

TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

Juan Monroy Gálvez

Cuarta Edición



COMMUNITAS

TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

JUAN F. MONROY GÁLVEZ

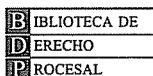
Profesor Principal de Derecho Procesal
en la Pontificia Universidad Católica del Perú

TEORÍA GENERAL DEL PROCESO



COMMUNITAS

Lima — 2021



Directores:

Juan Monroy Gálvez
Juan José Monroy Palacios
Mario Daniel Monroy Palacios

Nº 6

Teoría general del proceso
Juan F. Monroy Gálvez

TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

Juan F. Monroy Gálvez

Cuarta edición: Setiembre de 2017

Primera reimpresión: Enero de 2021

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de su autor.

© Copyright : JUAN F. MONROY GÁLVEZ

© Copyright 2009 : COMMUNITAS SAC, 2021
Av. Dos de Mayo Nº 1690, Lima 27 - Perú
www.comunitas.pe

Impresión y Encuadernación:
GRÁNDEZ GRÁFICOS S.A.C.
Urb. Santa Rosa Mz. E, Lote 15
Lima 39 - Perú
Enero, 2021

Diagramación: VANESSA ELÍAS VALAKIVI

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ Nº 2020-10132

ISBN: 978-612-45309-1-3

Proyecto Editorial Nº 31501311701004

Tiraje: 2000 ejemplares

Impreso en Perú

Printed in Peru

A Dios y a mamá Juanita. Al primero por todo, como regalarme la alegría de mamá a sus 90 años. Y a ella, porque si no fuese quien es, yo no sería quien soy.

¿Por qué una nueva edición con otro nombre?

Los periodos y la manera cómo en su devenir discurren las ideas en una comunidad determinada carecen en absoluto de reglas fijas. No es posible acreditar alguna suerte de comparación biológica. Algunas veces el fruto puede no aparecer nunca y, por qué no, en ocasiones el capullo anuncia su presencia sin que haya habido siembra.

Hacia 1985, el pensamiento procesal europeo, que a todo lo largo del siglo XX había madurado las ideas nacidas de los rezagos del post-pandectismo alemán del siglo XIX convirtiéndolo en ciencia, gestaba en sus entrañas un tránsito o, mejor aún, un escape a la versión clásica de cómo estaban configuradas las ciencias según los criterios epistemológicos surgidos del Iluminismo primero y del Positivismo clásico después.

Por el mismo año, los estudios procesales en el Perú eran prácticamente inexistentes. Con algunas variantes, se mantenía, sin afirmarla pero tampoco sin intentar

superarla, la idea de que los estudios sobre la materia deberían estar referidos, básicamente, a la manera cómo se debían comportar los abogados durante su ejercicio forense y al conocimiento de los requisitos para realizar algún tipo de pedidos ante los tribunales. Es decir, el proceso era tiempos, plazos y formas. Afincados en el procedimentalismo recibido desde nuestra condición de país colonizado, seguimos recibiendo, una vez convertidos en incipiente república, la influencia del país del cual formalmente nos habíamos independizado. Esto explica porqué el Código de Procedimientos Civiles de 1912, vigente en el Perú hasta mediados de 1993, no fue otra cosa que una copia actualizada de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881.

Estos son los antecedentes históricos de la aparición de la obra que ahora nuevamente se edita. El actual Código Procesal Civil sólo tenía tres años de vigencia por lo que, si bien se habían realizado un considerable número de trabajos destinados a difundir las ideas y postulados contenidos en él, resultaba indispensable compartir una obra que, sin constreñirse a la limitación metodológica que hubiera significado seguir las pautas propuestas por el contenido del nuevo cuerpo normativo, prefiriera desarrollar las bases de una Teoría del Proceso. Ésta, además, es la razón por la que el libro cambia de nombre. En realidad no se trataba de introducir al lector en los avatares del derecho procesal como tal (así lo anunciaba el libro) y tampoco comentar las novedades del nuevo Código, sino más bien de compartir los fundamentos que podrían ser tomados en cuenta cuando se pretendiera realizar estudios más profundos de, a su vez, los postulados de las instituciones procesales.

No se puede desconocer, sin embargo, que tanto la elección de los temas como el sustrato ideológico que el desarrollo de ellos innegablemente expresa, pretendió, además, sustentar desde la ciencia del proceso, sin hacer referencia directa, los objetivos perseguidos con el nuevo Código. Definitivamente se trataba de una vuelta de tuerca en el escenario nacional y, como la historia enseña, las ideas que alteran el sistema siempre están rodeadas de riesgos. Mark Twain decía: «Un hombre con una idea nueva es un loco hasta que la idea triunfa».

A la fecha no hay manera de concebir un retorno a lo que tuvimos antes de 1993. En ese sentido, no es necesario detenerse en discusiones falsificadas y, por tanto, superficiales sobre si la idea triunfó o no. Está claro que dimos un paso adelante.

Lo que ahora se vive en el país a propósito de la reforma del proceso penal, se parece a lo que se vivió en los momentos previos a la entrada en vigencia del Código Procesal Civil. Me estoy refiriendo a un estado calamitoso de la situación a cambiar, muchas expectativas de los proponentes, desidia del gobierno de turno, desinterés y hasta rechazo de los abogados por intentar modificar sus costumbres y tradiciones.

Anhelamos que se concrete la reforma procesal penal, se trata de un estado agravado de necesidad. Lo prueba la diferencia entre lo que judicialmente se viene haciendo en materia de proceso civil y penal. Sólo para anotar un ejemplo, la ausencia de un sistema impugnatorio en el procedimiento penal ha determinado que la Corte Suprema actúe como órgano de grado en casi en todos los procesos penales y en casi todos los incidentes que en su interior se produzcan. La consecuencia de tal j rotosis-

tema es un proceso penal que vulnera todos los plazos razonables, perjuicio que se perpetra desde la Corte Suprema, precisamente desde el órgano jurisdiccional que debería encargarse de trazar las líneas jurisprudenciales que asienten tendencias o corrientes del pensamiento sobre la materia. Y claro, cuando un proceso es prolongado, por un elemental razonamiento resulta fácil concluir que lo soportará mejor (e inclusive obtendrá ventajas de ello) quien se encuentra en mejores condiciones económicas o sociales. En un país con una brutal diferencia de clases, no es tampoco complicado concluir, a partir de lo dicho, que tenemos un sistema penal que es malo para todos, pero inmensamente perverso para las mayorías. A nuestro sistema penal se le aplica redonda la frase de Monseñor Arnulfo Romero: «La justicia es como la serpiente, sólo muerde a los descalzos».

A catorce años de vigencia del Código Procesal Civil hay, sin duda, mucho que cambiar. Y, en buena medida, el libro que ahora se reedita puede ayudar a tal empeño, en tanto presenta las herramientas básicas, como ya se anotó, con las cuales se puede acometer una reforma seria y profunda de lo que ahora contamos. Cuántas de nuestras actuales falencias en materia procesal se deben a la inexistencia de una voluntad de imaginar escenarios distintos a los tradicionales. El abogado nacional, como producto de una enseñanza mediocre, convierte su ejercicio profesional en torneos memorísticos respecto a los ingentes enunciados normativos que aparecen y desaparecen en nuestro sistema legal, sin que haya persona o institución que pueda asegurar cuáles están dentro o fuera. Ésta podría ser la causa por la cual su potencial creativo padece de una profunda represión. Sin embargo,

no es incurable tal estado, como tampoco lo son los males que padece nuestro sistema judicial

Hoy en el Perú la duración promedio de un proceso de conocimiento pleno (el más extenso) es de cinco años. Quienes hemos litigado con el Código derogado sabemos que el plazo antes señalado es lo que demoraba el proceso durante su permanencia en la Corte Suprema, de donde, en la mayoría de los casos, era devuelto con una declaración de nulidad que, como un castigo del infierno, determinaba que todo el tiempo transcurrido había sido en vano.

Esta situación, como ya se expresó, ha variado de manera considerable. La comunidad tiene una deficiente opinión de su servicio judicial, los que participamos activamente en su quehacer sabemos que las cosas no están bien pero que, sin embargo, ni por asomo la situación es como los medios interesadamente promocionan. Detrás de las decenas de sentencias que se expiden cada día, no aparece visible el esfuerzo sacrificado de cientos de jueces y auxiliares jurisdiccionales que, a través de su entrega cotidiana, han hecho posible que, entre otros logros, el Código Procesal Civil sea una realidad.

Pero hay mucho más. Para los especialistas en defunciones –me refiero a los pesimistas– les debe parecer insólita la información que se adjunta¹. Pero es real, nuestro proceso civil dura, en promedio, menos que la mayoría de los países de Europa occidental, los cuales, lo diré al paso porque es una obviedad, invierten en su sistema de

1 «TAB. 1.1. *Duración media de los procesos civiles de conocimiento pleno (año 1996)*:

justicia decenas de veces más de lo que establece nuestro presupuesto, confeccionado hasta la fecha, además, sin la intervención efectiva del Poder Judicial².

Países	Numero de meses por grado			
	I grado	II grado	III grado	Total
Austria	12	11	11	34
Portugal	21	9	9	39
Dinamarca	8	18	18	44
Suecia	12	12	24	48
Alemania	8	12	30	50
Reino Unido	14	14	24	52
Holanda	18	18	18	54
Finlandia	8	24	24	56
Bélgica	12	30	30	72
España	18	24	36	78
Francia	12	12	65	89
Irlanda	24	30	36	90
Grecia	36	36	36	108
Italia	36	40	40	116
Media UE	17	21	30	69

Fuente: Comisión UE (1998)», publicada por Daniela MARCHESI. *Litigante, avvocati e magistrati. Diritto ed economia del processo civile*. Bologna: Il Mulino. 2003, p. 20.

- 2 Una sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en un proceso competencial seguido por el Poder Judicial –al cual tuve el honor de patrocinar– contra el Poder Ejecutivo, ordenó a éste que no altere la propuesta de presupuesto que reciba del PJ, que lo pase tal cual al proyecto de presupuesto a ser discutido en el Congreso. Sin embargo la sentencia, cicatera y criolla, ordenó también que una ley de coordinación establezca cómo se concreta esta relación. A la fecha el Ejecutivo da largas y no cumple con la ley de coordinación. Es decir, se trata de una sentencia que ordena, pero libera al ordenado, con lo cual el ganador ganó el proceso,

Hoy los estudios procesales nacionales no sólo se insertan en su etapa científica, enmarcada en buena parte del siglo XX, sino que, también, ya hay trabajos académicos e inclusive ordenamientos procesales –es el caso del Código Procesal Constitucional– que vislumbran el ingreso a la etapa constitucional del proceso, es decir, a su reconocimiento como factor esencial para que una sociedad aspire a ser reconocida como conformante de un Estado Constitucional de Derecho. En otras palabras, un proceso que por su adherencia a los valores trascendentes de la comunidad, se transforme en manifestación primaria del Derecho como fenómeno social, tal como lo vislumbró Salvatore Satta hace casi medio siglo³.

pero viene perdiendo el cumplimiento de la sentencia. Los misterios del poder expresados en una sentencia que imitando a Giuseppe Tomasi de Lampedusa, pero sin su arte, ordena que cambie todo para que nada cambie.

- 3 «Il processo, insomma, non è un concetto, come potrebe essere ad essemplio il diritto soggettivo, é una realtà immanente che condiziona la vita giuridica, meglio ancora é la vita giuridica stessa che si manifesta con l'esigenza del suo riconoscimento e della sua realizzazione». SATTA, Salvatore. «Dalla procedura civile al diritto processuale civile». En *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*. 1964, p. 40.

Presentación a la edición de 1996

«Un libro es como un espejo: si un mono se asoma a él no puede ver reflejado a un apostol».

(Georg Christoph LICHTENBERG)

Lo que sigue más que una presentación es una confesión. Escribo porque no sé pintar, componer, actuar, ni siquiera cantar. Y si lo hago es porque la necesidad de comunicarme es superior a los medios con que cuento para tal fin.

Cada lector, no tengo duda, es dueño absoluto de lo que aquí pueda encontrar. Si mis objetivos fueran distintos a los de cada uno, tal situación sólo hará más fecunda la aventura intelectual propuesta. Si bien esta obra trata sobre los aspectos generales de una ciencia jurídica –la Teoría del Proceso– me parece imprescindible compartir sus motivaciones: un abogado latinoamericano que tiene la fortuna de escribir asume un compromiso trascendente con su comunidad, de tal manera que el contenido jurídico de su mensaje sólo debe ser el vehículo para ayudar al descubrimiento de nuestra identidad colectiva. Sería absurdo y soberbio considerar que compartir algunos

datos sobre derecho procesal va a cambiar la realidad. Es tan necio como negar que tal información puede coadyuvar a tal empeño. Después de todo, no existe disciplina jurídica más ligada a los acontecimientos cotidianos de una sociedad –y, por eso a su historia– que el proceso judicial, un permanente fenómeno de masas.

El Derecho tiene una manera singular de manifestarse en esta parte del mundo llamada Latinoamérica. Lo que represente para los pobladores de estas tierras no tiene por qué ser lo mismo –de hecho no lo es– para los de otras. Nuestro ingreso tardío al escenario histórico de los hechos de resonancia mundial ha determinado que nos sea impuesto un *derecho usado* en oposición a la posibilidad de germinar y concretar un *derecho nuevo y nuestro*.

Este derecho impuesto por la fuerza nos ha exigido una renuncia obligada a nuestras prácticas y hábitos cotidianos. Sin pedirlo y mucho menos merecerlo, nos venimos sometiendo por siglos a mandatos jurídicos cuya razón suficiente nunca nos fue comunicada, pero que debemos obedecer. En el Estado Inca, por ejemplo, no existió el derecho de propiedad en los términos –exclusivos e individualistas– elaborados por el derecho privado occidental. Pero la Conquista obligó a nuestros antepasados a aceptar una forma de transmisión hereditaria de la propiedad que no sólo atentó contra su concepción de la familia, sino contra su célula social básica, el Ayllu.

Este derecho se transmite a través de un método escolástico y dogmático que nos condena a ser receptores pasivos de una imposición cultural. Nos obliga a pensar que somos *otros*. Ha generado una cultura jurídica aislada de su realidad. En las universidades se transmite

información jurídica impregnada de un sofisticado contenido teórico que divorcia cada día el hecho del derecho. Otras veces el aprendizaje sólo consiste en la transferencia mecánica de datos legales, lo cual reduce las ciencias jurídicas a apenas un mezquino esfuerzo memorístico. Los abogados, por nuestro lado, hemos desarrollado un metalenguaje que se levanta como un muro de incomprensión entre el derecho y el ciudadano, quien suele espectral aterrado cómo su problema no sólo no se soluciona al judicializarse, sino que es traducido a un idioma esotérico que lo margina y, por si fuera poco, lo convierte en mercancía.

Nos comportamos como acólitos de una ciencia que la consideramos «pura», totalmente liberada de influencias materiales. Nos place difundir un saber «neutro» respecto de los problemas sociales, aunque intuyamos que tal imparcialidad sea un fiasco: sólo sirve para disfrazar una defensa cerrada del sistema.

Un derecho que es ininteligible para las mayorías es perverso, inútil, frustrante y, sobre todo, antisocial. Esta situación se agudiza en regiones como la nuestra donde describir un hecho es lo mismo que denunciarlo.

El derecho importado disfraza su parálisis insinuando una evolución a través de la ley. El mito de la norma escrita viene dejando una profunda huella en el quehacer jurídico nacional. Así, se presume que la realidad es modificada por la nueva norma desde el momento en que ésta decreta que los hechos no son lo que son sino lo que ella dice que deben ser.

Debido al influjo ideológico de su certificado de origen, el Derecho en Latinoamérica se ha reducido a

una permanente gestación legislativa hecha desde el poder, por el poder y para el poder. Para expresarlo en términos propios de una sociedad de consumo, el *productor jurídico* elabora normas desde su perspectiva y para el ejercicio pleno del control político. Así, si le falta dinero, crea tributos o aumenta la tasa de los ya creados. Si le interesa ganar un proceso, modifica normas procesales y por medio de una curiosa «interpretación auténtica», las aplica al proceso ya iniciado. En nuestros sistemas políticos el *productor jurídico* es onanista, se autosatisface.

A escasos años de iniciarse el tercer milenio, ¿debemos renunciar a seguir recibiendo y difundiendo un derecho frío, calculador y ajeno, que en la práctica sólo ha consistido en un instrumento para negarnos culturalmente? ¿Podemos proveernos de un derecho que sirva para ser *nosotros*? La respuesta es afirmativa, tal como enseña la historia.

En los últimos tres siglos, los nacientes estados europeos utilizaron el Derecho para afirmar su independencia y autonomía. Las pugnas entre los juristas por la paternidad de una institución o de una escuela eran luchas encarnizadas por afianzar la conciencia nacional a través del Derecho, que aportó, entonces, una cuota importante para la autoafirmación de los estados europeos. Si bien el fin del presente siglo los encuentra en la ruta inversa –gestando un derecho común– se trata de una tendencia originada en las necesidades del capitalismo monopolístico¹, que le impone a la Europa

1 «Bajo las condiciones del capitalismo monopolístico, las funciones reguladoras del Derecho privado se encuentran en larga

occidental la necesidad de contar con un solo derecho a fin de ser más eficaz.

Entonces, la historia nos enseña que el Derecho, como la verdad, nos puede hacer libres. Para ello sólo tenemos que convertirlo en una expresión auténtica de nuestros valores, intereses y objetivos.

Por otro lado, debemos exigir al *productor jurídico* –a quien a veces se nos concede el derecho de elegir– que realice su actividad teniendo como referencia inmediata las necesidades, urgencias y preocupaciones del *consumidor jurídico*. Sólo desplazando el centro de gravedad e importancia de la actividad jurídica hacia el usuario –nos referimos al sujeto a quien se dirige el mandato– se puede empezar a generar un tipo de derecho *nuestro*.

En materia jurídica conservar es bueno, hasta que descubrimos que aquello que mantenemos ha dejado de tener utilidad y correspondencia con las exigencias sociales de la época. En ese momento la conservación se

medida suplantadas. La actitud que adoptan los *cartells*, uno frente al otro, no puede representarse mediante las categorías características del Derecho privado. Las controversias se confían, en gran parte, a procedimientos arbitrales, sustraídos al conocimiento y al control públicos. En las relaciones entre el gran capital y las pequeñas empresas el poder de hecho tiene prevalencia sobre las posiciones jurídicas. Incluso cuando formalmente el Derecho está de su parte, los suministradores o adquirentes económicamente dependientes no pueden iniciar un proceso jurídico formal porque se arriesgan a perder las relaciones mercantiles de las que depende su supervivencia: así, se pliegan y se someten a una especie de justicia privada». BARCELONA, Pietro; HART, Dieter y MÜCKENBERGER, Ulrico. *La formación del jurista (Capitalismo monopolístico y cultura jurídica)*. Madrid, Civitas, 1983, pp. 68 y 69.

convierte en reacción y a la función del jurista se incorpora el deber científico y moral de aportar su creatividad para producir el cambio. Aunque la propuesta sea poca, bastará que crea en otro sistema jurídico más real y más humano para que su aporte sea valioso. Cambiar no es fácil, sí lo es conservar².

Lo expresado es aplicable a los estudios procesales. Hemos recibido en herencia los errores históricos de otros, con la misma fatalidad con que el buey admite su destino. En materia procesal civil por ejemplo: son pocas las diferencias que existen entre el procedimiento extraordinario (*cognitio extraordinem*) del derecho romano (siglo III d. C.) con el *juicio ordinario* vigente en nuestro país hasta mediados de 1993. El estudio de los procedimientos sumarios, en auge durante el apogeo del comercio en las ciudades-estado italianas (Génova, Verona, Padua, Venecia), fue despreciado por aquellos de quienes fuimos herederos y, por eso, también lo despreciamos. Privilegiar los estudios y el diseño de los ordenamientos procesales a partir del procedimiento más extenso en desmedro de los breves y expeditivos ha sido un severo error histórico que todavía hoy pagamos con creces.

Veamos el caso peruano. Luego de tres años de vigencia, la aplicación del Código peruano enfrenta dos retos. Por un lado, sobrevivir al absoluto abandono a

2 «(...) Ninguno de los procesos mentales más altos está implicado en la conservación. Quien patrocina el cambio, por el contrario, debe estar dotado de cierto grado de imaginación para poder cambiar algo diverso de lo que ya existe». RUSSELL, Bertrand. *Education and the Social Order*, p. 13.

que ha sido sometido por el Estado, fundamentalmente en materia de número de jueces, de su remuneración y de la infraestructura idónea para cumplir con los actos procesales que propone. Por otro, seguimos empeñados en concretar análisis procedimentales del Código, como en los viejos tiempos. Así, nos dedicamos a descubrir defectos en la norma, sin conocer previamente la institución procesal a la que ésta pertenece. Es decir, investigamos los signos de puntuación sin interesarnos por el contenido de la novela.

Dentro de un esquema procedimental, la norma positiva suele ser el comienzo y el fin de los estudios tradicionales. El procedimentalista, fiel a la Escuela de la Exégesis –de la que es discípulo a veces sin saberlo– practica «anatomía» con la norma, persigue con delirio su «interpretación adecuada» y la «encuentra» a su enésima lectura. El procedimentalista es escolástico en el método, dogmático en sus creencias y, finalmente, formalístico en el análisis.

El procesalista, en cambio, es investigador de los orígenes, fundamentos y alternativas de uso de las instituciones procesales. Sólo llega al estudio de la norma una vez que identifica la concepción jurídica que la sustenta. Para el procesalista, la norma es sólo una opción legislativa; para el procedimentalista, su razón de ser.

Las instituciones procesales son instrumentos al servicio de una justicia certera y expeditiva. El reto de escoger la institución pertinente y adecuarla a la idiosincrasia de nuestro *consumidor jurídico* es difícil, pero bien vale intentarlo. Desde esta perspectiva, el Código peruano no es el fin de los estudios procesales, sino apenas su punto de partida. La investigación sobre la

pertinencia en la elección de las instituciones es el camino, en nuestra opinión, por donde debe discurrir la labor del jurista nacional.

En testimonio de lo expresado, este libro no analiza las normas del Código –aunque las cita como ejemplos permanentemente– sino las instituciones procesales consideradas básicas para enfrentar el reto de transformar nuestro servicio de justicia. Es probable que muchas de las teorías aquí descritas sean consideradas superadas en otras latitudes. Sin embargo, más allá de la certeza de tal afirmación, lo importante es que elaboremos nuestro propio camino, tengamos nuestros aciertos particulares y nuestros desengaños exclusivos.

Atendiendo a la incesante producción bibliográfica que se viene dando en sede nacional sobre temas procesales, en unos años estaremos en condiciones de proponer variantes teóricas sobre cualquier institución procesal, las que serán reflejo de nuestras necesidades y carencias particulares.

