante su carácter polémico el procedimiento es un acuerdo libremente pactado. Parece que estas ideas no pueden suscitar asombro. Relegadas las explicaciones causales de la voluntad y de la libertad es posible entender ahora el consentimiento contractual como un engarce de voluntades jurídicas. De voluntades jurídicas libres en tanto que las personas o sujetos procesales son términos o puntos finales de una referencia imputativa. Paso a exponer la forma como se desarrolla esta concepción en el procedimiento.

Por simple comodidad las páginas precedentes implicaron una descripción *in genere* de la naturaleza contractual del procedimiento. De esto no se deduce que semejante relación se desenvuelva a la manera tradicional. Es decir: un pacto en el que actor y demandado acepten el futuro resultado de la sentencia.

Esta explicación reincidiría en la vieja estructura del proceso romano con su doble naturaleza (*injure-in iudicio*). La explicación normativa del procedimiento no puede circunscribirse a esta idea monocontractual. La convención que se celebraba durante la *litis contestatio* no es la convención que aquí se postula. Se dijo ya líneas atrás que la convención que se observaba en el derecho romano era una etapa reglamentada por el derecho positivo. Esta característica no es posible detectarla en el proceso de la mo-

<sup>48</sup> HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*. Págs. 29 y 31.

derinidad. La respuesta que buscamos debe liberarse por tanto de esta caracterización positiva y discurrir por los canales de la especulación. A partir del examen crítico de los conceptos básicos de la convención se hace posible formular esta hipótesis. Ahora bien, el libre acuerdo de voluntades se manifiesta en cada etapa del procedimiento. Cada acto procedimental supone un contrato, una libre convención que tiene un especial y propio contenido. De esta manera el procedimiento se nos presenta como una serie de contratos. Una contratación múltiple individualmente predeterminada y relativamente computable. Podríamos decir que son contratos de numerador distinto y de común denominador. Este común denominador puede enunciarse de la siguiente manera: las partes, en el procedimiento, celebran una serie de contratos en los que manifiestan estar de acuerdo; en los que aceptan estar a los resultados, en los que admiten, libremente, estar sujetos a las consecuencias de todas y cada una de las etapas del procedimiento. Este es, como dije líneas atrás, una especie de común denominador. Los numeradores de cada contrato varían según la índole del procedimiento y el grado de su desarrollo. Esta convención entre las partes supone una libre aceptación de estar a las resultas de ser destinatario de deberes y derechos. Esto es, ser sujeto de derechos y deberes en cada acto del procedimiento. Y este destino jurídico es comprobable en la verificación.

El primer acto de un procedimiento civil es la presentación de la demanda. Esta primera relación se finca entre el actor y el órgano jurisdiccional. He aquí el primer contrato del procedimiento. Las dos personas (actor-juez) aceptan estar a las resultas, admiten las consecuencias que puedan derivar de este primer acto procedimental: si la demanda es aceptada el órgano jurisdiccional está sujeto a todas las consecuencias jurídicas que esto supone. Así, a admitir la contestación, a declarar la rebeldía, etc. Si la demanda es rechazada, el actor asimismo admite las consecuencias que puedan derivar de esta negación: la pérdida de su derecho, la rectificación de la demanda, la necesidad de acudir ante un órgano jurisdiccional de superior jerarquía, etc. En alguna fase más avanzada del procedimiento el actor promoverá la presentación de algunas probanzas: si el órgano admite la petición estará a las resultas de ser destinatario de los derechos y deberes que jurídicamente sobrevendrán: desahogar las pruebas y dar vista al demandado



entre otras. Si no admite las pruebas el actor estará sujeto a las consecuencias que esta determinación producirá: desventaja en el procedimiento, necesidad de apelar, etc. De esta manera, a través de toda una serie de contratos libremente convencionados se desarrolla y culmina el procedimiento.

La descripción puede proyectarse al ámbito del procedimiento penal. El primer acto de esta modalidad es la presentación, ante el Ministerio Público, de una denuncia. He aquí, otra vez, el primer contrato del procedimiento. El denunciante acepta estar a las resultas de que su denuncia sea o no aceptada. El Ministerio Público conviene, asimismo, en estar sujeto a las consecuencias que jurídicamente derivarán de su aceptación. Si la denuncia es rechazada el denunciante estará sujeto a la pérdida de sus posesiones o a la impunidad de su agresor o al deshonor de su hija. Si la denuncia es aceptada el Ministerio Público estará a los resultados de esta aceptación: deberá redactar el acta, deberá turnarla a la superioridad, deberá comparecer ante el juez, etc. Indistintamente, esta contratación es verificable en cualquier otra etapa del procedimiento. Durante los carcos, por ejemplo, el juez está sujeto, acepta estar sujeto, a los resultados que deriven del choque entre los protagonistas. Las posibilidades son distintas: en una primera hipótesis el careo demuestra incontrovertiblemente que el acusado es inocente. El juez deberá, jurídicamente, declarar tal inocencia. Si del acto mencionado se deriva, por el contrario, la manifiesta culpabilidad del acusado, el juez deberá, en el momento de la sentencia hacer constar esta circunstancia. El careado, por su parte, estará sujeto a las consecuencias opuestas.