La construcción de una disciplina jurídica socialmente útil empieza por compartir colectivamente sus conceptos básicos. La circunstancia histórica de estar o sentirnos atrasados en la información que compartimos no nos debe confundir ni arredrar. No siempre estar adelante significa ser el mejor; si así fuera, la manera natural de movilizarse del hombre sería corriendo. Los trabajos sobre derecho procesal, por lo menos en sede nacional y por un tiempo más, deben continuar siendo fundacionales. Una vez afirmada y masificada la información básica, estaremos en condiciones de desarrollar todo nuestro esfuerzo creativo en la materia.

Si el proceso civil es el medio para solucionar conflictos de intereses, entonces es un instrumento de paz social. Para que cumpla su trascendente función es imprescindible concederle todo nuestro esfuerzo y sacrificio. La paz social no se encuentra ni se descubre, sino es consecuencia de una laboriosa construcción colectiva. Esta obra pretende ser un aporte –y a la vez un homenaje– a la esforzada y meritoria labor que están desarrollando los jueces y abogados del país con tal objetivo. La difusión y utilidad social de los estudios procesales, constituye la cuota que todo procesalista debe aportar para la obtención de la paz social. Creer que ésta se puede lograr sin lucha y sacrificio es como pensar que puede haber amor sin dolor.

JUAN MONROY GÁLVEZ
Lima, agosto de 1996

Prólogo

A firma el escritor argentino-galo Héctor BIANCIOTTI que «hay que darle tiempo a las abejas de la imaginación», expresando así, con elegancia, su convencimiento acerca de que es necesaria una cierta dosis de maduración interna para abordar tareas en las cuales el espíritu humano se compromete grandemente. Entre dichas tareas, se cuenta la redacción de un libro técnico, donde se vuelca toda la experiencia y los conocimientos adquiridos por su autor.

Indudablemente, MONROY GÁLVEZ le ha dado tiempo «a las abejas de su imaginación» para recién después confeccionar esta obra, que no es la primera ni seguramente la última. Y decimos ello porque el resultado de la empresa es óptimo. En efecto: estamos ante una entrega editorial que constituye una suerte de «precipitado» de largas y profundas lecturas que han fructificado, también, en planteos originales. Pruebas al canto: por lo común un libro de las características del aquí presentado, no incluye el tratamiento por separado de los hechos, actos y negocios

procesales. Nuestro autor, en cambio, se ha preocupado por regalarnos una ilustrada y personal visión del tema, precedida por una muy interesante –e indispensable para la mejor comprensión del asunto– exposición del tema desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho. ¿Y qué decir del capítulo X dedicado al análisis del derecho de acción a través del recordatorio de las doctrinas de los grandes maestros de la procesalística, sin por ello olvidarse de aportar su propia opinión en la materia. Le confesamos al lector que experimentamos poca simpatía hacia los autores que se limitan a reiterar lo «probado y sabido» sin adosarle pizca alguna de ingenio propio. Claro está que obras como la que acabamos de ver –en las cuales se abordan tantas y tantas cuestiones diferentes y con distinta trascendencia– son poco propicias para que sus hacedores adopten posiciones novedosas respecto de todos los tópicos tratados. Pero igualmente lo es que los creadores de ficciones que somos los escritores –también los de materia jurídica– sabemos que el decurso de toda obra siempre proporciona algún resquicio para procurar fascinar al lector merced a una concepción ingeniosa y original. De algún modo participa de lo que venimos señalando Ernesto SÁBATO, cuando enseña que: «una ficción es como un continente, en que para llegar a lugares que han de fascinarnos, debe atravesarse estúpidas llanuras sin otros atributos que el polvo, el cansancio y la monotonía».

En otro orden de cosas, consignamos que nos parece que «Introducción al proceso civil», por su vasto contenido y por la sencillez de la prosa empleada, puede ser calificado como un libro «polifuncional». Es que su lectura puede ser aprovechada tanto por el estudioso –ya

avezado— de la disciplina procesal, como por el estudiante que virginalmente se introduce en sus procelosas aguas por vez primera.

Corriendo el riesgo de que se nos considere poco objetivos, nos vence el impulso de introducir el argumento *ad hominen*, conforme el cual también se puede juzgar a una obra por los méritos (o deméritos) de la persona del autor. Sucede que MONROY GÁLVEZ es uno de los principales responsables de la suerte de revolución que se ha registrado en la procesalística civil peruana, en los últimos años. La frescura de su pensamiento y su vigor intelectual, han posibilitado que quedaran de lado malas y morosas prácticas procedimentales que se habían enquistado en las tierras del Rímac. No es nuestro cometido ni nuestro propósito formular un panegírico del autor de «Introducción al Proceso Civil», pero reputamos importante que cuando se consulta un libro técnico también se tenga una mínima noticia —para el caso que no se tuviera— de la trayectoria de su hacedor.

A esta altura, quien esté leyendo estas líneas se habrá formado opinión respecto de que pensamos que el libro prologado «merece» a su autor y éste a su libro. ¿Qué más podríamos expresar sin que sonara a ditirambo? Nada. Mejor, entonces, que callemos, y que la obra hable por sí sola.

JORGE W. PEYRANO

Índice

¿Por qué una nueva edición con otro nombre?	13
Presentación a la edición de 1996	15
Prólogo.....	25

Capítulo I

ORIGEN HISTÓRICO DEL PROCESO	39
1. De la acción directa a la acción civil	39
2. La disputa histórica entre justicia y certeza	47
3. A manera de síntesis	51
4. La renovada vigencia social de la acción directa.....	53

Capítulo II

HISTORIA DEL PROCESO CIVIL	57
5. Consideraciones preliminares	57
6. El proceso civil en Roma	65
7. El sistema ordinario	67
7.1. Las <i>legis actiones</i>	68
7.1.1. La etapa <i>in iure</i>	69
7.1.2. La etapa <i>apud in iudicem</i> o <i>in iudicio</i>	73
7.1.3. Descripción de un proceso durante la <i>legisactiones</i>	74

7.2. El procedimiento formulario	77
7.3. Diferencias entre la <i>legis actiones</i> y el procedimiento formulario.....	78
8. El sistema extraordinario	87
9. El arbitraje en Roma.....	89
10. El proceso en Hispania, provincia romana.....	90
11. La síntesis creadora del proceso romano y del proceso germánico	93
12. El proceso canónico.....	96
13. El proceso en el derecho foral.....	98
14. La Partida III	100
15. El proceso en los ordenamientos españoles posteriores a la Partida III.....	102
16. El proceso en el Perú prehispánico.....	107
17. El proceso en la Colonia	114
18. El proceso civil en el Perú y en Latinoamérica	118
19. A manera de conclusión.....	122

Capítulo III

LA TEORÍA DEL PROCESO Y LOS SISTEMAS PROCESALES	125
20. La Teoría del Proceso.....	125
21. El objeto de estudio de la Teoría del Proceso.....	127
22. Naturaleza del Derecho Procesal	131
22.1. El Derecho Procesal como expresión del Derecho Público	131
22.2. El Derecho Procesal como derecho de subordinación.....	132
22.3. El Derecho Procesal como derecho formal o adjetivo	133
22.4. El Derecho Procesal como derecho autónomo	136
23. ¿Una o varias Teorías del Proceso?.....	137
23.1. Teorías pluralistas	138
23.2. Teorías unitarias.....	141
24. Las teorías del proceso a la luz del derecho positivo	145
25. A manera de conclusión.....	145
26. Los sistemas jurídicos y los sistemas procesales	148
27. Los sistemas procesales	155

27.1. El sistema procesal privatístico	156
27.2. El sistema procesal publicístico.....	157
28. Diferencia sustancial entre los sistemas privatístico y publicístico	158
29. Una aclaración necesaria	160

Capítulo IV

LA TEORÍA DEL PROCESO Y LOS SISTEMAS PROCESALES	161
30. Apuntes sobre los principios generales del Derecho	161
31. La importancia de los principios generales del Derecho.....	167
32. Los principios procesales	173
33. Los principios del proceso	175
33.1. Principio de la exclusividad y obligatoriedad de la función jurisdiccional	175
33.2. Principio de la independencia de los órganos jurisdiccionales	176
33.3. Principio de imparcialidad de los órganos jurisdiccionales	176
33.4. Principio de contradicción o audiencia bilateral ...	177
33.5. Principio de publicidad.....	180
33.6. Principio de obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley	181
33.7. Principio de la motivación de las resoluciones judiciales	182
33.8. Principio de la cosa juzgada	184
34. Principios del procedimiento	186
34.1. Principios del procedimiento que orientan un sistema privatístico	186
34.1.1. Principio de la iniciativa de parte	186
34.1.2. Principio de la defensa privada.....	189
34.1.3. Principio de congruencia.....	191
34.1.4. Principio de la impugnación privada	193
34.2. Principios del procedimiento que orientan un sistema publicístico.....	194
34.2.1. Principio de dirección judicial del proceso	194
34.2.2. Principio de impulso oficioso	195

34.2.3. Principio de inmediación.....	196
34.2.4. Principio de concentración.....	200
34.2.5. Principios de la buena fe y de la lealtad procesales.....	202
34.2.6. Principio de economía procesal.....	204
34.2.7. Principio de celeridad procesal	206
34.2.8. Principio de socialización del proceso.....	207
34.2.9. Principio de integración del derecho procesal	212
34.2.10. Principio de vinculación y elasticidad	213
34.2.11. Principio de adquisición	215
34.2.12. Principio de preclusión	217

Capítulo V

EL PROCESO JUDICIAL.....	223
35. Introducción.....	223
36. Opinión del autor	229
37. Teorías sobre la naturaleza jurídica del proceso judicial..	232
37.1. Teorías clásicas sobre la naturaleza jurídica del proceso.....	234
37.1.1. El proceso como contrato	234
37.1.2. El proceso como cuasicontrato	237
37.1.3. El proceso como relación jurídica	240
37.1.3.1. Las relaciones jurídicas procesales en la doctrina.....	243
37.1.3.2. Relación jurídica sustancial y relación jurídica procesal.....	245
37.1.4. El proceso como situación jurídica.....	246
37.2. Teorías “menores” sobre la naturaleza jurídica del proceso.....	252
37.2.1. El proceso como estado de ligamen.....	252
37.2.2. El proceso como modificación jurídica y como “misterio”	254
37.2.3. El proceso como jurisdicción voluntaria	259
37.2.4. El proceso como entidad jurídica compleja	261
38. Diferencia entre proceso y procedimiento.....	263

39. Importancia histórica de la diferencia entre procedimiento y proceso.....	268
40. Clasificación de los procesos	270
40.1. Los procesos según su función.....	271
40.2. Los procesos según su estructura	278
41. A manera de conclusión.....	281

Capítulo VI

LA NORMA PROCESAL.....	285
42. Teorías sobre la naturaleza jurídica de la norma procesal.....	285
42.1. Chiovenda y la norma procesal	287
42.2. La norma procesal según Binding.....	290
42.3. Carnelutti y la norma procesal.....	290
42.4. La norma procesal según Calamandrei	294
42.5. James y Roberto Goldschmidt y la norma procesal	295
42.6. Carlo Carli y la norma procesal	297
42.7. Satta y la norma procesal.....	298
43. La norma procesal en el common law.....	300
44. A manera de conclusión.....	303
45. La aplicación de la norma procesal en el tiempo.	305
46. La norma procesal en el espacio	317
47. La interpretación de la norma procesal	320
48. La integración de la norma procesal	329
49. Opinión del autor sobre la interpretación e integración de la norma procesal.....	331

Capítulo VII

EL HECHO, EL ACTO Y EL NEGOCIO PROCESAL.....	337
50. Consideraciones preliminares.....	337
51. El hecho, el acto y el negocio jurídico.....	338
52. Relación entre hecho, acto y negocio jurídico	345
53. El hecho, el acto y el negocio procesal	347
54. Diferencias entre el acto y el negocio jurídico respecto del acto y el negocio procesal.....	354
53. La forma en el acto procesal	356

Capítulo VIII

LA IMPORTANCIA SOCIAL DEL PROCESO Y LOS PRESUPUESTOS

MATERIALES DE LA JURISDICCIÓN EN SEDE CIVIL.....	285
56. Introducción.....	361
57. Realidad y proceso.....	363
58. Caso justiciable.....	366
59. Derechos no justiciables.....	368
60. Falta de fundamentación jurídica de la pretensión.....	373
61. La teoría de la insignificancia.....	378
62. A manera de conclusión.....	380

Capítulo IX

JURISDICCIÓN.....	383
63. Importancia de su estudio.....	383
64. Acepciones de la palabra jurisdicción.....	387
65. Teorías sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción....	390
65.1. Teoría organicista.....	391
65.2. Teoría subjetiva.....	392
65.3. Teoría objetiva.....	393
65.3.1. La teoría objetiva según Canelutti.....	394
65.3.2. La teoría objetiva según Redenti.....	395
65.3.3. La teoría objetiva según Calamandrei.....	395
65.4. Teoría de la sustitución.....	396
65.4.1. La teoría de la sustitución según Segni.....	397
65.4.2. La teoría de la sustitución según Satta.....	398
66. Relatividad del concepto de jurisdicción.....	399
67. Hacia una definición de jurisdicción.....	401
67.1. La jurisdicción como poder-deber del Estado.....	402
67.2. La jurisdicción como instrumento de solución de conflictos intersubjetivos y de control de las conductas antisociales y de la constitucionalidad normativa.....	405
67.3. La jurisdicción como instrumento de actuación o de aplicación del derecho al caso concreto.....	408
67.4. El carácter definitivo de las decisiones de la jurisdicción.....	411

67.5. La jurisdicción como expresión del imperio del Estado	413
68. Jurisdicción y Administración.....	414
68.1. Consideraciones generales.....	414
68.2. La relación entre jurisdicción y administración	418
69. Conclusiones sobre la Jurisdicción	425
70. La Jurisdicción en el Sistema Jurídico peruano	428
71. La Jurisdicción Voluntaria	431
71.1. Consideraciones generales.....	431
71.2. Teorías sobre la naturaleza jurídica de la llamada "jurisdicción voluntaria"	435
71.3. Un intento de explicación	437
71.4. Casos especiales de jurisdicción voluntaria	442
71.4.1. Los juicios universales.	443
71.4.2. La interdicción o declaración de incapacidad	445
71.4.3. La separación conyugal convencional.	446
71.4.4. El reconocimiento de resoluciones judiciales o laudos expedidos en el extranjero.	447
71.5. A manera de resumen	448
71.6. El caso peruano	450

Capítulo X

EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL.....	453
72. El derecho a la tutela jurisdiccional	453
73. El derecho a la tutela jurisdiccional antes y durante el proceso	454
74. Manifestaciones procesales del derecho a la tutela jurisdiccional	460
74.1. El derecho de acción	460
74.1.1. Aceptaciones de la palabra acción.....	462
74.1.2. Evolución histórica del concepto de acción ..	465
74.1.2.1. La acción en el derecho romano ...	465
74.1.2.2. La polémica entre Bernard Windscheid y Teodor Muther	469
74.1.2.3. El derecho de acción según Oskar von Bülow	470

74.1.2.4. Las teorías de Köhler y Degenkolb sobre el derecho de acción.....	473
74.1.2.5. Adolfo Wach y la acción como derecho a la tutela jurídica	475
74.1.2.6. Chiovenda y el derecho de acción.....	478
74.1.2.7. El derecho de acción en Calamandrei	482
74.1.2.8. Carnelutti y la concepción contemporánea del derecho de acción	485
74.1.2.9. La teoría de la acción en Eduardo J. Couture.....	488
74.1.2.10. La teoría de la acción de Víctor Fairén Guillén.....	490
74.1.2.11. La Escuela del Río de la Plata y el derecho de acción.....	491
74.1.2.12. El derecho de acción en la doctrina peruana	492
74.1.3. Nuestra opinión sobre el derecho de acción.....	496
74.1.4. La pretensión material y la pretensión procesal	498
74.1.5. La estructura interna de la pretensión procesal	501
74.1.6. La demanda y el emplazamiento	503
74.1.7. La reconvención y la contrapretensión	506
74.1.8. El fundamento de la reconvención	507
74.1.9. Distintas definiciones de reconvención.....	509
74.1.10. Nuestra opinión sobre la reconvención	512
74.1.11. Algunos temas polémicos en materia reconvencional.....	515
74.2. El derecho de contradicción	518

Capítulo XI

LA FUNCIÓN DEL JUEZ EN LA HISTORIA.....	527
75. Introducción.....	527
76. Historia de la función judicial	528
76.1. El juez en el Código de Hammurabi	530
76.2. El juez en el antiguo derecho hindú.....	532
76.3. El juez en el derecho hebreo	535

76.4. El juez en el derecho romano	539
76.5. El juez después de la caída del Imperio Romano..	544
76.6. El juez en los estados nacionales.....	547
76.7. El juez en el <i>common law</i>	553
76.8. A manera de conclusión.....	557
77. El razonamiento jurídico	558
78. Evolución histórica del razonamiento judicial.....	561
78.1. La Escuela de la Exégesis	563
78.2. La concepción funcionalista	567
78.3. La dialéctica y la nueva retórica.....	572
79. El razonamiento judicial en el derecho contemporáneo	579
80. A manera de conclusión.....	583
 Bibliografía.....	 587
Índice onomástico	603

Capítulo I

Origen histórico del proceso

«La justicia es el único amigo que acompaña al hombre después de la muerte; todo lo demás perece con el cuerpo»

(Manú. Libro VIII, 17)

SUMARIO: 1. DE LA ACCIÓN DIRECTA A LA ACCIÓN CIVIL. 2. LA DISPUTA HISTÓRICA ENTRE JUSTICIA Y CERTEZA. 3. A MANERA DE SÍNTESIS. 4. LA RENOVADA VIGENCIA SOCIAL DE LA ACCIÓN DIRECTA.

1. DE LA ACCIÓN DIRECTA A LA ACCIÓN CIVIL

En 1978 el líder de la democracia cristiana italiana Aldo MORO fue secuestrado. Varios días después su cuerpo fue encontrado: había sido asesinado por sus raptores. Uno de los grupos terroristas que reivindicó su «colaboración» con las Brigadas Rojas en el crimen, era francés y se autodenominaba *Acción Directa* (*Action Directe*).

La *acción directa*, sin embargo, es mucho más que el nombre de un grupo extraviado, es una etapa en la evolución histórica de la humanidad. Imaginemos una escena para explicarnos: en el Paleolítico inferior se produce una disputa entre dos hombres primitivos,

originada en que uno le ha arrebatado la lanza –su instrumento de supervivencia– a otro. Luego del despojo, el perjudicado busca recuperar la lanza a la fuerza; por tanto, la manera de solucionar el conflicto de intereses originado en la posesión de la lanza es la confrontación física directa entre los protagonistas, con la probable desaparición o inutilización de ambos contendientes. Así se resolvieron los conflictos interpersonales al inicio de nuestra agitada aventura de sobrevivir en la tierra. De igual parecer son COUTURE¹ y ALZAMORA VALDEZ².

Los hechos descritos –el asesinato de MORO y la pelea en el Paleolítico inferior– prescindiendo de los miles de años que los separan, constituyen manifestaciones de una misma conducta: *acción directa*. Son actos en que el animal humano resuelve en forma inmediata, práctica e instantánea sus conflictos intersubjetivos, teniendo como instrumento exclusivo el uso de la fuerza. La *acción di-*

-
- 1 «En el hombre primitivo, no sólo primitivo en la edad histórica sino también primitivo en la formación de sus sentimientos e impulsos morales, la reacción contra la injusticia aparece bajo la forma de la venganza. El primer impulso del alma rudimentaria es la justicia por mano propia. Sólo a expensas de grandes esfuerzos históricos ha sido posible sustituir en el alma humana la idea de la justicia por mano propia por la idea de justicia a cargo de la autoridad». COUTURE, Eduardo J. *Introducción al Estudio del Proceso Civil*. Buenos Aires. Depalma. 1978, pp. 16 y 17 .
 - 2 «En las sociedades primitivas –históricas o actuales– los hombres apelan a la fuerza para defender sus derechos. Cada cual califica su pretensión, elige los medios para poner término a la amenaza y para vengar el agravio; es, de este modo, juez y parte en los conflictos que le atañen». ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho Procesal Civil-Teoría General del Proceso*. Lima. Tipografía Peruana. 1967, p. 1.

recta es la prescindencia de todo método razonable para solucionar un conflicto de intereses³.

Si el grupo humano hubiera dependido exclusivamente de la *acción directa* para solucionar sus conflictos, muy prontamente se hubiera extinguido. Ante un medio ambiente agresivo y hostil, la única posibilidad que tuvo el animal humano para subsistir dependió de la formación de grupos (clanes, tribus, *gangs*, etc.). Lo que explica un rasgo del hombre tan antiguo como su existencia: su sociabilidad.

Así y todo, la estabilidad de estos grupos estuvo condicionada a que el hombre consiguiera su primer éxito político y colectivo: *la prohibición de la acción directa*. En estricto, todo lo logrado a la fecha en materia de desarrollo y progreso de la humanidad es consecuencia de la aplicación relativamente exitosa de una breve norma de conducta: *la prohibición de la acción directa*.

Si tal prohibición ha ido evolucionando hasta convertirse en aceptablemente exitosa, se debe a que el hombre encontró un medio adecuado para sustituir la violencia, expresión material de la acción directa. Este importante avance del espíritu humano consistió en delegar a una persona del grupo social la responsabilidad de resolver el conflicto de intereses.

PODETTI describe así esta situación:

3 «De un caos en que prevalecía la Ley del más fuerte se pasó a un orden jurídico en que prevalece el criterio de un sujeto imparcial, sustituyéndose la acción directa frente al adversario por la acción dirigida hacia el Estado (...).» GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid. Civitas. 1984, p. 20.

«Desde el momento en que la tribu o el clan, asume la defensa de la colectividad y coopera con el individuo o se sustituye a éste en las sanciones que representan la justicia, la aplicación de ésta requiere un modo o procedimiento, que paulatinamente, por rutina o conveniencia, se hace estable y constituye lo que puede calificarse como primera norma procesal»⁴.

Sin embargo, la sustitución del sistema de la acción directa –llamada también *autodefensa*⁵– no fue un cambio brusco. En la práctica se produjo un proceso en el que inicialmente se privilegió la venganza o la represión antes que la composición justa, equilibrada o por lo menos racional del conflicto de intereses. La Roma primitiva nos muestra experiencias que corroboran lo dicho⁶.

4 PODETTI, Ramiro. *Teoría y Técnica del Proceso Civil y Trilogía Estructural de la ciencia del Proceso Civil*. Buenos Aires. EDIAR. 1963, pp. 23 y 24.

5 «La autodefensa se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto (trátase de persona individual, asociación obrera o patronal, consorcio económico, partido político oficial, profesión o cuerpo, Estado nacional, etc.), y aún a veces los dos, como el duelo en la guerra, resuelven o intentan resolver el conflicto pendiente con el otro, mediante su acción directa, en lugar de servirse de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso». ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)*. México. Imprenta Universitaria. 1947, p. 46).

Más adelante el mismo autor expresa:

«En resumen: lo que distingue la autodefensa no es ni la preexistencia de un ataque, que salta en varias de sus formas, ni la existencia de un determinado procedimiento, que en ocasiones interviene y hasta podría ser igual al procesal, sino a la concurrencia de estas dos notas: a) La ausencia de juez distinto a las partes, y b) La imposición de la decisión de una de las partes a la otra». Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Ibíd.*, p.49).

6 «Comienza en una primera etapa con el sistema de la justicia

En la práctica, como ya se adelantó, la sustitución de la acción directa consistió en aceptar que el conflicto de intereses debía ser resuelto por una persona que no fuera partícipe de éste, es decir, por alguien que fuera ajeno a sus efectos. Esta elección de un *tercero* para resolver el conflicto, quizás sea el primer acto de Derecho⁷ que crea y ejecuta el hombre, y es precisamente también aquello que denominamos *acción civil*.

privada pura y simple, es decir, el sistema en virtud del cual la defensa o tutela de los derechos subjetivos es ejercida por el propio titular, quien a su vez ofrece dos aspectos: a) la venganza privada; y b) la defensa privada de los derechos.

Con respecto a la primera de éstas, consiste en el primitivo sistema de represión de los delitos en virtud del cual se autoriza a la víctima a vengarse del autor del daño, causándole a su vez otro daño, y asegurándose por sus propios medios la reparación del perjuicio causado.

En todos los pueblos primitivos, ante la violación de un derecho, el hombre trata de procurarse la satisfacción por sí mismo, recurriendo aún a la violencia. En la esfera penal, muchas veces, no sólo el individuo, sino éste con la ayuda de la tribu o la gens defendían los derechos violados. Los defectos de esta forma primitiva de justicia privada saltan a la vista, por las perturbaciones constantes a que está sujeta la sociedad; como consecuencia de las persecuciones constantes entre el agresor y el ofendido surge este sistema: es el que se denomina defensa privada, autodefensa o autoayuda. Con el derecho romano asistiremos, por el contrario, a una marcha hacia la justicia tutelada por el Estado; no obstante, persistirán reminiscencias de aquellos estados rudimentarios de la cultura jurídica, en los que la autoridad pública ocupa un lugar secundario». LOUZAN DE SOLIMANO, Nelly Dora y otros. *El procedimiento civil romano – Su vigencia en el Derecho argentino*. Buenos Aires. Editorial de Belgrano. 1987, p. 10.

7 «...toda ley general parece secretada por los intersticios del procedimiento». Frase del libro de MAINE, *Ancient Law*. Citado por BASADRE, Jorge. *Historia del Derecho Peruano*. Lima. Studium. 1988, p. 218.

La elección de la persona encargada de resolver los conflictos de intereses intersubjetivos se hizo con criterios diferentes en las distintas culturas primitivas. Es probable que inicialmente algunas sociedades eligieran al más *fuerte* a fin de que la decisión tuviera un elemento coercitivo adicional⁸.

Sin embargo, es predecible también que pronto el profundo sentido mítico del hombre primitivo lo llevara a considerar que el indicado para resolver los conflictos fuera la persona del grupo que tuviera contacto más cercano con lo desconocido. Ésta es la razón por la que el elegido pasó a ser el *brujo*, el *hechicero*, el *mag*o o el *curandero*.

La evolución cultural del grupo llevó a sus miembros a afinar el criterio para elegir a la autoridad encargada de dirimir conflictos. Entonces, en la comunidad empieza un proceso histórico paulatino pero sostenido, destinado a exigir que el acto de resolver los conflictos tenga menos relación con lo sobrenatural y más con la realidad.

Esta exigencia se expresa en el hecho de que la elección comienza a recaer en la persona con más experiencia.

8 «A veces el vencido no cumplía la sentencia, lo que obligaba nuevamente al empleo de la fuerza; por ello, cuando la agrupación de familias determinó la aparición de los primeros núcleos sociales, fue natural que para mantener su tranquilidad se atribuyese a quien aparecía como jefe de la dirección militar y política, también la facultad de administrar justicia.

Ello explica como los reyes, en la Roma primitiva eran, además de jefes, sumos sacerdotes y también *magistrados*». (LOUZAN DE SOLIMANO. Cit, p.9).

Por eso, no es extraño que los grupos humanos hayan continuado su evolución en este tema eligiendo al *anciano*. Así se explica que el *senado* (del latín *senilis* que da origen a la palabra *senil*: relativo a la *vejez*) –el consejo supremo de la antigua Roma– se encargara inicialmente de solucionar los conflictos de intereses entre particulares.

Conforme el grupo humano se fue haciendo más grande, la trama de las relaciones sociales se tornó más compleja. Esto determinó que el acto de solucionar conflictos adquiriese considerable importancia como expresión de superioridad a tal punto que, al ser ejercida por quien tenía el poder político, produjo la concentración de la supremacía de éste, lo que llevó a que el monarca o soberano se convirtiera en jefe absoluto. La figura bíblica del Rey Salomón resolviendo el conflicto entre dos mujeres respecto de la filiación materna de un niño es un ejemplo conocido de la concentración de poder político y jurisdiccional en una misma persona.

En plena Edad Media ubicamos la figura del señor feudal. El llamado «derecho de pernada»⁹ nos parece un ejemplo definitivo para constatar el ejercicio de su poder absoluto. Precisamente, a fines de esta época, en la etapa germinal de la formación de los estados nacionales en el Occidente europeo, la considerable densidad de las sociedades en comparación con los grupos humanos

9 Si bien, en teoría, el derecho de pernada consistía en la ceremonia por la cual el señor feudal colocaba una pierna sobre el lecho de los vasallos el día que se casaban, en la práctica, éste devino en el «derecho» del señor feudal a pasar la primera noche con la recién desposada.

primitivos trajo consigo una decisión política impostergable: el poder central debió delegar la función de resolver conflictos en personas cercanas a él, dada la imposibilidad de hacerlo directamente.

Estas personas, regularmente cercanas al entorno social del titular del poder central, llegaron a formar verdaderas castas sociales. Al margen del ejercicio privado de su función –no se olvide de que cobraban a las partes por su intervención, un honorario llamado *espórtula*– son el antecedente directo de lo que después va a convertirse en el servicio estatal de justicia.

Adviértase que tal decisión importó una reducción o concesión del poder central, pérdida de la cual el rey o monarca fue siempre consciente. Esto explica el origen de una constante histórica que atraviesa el eje del ejercicio del poder en casi todas las sociedades y en casi todas las épocas, inclusive la actual: *la función de solución de conflictos ha sido, es y será interés preferente y exclusivo de quien ostenta el poder político, porque es expresión de poder en su forma más pura. A pesar de que la delegación de la función fue un acto necesario, el titular del poder central ha realizado, viene realizando y realizará –en las distintas sociedades– una serie de actos –algunos sofisticados y otros burdos– destinados a mantener o recuperar, según sea el caso, el control del sistema estatal de solución de conflictos, es decir, del servicio de justicia.*

Afirmamos que todas las renovadas defensas que los juristas contemporáneos realizan sobre la autonomía e independencia de la función jurisdiccional son alegatos contra un mal histórico: desde que el titular del poder político-militar descentralizó la función jurisdiccional, ha venido usando múltiples métodos destinados a recuperar su control en

la práctica, aun cuando la evidencia de lo absurdo lo haya hecho abandonar la idea de ejercer un control abierto.

Entonces, cuando en las sociedades contemporáneas el poder político busca y a veces encuentra fórmulas legales (se reserva la elección de los jueces, restringe sus ingresos, no les da formación especializada, etc.) para mantener el control sobre la función jurisdiccional, sólo está haciendo emerger subliminalmente la memoria histórica de los pueblos o *el inconsciente colectivo* como lo denomina JUNG¹⁰.

En síntesis, la facultad de resolver los conflictos de intereses intersubjetivos fue exclusiva del soberano en un momento determinado de la evolución social hasta que debió delegarla por razones de densidad demográfica y extensión territorial.

2. LA DISPUTA HISTÓRICA ENTRE JUSTICIA Y CERTEZA

Pasada la época feudal, nos encontramos en los tiempos en que el grupo humano empieza a variar su exigencia respecto del servicio de justicia. En principio, las soluciones de los conflictos tienen como sustento la consideración personal –intuitiva o racional– de lo que el juez estima *justo* para el caso concreto. Sin embargo, teniendo éste un amplio margen de discrecionalidad en la toma de decisión, el grupo humano advierte que los conflictos similares son a veces solucionados por el mismo

10 Ver JUNG, Carlos Gustavo. *El yo y el inconsciente*. Barcelona. Luis Miracle. 1964, pp. 51 y ss.

juez de manera *distinta*, apareciendo un factor anómalo que va a minar la estructura del sistema vigente de solución de conflictos: la *desconfianza social*.

La desconfianza social antes anotada significó que la comunidad descubriera que tan importante como tener un órgano que solucione conflictos a través de decisiones *justas*, es que tales decisiones sean además *certeras*, es decir, *previsibles*. Entonces empieza una disputa histórica en los tribunales por el predominio de uno de estos valores: *justicia* o *certeza*.

En el caso concreto de la Francia revolucionaria de 1789, por ejemplo, las espórtulas y la desconfianza social ya descritas son las expresiones típicas que determinaron se considerara a los Parlamentos -nombre del grupo social encargado del servicio de justicia- como expresión directa y concreta de la corrupción del Antiguo Régimen, razón por la cual fueron abolidos. Como sustituto de ellos, no sólo se formó un nuevo servicio de justicia, sino que, en nuestro tema concreto, se exigió que las decisiones judiciales estuviesen sustentadas en la norma jurídica.

El valor *justicia* está representado por el *juez* y por la ventaja que significa para el logro de una decisión justa permitirle a éste que aplique con discrecionalidad su criterio al caso concreto. El valor *certeza*, en cambio, se expresa a través del *legislador*, y se manifiesta en la seguridad que se obtiene del hecho de que un juez resuelva un caso teniendo como referente un conjunto de normas creadas previamente por el legislador -las que presuntamente recogen los patrones de conducta regulares en el grupo social, por lo que son deseables para la mayoría de

los que conforman éste- y respecto de las cuales el juez no debe apartarse.

Los dos últimos siglos nos demuestran que para la llamada *Cultura Occidental*, la disputa entre *justicia* y *certeza* no se resolvió en el triunfo de uno de ellas de manera definitiva, por lo menos; pero la historia reciente guarda la existencia de un ganador: el *legislador*. La teoría estatal de la división de los poderes ha sido el pretexto para presentar una autonomía e independencia funcional entre el Legislativo y el Judicial, sin embargo, bien sabemos que en el plano de las relaciones concretas, es decir en el plano real, son escasas –por no decir exóticas– las sociedades en las que esta autonomía e independencia se han presentado.¹¹

-
- 11 «Volviendo al juez y al legislador, y a la aparición de éste al lado de aquél, de manera que a la sentencia se une la ley, uno se pregunta cuál es el motivo de ello debiendo contestarse que los hombres tienen necesidad de certeza; pero justicia y certeza no van de acuerdo, de manera que lo que se gana en justicia se pierde en certeza, y viceversa; el drama del derecho es buscar una coordinación entre justicia y certeza; y es entonces cuando nace la figura del legislador, pasando a segundo plano la del juez, planteándose el problema de la distinción entre una y otra función. Los romanistas saben que en derecho romano el noventa por ciento es procesal, y que el juez no ha pasado a segundo plano, campeando la figura del Pretor, sin que se pudiera distinguir entre *actio* y *ius*; por eso se dice: *da mihi factum, dabo tibi ius*, o sea que el derecho era dado por el juez. Pero después las cosas cambian: el legislador hace el derecho y el juez lo aplica, como un servidor de aquel». (Conferencia titulada *Derecho y Proceso*, pronunciada por CARNELUTTI, Francesco en mayo de 1948 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En: *Revista de Derecho Procesal*. (Dirigida por Hugo Alsina) Buenos Aires. EDIAR. Segundo trimestre de 1948, p. 174).

Por lo demás, el triunfo del legislador en las sociedades actuales es explicable en términos de vigencia ideológica. Así, un proceso histórico signado por una distribución desigual de los bienes, por un elitizado sistema de propiedad de los medios de producción y, finalmente, por un acelerado proceso de acumulación de riqueza, requiere de un instrumento regulador que le dé *seguridad* a las relaciones, que garantice una circulación expeditiva de las mercancías y provea un eficaz control que evite alteraciones sociales profundas.

Es decir, tanto en sus esbozos como actualmente en su manifestación más perfeccionada, la sociedad capitalista va a preferir la *certeza* a la *justicia*. Si advertimos que el Derecho es finalmente una manifestación de las relaciones sociales de producción y consumo al interior de una sociedad determinada, no debe parecer extraño que su actuación sirva para consolidar el sistema social que lo define y explica, sin que sea relevante apreciar o valorar cuánto tiene de injusto.

Si bien la tendencia contemporánea es reivindicar el rol creador del juez, que por lo demás ha estado presente desde muy antiguo en las sociedades clásicas¹², permitiéndole inclusive que supere el apretado corsé del marco legal al expresar su voluntad para decidir el caso concreto –siempre que fundamente su fallo– lo cierto es que en casi toda Latinoamérica aún retumba la frase de MONTESQUIEU según la cual, el juez «(...) sólo es la boca que pronuncia las palabras de la ley (...)». Superar esta concepción anacrónica de la función jurisdiccional, es

12 *Infra*, Capítulo XI.

el reto más trascendente que el pensamiento procesal latinoamericano debe enfrentar.

3. A MANERA DE SÍNTESIS

En un intento de concentrar lo expresado, podemos afirmar –sin llegar a la exageración que recusa el maestro Jorge BASADRE¹³– que el origen del proceso civil es, de alguna manera, el origen de la civilización. Que el hombre sea hoy la especie animal predominante se debe, entre otras razones, a que aprendió a solucionar sus conflictos sin destruirse, recurriendo a un *tercero*.

El rol determinante que cumplió el «tercero» no sólo para la solución del conflicto, sino de manera genérica para asegurar la supervivencia del grupo, es la misma función protagónica que miles de años después debe realizar el *juez* para asegurar la existencia de una sociedad justa.

El acto de recurrir a un tercero es el germen de lo que siglos después va a denominarse *derecho de acción*.

El trámite que el tercero da al conflicto de intereses a fin de solucionarlo, es el antecedente directo de lo que tiempo después vamos a conocer con el nombre de *proceso*.

En consecuencia, es posible concluir que mucho antes de que apareciera la idea de Derecho, la humanidad –por razones de supervivencia– debió contar imprescin-

13 «No hay que llegar al extremo de suponer que toda norma jurídica tiene un origen litigioso; pero no se debe, en un estudio histórico, olvidar la importancia del Derecho Procesal». Jorge BASADRE, cit., p. 218.

diblemente con *juez, acción y proceso*, aun cuando no les concediera tales denominaciones.

Por otro lado, si nos atenemos a la dialéctica de la historia, podemos concluir afirmando que aquello que hemos denominado *acción civil* es un acto que surge dramáticamente para impedir la destrucción del grupo a través del ejercicio de la *acción directa*, que no es más que hacer justicia por mano propia, es decir, violencia. Lo que significa también que entre los conceptos acción civil y acción directa, existe una relación inversamente proporcional: *mientras más acción civil exista en una sociedad, habrá menos acción directa en ella, y viceversa*.

Tal vez lo expresado explique la frase de COUTURE¹⁴ según la cual: «*La acción civil viene a ser así, en último término, el sustituto civilizado de la venganza*». Sin embargo, confesamos que la frase del maestro uruguayo nos parece más hermosa que sólida. La venganza, como impulso vindicativo, está contenida inicialmente en distintas normas del Código de Hammurabi¹⁵. Es importante considerar

14 COUTURE, Eduardo J. *Introducción...*, cit., p. 17.

15 «116. Si la prenda, en la casa del embargador, ha muerto apaleada o, (a consecuencia) de malos tratos, el propietario de la prenda lo probará contra su mercader, y si (la prenda) era el hijo de un señor darán muerte a su hijo (y) si era un esclavo (del citado señor), (el mercader) pesará un tercio de mina de plata: además perderá todo lo que haya prestado».

«196. Si un señor ha reventado el ojo de (otro señor) se le reventará su ojo».

«197. Si un señor ha roto el hueso de (otro) señor, se le romperá su hueso».

«209. Si un señor ha golpeado a la hija de (otro) señor y motiva que aborte, pesará diez ciclos de plata por el aborto causado».

«210. Si esa mujer muere, su hija recibirá la muerte».

que la ubicación histórica de este ordenamiento lo consideramos posterior a la acción directa –respecto de la cual es un avance– en tanto que limita la satisfacción del agraviado a la *reciprocidad* y está referida más al campo penal, por lo menos así se advierte de sus antecedentes bíblicos¹⁶ e inclusive del dicho popular¹⁷.

4. LA RENOVADA VIGENCIA SOCIAL DE LA ACCIÓN DIRECTA

El mundo contemporáneo viene padeciendo un número cada vez más creciente de actos de violencia colectiva, perpetrados por grupos políticos o religiosos, quienes en defensa de una determinada fe o ideología consideran que ésta sólo puede concretarse con la imposición material sobre los que no la comparten. Sin duda, tales fenómenos pueden explicarse a partir del contexto social e histórico que da origen a tal fundamentalismo; sin embargo, en su origen también tienen singular importancia los impulsos atávicos del animal humano, que lo empujan a sus orígenes, es decir, a la *acción directa*.

16 «Más si siguiere su muerte, pagará alma por alma, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe». *Éxodo*. XXI, 23 y ss.

«El que hiere a alguno de sus conciudadanos, como hizo, así se hará con él. Quebradura por quebradura, ojo por ojo, diente por diente restituirá. Cual fuere el mal que hubiere hecho, tal se le obligará a sufrir». *Levítico*. XXIV, 18 y ss.

17 «Quien a hierro mata a hierro muere».

No está de más recordar que en los momentos históricos en que la prohibición de la autodefensa naufragó y naufraga –sea por las ambiciones de un monarca embriagado de poder, las alucinaciones de un dictador ensoberbecido de su fuerza o la pesadilla criminal de un ideólogo perturbado– la humanidad debió y debe ofrendar vidas inocentes, cual oscuro y absurdo culto a un dios sanguinario.

De allí que, si acercamos ese análisis dialéctico a la actualidad, podemos afirmar que así como el inicio de la humanidad dependió del *proceso*, la posibilidad de impedir su destrucción vuelve a depender de éste.

Las diversas formas de violencia que afectan a las sociedades contemporáneas –prescindiendo del grado de sofisticación técnica que presenten– son expresiones de un estado de insatisfacción generado en condiciones de desigualdad y de desprecio de unos pocos por la condición humana de la mayoría, es decir, son la expresión social concreta y patética de la palabra *injusticia*.

No es precisamente el objeto del proceso acabar con tal situación; no obstante, éste puede y debe ser el medio normal y eficaz a través del cual la sociedad –dado que en última instancia el poder de impartir justicia emana del pueblo y no del Estado– debe realizar o concretar el valor *justicia*.

Sin embargo, si los mecanismos del servicio estatal de justicia están enmohecidos y por eso son morosos; si su infraestructura es miserable y por eso no se le respeta y, finalmente, si sus ordenamientos procesales son anacrónicos y por eso las decisiones son tardías e inconfiables, se han dado las condiciones para que la comunidad *renuncie*

a la acción civil, acto que es equivalente a retornar al uso de la acción directa¹⁸.

Esta es una opinión que comparten también DE LA OLIVA Y FERNÁNDEZ:

«Nunca se está completamente a salvo de una involución, que genere brotes, más o menos violentos, de ilícita autotutela. Y en esos fenómenos involucionistas también se muestra la conexión entre derecho objetivo y jurisdicción. Las crisis de la administración de justicia acarrear, no sólo inseguridad jurídica de facto, sino crisis del derecho objetivo mismo. Y a la inversa: las etapas de incontinencia legislativa, de reformas apresuradas, de improvisaciones o parches, de leyes oscuras o de uso alternativo, etc., acaban generando crisis de la jurisdicción (ligereza y hasta venalidad en los veredictos, pobreza de la motivación de éstos, tremendos retrasos junto a apresuramientos inusitados, politización)»¹⁹.

El Perú es una dramática demostración de lo que la dialéctica de la historia nos puede mostrar y aun anticipar. Un servicio de justicia anquilosado, absurdo, moroso, es decir, antisocial, ha contribuido a producir el caldo de cultivo en donde ha germinado –de manera dramática– la amenaza social de la acción directa. La

18 «Cuando todo parecía prever un triunfo definitivo del proceso sobre la autodefensa, cuando todos eran cantos a la fórmula procesal para dirimir los litigios, he aquí que la autodefensa aparece en sus formas más virulentas en todos los sectores.

Las causas de este resurgimiento de la autodefensa son muchas y de muy diversa índole. Pero quizás –y sin quizás– ocupe un lugar preferente la desconfianza y hasta el desprecio del ciudadano hacia la justicia que le ofrece el Estado». GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Cit., p. 21.

19 DE LA OLIVA, Andrés y FERNÁNDEZ, Ángel. *Lecciones de Derecho Procesal*. Barcelona. 1984. T. I, p. 18.

reforma de nuestro servicio de justicia es algo más que la modernización de un servicio estatal: es la posibilidad más viable de asegurar nuestra sobrevivencia como sociedad políticamente organizada.

Capítulo II

Historia del proceso civil

«El elemento histórico, adecuadamente manejado, es esencial en la interpretación de todas las situaciones en que el espíritu humano se halla interesado».

(Víctor FAIRÉN GUILLÉN)

SUMARIO: 5. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 6. EL PROCESO CIVIL EN ROMA. 7. EL SISTEMA ORDINARIO. 7.1. LAS LEGIS ACTIONES. 7.1.1. LA ETAPA *IN IURE*. 7.1.2. LA ETAPA *APUD IN IUDICEM* O *IN IUDICIO*. 7.1.3. DESCRIPCIÓN DE UN PROCESO DURANTE LA LEGIS ACTIONES. 7.2. EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO. 7.3. DIFERENCIAS ENTRE LA LEGIS ACTIONES Y EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO. 8. EL SISTEMA EXTRAORDINARIO. 9. EL ARBITRAJE EN ROMA. 10. EL PROCESO EN HISPANIA, PROVINCIA ROMANA. 11. LA SÍNTESIS CREADORA DEL PROCESO ROMANO Y DEL PROCESO GERMÁNICO. 12. EL PROCESO CANÓNICO. 13. EL PROCESO EN EL DERECHO FORAL. 14. LA PARTIDA III. 15. EL PROCESO EN LOS ORDENAMIENTOS ESPAÑOLES POSTERIORES A LA PARTIDA III. 16. EL PROCESO EN EL PERÚ PREHISPÁNICO. 17. EL PROCESO EN LA COLONIA. LA ORGANIZACIÓN DEL SERVICIO DE JUSTICIA EN LA COLONIA. 18. EL PROCESO CIVIL EN EL PERÚ Y EN LATINOAMÉRICA. 19. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

5. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En el capítulo anterior se ha intentado una explicación del origen del proceso desde la perspectiva otorgada por la dialéctica de la historia, es decir, se ha pretendido postular una teoría en torno de la manera cómo las contradicciones sociales han dado origen a la

actividad judicial, y asimismo, sobre el modo como ésta se convirtió en trascendente en la vida del hombre. En este capítulo, en cambio, se ensaya un enfoque distinto: se quiere desarrollar un recuento de lo más trascendente que le ha ocurrido al proceso en aquellas sociedades de las que las latinoamericanas, de una u otra manera, han sido y son receptoras. Se trata de describir la institución antes que el dato, la importancia social de la norma con preferencia a la fecha de su vigencia o derogación.