Es preciso hacer notar que esta contratación no sólo evoluciona entre las llamadas partes: juez, actor (denunciante) y demandado (acusado). En el curso de cualquier procedimiento pueden intervenir innumerables personas. Pueden hacer aparición toda una serie de interesados cuya existencia no se había implantado desde un principio. Me refiero a los terceristas; me refiero, también, a los peritos y a los testigos. Con esto quiero señalar que la contratación en el procedimiento es de carácter multilateral. Esto es, durante el curso de un procedimiento los protagonistas (reo, juez, denunciante, testigos, notarios) entran en contacto de la misma manera que al principio lo hicieron el acusado y el juez, el juez y el acusado, el acusado y el acusador. En este sentido unos y

otros son partes en el proceso. Unos y otros contratan en la dirección que ha sido planteada. Urge señalar que las afirmaciones verdaderas deben, como se dijo ya, limitarse al proceso judicial. No abarcan, por tanto, al proceso general de producción normativa. Semejante objetivo está fuera de nuestros alcances. De ahí que se haga preciso señalar, circunscribir con todo rigor, que la hipótesis no quiere funcionar sino respecto de un solo tipo de ese proceso general: el judicial. Ahora bien, en el campo de este último es posible descubrir una serie de procesos especiales que diversifican materialmente la jurisdicción: el civil, el penal, el administrativo, el laboral, etc. La proposición contractual quiere, es decir, aspira a cobijar todos estos procesos especiales en el seno de sus presupuestos.

Si examinamos un código de procedimientos —civil o penal, administrativo o de trabajo— podremos advertir que las distintas etapas del juicio se hallan perfectamente delimitadas. Si buscáramos realizar un cálculo numérico de todas ellas tal vez llegaríamos a establecer el número de actos que en un procedimiento cualquiera puedan verificarse. De esto no se deduce que haya una posibilidad absoluta de calificar numéricamente el procedimiento. En primer término nunca sabremos en qué momento se producirá una suspensión. Nunca sabremos en qué momento se intentarán apelaciones en el curso del juicio —actos que enriquecerán el número de contratos— o se intentarán incidentes durante su tramitación: ¿cuántas veces se pueda apelar? ¿cuántas veces pueden ser intentados los incidentes? El número de contratos que integran un procedimiento sólo puede ser calculado relativamente.

Lo mismo puede afirmarse del contenido de estos contratos. Sólo relativamente podemos prever el contenido de cada acto procedimental. Cada posibilidad que reglamenta el código puede asumir las modalidades más variadas y esta diversidad engendrará, asimismo, distintas consecuencias en cada caso. No serán detectables los mismos efectos en un procedimiento X que en un procedimiento Y, en lo referente por ejemplo a los testigos. Una norma puede prever la presentación de la testimonial. Pero de esta norma no pueden extraerse el resto de las deducciones: ¿cuántos testigos van a presentarse? ¿quiénes van a conducirse con verdad? Posibilidades todas que generarán distintas consecuencias, variables en calidad y en cantidad. Un testigo falso, como

contratante, estará a las resultas de su testimonio, y la contraparte estará, también, a las resultas jurídicas de esta declaración. Si la falacia es descubierta una de las partes podrá acusar a la otra de falsedad en declaraciones judiciales. El testigo descubierto estará a las resultas de ser destinatario de los deberes que puedan surgir en este caso. Pero si el testimonio falso no es descubierto la contraparte estará sujeta a los perjuicios que esto pueda ocasionarle. Nada es rigurosamente previsible: todo es relativamente determinable.

De esto se desprende la conclusión final. Esta serie de contratos, estas convenciones que se fincan durante el procedimiento pueden ser calificadas y computadas tan sólo relativamente.

Ahora es preciso señalar una limitación importante. De algunas actitudes y direcciones asumidas durante la monografía pudiera pensarse que la tesis se dirige a la formulación de una teoría pura del proceso. Pero en rigor de verdad tal objetivo no se tuvo presente en ningún momento ni llegó a ser meditado con seriedad. El propósito de estas líneas es más restringido y modesto: a partir de ciertas afirmaciones hechas por la escuela de Viena, se buscó formular una respuesta que redujera los elementos de un viejo problema al cauce luminoso de la pureza del método.

Al desconocer la dualidad entre proceso y procedimiento y fincar la naturaleza jurídica de este último en una serie de contratos relativamente determinables (*quantum qualum*) creemos aportar una solución jurídica del problema. Una respuesta que busca distanciarse de las construcciones metafísicas edificadas por los juristas de la tradición.

## CONCLUSIONES

1. Elucidar la naturaleza jurídica del proceso judicial ha sido una tarea tumultuosa y no siempre afortunada. Incontables años de especulación han resultado insuficientes para encontrar una respuesta de valor inobjetable.

2. Las doctrinas más importantes adolecen, en su mayoría, de sincretismo en el método. Ahí donde unas ejercen la psicología otras exaltan la historia. La definición teleológica del proceso tampoco ha sido vista con desdén.