Aguardamos que el estudio de las fuentes históricas del proceso no nos conduzca a repetir una visión tradicional de la historia del Derecho –citas, autores, lugares de nacimiento y obras– enfoque que por detallista y menudo termina encubriendo los verdaderos fenómenos sociales o, lo que es peor, termina repitiendo el dato equivocado hasta convertirlo en intocable, es decir, en un mito. En todo caso, los datos aquí expresados son consecuencia de la necesidad de divulgar información que, a su vez, permita descubrir el fenómeno social auténtico, una vez despojado de su envoltura jurídica o de la endeble cubierta histórica con que suele ser repetidamente presentado.

Sin embargo, antes de intentar desarrollar la vida del proceso desde tal óptica, nos parece importante establecer algunos criterios útiles para comprender el análisis que se pretende. En realidad, se trata de apuntar advertencias o cuestiones previas dirigidas a precisar lo que quisiéramos transmitir en este capítulo.

Tales criterios son:

a) La historia de una institución, una época o una sociedad, suele ser entendida como el registro más o menos

detallado de los acontecimientos sociales más importantes ocurridos al objeto o sujeto que es materia del recuento. Sin embargo, en el caso del Derecho, y de manera concreta en el caso del proceso, la investigación sobre la base de un análisis histórico clásico puede convertirse en un esfuerzo estéril y, en algunos casos, hasta contraproducente.

La razón es la siguiente: la concepción horizontal del devenir histórico no concuerda con la idea de «progreso» o evolución que suele producirse en las ciencias jurídicas. Lo que queremos decir es que el derecho contemporáneo no es necesariamente una expresión mejorada del derecho que tuvimos en el siglo XIX y éste tampoco lo es respecto del que tuvo su apogeo en el siglo anterior. El Derecho no está sometido a una “ley histórica” que impone su “mejoramiento” con el transcurso del tiempo.

El Derecho tiene ritmos propios de aprovechamiento de su pasado, los que en ningún caso se traducen en un proceso de modernización constante. Al contrario, son muchos los casos en que un aporte novedoso para el derecho del siglo XX por ejemplo, termina siendo simple y llanamente la recuperación de una institución desarrollada por los juristas de la Alta Edad Media.

b) Ya en el ámbito concreto del proceso, suelen aparecer pugnas entre quienes, de un lado, consideran que las grandes líneas vectoriales del pensamiento procesal deben mantenerse por encima de cualquier intento innovador y, de otro, las nuevas generaciones de procesalistas que suelen proponer reformas trascendentes que van más allá del simple cambio cosmético, para lo cual atacan la base de sustentación de edificios teóricos que se defienden por siglos con el simple argumento de declarar «irrevisables» sus bases.

Los propulsores de la tesis conservadora tienen tan arraigada la idea del predominio o el privilegio de algunas categorías o instituciones de antaño, que éstas adquieren –sobre la base de su difusión e indiscutibilidad– la calidad de *mitos*. Estas categorías o instituciones pueden no ser correspondientes con lo que la nueva y distinta realidad exige de una norma procesal en una sociedad y en un momento determinados; sin embargo, a veces la defensa de la tradición es lamentablemente más intensa que cualquier propósito de cambio. Por otro lado, debe también reconocerse que muchas propuestas innovadoras están más imbuidas de entusiasmo por el cambio, que de sustento científico.

En tal contexto, la necesidad de elegir enfrenta al jurista a una severa disyuntiva. Consideramos que optará correctamente, siempre que una historia comprometida con el origen, evolución y efectos de las instituciones procesales le pueda brindar una pauta informativa esencial. Nos parece una disyuntiva falsa, además de maniquea, afirmar que las instituciones procesales son buenas o malas porque son antiguas o modernas. Las instituciones, en estricto, están desprovistas de aptitud para soportar juicios de valor (justas, injustas, etc.), sin embargo, lo que sí podemos afirmar es que las instituciones pueden o no ser socialmente útiles. Y este sí es un tema trascendente. Contribuir a una elección adecuada de las instituciones procesales a los intereses de un determinado sistema jurídico, es el propósito principal de este capítulo.

c) Por otro lado, una historia del proceso debe brindar al operador jurídico –sea productor o consumidor– la oportunidad de cotejar el contexto histórico-social en el que se creó, desarrolló o se difundió una determinada

institución procesal, con aquel otro ámbito existente en el momento actual, es decir en el que se quiere hacer efectiva dicha institución.

Dejar de tomar en cuenta cualesquiera de las dos realidades, determinará apreciaciones incompletas cuando no desviadas de las exigencias de justicia de la comunidad. En este sentido, el costo de no contar con un análisis jurídico del contexto histórico-social en donde se originó la institución o en donde se va a aplicar ésta resulta a veces dramático.

d) Finalmente, resulta de significativa importancia lograr que un enfoque retrospectivo sea de utilidad para separar lo *mítico* de lo *histórico*. Así, resulta insólito que algunas instituciones procesales hayan atravesado el tiempo y una diversidad de enclaves culturales, hasta estacionarse en el presente, marcando las pautas de una determinada concepción del proceso, sin que jamás se haya intentado –científicamente– un examen de su auténtica naturaleza jurídica. Estas construcciones sofísticas alientan su permanencia a partir de su tradición y del «uso» que suele hacerse del pensamiento de los juristas o de las escuelas jurídicas que la sustentaron. El *magister dixit* (el maestro lo dijo) suele resonar demasiado en los actuales estudios procesales, más de lo razonable.

Lo que resulta sorprendente es que muchas veces ni siquiera se tenga claridad en torno de lo que realmente significa o contiene tal o cual institución. Se niega obstinadamente la necesidad de su análisis o investigación, afirmando que se trata de una institución de antigua data y por eso sólida y contundente, inclusive se suele construir teorías jurídicas partiendo de su calidad de verdades incorruptibles, a condición de mantenerlas intocables.

Es decir, su antigüedad las convierte en esenciales, desconociendo el efecto depredador que suele imprimir el tiempo a las propuestas jurídicas que no son sensibles al cambio social. Como se advierte, el sistema asegura su conservación alimentándose a sí mismo.

Un estudio histórico-dinámico de las instituciones jurídicas, debe proveer al investigador de herramientas para desmenuzar los mitos, extraer de ellos aquello que sirva como referente histórico y separar todo lo que son aportes adventicios, desviaciones surgidas del desconocimiento, informaciones destinadas a aportar temas a la «arqueología jurídica».

Un ejemplo de estos mitos sobre los que se construyen impecables castillos conceptuales llenos de errores es el Corpus Juris. Suele hacerse referencia a él como un ordenamiento que expresa una unidad jurídica e histórica. Se le considera una expresión cultural pura, la expresión del desarrollo estelar del pensamiento jurídico romano. Sin embargo, las innumerables contradicciones que guarda el Corpus Juris en su interior, no son casuales, son simplemente expresión de la época. Es el derecho romano influido por la concepción genérica, popular, colectiva de las instituciones jurídicas de los derechos germánicos.

En la persona misma de Justiniano, su principal impulsor, se advierte una expresión de lo que es el Corpus Juris en su contenido. Justiniano es romano, pero también bizantino; es decir, tiene una tendencia a lo clásico, a la conservación de lo antiguo, pero a su vez, este sentimiento está cobijado en la voluntad de un innovador que subyace en él mismo como producto de su formación, es

el aliento novedoso de alguien que cree en un Derecho que supere la casuística del derecho romano y engarce su evolución a partir de una tendencia generalizadora del pensamiento jurídico.

FAIRÉN GUILLÉN se refiere así a este fenómeno:

«Los Glosadores y escuelas posteriores, con sentido histórico muy deficiente siguieron la instrucción de Justiniano, de considerar a todos los fragmentos ‘tamquam si eorum studia ex principalibus constitutionibus profecta et a nostro divino fuerint ora profusa’; es decir, trataron al Corpus Juris como unidad jurídica e histórica, dando incremento a los errores de partida.

Errorres y confusión, como vamos a ver; pues entre los fragmentos, se hallaban disposiciones inconciliables entre sí (como fruto de mentalidades y de épocas muy diversas); incongruentes entre sí y con la Edad Media. La turbación en el espíritu de los juristas medievales hubo de ser muy grande; así nos lo dice patéticamente la contradicción muy grande en que incurrían, al tratar de ciertos temas, como el que después centraremos. Pero, como resultado de haber estudiado al Corpus sobre un plano y no en el espacio, la idea mítica, que ya era grande en la época bizantina, se adueñaba de los juristas en gran manera, apenas trasponían por primera vez los dinteles de una escuela de jurisprudencia»²⁰.

Tal vez la prueba más evidente de la validez de la advertencia que queremos compartir se manifiesta en el ámbito del procedimiento romano que aquí desarrollamos. La obra más importante para comprender los sistemas procesales romanos es «Las Institutas» de GAYO,

20 FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Proceso, Procedimiento y Mito Jurídico*. En: *Revista de Derecho Procesal*. (Estudios en homenaje a James Goldschmidt). Buenos Aires. EDIAR. Primer y segundo trimestre de 1951, pp. 214 y 215.

redactada hacia el año 150 d. C. Por otro lado, los estudios más profundos del derecho romano se realizaron durante la Edad Media (Glosadores, Postglosadores, etc.). Sin embargo, la obra de Gayo fue recién descubierta en 1818 por el Cardenal Angelo MAI en un manuscrito de la biblioteca del Cabildo de Verona. Además, al citado manuscrito le faltan hojas, o partes de éstas, inclusive algunas de las que están completas son ilegibles. Por ello la obra fue integrada por un descubrimiento posterior realizado por Vincenzo ARANGIO-RUIZ en la casa de un coleccionista en El Cairo y recién publicado en 1933²¹.

Esto significa que una considerable parte de lo que sabemos sobre proceso romano, es decir, los estudios probablemente más enjundiosos –los realizados durante la Edad Media– sobre el tema, tienen un base precaria, como lo demuestran Vittorio SCIALOJA²² y Vincenzo ARAN-

21 «El pliego, que se ha encontrado conjuntamente con otras seis páginas del Libro III (interesantes sobre todo por un largo *excursus* sobre la antigua comunidad familiar), pertenece a un código de lujo preparado verosímilmente en Alejandría, para uso de uno de los profesores de aquella escuela de derecho, entre la segunda mitad del siglo IV y los primeros decenios del siglo V. La fecha, precisada sobre la base de la escritura por el insigne paleógrafo profesor Enrico Rostagno, tiene gran importancia para la crítica de GAYO; pues el ejemplar del que se ha encontrado una pequeña parte resulta ser más antiguo que el Código de Verona, por lo que se vio más fácilmente inmune de las glosas postclásicas de que, en opinión de muchos e insignes colegas, estaría plagado el manuscrito de la Capitular de Verona». ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Los nuevos fragmentos egipcios del Libro IV de Gayo*. En: SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano*. Buenos Aires. EJE. 1954, p. 501.

22 SCIALOJA, Vittorio. *Ibidem*.

GIO-RUIZ²³. Como se advierte, la historia del Derecho se reduce, en muchos casos, a la aventura intelectual de separar el *mito* de la *realidad*.

Queremos advertir que estas notas sobre la historia del proceso no intentan abarcar todo lo desarrollado sobre la materia. En realidad, apenas pretenden describir aquello que nos es cercano y útil como instrumento de análisis para conocer las instituciones procesales con que contamos en Latinoamérica. En otras palabras, procuraremos analizar las épocas e instituciones de las que nuestro derecho procesal ha sido receptor pasivo durante más tiempo del debido.

6. EL PROCESO CIVIL EN ROMA

Desde su formación, desarrollo y hasta su decadencia, en Roma existieron dos grandes sistemas procesales: el *ordinario* y el *extraordinario*.

El sistema *ordinario* lo enmarcamos históricamente desde los orígenes de Roma hasta el reinado de DIOCLECIANO (siglo III d. C.). Dentro de él cabe distinguir dos fases: la de las *legis actiones* que estuvo vigente hasta el siglo II a. C. y la del *procedimiento formulario*, que la ubicamos entre el siglo II a. C. hasta el siglo III d. C.

En conexión con lo desarrollado en el capítulo anterior, podemos advertir que el procedimiento romano empie-

23 ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Las Acciones en el Derecho Privado Romano*. Traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1945.

za con una significativa carga de justicia privada pura y simple, es decir, se trata de la regulación de la acción directa. Este sistema de tutela de los derechos subjetivos, es ejercida por el propio titular y tiene dos aspectos. Por un lado, la *venganza privada* y, por otro, la *defensa privada de los derechos*.

El primero ya fue descrito en el capítulo anterior. Pasaremos a describir el segundo aspecto, atendiendo además a su ligazón con el desarrollo real del proceso romano. Su característica principal es que constituye una marcha hacia la justicia tutelada por el Estado, tendencia que no descarta algunos rezagos de justicia privada en su proceso de consolidación. Después de todo, la ley del Talió en su expresión romana, es un avance respecto de la acción directa: es su atenuación.

Ya a fines de la República, el ejercicio de la violencia por parte del titular del derecho se reduce casi al mínimo. La ley *Julia de Vi Pública et Privata*, dada durante la época de Augusto, castigó al acreedor con la pérdida de su crédito si éste ejercía violencia contra el deudor para

24 «Pues está el decreto del divino Marco, en estos términos: óptima cosa es que, si crees tener algunas demandas, las intentes con acciones. Como Marciano hubiese dicho: no he hecho violencia alguna, César dijo: ¿crees que sólo hay violencia cuando se hiere a un hombre? Hay también violencia cuando alguien, si estima que se le debe algo, lo exige sin intervención del juez: por tanto, si se me demuestra que alguien posee o ha recibido temerariamente cosa alguna o dinero del deudor que éste le debía, pero no espontáneamente dado y sin intervención del juez, por más que ese tal diga que tiene derecho sobre la cosa, quedará privado del derecho de crédito». Extracto de JULIANO que es compendiado por ULPIANO en *L. 13, quod metus causa, 4, 2*. En: SCIALOJA, Vittorio. Cit., p. 78)

cobrarse. Es también el caso del *Decretum divi Marci*²⁴ dado por MARCO AURELIO, el mismo que contiene los antecedentes de la prohibición al pacto comisorio.

Como se advierte, al lento proceso de reducción, control y eventual desaparición de la acción directa en el derecho romano, le sucedió el también lento pero firme proceso de reducción del ámbito de ejecución de la tutela privada de los derechos. Bien sabemos ahora que ésta es una evolución incompleta. La mejor prueba es que aún en la legislación contemporánea encontramos normas que regulan actos de tutela privada de los derechos.²⁵

Finalmente, conviene advertir que esta tendencia a prohibir a los ciudadanos la tutela directa de sus derechos, tiene como correlato la progresiva decisión del Estado de arrogarse con carácter exclusivo la solución de conflictos, es decir, la función jurisdiccional.

7. EL SISTEMA ORDINARIO

Es llamado también sistema del *ordo iudiciorum privatorum* (ordenamiento de los juicios privados). A con-

25 Código Civil Peruano de 1984. «Art. 920.- El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias.»

26 Los procedimientos de *legis actiones* fueron cinco: tres declarativos y dos ejecutivos. Los primeros buscaban declarar al titular de un derecho y, los segundos, hacer efectivo el derecho reconocido a una de las partes. Los declarativos eran: *legis actiones persacramentum*, *per iudicis postulationem* y *per conditionem*. Los ejecutivos eran: *legis actiones per manus iniectionem* y *per pignoris capionem*.

tinuación desarrollemos los rasgos peculiares de cada una de sus fases.

7.1. Las *legis actiones*

Las *legis actiones* eran procedimientos –en número de cinco²⁶– de solución de conflictos para uso exclusivo de los ciudadanos romanos, tanto cuando éstos se encontraban en Roma como también dentro del perímetro de una milla de ésta, es decir, se presentó una forma de competencia exclusiva por razón de la persona y del territorio. Por otro lado, adviértase que a través de la *legis actiones*, se trató de conceder eficacia al derecho quiritario (de *quirite*, ciudadano de la antigua Roma).

La actividad judicial sólo podía desarrollarse en determinados días, llamados *fastos*. Su actuación estaba prohibida en aquellos dedicados a las ceremonias sacras, llamados por ello días *nefastos*. En esta fase el procedimiento consta de dos etapas: la *in iure* y la *apud iudicem o in iudicio*. Cada cual es dirigida por personas distintas: la primera por el *Magistratus* (Magistrado) y la segunda por el *Iudex* (Juez). Sin embargo, debemos dejar constancia que las dos etapas citadas, y que a continuación se desarrollan, se presentan también durante el procedimiento formulario, en consecuencia, lo que se exprese sobre éstas será aplicable también a lo que ocurrió durante la vigencia de éste. Según DIONISIO DE HALICARNASO estas dos etapas fueron instauradas por SERVIO TULIO²⁷. IHERING, por su lado, considera que esta bipartición del proceso tuvo

27 En: *Antichità romane*. IV, 25. Citado por SCIALOJA, Vittorio. Cit., p. 116.

su origen en la necesidad social de garantizar la libertad y la seguridad del ciudadano.

7.1.1. *La etapa in iure*

La etapa *in iure* estaba a cargo del *magistrado* y se iniciaba con un acto privado de citación al demandado hecho por el demandante y llamado *in ius vocatio*. Si el demandado no se presentaba, dado que la concurrencia personal era indispensable, el magistrado investía al demandante de la facultad de llevar por la fuerza al demandado de donde lo encontrara. Al encontrarlo se dirigía a él en términos consagrados (*in ius te voco o in ius sequere*); si no obedecía, tomaba testigos y lo llevaba a la fuerza, inclusive arrastrándolo. Esto último era el *obtorto collo*.

Si el demandado era anciano o enfermo, el demandante debía proporcionarle una litera; inclusive si su situación era delicada, se permitía que el demandado no concurriera hasta que se encontrara en mejor condición, para lo cual tenía que nombrar un garante llamado *vindex*.

La audiencia se desarrollaba ante el magistrado, y es ante él que las partes exponían su pretensión y su defensa, en presencia de testigos. A efectos de probar la realización de la audiencia ante el magistrado, las partes llamaban a las personas presentes y las convertían en testigos, expresando la frase *testes estotes*. A todo este acto de determinación de lo que iba a constituir el conflicto a someterse al *iudex* –con lo que finalizaba la actuación ante el magistrado– se llamaba *litiscontestatio*. Adviértase que en la *legis actiones* la *litiscontestatio* servía tanto para determinar el o los puntos controvertidos, como para que las partes se sometían al juez que acordaron elegir. Si respecto

de la elección no hubiera acuerdo, ésta quedaba a cargo del magistrado sobre la base de criterios que expresaban el control del poder político sobre la función judicial²⁸.

La comparecencia debía ser personal ante el magistrado, es decir, no cabía la representación (*Nemo alieno nomine lege agere potest*: Nadie puede actuar por ley en nombre ajeno). Sin embargo, esta prohibición empezó progresivamente a tener excepciones²⁹. Una de ellas fue

28 «Hemos dicho que los jueces eran elegidos entre los ciudadanos particulares; pero no había absoluta libertad de elección, ni todos los ciudadanos podían ser llamados a cumplir las funciones del juez. En los tiempos más antiguos, parece ser que las partes solían ponerse de acuerdo para proponer que se nombrara como juez una determinada persona, y en tal caso el magistrado nombraba la que gozaba de la confianza de ambos contendientes; si no se ponían de acuerdo, elegía él, pero lo hacía entre los más conspicuos ciudadanos, esto es, entre los pertenecientes al orden senatorial; y esto se comprende por ese monopolio del derecho que las clases dominantes han tratado siempre de mantener en su poder. Como los magistrados debían ser patricios, así también, en principio, los jueces fueron senadores; y sólo pasado algún tiempo se extendieron las categorías, y a los senadores se equipararon, en cuanto a la facultad de ser nombrados jueces, los caballeros (*equites*); y Augusto, en la ley Julia judicial, ordenó también esta materia de la elección de los jueces, estableciendo cuatro clases de ellos: a las primeras pertenecían senadores y también caballeros; a la última, los ciudadanos ducenarios (que tenían un patrimonio de 200,000 sextercios), la alta burguesía, diríamos hoy. Como se ve, la elección del juez se conecta estrictamente con el ordenamiento social político de la época; son la nobleza, la cuasinobleza y los ricos quienes participan en estas funciones». SCIALOJA, Vittorio. *Ibidem*, pp. 122 y 123.

29 «También se permitía la representación en la acción *pro libertate*, es decir, en aquellos casos en que un hombre libre pero que todavía recibía el tratamiento de un esclavo, se valía de un tercero, el *adsertor in libertatem*, para que pida su declaración de hombre libre (*vindicatio in libertatem*). Está también el caso de la *agere*

el *agere pro populo*, verdadera pretensión popular destinada a defender los intereses colectivos, los derechos del pueblo. Éste es un antecedente de lo que la doctrina contemporánea ahora denomina *patrocinio de los intereses difusos*, aunque no precisamente en referencia a los intereses de un grupo o sector específico como era en la tradición romana, sino a aquéllos de titularidad y número indeterminado. Se trata de un instituto regulado en el Código Procesal Civil peruano³⁰.

pro tutela, es decir, de aquellos casos en los que el tutor intervenía en nombre de su pupilo. Finalmente, otro uso excepcional de la representación procesal en la *legis actiones*, estuvo dada por la *Ex lege Hostilia*. Esta permitía que una persona demandara en nombre de otra que estuviera prisionera del enemigo. También se extendía el uso de esta acción a aquellos casos en los que el tutor era el ausente o prisionero, pudiéndose demandar en nombre del pupilo». MONROY GÁLVEZ, Juan. *La representación técnica o judicial del abogado y el recurso de apelación*. En: *Ius et Veritas*. Lima. 1995. Año V. N.º 10, p. 280.