3. La tradición inicia su labor especulativa sobre planteamientos infortunados. Basta confrontar la teoría de la relación jurídica y la del servicio público para educir que una y otra responden a cuestiones totalmente diferentes. Y que, sin embargo, agrupan sus resultados bajo una misma y sola nomenclatura: ¿cuál es la naturaleza jurídica del proceso?

4. La incógnita debe formularse de la siguiente manera: ¿qué tipo de vinculación se establece entre las partes durante un proceso? La pregunta ¿qué es el proceso?, admite una serie de respuestas heterogéneas que tal vez convergen a determinar la existencia del fenómeno pero que no resuelven la cuestión planteada.

5. El dualismo que la doctrina clásica ha fincado entre proceso y procedimiento debe ser abolido. Esta inesencial partición no tiene más objeto que el de su existencia en los órdenes jurídicos positivos. La división carece de razón en el ámbito de la teoría fundamental.

6. Replanteado el problema en sus correctas determinaciones la cuestión debe ser enunciada así: ¿cómo es posible que las partes se vinculen durante el procedimiento judicial?

7. Creemos dar una respuesta jurídica al afirmar que el procedimiento es una serie de contratos de contenido y cantidad relativamente predeterminables.

## S I N T E S I S

1. La especulación tradicional no ha emitido una respuesta inobjetable acerca de la naturaleza jurídica del procedimiento judicial.
2. Es preciso abolir la inesencial partición que la teoría ha fincado entre el proceso y el procedimiento.
3. El procedimiento es una serie de contratos.

## BIBLIOGRAFIA

- ALCALÁ ZAMORA, NICETO, Y RICARDO LEVENE. *Derecho Procesal Penal*. Tomos I y II. Edit. Guillermo Kraft. Buenos Aires.
- ALSINA, HUGO. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo I. EDIAR. Buenos Aires.
- BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO. *Categorías Institucionales del Proceso*. Ed. José M<sup>a</sup> Cajica. Puebla, Méx.
- BUENO, MIGUEL. *Las Grandes Direcciones de la Filosofía*. UNAM.
- BUSTAMANTE GONZÁLEZ, JUAN JOSÉ. *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*. Jus. México, 1941.
- CASSIRER, ERNEST. *El Problema del Conocimiento*. Tomos I y III. Fondo de Cultura Económica.
- CLARÍA OLMEDO, JORGE. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. EDIAR. Buenos Aires.
- COLLINGWOOD, R. G. *Autobiografía*. Fondo de Cultura Económica. 2<sup>a</sup> Ed.
- COUTURE J., EDUARDO. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. De Palma, Edit. Buenos Aires.
- CHIOVENDA, JOSÉ. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomos I y II.
- DEL VECCHIO, GIORGIO, Y LUIS RECASÉNS SICHES. *Filosofía del Derecho*. Tomo I. Edit. Hispanoamericana, 3<sup>a</sup> Ed.
- DUJOVNE, LEÓN. *La Filosofía del Derecho de Hegel a Kelsen*. OMEBA. Buenos Aires.
- EBENSTEIN, WILLIAM. *La Teoría Pura del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires.
- FLORIÁN, EUGENIO. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Ed. Bosch. Barcelona.

- GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO. *Introducción al Estudio del Derecho*. Ed. Porrúa. Méx.
- GARCÍA MORENTE, MANUEL. *Lecciones preliminares de Filosofía*. Losada.
- GUASP, JAIME. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. M. Aguilar, Editor. Madrid.
- HARTMANN, NICOLAI. *Introducción a la Filosofía*. UNAM.
- HESSEN, JUAN. *Teoría del Conocimiento*. Colección Austral. ESPASA.
- KELSEN, HANS. *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*. UNAM. Fac. de Derecho.  
*Teoría Pura del Derecho*. Ed. Eudaba, 3ª Ed.  
*Théorie Pure du Droit*. Dalloz. París, 1962.  
*Teoría General del Derecho y del Estado*. EDINAL.  
*Teoría General del Estado*. UNAM.
- KUNZ, JOSEF L. *La teoría Pura del Derecho*. UNAM. Fac. de Derecho.
- NATORP, PABLO. *Kant y la Escuela de Marburgo*. Ediciones Fac. de Filosofía y Letras. 1956.
- PERCY McLEAN, STENÓS. *El Proceso Penal en el Derecho Comparado*. Valerio Abeledo, Editor. Buenos Aires.
- RADBRUCH, GUSTAV. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Fondo de Cultura Económica.
- RECASÉNS SICHES, LUIS. *Filosofía del Derecho*. Edit. Porrúa. Méx.
- RICKERT, H. *Ciencia Cultural y Ciencia Natural*. Colección Austral. ESPASA.
- ROCCO, UGO. *Derecho Procesal Civil*. Porrúa Hnos. México, 1944.
- TERÁN MATA, JUAN MANUEL. *Filosofía del Derecho*. Edit. Porrúa. México, D. F.
- VERDOSS, ALFRED. *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*. UNAM.