- 30 «Artículo 82.- Patrocinio de intereses difusos.- Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como la defensa del medio ambiente, de bienes o valores culturales o históricos, o del consumidor.

Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la ley o el criterio del Juez, ésta última por resolución debidamente motivada, estén legitimados para ello.

En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el diario oficial «El Peruano» y en otro de mayor circulación del distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente.

La sentencia, de no ser recurrida, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria para quienes no hayan participado del proceso».

En el caso de la *ex lege Hostilia* descrita en la Nota N.º 29, se debe apreciar la semejanza de esa *actio* (llamada *actio furti*) con la *procuración oficiosa*, prevista también en el Código Procesal Civil peruano³¹.

Para concluir el tema de la representación, resulta de la mayor importancia precisar que ésta no significó en el derecho romano lo que entendemos por ella ahora. La diferencia sustancial reside en que en el derecho romano la actuación del “representante” lo ligaba directamente a los efectos que resultaran del proceso y el “representado”

31 «Artículo 81.- Procuración oficiosa.- Se puede comparecer en nombre de persona de quien no se tiene representación judicial, siempre que concurran los siguientes requisitos:

1. Que la persona por quien se comparece se encuentre impedida de hacerlo por sí misma, estuviera ausente del país, tenga razones de fundado temor o amenaza, se trata de una situación de emergencia o de inminente peligro o cualquier otra causa análoga y desconociera la existencia de representante con poder suficiente.

2. Que cuando la parte contraria lo pida, el procurador preste garantía suficiente a criterio del Juez de que su gestión será ratificada por el procurado, dentro de los dos meses siguientes de comparecer éste.

Si no se produce la ratificación, se declara concluido el proceso y se podrá condenar al procurador al pago de daños y perjuicios, así como a las costas y costos, siempre que, a criterio del Juez, la intervención oficiosa haya sido manifiestamente injustificada o temeraria.

Se presume con carácter absoluto la ratificación de la procuración cuando el interesado comparece por sí o debidamente representado y no rechaza expresamente la actuación del procurador. Es inválida la ratificación parcial o condicional. La ratificación tiene efectos retroactivos a la fecha de comparecencia del procurador, sin perjuicio del derecho de terceros».

quedaba totalmente ajeno a éstos³². Por cierto, se trata de una situación que las necesidades del intercambio comercial y la multiplicidad de las relaciones sociales fueron modificando. Ya en la Edad Media, el derecho canónico había desarrollado una regla que empezó a orientar lo que es la tendencia actual (*Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum*: Cabe hacer por medio de otro lo que uno puede hacer por sí mismo).

7.1.2. La etapa *apud in iudicem* o *in iudicio*

Posteriormente, ya ante el juez, se realiza la segunda etapa (*apud in iudicem*), consistente en que éste actúa los medios probatorios; entre ellos, escucha la versión de los testigos sobre lo actuado ante el magistrado, y luego procede a resolver. Este juez (*iudex*) podía ser unipersonal o colegiado. Fijada la fecha para la audiencia, si alguna de las partes no iba, se le esperaba hasta el mediodía. Pasada dicha hora, se expedía sentencia en favor del otro. Si las partes iban, cada quien sintetizaba su posición (la *causae coniectio*) y si era necesario los abogados podían aclarar

32 «(...) la representación judicial no tenía el simple efecto de procedimiento civil que tiene para nosotros la representación por medio del procurador en las litis, sino que iba más lejos y producía efectos de derecho civil; puesto que la *condemnatio* se producía en favor o en contra del representante, según fuera representante del actor o del demandado; o sea, que el representante no sustituía al representado en el simple ejercicio de los actos judiciales del proceso, sino directamente en la relación jurídica en orden a las consecuencias de derecho civil del proceso mismo; la *actio iudicati*, que era el efecto de la sentencia, debía darse, en virtud de esta manera de condenar o de absolver, no al representado sino al representante, contra el representante y no contra el representado». SCIALOJA, Vittorio. Cit., p. 199.

la posición de sus clientes (la *causae peroratio*), luego se actuaban los medios probatorios y todo quedaba listo para que se expidiera sentencia.

Hay una discusión inconclusa en torno de si las condenas expresadas en las sentencias siempre debían ser pecuniarias. Esto se debe a una cita de Gayo que ha sido objeto de diversas interpretaciones³³. En todo caso, nos parece que la sentencia se podía cumplir sobre el bien litigioso, sin embargo, si el vencido no cumplía con su entrega, no había forma de obligarlo. Por ello, la condena se resolvía en una estimación monetaria.

7.1.3. Descripción de un proceso durante la *legis actiones*

Tómese nota de que el carácter sacro de las *legis actiones* estaba ligado a su origen primitivo, tanto así que las soluciones que regularmente se daban a los conflictos estaban emparentadas con formas de acción directa, es decir, de violencia matizada por los actos formales que las partes cumplían.

Una demostración de ello era la *legis actio per manus iniunctionem* (acción de la ley por aprehensión física del deudor). Como se advierte a partir de su nombre, era el procedimiento por el cual el acreedor solicitaba al ma-

33 «En todas las fórmulas que tienen una *condemnatio* ésta está redactada con términos que implican una estimación pecuniaria. Así, si nosotros reclamamos algún objeto corporal, como por ejemplo un fundo, un esclavo, un vestido, el oro, la plata, el *iudex* no condena al accionado por la cosa misma como se solía hacer antiguamente, sino que estima la cosa, lo condena por su valor pecuniario». *Institutas*. IV, 48.

gistrado le concediera el derecho de cobrarse su crédito usando la persona física del deudor. Es importante precisar que la *manus iniectio* era más despiadada y expeditiva cuanto más libre estuviera el acreedor para actuar, es decir, en el ámbito privado³⁴. Con la intervención del Estado, la *manus iniectio* fue concedida pero con garantías para el deudor³⁵.

34 «Cuando era la justicia privada el único medio de que disponía el acreedor, era suficiente la existencia de una deuda cualquiera para que fuera aplicada la *manus iniectio*, y los plazos que el acreedor podía conceder al deudor antes de ejecutar su venganza no se hallaban determinados más que por la probabilidad que tuviera que ser pagado. Su acción no estaba sujeta más que al control de la opinión pública, que, de otra parte, debió de ser a este respecto muy exigente y jamás habría tolerado el sacrificio de un ciudadano cuya deuda no hubiera sido reconocida públicamente». ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Cit., p. 20.

35 «Cuando se encarga el Estado de la vigilancia de la realización por los particulares de sus derechos, sanciona la institución de la *manus iniectio*, pero la rodea de múltiples garantías:

1.) Ha exigido que el acreedor que ejercita la aprehensión corporal, antes de conducir al deudor a su casa le lleve ante el magistrado y pronuncie en el tribunal una declaración solemne susceptible de poner en conocimiento de todos el título sobre el que se apoya su pretensión y la cuantía de su crédito.

2.) Ha fijado el plazo que debe transcurrir entre el ejercicio de la aprehensión temporal y la ejecución de la venganza, adoptando un período de tiempo suficiente para que el deudor pueda salir, si ello es posible, de la dificultad económica en que momentáneamente podía encontrarse, o para que sus parientes y amigos se pongan en condiciones de pagar la deuda por él.

3.) No ha concedido la *manus iniectio* más que cuando el crédito había sido probado en justicia o cuando su existencia era evidente o demostrada para todos.

4.) Por último, autoriza a todos los ciudadanos y, en determinadas hipótesis, al propio deudor, a oponerse a la *manus iniectio*

El trámite del proceso y sobre todo los plazos estaban previstos en la Ley de las XII Tablas, la que sólo concedía la *manus iniectio* si había una sentencia o una confesión judicial en la que se reconocía la deuda. Esto determinó que para obtener la orden de aprehensión física era necesario tener un título especial, que la ley lo asemejaba a una sentencia (por eso se le llamaba *manus iniectio pro iudicato*). Una vez obtenido éste, se concedía al deudor un plazo. Si no pagaba dentro del mismo, el acreedor estaba autorizado a llevar al deudor ante el magistrado por la fuerza, a fin de que éste lo requiera para que pague. Si el crédito no era satisfecho, entonces podía solicitar su entrega.

El deudor que no pagaba, podía hacer intervenir a un tercero llamado *vindex*, a fin de que lo defendiera. El primero quedaba libre y desvinculado del proceso. El *vindex* podía, por ejemplo, cuestionar el título, lo que convertía el proceso ejecutivo en uno declarativo, alegando que la *manus iniectio* era injusta. Sin embargo, si perdía el proceso, el *vindex* era condenado a pagar el doble de la suma debida.

Pero si el deudor no pagaba ni nombraba un *vindex*, el magistrado pronunciaba la palabra *addico* (te lo atribuyo), entregándolo al acreedor, quien lo conducía a su casa, y lo mantenía en prisión durante sesenta días, cargado de cadenas que no debían pesar más de quince libras. Si el deudor no se alimentaba por su cuenta, el acreedor estaba obligado a entregarle una libra de cebada diaria. Trans-

intentada, si no estaba justificada». ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Ibíd.*, pp. 20 y 21.

currido el plazo, debía llevarlo a tres mercados en forma consecutiva, donde debía anunciar en voz alta la suma debida, esperando que alguien pague por el deudor.

Si nadie pagaba, el acreedor tenía dos opciones: lo vendía como esclavo en el extranjero (entendiendo por tal lugar todo lo que quede al otro lado del Tíber, de allí que se le llamaba esclavo *transtiberim*), o lo mataba. Inclusive en las XII Tablas se regulaba la posibilidad de que hubiera varios acreedores. Si estos decidían matar al deudor, por ejemplo, podían dividirse el cuerpo entre el número de acreedores.

7.2. El procedimiento formulario

El implacable rigor formal de la *legis actiones* determinó que en su aplicación se produjeran muchas injusticias; de hecho, la pérdida del derecho material por un error de forma (procesal) produjo descontento y desconfianza en los usuarios. Esta situación condujo a la necesidad de reducir las exigencias formales a fin de hacerlas menos categóricas. Éste es el origen del procedimiento formulario.

Como el tránsito de un proceso a otro no ocurrió categóricamente, hubo una época en que el procedimiento de la *legis actiones* coexistió con el procedimiento formulario, sin embargo; ya en esa época éste se empezó a caracterizar por quebrar la competencia por razón de la persona, establecida de manera firme por aquél como ya se expresó. En efecto, el procedimiento formulario fue utilizado por ciudadanos romanos, pero también para conflictos entre éstos y los peregrinos, e inclusive sólo entre peregrinos.

Su mayor simpleza –no debe olvidarse que las *legis actiones* consistían por lo general en el cumplimiento de un conjunto de formalidades rigurosas, casi rituales, regularmente orales–, a la par de la apertura democrática antes descrita, determinó que su uso fuera ganando adeptos hasta convertirse en el procedimiento más reconocido.

7.3. Diferencias entre la *legis actiones* y el procedimiento formulario

Una diferencia significativa entre ambas fue la formalidad como ya se adelantó, aunque conviene desarrollarla. En el procedimiento formulario se reemplazaron los actos solemnes –regularmente orales– de la *legis actiones* por un documento escrito en el que las partes precisaban el tema materia de controversia y designaban al juez encargado de resolverlo.

También es un tema trascendente el hecho de que el procedimiento formulario, al dejar de ser quirritario, amplió su competencia y se convirtió en un auténtico servicio estatal de solución de conflictos.

Otra diferencia, tal vez la más importante, es que en el procedimiento formulario el pretor estuvo en aptitud de adecuar al proceso un conflicto que no estaba previsto en el derecho civil romano –lo que hubiera sido imposible en las *legis actiones*–; para ello creó una variante de la fórmula clásica. Esto equivale a salirse del sistema de derecho conocido, es como crear Derecho. Por ello suele hacerse referencia a la *justicia pretoriana*, para describir aquellas teorías que consideran que la función judicial es en esencia una actividad creadora

de Derecho. Ésta es la opinión también de Maximiano ERRÁZURIZ³⁶.

En las *legis actiones* todas las «acciones» debían estar sustentadas en el derecho quiritarario o derecho civil romano, en cambio, en el procedimiento formulario podía admitirse una «acción» sin antecedente jurídico que la sustente, pero reconocida por el magistrado. GAYO precisaba así esta diferencia: «(...) todos los juicios son: o de 'legítimo derecho' (*iudicia legitima*) o dependientes del *imperium* (*iudicia imperio continentia*)»³⁷. Esta última se sustentaba en el *ius imperium* del pretor, esto es, en justicia pretoriana.

El procedimiento formulario se iniciaba con una comunicación extrajudicial del demandante al demandado, llamada *editio actionis*, por la que le hacía conocer la fórmula que iba a intentar en su contra. Después se le notificaba formalmente a través de un acto llamado *in ius vocatio*, para que se apersonase. Esta notificación contenía

36 «La importancia fundamental de la fórmula en reemplazo de las solemnidades orales consiste en que, mediante el procedimiento formulario, fue posible proteger situaciones que el pretor, en justicia, deseaba amparar pero que no estaban protegidas por el derecho civil romano, por ese derecho aplicable sólo a los ciudadanos romanos. En efecto, tratándose de una situación a la que le era aplicable alguna de las antiguas *legis actiones* la fórmula se limitaba a un resumen escrito de esa acción de la ley. Si se trataba de proteger una situación nueva, se creaba una fórmula que ya no tenía su origen en el derecho civil sino en el pretor. Este fue el origen de la trascendental diferencia entre las acciones civiles y las pretorianas». ERRÁZURIZ EGUIGUREN, Maximiano. *Apuntes de Derecho Romano*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1993, pp. 9 y 10.

37 GAYO. *Institutas*, IV,13.

una sanción pecuniaria por incumplimiento llamada *vademonium*.

Si no se apersonaba ni nombraba a quien lo garantice (*vindex*), el demandado (*reus*) debía pagar la multa antes citada. Además, si la desobediencia se mantenía, el pretor podía dar al demandante la posesión de los bienes del demandado, al extremo de que podía autorizar su venta. En este procedimiento, la fase *in iure* transcurre sin formalismos, se pide lo que se desea y se espera la conducta del demandado.

La fórmula tenía, según GAYO, partes ordinarias y extraordinarias³⁸. Las ordinarias eran cuatro: *demonstratio*, *intentio*, *condemnatio* y *adjudicatio*. Las extraordinarias eran dos: *exceptio* y *praescriptio*.

En la *demonstratio* se describe o muestra lo que es el objeto del litigio. A veces se confunde con la *intentio* que es la parte más importante de la fórmula porque en ésta el demandante expresa su pretensión. La *condemnatio* es la parte de la fórmula en la que el magistrado indica al juez los términos en que debe absolver o condenar, dependiendo de lo que se pruebe. Adviértase que, aun cuando el reclamo fuera por una cosa, suele afirmarse que siempre la condena era por el valor pecuniario de ésta. Por la *adjudicatio*, fórmula aplicable sólo en los casos de las acciones divisorias, el juez estaba facultado a asignar a uno de los litigantes aquello que se disputaba con el otro.

La *exceptio* es una fórmula que restringe el poder del juez para decidir una condena y subordina ésta a

38 GAYO. *Institutas*, IV, 39.

una condición distinta a la prueba de la pretensión del demandante. Un ejemplo: si una persona reclama a otra el pago de una deuda, la demandada puede aceptar la pretensión, sin embargo, puede afirmar que también convinieron en que no le iba a cobrar. Esta última alegación es acogida como *exceptio*, con lo que ya no es suficiente que el demandante pruebe que prestó el dinero que ahora reclama, sino también que la otra no acredite que el acreedor convino que no le iba a cobrar (*exceptio pactum de non petendo*).

La *praescriptio* es un agregado a la fórmula que consiste en una cláusula colocada al inicio de ella, la que contiene una advertencia, para que el juez la tenga en cuenta en el momento oportuno. Esta cláusula buscaba evitar que el efecto cancelatorio del proceso destruyera derechos materiales que podían ser reclamados más adelante. Un ejemplo: una persona deja de pagar dos cuotas mensuales y le falta pagar aún quince más, las que todavía no se han devengado. Al llenar el demandante la fórmula, debe decir que la demanda es sólo por las dos cuotas. Ésta es una *praescriptio*. Si no lo dice y demanda el pago de las diecisiete, va a ocurrir que no sólo perderá las quince cuotas que aún no son exigibles, sino que las perderá *para siempre*, expliquemos porqué.

La *litiscontestatio*, a diferencia de lo que era en la *legis actiones*, es ahora la ceremonia en la que el demandante le entrega la fórmula al demandado y éste acepta haberla recibido y estar a derecho. Se establece entre los litigantes un convenio que los ligará al resultado del proceso. La *litiscontestatio* tiene durante el procedimiento formulario, con mayor nitidez que durante la vigencia de la *legis actiones*, dos efectos. Describámoslos por separado.

Por el efecto *novatorio*, al producirse esta especie de contrato procesal entre las partes para someterse a la jurisdicción (*litiscontestatio*), los derechos materiales de los litigantes –para decirlo en términos contemporáneos– se extinguían pasando a convertirse en acciones o, si se quiere, en un derecho a la sentencia. Precisamente esta adquisición por parte de la función judicial del conflicto –*res in iudicium deducta*– determinaba el otro efecto de la *litiscontestatio*, el *consuntivo*. Según éste, al someterse las partes a la decisión judicial, no había posibilidad de que se inicie otro proceso sobre el mismo conflicto o derecho. Como se advierte, estamos ante el antecedente histórico de lo que ahora conocemos como *cosa juzgada*.

Teniendo la conversión aludida a propósito del efecto novatorio un carácter definitivo, si el demandante perdía el proceso por una razón procesal o formal, en todo caso ajena al derecho material que se discutía, perdía también éste último de manera culminante³⁹.

39 Es interesante destacar, finalmente, que el efecto novatorio de la *litiscontestatio* determinó que los estudios jurídicos no estuviesen referidos a los derechos, sino a las acciones emanadas de éstos. De hecho, no es exagerado afirmar que en la época clásica el derecho romano fue un *sistema de acciones*. Las clasificaciones de las acciones en civiles y pretorianas, personales y reales, reipersecutorias, penales y mixtas, populares y privadas, son expresiones típicas de este apogeo de la acción. Incluso este es el momento histórico en el que aparecen las «acciones» más representativas del desarrollo del derecho romano, tales como la reivindicatoria, la publiciana, la pauliana y la de dolo, para citar a las más conocidas.

Lo grave es que esta situación perfectamente explicable en la época clásica del derecho romano, se repite dos mil años después en algunas legislaciones y trabajos doctrinales, en donde se insiste en considerar que la acción es un efecto transitivo y dinámico

Si el demandado admite la pretensión y la satisface (*confessus in iure*), o la admite pero no la satisface, no habrá proceso. Éste se dará sólo cuando el demandado discuta la pretensión en su contra y fundamente su posición. En este último caso, si tiene hechos que alegar, podrá pedir se incorporen a la fórmula medios de defensa que permitan sustentar su posición. Una vez precisada la pretensión y la defensa, se procede a designar al juez.

La prueba de los hechos corresponde al demandante; cuando el demandado haya alegado excepciones, las deberá probar. El juez sólo sentencia si adquiere convicción, por tanto, si los medios probatorios no le dan certeza, puede negarse a hacerlo. El fallo debe necesariamente adecuarse a los términos previstos en la fórmula, inclusive bajo la hipótesis de que esté equivocada. Por otro lado, la doctrina mayoritaria asegura que el fallo condenatorio deberá siempre expresarse en una suma de dinero. Una vez sentenciado, el juez deja de tener injerencia en el proceso. Es lo que se llama el *desasimiento del tribunal*.

Si bien el procedimiento formulario era de instancia única, se podía atacar excepcionalmente la sentencia. Así, se podía formular una oposición a la *actio iudicati* (ejecución de la sentencia), pero si se perdía, se le condenaba al demandado al doble de lo que originalmente debía pagar.

de un derecho material, desconociendo su autonomía científica. En otras palabras, referirse a fines del siglo XX a acciones de amparo, acciones petitorias u otras especies parecidas, es reivindicar un mito: el efecto novatorio de la *litiscontestatio*.

También era factible deducir la *in integrum restitutio* o *restitutio in integrum*, basada en el *imperium mixtum* del pretor⁴⁰. Ésta era una calidad especial agregada a su *iurisdictio*, la que le permitía ejercer discrecionalidad para ordenar el reinicio del proceso o el comienzo de otro. Con ello le permitía al demandado, por ejemplo, el uso de una *exceptio* (sobre todo si era perentoria), cuando consideraba que tal omisión podía determinar la dación de una decisión injusta. También podía usarse la *in integrum restitutio* cuando el declarado contumaz acreditaba que había tenido causa legítima para ausentarse. Conseguía con ello que la sentencia fuese revocada y el proceso volviera a iniciarse, aunque no era exactamente el que había concluido sino otro con características especiales. Este era uno de los efectos de la *restitutio in integrum*. El otro era la restitución de las cosas a su estado primitivo.

En síntesis, la *restitutio in integrum* o *in integrum restitutio* se concedía cuando se había producido un daño a la persona que lo solicitaba, quien además acreditaba la

40 «La restitución por entero es una decisión adoptada por el magistrado, conforme a los criterios determinados en el Edicto, después de haber tomado conocimiento de los antecedentes esenciales de cada cuestión, con el fin de restablecer la situación que existiría si tal o cual acto contrario a la equidad no hubiera tenido lugar. Por ejemplo, si un contrato era el resultado de la violencia empleada contra una de las partes contrayentes, el pretor se reservaba en el Edicto la facultad de considerar dicho contrato como no concluido; análogamente, si se había extinguido una deuda (como ocurría conforme al derecho civil) porque una de las partes había sido adoptada (más exactamente, *adrogada*) por un tercero, el pretor, hacía revivir la obligación considerando inexistente la adopción operada». ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Cit., p. 107.

existencia de una justa causa. Ésta podía ser, entre otras, la minoría de edad (inferior a 25 años) del agraviado, el dolo, el miedo, el error, la ausencia justificada, la *capitis diminutio* (cambio de estado que produce una afectación a un tercero) y la *alienatio iudici mutandi causa* (enajenación hecha para modificar las condiciones materiales referidas al proceso que está por iniciarse). Al proceso en el que se obtiene la *restitutio in integrum* se llama *iudicium rescindens* y la acción que se puede iniciar como consecuencia de haber obtenido ésta es llamada *actio rescissoria*. Adviértase la calidad de antecedente de la *in integrum restitutio* o *restitutio in integrum* respecto de la institución de la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta, recogida en el Código Procesal Civil del Perú⁴¹.

-
- 41 «Artículo 178.- Nulidad de cosa juzgada fraudulenta.- Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada si no fuere ejecutable, puede demandarse, a través de proceso de conocimiento, la nulidad de una sentencia o del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso en que se origina ha sido seguido con dolo, fraude, colusión o afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez, o por éste y aquéllas.

Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se consideren directamente agraviados por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este Título.

En este proceso sólo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles.

Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo, la nulidad no afectará a los terceros de buena fe y a título oneroso.

Si la demanda no fuera amparada, el demandante pagará las costas y costos doblados y una multa no menor de treinta ni mayor de cien Unidades de Referencia Procesal».

La ejecución de la sentencia tenía algunas particularidades. La sentencia consentida y no pagada dentro de treinta días, hacía nacer en el vencedor el derecho a iniciar una especie de proceso ejecutivo contra el demandado, que recibió el nombre de *actio iudicati*⁴². Si el deudor aceptaba la *actio*, se iniciaba la ejecución, pero si la discutía se iniciaba el proceso. Si el demandado lo perdía, dependiendo de la naturaleza de la defensa o de la intervención de un *vindex*, se podía condenar al ejecutado al doble de lo que la primera sentencia le ordenó pagar. Si a pesar de ello el deudor no pagaba, la ejecución podía recaer en su persona, como en el dramático caso de la *Legis actio per manus iniectonem* antes descrito⁴³, aunque en este

42 «La *actio iudicati* en el derecho procesal privado romano, tanto en sentido material como procesal, es, por cierto, una acción independiente cuyo fundamento de la demanda (*iudicatum*) es, formalmente, del todo equiparada a cualquier otro fundamento de la demanda (por ejemplo, *emptio venditio*). Sin embargo, no pudo haber escapado tampoco a los romanos el punto de vista que nos parece tan evidente en el derecho moderno, vale decir que la ejecución forma solamente el punto final del pleito y que si bien en forma exteriormente independiente, pertenece a este último». Leopold WENGER. *Actio Iudicati*. Buenos Aires. EJEa. 1954, p. 13.

43 «El caso de la *manus iniectio*, según las XII Tablas es la ejecución de la cosa juzgada; quien tiene una sentencia a su favor, tiene con ello el medio a propósito para la ejecución sobre la persona del deudor, que no puede defenderse sino mediante la intervención de una tercera persona que asuma la responsabilidad de la contestación sobre la validez de la cosa juzgada; grave responsabilidad, pues, si el vindicante perdía la litis, era condenado al duplo de la suma de lo juzgado». SCIALOJA, Vittorio. Cit., p. 149.

Nota del Autor: Hay una sutil diferencia entre lo expresado por SCIALOJA y lo antes transcrito de ARANGIO-RUIZ (Ver 7.1.3.). Para el primero la *manus iniectio* sólo se concede cuando hay sentencia; en cambio, el segundo extiende la hipótesis de procedencia a la confesión judicial.

procedimiento podía liberarse entregando su patrimonio para que con su venta se pague la deuda. Esto último era la *cessio bonorum*.

8. EL SISTEMA EXTRAORDINARIO

Llamado también procedimiento extraordinario o *cognitio extraordinem*, se caracteriza -por oposición al sistema antes descrito- porque no presenta dos etapas procesales (*in iure* y *apud in iudicem*), sino sólo una. Por otro lado, la organización judicial se torna directamente tributaria del poder central, asimismo, se nombran jueces competentes que se hacen cargo directamente de la solución del conflicto que se les encomienda.

El juez es en este sistema un funcionario del Estado, como en la actualidad. Por otro lado, en las distintas ciudades otros funcionarios como el prefecto de policía y los gobernadores de provincia, pasaron a conocer directamente algunos asuntos, utilizando el procedimiento extraordinario. Es de advertirse que este procedimiento mantuvo vigencia simultánea con el procedimiento ordinario durante el Alto Imperio, lo que deja de ocurrir durante el siglo III cuando el extraordinario pasa a ser el único.

Al margen de ser sólo un dato curioso, en sus inicios el procedimiento extraordinario carecía de límites de lugar y de tiempo, por ejemplo, todos los días eran hábiles. Posteriormente, durante Constantino, se prohibió la actividad judicial los domingos. Con el cristianismo el feriado alcanzó a todas las festividades religiosas, por ello los días hábiles se redujeron a 240.

Entre las características del procedimiento podemos anotar que no era imprescindible la presencia del demandado sino que se podía seguir el trámite en su rebeldía, si no se apersonaba dentro de cuatro meses de notificado. Se eliminó también la *in ius vocatio* y se le reemplazó por el emplazamiento regular realizado por el auxiliar correspondiente, al acto se le denominaba *denuntiatio apud acta, libellus conventionis*. Se inicia el apogeo de la escritura. Con este procedimiento la ejecución judicial se sujetaba a lo pretendido en la demanda y se descartaba la exclusividad de la condena pecuniaria. Tal vez la causa de esta diferencia tan importante de este procedimiento con los descritos anteriormente, se encuentre en el hecho de que en el procedimiento formulario desapareció la importancia y trascendencia que tuvo la *litiscontestatio* en las anteriores, lo que a su vez puede deberse a que ésta dejó de tener los efectos novatorio y consuntivo ya descritos.

La sentencia debía estar prolijamente fundamentada y se notificaba leyéndola a las partes. Para su fundamentación, el juez podía consultar a sus *adsores*, cuyos cargos y funciones estaban detallados en el Digesto y el Código de Justiniano. Se encuentra asimismo desarrollada buena parte de la materia recursiva que ahora conocemos. Había recursos ordinarios como la *appellatio* y la *consultatio*, y también extraordinarios como la *supplicatio* y la *in integrum restitutio* o *restitutio in integrum*.

Para concluir, interesa tener presente que el procedimiento extraordinario es, de alguna manera, el procedimiento que durante la mayor parte del siglo XX ha estado vigente en los países latinoamericanos. Son escasas las variantes que encontramos en nuestros procedimientos tradicionales.

9. EL ARBITRAJE EN ROMA

Además de los procedimientos oficiales antes descritos, las partes estaban facultadas para –de común acuerdo– nombrar un árbitro que solucione su conflicto. Este acuerdo (*pactum*) de someter el conflicto a un árbitro se llamaba *stipulatio* o *compromissum*, y se convertía en un *receptum arbitri*, cuando el árbitro aceptaba el encargo, para lo cual regularmente exigía que las partes se comprometieran a aceptar la ejecución de lo que resolviera el árbitro. Si no obedecían, el árbitro, basándose en una *commissa est stipulatio*, le concedía al ganador una *actio incerti*.

El árbitro tramitaba el conflicto de acuerdo con su criterio y admitía como reglas de actuación sólo las que las partes pudieran haber convenido. Si la decisión expedida por el árbitro no era aceptada por el perdedor, el ganador tenía el derecho de recurrir al procedimiento oficial para lograr su ejecución, al ser titular de la *stipulatio*. Es en fecha posterior que Justiniano le dio al fallo arbitral la calidad de título de ejecución, inclusive dispuso que el acuerdo de las partes contemplara siempre una sanción por incumplimiento de la decisión del árbitro.

Hay aspectos del arbitraje en Roma que permanecen inalterados en el derecho contemporáneo, tales como la elección de árbitros en número impar y el que la decisión deje de tener eficacia, si se expide fuera del plazo previsto sin que éste hubiera sido prorrogado. Como se advierte, la «actualización» de la función arbitral es solamente eso, una recuperación de un medio de solución de conflictos de antigua data, caracterizado por ser

complementario con la función jurisdiccional auténtica, es decir, la estatal, y finalmente dependiente de ésta cuando la decisión arbitral definitiva no es cumplida voluntariamente.

10. EL PROCESO EN HISPANIA, PROVINCIA ROMANA

Descrito el proceso en Roma, nos encontramos al final con su expresión procesal más avanzada, el proceso extraordinario. Producida la expansión del Imperio Romano, se difunden también sus claves culturales. Es el caso del Derecho y, para nuestro tema, es lo que ocurrió con el proceso. No debe olvidarse, sin embargo, que la difusión y, en algunos casos, la imposición del derecho romano se hicieron en pueblos que también tenían sus propios métodos de solución de conflictos y sistemas normativos.

Por otro lado, para que el análisis de nuestros antecedentes resulte correcto, es necesario advertir que ese derecho romano ambientado por las costumbres de los pueblos invadidos, sufre una nueva y profunda transformación con la invasión de los pueblos germánicos, quienes aportan también su propio derecho. Esta mezcla maravillosa de dos corrientes distintas del pensamiento jurídico produce una síntesis particular, atendiendo además al Derecho que los pueblos europeos que sufrieron la afectación tenían como propio, como ya se anotó.

Cerremos el obturador de nuestra lente para analizar únicamente lo que ocurrió en la antigua España, por ser

el antecedente directo del derecho procesal que tuvimos y, por cierto, de las costumbres o prácticas comúnmente generalizadas que hasta ahora afectan nuestra actividad procesal.

A comienzos del siglo V, España era una provincia romana en donde regía el procedimiento extraordinario (*extraordinaria cognitio*), con todas las características que ya fueron descritas y las variantes que las costumbres y tradiciones de cada pueblo le fueron imponiendo. Es en estos primeros años del siglo cuando se produce la invasión visigoda. Esta invasión, contra lo que suele afirmarse con cierta ligereza –un mito más– fue menos un acto sangriento y más un lento proceso de asimilación de la cultura de los pueblos invasores.

En el campo procesal se produce un profundo enfrentamiento cultural. Al espíritu racional y abierto del derecho romano, se sobrepone un derecho forjado por hombres dotados de una gran espiritualidad, de un gran sentido religioso y metafísico de la vida. COUTURE utiliza una escena del «Lohengrin» de WAGNER para establecer la diferencia entre uno y otro Derecho⁴⁴.

44 «El primer acto de 'Lohengrin', el poema de WAGNER, es un proceso germánico tal como se puede desenvolver a esta altura. Elsa es acusada de matar a su hermano; el acusador la denuncia ante el Rey, y el Rey ante el pueblo pide que comparezca un defensor, para que luche con el acusador y el duelo decida la culpa o inocencia.

Esto, en términos modernos, asimilando el proceso civil al penal, se llamaría demanda, citación y emplazamiento, nombramiento de defensor de oficio, prueba y sentencia». COUTURE, Eduardo J.. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Depalma. 1979. T. I, p. 294.

En cualquier caso, resulta definitiva la distinción entre uno y otro proceso. El proceso romano, como ya fue expresado, concebía la actividad de juzgar como una función estatal, pero reconocía el carácter privado de los derechos discutidos. En cambio, el germánico tuvo un perfil básicamente comunitario: consideraba que los derechos en disputa eran más públicos que privados, aunque la función judicial como tal careciera de perfil estatal.

El proceso romano está basado en la racionalidad de los participantes; el proceso germánico se sostiene en una concepción mítica de la función judicial. La prueba en el proceso romano es útil para persuadir intelectivamente al juez; en el proceso germánico lo es para acreditar que la divinidad nunca se equivoca, por eso la prueba del fuego o del agua hirviente eran fórmulas basadas en la infalibilidad de los dioses. No se olvide que a diferencia del proceso romano que es casuista y práctico, el proceso germánico tiende a buscar normas trascendentales, con una vocación acentuadamente mística.

En definitiva, la diferencia más importante que podemos encontrar entre el derecho romano y el derecho germánico está dada por sus procesos formativos internos. El derecho romano es construido metodológicamente de lo particular a lo general: son los casos –su descripción y comentario– los que construyen este derecho. En cambio, el derecho germánico forja su crecimiento a partir de la búsqueda de normas genéricas de aplicación universal. En otras palabras, mientras aquéllos inducían, éstos deducían.

11. LA SÍNTESIS CREADORA DEL PROCESO ROMANO Y DEL PROCESO GERMÁNICO

El proceso en las regiones colonizadas por el Imperio, que reconocía como fuente al proceso romano con las variantes que sus costumbres e idiosincrasia le impusieron, es nuevamente removido desde sus cimientos con la aparición del proceso germánico. Como fruto de esta nueva y lenta influencia (dura casi dos siglos), que no fue sangrienta ni negativa como algunos textos desinforman, se fue forjando en estos pueblos –entre ellos los que después van a formar el reino de España– un nuevo tipo de derecho y de proceso.

El producto de la interacción de dos culturas jurídicas, es un derecho distinto y considerablemente superior. Es cierto también que su desarrollo no es uniforme en los pueblos europeos, no se sigue un mismo patrón, el ordenamiento jurídico es distinto según el pueblo germánico de que se trate y el pueblo que reciba la influencia. En el caso de España, esta síntesis cultural produjo un derecho excepcional, como lo anota COUTURE⁴⁵.

Probablemente el producto más importante de esta simbiosis cultural es el Fuero Juzgo o Libro de los Jueces, conocido también –en homenaje a su origen– con el nombre de *Codex Wisigothorum*, *Liber Iudicium*, *Codex legum* o *Liber gothorum*⁴⁶. Su contenido es, por mucho,

45 «Pero en España, por virtud de una serie de características especiales, que sólo se han dado en este pueblo admirable, toma una forma completamente particular». COUTURE, Eduardo J. *Ibidem*. T. I, p. 296.

46 Su vigencia es fijada en el 681, cuando es aprobado por el Concilio

más que la suma del derecho romano y del germánico; constituye la expresión cultural de la época y del pueblo que lo elaboró. Su altísima concepción del hombre y sus valores, lo convierte en un documento de extraordinaria riqueza espiritual. Apréciase una prescripción sobre su concepto de la igualdad y del castigo al que quiere obtener ventaja:

«Todo hombre que tiene pleito y lo da a algún hombre poderoso para que por su ayuda de poderoso pueda vencer a su adversario, debe perder la cosa y el pleito, aunque lo demande con derecho. Y el Juez, si aquél poderoso quisiera intervenir en el pleito, puede prohibirle que lo haga. Y si el poderoso no lo quiere dejar ni quiere salir del pleito, el Juez le debe exigir dos libras de oro, una para sí y otra para la otra parte, y echar al poderoso fuera del juicio por fuerza».

PODETTI se refiere de esta manera al Fuero Juzgo:

«El Fuero Juzgo es un monumento imperecedero del empuje material y del idealismo cristiano de aquel pueblo. Su lenguaje primitivo, de áspera belleza y de admirable concisión, es la antítesis de los prolijos, interminables y casuísticos códigos de las épocas posteriores.

En este cuerpo legal, se fusionan por primera vez los principios jurídicos del pueblo godo y el jus civile (derecho romano) que había influido notablemente en la cultura de los nuevos conquistadores. Y, amalgamándolos, imponiendo su sello inconfundible, en ciertos aspectos de la legislación y de las costumbres, aparece el derecho canónico (...)»⁴⁷.

XVI de Toledo, a fin de superar la dualidad legislativa que en la Península Ibérica habían producido los *Códigos de Eurico y de Alarico*. Fue presentado al Concilio por Flavio EGICA, usando para tal efecto las compilaciones de RECESVINTO y ERVIGIO, reyes visigodos.

47 PODETTI, Ramiro J. Cit., p. 36.

Sin embargo, los estudios demuestran que los grandes textos de la época –como el Fuero Juzgo– tuvieron una aplicación limitada y supletoria en la actividad jurídica regular de ese momento histórico. Muchas fueron las razones para que ello ocurriera, entre ellas citamos la influencia del derecho árabe y la necesidad de España de llevar adelante la guerra de reconquista contra el invasor.

En la práctica regía una suerte de derecho popular tan interesante y complejo como el que hemos descrito. Además, se trataba de derechos distintos, dependiendo de la versión que de los derechos influyentes hubiera desarrollado cada pueblo. Por tanto, aquella concepción unívoca e integral del derecho medioeval es un mito más que debe ser destruido.

Sin embargo, lo expresado no descarta la posibilidad de encontrar caracteres integradores o comunes en los procesos de los distintos pueblos que, un tiempo después, se van a unificar formando el reino de España. En todos se exigía la publicidad de la actuación judicial, inclusive se privilegiaba la plaza pública como lugar natural de esta actividad (adviértase el resabio germánico de este rasgo: en el proceso germánico la actividad judicial era realizada en asambleas populares llamadas *ding* o *tunginus*, según su importancia). Igualmente en estos procesos –influidos una vez más por el derecho germánico, como el caso del *wergeld*, antecedente directo de la conciliación– había una tendencia a buscar el arreglo entre la partes, con o sin la ayuda del juez.

Otras características comunes a todos estos procesos son: su tendencia a la oralidad –una vez más se trata de un rasgo de influencia germánica–; su singular sistema

probatorio que, incapaz de tomar partido por la prueba lógica romana o la prueba ritual germana, optó por incorporar a ambas y le dio usos distintos teniendo en cuenta la naturaleza del conflicto. Finalmente, son también rasgos comunes de estos procesos surgidos del derecho consuetudinario: el predominio de la lealtad y buena fe procesales, así como la conducta pasiva del juez.

12. EL PROCESO CANÓNICO

En la Primera Epístola a los Corintios, San Pablo requiere a los cristianos de esta manera: "¿Osa alguno de vosotros, teniendo algo con otro ir a juicio delante de los injustos, y no delante de los santos?". Se dice que esta advertencia es el punto de partida del derecho canónico, en tanto la pregunta de San Pablo cuestiona a la justicia común, atendiendo a la imposibilidad de encontrar en la sociedad personas con la aptitud moral como para ser jueces.

En un principio la jurisdicción eclesiástica –a cargo de los obispos– sólo abarcaba las controversias entre los miembros de las comunidades religiosas. Posteriormente el emperador Constantino amplió la validez de las sentencias expedidas en este fuero, para cuando las partes estaban de acuerdo en acudir donde el juez eclesiástico. Luego, se ingresa a un período en el que el ámbito de aplicación del tribunal eclesiástico se vuelve a ampliar, tanto que en una epístola decretal de Inocencio III se afirma que, dado que toda usurpación de bienes es un pecado y dada la calidad religiosa del acto, surge el derecho de someter las cuestiones civiles, aunque sea entre legos, a dichos

tribunales. Es pertinente precisar que el procedimiento usado por esta jurisdicción fue el extraordinario.

Es España el lugar de Europa donde la influencia de la Iglesia es mayor. La conversión al catolicismo del hijo de Leovigildo determinó un auge de tal magnitud que, por ejemplo, los obispos pasaron a resolver asuntos de negocios de gran importancia y, además, a supervisar a los jueces.

Siendo la función de solucionar conflictos una expresión trascendente de poder, como ya se expresó, los tribunales eclesiásticos empezaron a eclipsar la importancia de los tribunales comunes, dependientes del poder central. Por esa razón se produjo una reacción de este último, preocupado por defender sus competencias. Esto explica porqué un rey de Castilla, Enrique II, dispuso: "Porque assi como nos queremos guardar su jurisdicción á la Iglesia, y á los Ecclesiásticos Juezes: assaz razon, y derecho es, que la Iglesia, y Juezes Ecclesiásticos, no se entremetan en perturbar la nuestra jurisdicción real"⁴⁸.

Lo expresado fue el comienzo del deterioro de la importancia social de los tribunales eclesiásticos, los que cada vez fueron reduciendo su competencia a las ocurrencias presentadas entre los miembros de las comunidades religiosas. Sin embargo, los desarrollos teóricos realizados por los Padres de la Iglesia –los documentos internos de la jurisdicción como decretales y cánones– siguieron sirviendo de base durante mucho tiempo para

48 Extraído por PODETTI, Ramiro J. *Ibidem*, p. 32, de la obra *Ordenanzas Reales de Castilla, recopiladas y compuestas por el Doctor Alonso Díaz de Montalvo*. Diego PÉREZ. Madrid. 1779. T. I, p. 63.

los estudios sobre el derecho común. Es el caso de obras como el *Corpus Iuris Canonici*, la bula *Clementina Saepe* y otras, todas de considerable importancia en la formación del derecho común.

13. EL PROCESO EN EL DERECHO FORAL

Los aportes jurídicos ya descritos deben comprenderse en el contexto de un conjunto de pueblos en lucha por su unificación y, casi simultáneamente, en lucha por su reconquista. Los aportes del derecho romano, del derecho canónico, del derecho germánico y de la influencia del derecho árabe –el pueblo conquistador– generaron en los pueblos que conformaban el reino de España un derecho propio, autónomo.

Este derecho, llamado *foral*, se caracterizó por la redacción de documentos en los que se describía la actividad jurídica a partir de los casos presentados y sus soluciones. Estos documentos, llamados *fueros*, *cartas pueblas* o *fazañas*, tendrían en la actualidad su equivalente en las revistas o libros de jurisprudencia.

Tal vez este derecho foral no alcance la suficiencia teórica ni la sabiduría del Fuero Juzgo, sin embargo, es expresión real y concreta de lo que el Derecho significó para los pueblos en un momento históricamente determinado (no nos olvidemos de que se estaba viviendo un sistema feudal). PODETTI establece una comparación notable entre el Fuero Juzgo y el Fuero Viejo de Castilla⁴⁹.

49 FUERO JUZGO (ley I, título I, libro XII): «(...) é que terminen todos los pleytos, asi del rico, cuemo del pobre: que non caten a la persona de

Otras manifestaciones del derecho foral son las Leyes del Estilo, el Fuero Real y el Ordenamiento de Alcalá, este último expedido durante el reinado de Alfonso XI.

Sin embargo, no sería completa esta visión sumaria de los ordenamientos procesales, si no se hace mención de los juristas que los elaboraron⁵⁰ y que en conse-

ninguno. Más todavía ésto le mandamos, que contra los omnes viles, que son pobres que atiemplen la pena de las leyes en alguna cosa a los pobres».

FUERO VIEJO DE CASTILLA (ley VIII, título II, libro III): «*Que si ovier algund Fijodalgo pleito con labrador, o con algún Fijodalgo el labrador, e dier pruebas la una parte contra la otra; puede el Fijodalgo decir contra las pruebas, que dier el labrador, que el labrador que non es fijo de velado (legítimo), o que es perjuro, o que es descomulgado; probado esto puedelos desechar, e el labrador ninguna cosa destas non puede decir contra el Fijodalgo*». PODETTI, Ramiro J. *Ibidem*, p. 48.

Nota del Autor: Advuértanse las diferencias de forma y de fondo entre uno y otro ordenamiento. La precisión o la densidad en el lenguaje; también el sentido de justicia o la relación social vertical propia del Medioevo son diferencias dignas de ser destacadas.

- 50 «Los primeros nombres de juristas que, con terminología moderna, cabe calificar de procesalistas aparecen en torno a la obra legislativa de Alfonso X y su formación está basada en la recepción del derecho común, tanto que o son italianos residentes en Castilla o han estudiado en Italia.

DE PALENCIA, Rodrigo, muerto en 1254 y del que se conoce un *Tractatus de positionibus*.

DE SESSO, Ugolino, que debió ser uno de los primeros profesores de la Universidad de Palencia, y autor de *Tractatus de appellatione*, *Tractatus de recusatione iudicum* y *Tractatus de testibus*.

MARTÍNEZ DE ZAMORA, Fernando, muerto hacia 1276 y autor de *Margarita de los pleytos* y *Summa Aurea de Ordine Iudiciario*.

DE LAS LEYES, Jacobo, autor principal de la *Partida III* y de *Doctrinal*, *Flores de Derecho* y *Los noue tienpos de los pleytos*.

cuencia, representan el antecedente de los pensadores (MUTHER, WINDSCHEID, WACH, KLEIN, CHIOVENDA, CARNELUTTI, CALAMANDREI, etc.) que durante los siglos XIX y XX consolidarán la autonomía científica de los estudios procesales.

14. LA PARTIDA III

En pleno siglo XIII, al rey Alfonso el Sabio le correspondió sancionar un ordenamiento jurídico de excepcional importancia: Las Partidas. Para nuestros objetivos, es trascendente la Partida III, probablemente el documento procesal de más profunda y extendida influencia sobre la actividad procesal en Latinoamérica.

El orden procesal que se desarrolla en la Partida III ya no es más producto de la influencia combinada del proceso romano y del germánico. Es, en cambio, un retorno total y definitivo a las fuentes romanas. De alguna manera, la Partida III es la versión procesal del Digesto, a la que se agregan los aportes propios de la experiencia procesal española de la época.

Ésta es, por cierto, la versión pacífica y genérica de lo ocurrido, sin embargo, debe advertirse que, con el acogimiento del derecho común español, es imposible que pudiera haber existido un filtro que haya impedido que el derecho germánico fuese también incorporado.

INFANTE, autor de un formulario titulado *Forma libellandi*, acompañado de un tratado sobre *De como se parten los pleytos en diez tiempos*, ya en el siglo XV». Juan MONTERO AROCA y otros. *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*. Barcelona. Bosch. 1994, pp. 11 y 12.

También es un dato importante que la Partida III haya sido un ordenamiento promulgado por Alfonso el Sabio para el futuro, es decir, no para su aplicación inmediata. Para esto, sancionó otro código procesal, el Fuero Real de España. Es éste el que se aplica durante el siglo XIII.

Sin embargo, con el tiempo, las necesidades de justicia del reino intentaron ser satisfechas a través de un Derecho mucho más sofisticado, teórico, académico, romano, concretamente el cual se hallaba contenido en la Partida III. Pero la notoriedad alcanzada por ésta, no deja de ser, en nuestra opinión, un mito más. Su excelencia no puede ser técnica, por ejemplo, si nos atenemos a sus 633 larguísimas normas, densas, llenas de referencias casuísticas, que la convierten en una obra monumental, pero no necesariamente práctica o útil.

Así y todo, lo dicho no desconoce su excelencia en el uso del lenguaje de la época, lo que produjo un código que a pesar de su sentido casuístico, fue capaz de enhebrar una forma elevada de expresión. Ésta es también la opinión de GÓMEZ DE LA SERNA⁵¹.

Bien podría ser que quienes la han hecho famosa no la hayan investigado o, en todo caso, no hayan reparado en las bondades de su alternativa práctica, el Fuero Real de España: simple, expeditivo, popular y, como dice

51 «La exactitud, mejor quizá diríamos, el rigor con que se emplean las palabras y el cuidadoso afán con que está manejada la sintaxis, evitan interpretaciones torcidas y dan a las leyes una claridad que por desgracia, carecen de anteriores y posteriores a este código inmortal». Pedro GÓMEZ DE LA SERNA. Prólogo a *Las Partidas*. II, p. XXIV.

COUTURE, «(...) con soluciones concretas y adecuadas a la realidad»⁵².

No se puede desconocer la importancia de la Partida III como compendio del conocimiento procesal de la época y además por su extraordinaria capacidad de irradiación, sin embargo, su majestuosidad debe ser apreciada sólo desde la óptica de su riqueza teórica.

15. EL PROCESO EN LOS ORDENAMIENTOS ESPAÑOLES POSTERIORES A LA PARTIDA III

Hay reformas procedimentales importantes en España en materia procesal después de la Partida III. Así, anotamos la Ley de Toledo de 1480, que crea un proceso civil plenario rápido, en la línea de los procesos estatutarios italianos, es decir, los vigentes en las ciudades-estado. También anotamos la Ley de Medina del Campo de 1494, referida al expeditivo proceso mercantil.

Una norma importante promulgada por los Reyes Católicos después de la Partida III son las *Ordenanzas Reales de Castilla*. De la misma época y promulgada por los mismos monarcas son las Leyes de Toro, norma curiosa porque no busca derogar otras leyes sino simplemente aclarar las dudas que provocaba la lectura de las vigentes.

La necesidad de aclarar las normas vigentes se repitió también en el caso de las llamadas *Ordenanzas Reales de Castilla*, elaboradas por el Doctor DÍAZ DE MONTALVO, cuyo

52 COUTURE, Eduardo J.. *Estudios...*, cit., T. I, p. 304.

resultado había sido mediocre. Éste es el origen de la llamada *Nueva Recopilación*, promulgada por Felipe II en 1567. Intervinieron en su elaboración los doctores Pedro LÓPEZ DE ALCÓCER, abogado de la Audiencia de Valladolid, Escudero y Pedro LÓPEZ ARRIETA, estos últimos del Consejo de Castilla, quienes lamentablemente no pudieron ver concluida su labor, empeño que fue coronado por el Licenciado Bartolomé de Atienza, también del Consejo de Castilla. En el caso de este ordenamiento, fue más la expectativa y el propósito de sus autores, que el resultado obtenido. Se pretendió una norma sistemática y coherente, pero el resultado fue un documento extenso (constaba de nueve Libros, distribuidos en Títulos y Leyes) y lleno de confusiones⁵³. Lo que es peor, la incertidumbre fue tal en aquellos años, que la necesidad de uniformidad –después de todo una manifestación de la seguridad jurídica– determinó que las previsiones del derecho romano empezaran a prevalecer sobre la legislación patria, no sólo en su aplicación, sino sobre todo en su estudio, en perjuicio de la doctrina nacional.

53 «La Nueva Recopilación no satisfizo a los juristas; si bien su método de trabajo sale del ámbito de la crítica, y, por lo tanto, ésta no se formula sistemáticamente, sino más bien de modo esporádico en general, tal falta de satisfacción se nota en las obras de la época. En los siglos XVIII y XIX se la juzga con gran severidad. 'Si corruptas, si mutiladas y truncadas habían estado las leyes en el Ordenamiento del Doctor MONTALVO, mucho más lo fueron por los autores de la Nueva Recopilación, y se conservaron en ellas infinitas superfluas que añadían mucha mayor confusión a la jurisprudencia'. Tal fue el epitafio que puso a este Cuerpo el agudo historiador valenciano Don Juan Sempere y Guarinos». FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Temas del Ordenamiento Procesal*. Madrid. Tecnos. 1969. T. I, p. 33.

Dos autores de la época, trascendentes en el desarrollo del derecho procesal español fueron, de un lado, Juan DE HEVIA BOLAÑOS, natural de Oviedo, quien escribió la *Curia Philipica* en Lima, hacia 1615. Esta obra, de gran sencillez y utilidad práctica, ha tenido pleno reconocimiento^{54y55}. Se dice que el autor fue portero de la Audiencia de Lima. Sin embargo, otros consideran que era el nombre que usaba un oidor de la Audiencia, don Juan de Solórzano, para mantener el anonimato. El otro es Alonso de Villadiego, autor de la *Instrucción política y práctica conforme al estilo de los Consejos, Audiencias y Tribunales de la Corte y otros ordinarios del Reyno*, publicada en 1617.

Para efectos de nuestra herencia procesal, cabe precisar que en 1680 Carlos II promulgó para la América colonial la *Recopilación de leyes de los reynos de las Indias*. Su Libro Quinto regulaba todo lo concerniente a los procedimientos.

Resulta importante citar en este recuento las *Ordenanzas del Consulado de Bilbao*, promulgadas por Felipe V en 1737. Si bien están referidas al aspecto comercial, se trata de normas armónicas, coherentes, y sobretodo, expeditivas en atención a la celeridad que exigen los ac-

54 «La agudeza del autor y la sistemática, relativamente clara, hacen de la obra consulta indispensable. Incrementada posteriormente por otros materiales, supone una clarificación de interés en el Derecho procesal vigente; (...)». FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Ibidem*. T. I, p. 37.

55 «Esta obra notable no sólo por su utilidad, sino también por su método, sobriedad y exactitud sobrepasó los límites de los libros pertenecientes al Derecho Indiano, siendo consultada también prolijamente en España». BASADRE, Jorge. *Cit.*, p. 313.

tos de comercio. Para obtener tal ventaja, tomaron como modelo el procedimiento sumario contenido en la Bula *Saepe contingit* en lugar del juicio ordinario español, que tuvo como arquetipo a la Partida III. A esta época pertenece otro jurista, don Juan de Acedo y Rico, Conde de la Cañada, miembro del Consejo de Castilla en época de Carlos IV. Su obra se llamó *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, en todos sus trámites, según que se empiezan, continúan y acaban en los Tribunales Reales*.

La necesidad de uniformizar la legislación impulsó al Rey Carlos IV a nombrar a don Juan DE LA REGUERA VALDELOMAR para que elaborara un nuevo ordenamiento compilador y ordenador de la legislación. De allí que en 1805 entre en vigencia la *Novísima Recopilación*, cuyo Libro XI (*De los juicios civiles, ordinarios y executivos*) estaba dedicado a los procesos civiles. Se trata de una obra deficiente y confusa, por lo que recibió la crítica unánime de los juristas de la época.

Es importante citar también los aportes procesales producidos por las Cortes de Cadiz. Precisamente la Constitución forjada allí, el 19 de marzo de 1812, declaró la uniformidad procesal para todo el Reino de España, la reducción de los fueros especiales y, sobre todo, la separación de las potestades estatales. Sin embargo, su aporte más importante es, sin duda, la creación del Supremo Tribunal de Justicia, único para toda España.

Otro hito importante en este recuento es la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. Su mayor virtud, nos parece, es haber tendido a la unificación de la normatividad procesal existente antes de su dación. Aunque su

sistemática lamentablemente tiene también múltiples confusiones⁵⁶.

El último dato relevante de esta breve historia del proceso civil español es la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, actualmente vigente en España y probablemente el ordenamiento procesal de mayor influencia en los códigos sudamericanos de la primera mitad del siglo XX. Se trata de un ordenamiento casi totalmente desprovisto de los aportes de la, en aquel entonces, incipiente ciencia procesal. Nació atrasado para su época y, sobre todo, revejido para el rol difusor que la historia le tenía deparada.

Es muy importante precisar que casi todas las disposiciones citadas, que expresan la evolución del derecho procesal en España –salvo el caso de las *Ordenanzas de Bilbao*– están conectadas por una fuente común: el sometimiento a los principios doctrinales que orientan el procedimiento ordinario, es decir, a la Partida III que, después de todo, es descendiente directa del *solemnis ordo iudiciorum*. Es curioso cómo esta tendencia ha marcado la existencia de fórmulas procesales achatadas,

56 «Pero la Ley de 1855 dio una relativa ordenación al proceso civil; aunque supusiera el fallo en el paso definitivo hacia la construcción de un proceso progresivo, clarificó mucho toda una serie de oscuras situaciones que se producían. Siguiendo unas reglas con las cuales el Foro se sentía, al parecer, identificado tradicionalmente, si bien favoreció una mejora de su funcionamiento. Vista la grave coyuntura política en que la Ley se elaboró y las circunstancias que concurrieron, cabría pensar en que, quizá, una parte de las culpas que sobre los autores se cargan, se debería cargar sobre iniciativas y desarrollos posteriores; desde 1855 a 1881, pasó mucho tiempo, y hubo muchas posibilidades. También las ha habido después, y aún no se han agotado». FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Temas...*, cit., T. I, p. 111.

morosas, sin vida. Y lo que es más, es ésta precisamente la corriente que hemos recibido en Latinoamérica y, por cierto, es la que determinó la elaboración de procedimientos alambicados, dolorosamente extensos e inexplicablemente persistentes hasta pasada la segunda mitad del siglo XX. FAIRÉN GUILLÉN reflexiona con agudeza sobre este tema⁵⁷.

16. EL PROCESO EN EL PERÚ PREHISPÁNICO

La información que se tiene sobre la época previa al Tawantinsuyu es precaria⁵⁸. Sin embargo, está fuera de toda duda que una organización socio-económica como el Ayllu debió contar con un sistema de solución de conflictos en la cual los curacas y apus debieron cumplir probablemente una función similar a la jurisdiccional. Con referencia a la cultura Moche se ha descrito la reali-

57 «Nuestra Ley Procesal actual (se refiere a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881) ha seguido la misma orientación; gira en torno a un tipo de proceso descendiente directo del *solemnis ordo iudiciarius*; en tanto que los juicios plenarios rápidos, que deberían de haber suministrado el caudal doctrinal a nuestra Ley, han quedado en segundo término, separados y oscurecidos por el llamado de mayor cuantía. (...) ¿Cuáles han sido las causas inmediatas de esta defectuosa evolución histórica?, ¿Por qué la doctrina, o bien separó, o bien pretendió asimilar forzosamente los juicios rápidos al lento?, ¿Por qué no ocurrió justamente lo contrario, tal como en otros países?». FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Proceso...*, cit., p. 219.

58 «Resulta, pues, sino imposible, por lo menos muy aventurado ocuparse en detalle de las instituciones en general, y especialmente de las de carácter jurídico, anteriores a los Incas». BASADRE, Jorge. *Cit.*, p. 73.

zación de un proceso judicial, tomando como fuente su iconografía⁵⁹.

Lo expresado sobre el período anterior al Tawantinsuyu no significa necesariamente que los datos que se tienen sobre la actividad judicial en el Estado Inca deban considerarse absolutamente confirmados. Nótese que usualmente la información con que se cuenta sobre la materia tiene como sustento la obra de los cronistas, quienes teóricamente tuvieron la ventaja de haber escrito sobre hechos que ocurrían en su rededor o, por lo menos, de haber recibido el dato oral retransmitido por generaciones, sobre la base de un sistema sustentado en funcionarios llamados *quipucamayocs*, dedicados con exclusividad a tal fin. Sin embargo, la veracidad del dato histórico surgida de la obra de los cronistas es más aparente que real⁶⁰. De hecho, la información que se obtiene

59 «Por otro lado, la administración de justicia en la cultura Moche tiene todas las características de un proceso formal, conducido por una jerarquía religiosa y militar que llevaba el procedimiento en especial contexto: Generalmente se admitía como divino el origen de quienes gobernaban y conducían el juzgamiento, de tal suerte que las prerrogativas para la defensa eran mínimas y escasas las posibilidades de obtener benevolencia». MIRANDA FLORES, Juan. *La Justicia en el Perú Pre-Hispánico*. En: *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo. Normas Legales. Año XLV. N.º 2. Abril-junio de 1995, p. 16.

60 «Precisa examinar, por lo demás, con cuidado los datos suministrados por estos cronistas. Todos ellos incurrieron en errores diversos, por su desconocimiento de ciencias como la antropología, la etnología y la sociología; y porque, al describir las costumbres de los indios, se dejaron llevar por las ideas dentro de las que se movían. Por ejemplo, ignoraron la existencia del matriarcado y sólo concibieron la familia paternal y agnática, y en general, las clasificaciones jurídicas emanadas del Derecho Romano.

de estas fuentes es regularmente contradictoria, además suele estar plagada de inexactitudes.

En el origen de esta información inexacta, tiene considerable importancia la tendencia de la mayoría de los cronistas a imputarles a los antiguos americanos exactamente los mismos defectos que se supone tenían los árabes, de quienes en esos años España recién se había liberado, luego de una cruenta lucha de siglos. Es decir, utilizando un mecanismo de defensa llamado *desplazamiento* por el Psicoanálisis, trasladaron los defectos del enemigo que mejor conocían a aquél que, por ambición, lo consideraron también rival⁶¹. Así, se afirma –siguiendo

Además muchos cronistas y no de los menos valiosos, al hacer el cuadro de las instituciones, prefirieron relatar la sucesión de dinastías y de soberanos o los acontecimientos de la conquista». BASADRE, Jorge. Cit., p. 74.

- 61 «Pero en los primeros momentos, los españoles carecían de experiencia etnográfica adecuada y de criterios para obtener información y, como consecuencia, identificaron a los pobladores andinos, por ejemplo, con el único pueblo infiel que enriquecía la experiencia española: los moros que dominaron España desde siglos antes y que, en el propio año de la llegada de Colón a América, fueron desalojados del gobierno político del último reino que mantuvieron: Granada. A eso se debe que los primeros cronistas de las décadas de 1530 y 1540 no tuvieran ningún inconveniente en precisar que los hombres andinos adoraban a sus divinidades en mezquitas, que sus autoridades disponían de serrallos cuidados por eunucos o, en forma más simple pero más directa, indicar que los habitantes de la costa norte del Perú actual hablaban como si fueran árabes peninsulares». PEASE GARCIA-YRIGOYEN, Franklin. *¿Por qué los andinos son acusados de litigiosos?* Ponencia del autor en el Congreso de Derechos Culturales realizado en Lima los días 17 y 18 de julio de 1995, organizado por las Facultades de Derecho y de Letras y Ciencias Humanas de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

a las cronistas— que en los procesos los jueces descubrían la verdad utilizando ordalías o juicios de Dios⁶², afirmación absolutamente falsa y sólo explicable en el ánimo de imputarle al poblador andino tendencias de los pueblos germánicos, calificados como *bárbaros*.

Con este antecedente, desarrollaremos el tema que se relaciona con la existencia del proceso en el Estado Inca, opinando previamente sobre una cuestión más genérica: ¿existió el Derecho prehispánico? Como es evidente, la respuesta a la interrogante planteada pasa por identificar el significado que se le otorga al concepto Derecho. Si, por ejemplo, consideramos que éste es un conjunto de normas que regulan la conducta social de un grupo humano relativamente permanente, sin duda el Derecho no existió en estas tierras antes de la llegada de los españoles. Sin embargo, si consideramos que el Derecho es el fenómeno social a través del cual el Estado se organiza y concreta un sistema de ejercicio del poder con y entre sus súbditos, no cabe duda de que antes del siglo XV hubo Derecho en América.

Sin dejar de reconocer que el tema es polémico⁶³, consideramos que partiendo de la validez de la tesis de IHERING, según la cual el Estado crea el Derecho por

62 «En las cárceles del Cusco los jueces descubrían también la culpabilidad o inocencia de los acusados sometiéndolos a verdaderos juicios de Dios; los que eran afortunados en esa terrible prueba, salían de la reclusión y al incorporarse a su comunidad se les miraba con respeto como gentes a quienes un estigma divino había señalado su inocencia». URTEAGA, Horacio. *La Organización Judicial en el Imperio de los Incas. Contribución al estudio del Derecho peruano*. Lima. Librería e Imprenta Gil. 1928, p. 38.

necesidad, en nuestra opinión éste existió en la América precolombina, en tanto resulta expresión de la necesidad de reglamentar la organización política y social de un grupo humano en sus múltiples relaciones. Ahora bien, si este concepto de Derecho no es exactamente el más reconocido contemporáneamente para definir esta ciencia, que en nuestra opinión es fundamentalmente una superestructura, tal hecho no lo cuestiona, dado que simplemente tendrá que admitirse que no estamos ante un concepto unívoco.

Retornando al tema inicial, los que reconocen autenticidad a la información de los cronistas afirman que durante el Estado Inca hubo proceso. Es el caso, por ejemplo, de MAC LEAN⁶⁴, pese a que éste se refiere específicamente

63 «En consecuencia, el uso de la palabra «Derecho» para designar estas realidades ajenas conlleva ciertos peligros, ya que ese «Derecho prehispánico» no opera con las mismas características de aquello que nosotros llamamos Derecho. Por ejemplo, la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado 'está muy lejos del pensamiento jurídico de los pueblos primitivos'; y, de otro lado, en estas circunstancias es muy difícil la separación estricta entre principios jurídicos y morales. Como puede notarse, TRIMBORN se refiere a un «Derecho prehispánico» que no es nuestro Derecho; pero tampoco puede definir claramente ese concepto que pretende significar con tal palabra, ni nos demuestra cuál es el elemento común (aparentemente universal) que permite utilizar el mismo término para nombrar tanto una relación social precolombina como una relación social netamente occidental». DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *¿Hay un «Derecho» prehispánico?* En: *Ius et Veritas*. Lima. Año III - N.º 4. Mayo de 1992, pp. 44 y 45.

64 «El estado inca ejercía la acción penal, pesquisando y castigando los delitos, actuando en nombre del interés colectivo, salvo casos que pertenecían a la costumbre; y la justicia se ejercía de oficio aunque el agraviado renunciase a ella. Para la aplicación de la ley sustantiva existió la ley procesal porque el estado inca no sólo

a la justicia penal, la que por lo demás está presente en todas las sociedades primitivas, en su aspecto compensatorio. Afirma también que los funcionarios imperiales se encargaban de la actividad judicial además de sus propias funciones políticas. Ésta es la razón por la que considera que el Inca, como "(...) juez supremo, tenía jurisdicción en todo el imperio y podía resolver cualquier causa. El Consejo Real ejercía autoridad sobre las cuatro regiones del imperio. El Tucuyricoc administraba justicia en la Provincia de su mando o en otra que era comisionado para pesquisar, o si estando así en la provincia se realizaban delitos. Así lo informa CIEZA DE LEÓN"⁶⁵. Nótese cómo la información es expresada basándose en antecedentes históricos del occidente europeo conocido y presente en las coordenadas mentales del cronista, como exclusivo punto de referencia para entender y explicar la organización social de los pueblos conquistados, a tal extremo que les resulta absolutamente secundario confirmar si las instituciones o actividades realmente existieron u ocurrieron.

ejerció la función de perseguir al delincuente y calificar el delito, sino también la de juzgar y aplicar las penas. Es evidente, pues, que en el Perú de la época incaica hubo proceso y enjuiciamiento. Este enjuiciamiento fue oral y público, y en la audiencia se realizaban las pruebas testificales y las otras mágicas en que los magistrados se valían de amuletos y ritos supersticiosos. Al presunto delincuente se le hacía prestar confesión atormentándolo. La prueba mágica fue una verdadera ordalía o juicio de dios, pues encerraban al delincuente en una cárcel subterránea llena de animales dañinos con el objeto de probar su inocencia o culpabilidad, como lo afirman CIEZA y MORÚA». MAC LEAN ESTENÓS, Percy. *Historia del Derecho Procesal en el Perú*. En: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires. EDIAR. Año III. N.º 2. Segundo Trimestre de 1945, p. 240.

65 MAC LEAN ESTENÓS, Percy. *Ibidem*, p. 241.

Se trata de una descripción histórica en la que, por acto reflejo, el investigador tomó como referencia su espacio y su tiempo, defecto científico que los sociólogos suelen denominar *etnocentrismo*⁶⁶.

Esto significa *mutatis mutandi* que la descripción de los cronistas sobre la actividad judicial en el Estado Inca sigue el modelo del derecho romano. Sin embargo, la organización social incaica no tuvo un sistema judicial autónomo, sino un sistema jurídico basado en las relaciones de parentesco, las que asentaban y le otorgaban solidez a los derechos y obligaciones entre los pobladores andinos. Lo afirmado descarta que en el Tawantinsuyu hubiera funcionarios encargados específicamente de la solución de conflictos de intereses, es decir, jueces, por lo menos en el concepto que de éste tenemos contemporáneamente⁶⁷.

66 «De igual forma se fue escribiendo una historia donde progresivamente se establecieron categorías empleadas por la historiografía grecolatina, principalmente romana, se definió la organización política incaica bajo criterios europeos con notable influencia de las grandes sociedades antiguas mediterráneas: se pensó que hubo un monarca, cuando en realidad existía una autoridad dual, donde el Inca *hanan* y el Inca *urin* coexistían, quizás cogobernaban, y donde todos los curacas eran igualmente parte de una diarquía, (...).

Así, los criterios historiográficos que los autores del siglo XVI aprendieron en las páginas de Tucídides, de Julio César y de tantos otros, ingresaron a perfilar –definir– los temas y las pautas de elaboración de una historia de los Incas». PEASE G.Y., Franklin. Cit., pp. 5 y 6.

67 «La población andina no había tenido un régimen judicial previo, es decir, no había existido un tipo de funcionario o autoridad *externo al grupo de parentesco* que resolviera los conflictos que surgían entre la población. (...).

17. EL PROCESO EN LA COLONIA

Como en el caso de la información sobre el Estado Inca, los cronistas que detallan la actividad judicial en la Colonia “encontraron” un gran defecto en el poblador americano: descubrieron que tenía una tendencia a usar exageradamente los “juicios”. Ésta fue la razón por la que se expidió un conjunto de disposiciones legales tendentes a limitar esta predisposición al conflicto. Una vez más, se imputa al poblador andino un vicio que, aun en la hipótesis negada de que lo padeciese, sería consecuencia del invasor, pues resulta discutible aseverar la existencia de un sistema procesal previo a la presencia española.

Lo que ocurrió en realidad fue que, siendo el proceso un instrumento para el cumplimiento forzado de los derechos materiales, éstos fueron modificados radicalmente por el invasor, quien en este aspecto también impuso su sistema jurídico. Como resulta evidente, una nueva concepción de las relaciones jurídicas materiales significó en la práctica una alteración de las relaciones

En realidad, la solución de los conflictos se encontraba dentro del propio grupo étnico, e incluso en el espacio del parentesco; formaba parte muy posiblemente de las atribuciones del curaca, aunque es más factible que hubiera un *camayuc* específicamente dedicado a la resolución de casos de conflicto. A ello se debe que, a través del tiempo, en las comunidades andinas, que surgieron después de las reformas administrativas del virrey Francisco de Toledo, exista un personaje que tiene, aún en nuestros días, la función estable de solucionar conflictos, al mismo tiempo que los antropólogos reconocen la vigencia de un día al año que se encuentra dedicado a peleas postergadas hasta ese momento». PEASE G.Y., Franklin. *Ibidem*, pp. 7 y 8.

sociales al interior de la comunidad, en tanto los “nuevos derechos” se superponían a los tradicionales y los contradecían regularmente. Cuando el derecho vigente en un sistema social carece de la consensualidad más elemental, es decir, cuando es ajeno a las pautas sociales regularmente reconocidas en la comunidad, éste, en lugar de ser el instrumento natural para la convivencia social, se convierte en una fuente de conflictos⁶⁸.

Un sistema jurídico que privilegió la regulación de las relaciones fuera del círculo familiar o de parentesco desestabilizó un sistema de regulación social endógeno y exigió al poblador andino aprender e incorporar un conjunto de formalidades –firma de documentos, por ejemplo– destinados a “probar” aquello que antes de la invasión se aceptaba casi sin discusión. Con ello, no sólo se modificaron las relaciones entre las personas, sino también entre éstas y los bienes, a los cuales se empezaron

68 «Los españoles dispusieron una serie de derechos diferenciados de los previos existentes en los Andes. Establecieron que la situación de una persona no se definía por un ritual –de iniciación por ejemplo– sino por medio de una herencia que aseguraba la transmisión generacional del derecho: un curaca, entonces, no debía ser designado en medio de un ritual, ni pasar por la iniciación –o cadena de iniciaciones– correspondiente, sino que su situación era producto de la transmisión del derecho del padre. Tal cosa obligó a los hombres andinos –como a todos los americanos– a fabricar aceleradamente genealogías a todo nivel, pues el nuevo régimen establecía que los derechos se heredaban, no sólo en el caso de los incas, sino en el de todas las autoridades. Debíó llamar la atención a los españoles un hecho peculiar: la conclusión a la que llegaron inicialmente algunos de ellos acerca de que el derecho ‘sucesorio’ funcionaba entre hermanos, previamente a la transmisión del derecho del hijo (en realidad a la siguiente generación); (...). PEASE G.Y., Franklin. *Ibíd.*, p. 11.

a superponer “derechos” que el andino jamás conoció, como el de propiedad, por ejemplo.

Finalmente, la imputación al poblador nativo de tener una tendencia a litigar en exceso sería, en la hipótesis negada de que haya sido cierta, absolutamente justificable. Las relaciones sociales verticales, impuestas a sangre y fuego por el conquistador, condujeron al expoliado a luchar contra el sistema de la única manera que su marginación social, política y económica le permitió: litigando.

La organización del servicio de justicia en la Colonia: Para efectos judiciales, el territorio conquistado por España fue dividido en doce distritos judiciales, los que a su vez tenían como órgano nuclear a las audiencias, las que dependían del Supremo Consejo de Indias –con sede en España– y a su vez estaban divididas en gobiernos o regimientos y alcaldías. Las audiencias, específicamente la de Lima, que era considerada la más importante, cumplían diversas e importantes funciones, desde asegurar los derechos de España en sus colonias hasta vigilar que los virreyes y demás autoridades ejercieran su autoridad sin incurrir en abusos.

Dada la presencia de los virreyes en la conformación de los tribunales, y a fin de evitar que la función ejecutiva afectara el ejercicio de la función judicial, se establecieron reglas. Así, por ejemplo, a pesar de que los virreyes eran los presidentes de las audiencias, su ausencia no impedía su funcionamiento. Tampoco tenían voto en asuntos de justicia, aunque sí debían firmar las sentencias. Por otro lado, si a pesar de lo regulado los virreyes cometían abusos, las audiencias podían requerirlos e inclusive dar cuenta al Rey.

En el caso de la Audiencia de Lima, ésta se encontraba conformada por el virrey –en su calidad de gobernador, capitán general y lugarteniente del Rey– y por ocho oidores (cuatro alcaldes del crimen, dos fiscales, un alguacil mayor y un teniente del gran canciller). Su competencia se extendía desde Paita hasta Chile. La Audiencia de Lima funcionó hasta 1821, año en el que se creó una Cámara de Apelaciones en Trujillo, la que posteriormente fue trasladada a Lima, y se creó otra en el Cusco.

El servicio de justicia en la Colonia puede ser calificado de insuficiente y socialmente ineficaz. Así, el procedimiento iniciado ante los Intendentes y Corregidores –funcionarios judiciales y políticos, a la vez– como instancia previa a las audiencias, era, además de lento, considerablemente oneroso, a lo que se agregaba el hecho de que el expediente que contenía el proceso debía ser enviado a la sede de la audiencia, no sólo una vez concluida la primera instancia si se producía apelación, sino tantas veces como incidentes se produjeran en su trámite. Es de imaginarse, por ejemplo, el tiempo y costo que debe haber tenido enviar un expediente del Cusco a Lima, por lo menos hasta el 3 de mayo de 1787, fecha en que por Real Cédula se creó la audiencia del Cusco.

Por otro lado, había casos en los que la decisión judicial expedida por la audiencia era recurrida y los autos debían enviarse a España para ser resueltos por el Supremo Consejo de Indias⁶⁹. Con lo descrito se puede

69 «Los curacas de Jauja alcanzaron a enviar uno de ellos a España para proseguir sus pleitos, costumbre que fue seguida después por muchos curacas litigantes que, ante la lentitud y otras dificultades

advertir el lamentable ingreso que tuvo la actividad judicial a la escena histórica de esta parte de América. Otra conclusión que se desprende de lo relatado es que la actividad judicial en la Colonia fue elitista, en tanto su duración y costo sólo podía ser soportado por litigantes solventes.

18. EL PROCESO CIVIL EN EL PERÚ Y EN LATINO-AMÉRICA

El horizonte teórico contenido en la Partida III irradió su influencia durante todos los siglos que duró el dominio español en las tierras conquistadas y luego colonizadas por España. Sea en su texto original o después en sus sucesivas reformas legislativas, tales como la Recopilación, las Leyes de Indias o posteriormente las Reales Cédulas, expedidas estas últimas para ser leyes en las colonias, se advierte que la Partida III constituye el documento procesal más influyente en estas tierras hasta fines del siglo XIX, y en algunos casos de forma indirecta —mediante las Leyes de Enjuiciamiento Civil españolas de 1855 y 1881, presuntamente modernas— hasta el mismo siglo XX.

Sólo años después de concluidos los movimientos independentistas, se iniciaron los intentos codificado-

derivadas del universo judicial local, o ante la imposibilidad de controlar las apelaciones a tan larga distancia de la metrópoli, optaban por viajar a la península ibérica. Curaca hubo que alcanzó a residir en Sevilla siete años en busca de la nueva justicia». PEASE G.Y., Franklin. *Ibíd.*, p. 13.

res propios de las repúblicas nacientes. Esto significa que en casi todas las naciones sudamericanas –como el Perú⁷⁰– continuaron rigiendo los ordenamientos españoles después de declarada la independencia.

En lo que respecta al proceso civil, el primer logro en el Perú debe adjudicarse al general Andrés de Santa Cruz. El Congreso Constitucional de Bolivia sancionó en 1833 –22 años antes de la primera Ley de Enjuiciamiento Civil de España– un ordenamiento procesal de 1534 artículos. Con la vigencia de la Confederación Perú-Boliviana, este código así como otro de procedimientos en sede penal pasaron a regir en el Perú, por Decretos de 28 de octubre y 1 de noviembre de 1836, respectivamente. Poco tiempo después, en 1838, estos códigos fueron declarados insubistentes (*sic*) por el General Orbegoso, decisión que la extendió al Reglamento Orgánico de Juzgados y Tribunales del 10 de diciembre de 1836, por decreto del 31 de julio de 1838, en el que también ordenó que se aplicara la legislación española vigente antes de 1836, hasta que el Congreso promulgara las leyes respectivas.

70 «Además de las Ordenanzas de Bilbao rigieron en América las Ordenanzas Militares, las generales de la armada, la Ordenanza Naval y las Ordenanzas de Matrícula de Mar.

Las Ordenanzas Militares, cuya fecha es 1728, fueron modificadas en 1788 y así rigieron con alteraciones de detalle hasta 1899. Las Ordenanzas generales de la Armada dadas por Carlos IV en 1793 fueron derogadas por la Ordenanza Naval en 1802 que rigieron con derogaciones parciales hasta principios del siglo actual. Las Ordenanzas de matrículas (referentes al arreglo y disciplina de los matriculados de marina, milicias navales y demás individuos de ese gremio) son también de 1802 y su duración fue análoga». BASADRE, Jorge. Cit., p. 266.

Se trata de un ordenamiento de excelente factura para la época. Es un ejemplo, por otro lado, de cómo algunos hitos históricos se repiten aun en ámbitos geográficos distintos. En la estructura y contenido de este código se advierte la influencia de tres fuentes distintas. Por un lado, la racionalidad de algunas instituciones del proceso romano, como la lógica en el ofrecimiento, actuación y valoración de las pruebas, la autoridad de la cosa juzgada, entre otras. Por otro, la influencia del proceso germánico expresada en la exigencia de una audiencia de conciliación previa al inicio del proceso, para citar un ejemplo. Y, finalmente, como no podía ser de otra manera, el Código recibió la influencia de la práctica procesal colonial, por lo que, por ejemplo, empezó a ser estricta y penosamente escrito, más allá de sus antecedentes.

Por cierto, la derogación de los ordenamientos cruceños determinó que el retorno a las leyes españolas significara un caos en su aplicación. Lamentablemente, el Perú de aquellos años era también un país convulsionado, por lo que la regularización del sistema jurídico tomó más tiempo del debido. Así, sólo por ley de 9 de octubre de 1845 se nombró una Comisión codificadora, la que cumplió con su misión. Otra vez una serie de desencuentros postergaron la dación tanto del ordenamiento civil como del procesal civil. Finalmente, por ley del 5 de junio de 1851 se nombró una comisión especial compuesta por dos senadores y cinco diputados para que examinen, reformulen y corrijan los proyectos de los códigos civil y de procedimientos. Concluida esta revisión, se expidió la ley respectiva y entró en vigencia el 28 de julio de 1852, tanto el Código Civil como el de Enjuiciamiento en Materia Civil.

Al margen de su frondosidad y excesivo detalle (formalidad abundante, plazos prolongados y trámites innecesarios), la Ley de Enjuiciamiento en Materia Civil constituyó un hito en la institucionalización del país, en tanto no sólo acabó con el uso en territorio peruano de la legislación procesal española, sino también porque puso fin al caos existente en la materia.

Sin embargo, a comienzos del siglo XX era imprescindible una reforma en el procedimiento civil. Ésta fue la razón por la que el 15 de abril de 1904 se empezó a reunir –por autoconvocatoria– un Comité de Reforma Procesal.⁷¹

En 1908 el Comité concluyó sus funciones y puso a disposición del Congreso los proyectos de Código de Enjuiciamiento Civil, de Ley Orgánica del Poder Judicial y de Ley del Notariado. Por ley del 15 de diciembre de 1911, se aprobaron los proyectos y se precisó la fecha de inicio de su vigencia para el 28 de julio de 1912. El proyecto referido a nuestro tema pasó a ser el Código de Procedimientos Civiles.

La poderosa influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1881 determinó que el Código de Procedimientos Civiles, como le ocurrió a su modelo, no trajera ninguna innovación, a pesar de que los aportes de la ciencia procesal ya estaban en posibilidad de ser

71 Este Comité estuvo formado por los siguientes doctores: Anselmo Barreto, Luis Villarán, Pedro Carlos Olaechea, José Matías Manzanilla, Manuel Vicente Villarán, Víctor Maúrtua y Plácido Jiménez. Posteriormente se incorporaron los doctores Francisco Eguiguren y Alfredo Solf y Muro.

aprehendidos. Resulta patético indicar que en la Memoria por la apertura del año judicial de 1942 –treinta años después de su entrada en vigencia– el Presidente de la Corte Suprema, doctor Carlos ZAVALA LOAYZA, decía del Código que: “(...) no ha conseguido desterrar los males y corruptelas que hacen interminables sus procesos, no siendo extraño ver en trámite algunos de mayor antigüedad que el Código mismo”.

A pesar de la urgencia social de una reforma integral del proceso civil peruano, transcurrieron muchos años sin que nada trascendente ocurriera, a tal extremo que el Código de 1912, a pesar de haber nacido envejecido, se mantuvo vigente durante 81 años. Si bien en dicho transcurso puede ser posible anotar la existencia de muchas comisiones revisoras o reformadoras y otras tantas modificaciones al Código –más cosméticas que útiles– describirlas sería en realidad hacer referencia a experiencias frustradas o encubridoras del cambio sustancial que realmente se requería. Lo cierto es que el Código de 1912 fue recién derogado por el Decreto Legislativo N.º 768, habiendo entrado en vigencia el actual Código Procesal Civil el 28 de julio 1993.

19. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La historia del proceso es un fresco de la historia de la humanidad. Ninguna sociedad puede separar su desarrollo cultural de la actividad procesal. Sea que las sociedades hayan propuesto, enriquecido o asumido alguna institución procesal, el análisis de este suceso constituye su reflejo. Su importancia es de tal magnitud, que hoy podemos decir que la forma como solvente una

sociedad su servicio de justicia es el signo más evidente de su progreso o de su destrucción.

Durante las primeras décadas de su vida republicana, la cultura procesal de esta parte del mundo, con excepción de Brasil cuyo desarrollo histórico es distinto⁷², recibió la influencia de las dos leyes procesales españolas –leyes de enjuiciamiento civil de 1855 y de 1881, especialmente de esta última– y de sus raíces, con intensidades variadas, por lo menos hasta la segunda mitad de este siglo. Lo expresado significa, en consecuencia, que la codificación latinoamericana ha recibido la influencia de la ideología liberal y la exacerbación del individualismo, emanadas ambas de la Revolución Francesa. En el caso concreto del Perú, esta influencia mantuvo su vigencia hasta julio de 1993.

Resulta indudable advertir, por lo demás, que en este crisol de influencias, es muy complicado separar el aporte positivo de la distorsión, es decir, la *realidad del mito*. El aprovechamiento de los estudios procesales no puede reposar únicamente en la conquista y en la apropiación,

72 Por obvias razones históricas, Brasil recibió la influencia de Portugal, en donde distintas ordenanzas –conformadas por compilaciones de los derechos romano, germánico y canónico– regularon aspectos referidos al derecho civil, penal y procesal. Así, las Ordenanzas Alfonsinas, promulgadas por don Alfonso V, estuvieron vigentes desde 1446 hasta 1521. Desde este último año (1521), rigieron las Ordenanzas Manuelinas, promulgadas por don Manuel I, hasta 1603, las que se caracterizaron por su objetivo de pretender romper con el derecho romano. En 1603 fueron publicadas las Filipinas, promulgadas por Felipe II, las que mantuvieron su vigencia en Portugal hasta 1868, aunque en el caso de Brasil su aplicación se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 1916, dado que para 1917 ya contaron con su propio Código Civil.

más o menos inmediata, de una institución procesal novedosa y con excelencias teóricas. Es importante variar el enfoque investigador, y dirigirlo a rutas casi inexploradas a la fecha. Nos referimos, por ejemplo, a los estudios jurisprudenciales o al uso de técnicas de investigación social, a fin de conocer qué está significando el proceso en la realidad. En definitiva, y refiriéndonos en concreto al contenido de este capítulo, resulta urgente apreciar con una nueva perspectiva nuestros antecedentes históricos. Para los latinoamericanos saber realmente quiénes hemos sido, es trascendente para saber qué somos y, sobre todo, qué podemos ser.

Capítulo III

La teoría del proceso y los sistemas procesales

“La teoría es la parte más importante dentro de la dogmática jurídica, como el arquitecto es el hombre más importante entre los que toman parte en la construcción de un edificio (...).”

(Oliver Wendell HOLMES)

SUMARIO: 20. LA TEORÍA DEL PROCESO. 21. EL OBJETO DE ESTUDIO DE LA TEORÍA DEL PROCESO. 22. NATURALEZA DEL DERECHO PROCESAL. 22.1. EL DERECHO PROCESAL COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO PÚBLICO 22.2. EL DERECHO PROCESAL COMO DERECHO DE SUBORDINACIÓN. 22.3. EL DERECHO PROCESAL COMO DERECHO FORMAL O ADJETIVO. 22.4. EL DERECHO PROCESAL COMO DERECHO AUTÓNOMO. 23. ¿UNA O VARIAS TEORÍAS DEL PROCESO? 23.1. TEORÍAS PLURALISTAS. 23.2. TEORÍAS UNITARIAS. 24. LAS TEORÍAS DEL PROCESO A LA LUZ DEL DERECHO POSITIVO. 25. A MANERA DE CONCLUSIÓN. 26. LOS SISTEMAS JURÍDICOS Y LOS SISTEMAS PROCESALES. 27. LOS SISTEMAS PROCESALES. 27.1. EL SISTEMA PROCESAL PRIVATÍSTICO. 27.2. EL SISTEMA PROCESAL PUBLICÍSTICO. 28. DIFERENCIA SUSTANCIAL ENTRE LOS SISTEMAS PRIVATÍSTICO Y PUBLICÍSTICO. 29. UNA ACLARACIÓN NECESARIA.

20. LA TEORÍA DEL PROCESO

A comienzos del presente siglo e inclusive avanzado éste, las facultades de Derecho de las universidades latinoamericanas formaban especialistas en las distintas áreas que conforman las ciencias jurídicas. Así, había civilistas, comercialistas, etc., sin embargo, lo que no se formaba era especialistas en proceso, es decir, *procesales*.

listas. Lo que ocurría es que se enseñaba Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Penal y *Procedimientos*. Este último no alcanzaba la calidad «suficiente» como para ser denominado *derecho* y se suponía que su contenido curricular sólo consistía en el aprendizaje del comportamiento que debía tenerse ante los tribunales durante el ejercicio profesional. Así lo refiere Santiago SENTÍS MELENDO⁷³.

La razón de tal marginación no fue casual, lo que ocurrió es que se consideraba que el proceso no era una ciencia autónoma, sino –como se expresó anteriormente– que su contenido únicamente estaba referido al conocimiento de las normas de conducta que se deben tener presentes para actuar delante de los jueces. Es decir, el proceso no contenía otra cosa que no fueran reglas específicas de comportamiento ante los órganos jurisdiccionales.

Por cierto, atrás de esta consideración minusválida del proceso había un fundamento científico. Su afirmación se sustentaba en la vigencia de la tesis desarrollada por la Escuela Histórica, según la cual «la acción» no era otra cosa que el efecto-respuesta de un derecho material agredido, es decir, que era el mismo derecho material pero en movimiento, en posición de combate, por lo que carecía

73 «Sabido es que el Derecho Procesal, como verdadera disciplina científica, es una rama de creación moderna. Quienes seguíamos los cursos universitarios, en España o en América, hasta la tercera década de este siglo, no estudiamos Derecho Procesal sino *Procedimientos*». Eduardo J. COUTURE. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Depalma. 1985. Página XV del Prólogo escrito por SENTÍS MELENDO, Santiago).

de sentido estudiar lo que no alcanzaba a ser otra cosa más que la expresión dinámica de un derecho material.

Una prueba de lo expresado la encontramos en una obra jurídica exitosa. Hasta hace poco, uno de los libros más leídos sobre derecho civil fue *Doctrina General del Derecho Civil* de Nicolás COVIELLO⁷⁴. Esta obra consta de cinco partes que el autor denomina Secciones; en las cuatro primeras se desarrolla lo referido al derecho civil. La quinta y última Sección, en cambio, es denominada por el autor *Ejercicio y Defensa de los Derechos*, y en ella se dedica a describir cómo se defienden los derechos materiales cuyo estudio desarrolló en las primeras cuatro Secciones.

Lo expresado nos lleva a concluir que la Teoría del Proceso es una disciplina relativamente nueva, originada en los esfuerzos de la procesalística alemana del siglo pasado y en la posterior elaboración sistemática de la doctrina italiana, aún cuando en su gran extensión, se trata de una disciplina que se desarrolla con el presente siglo⁷⁵.

21. EL OBJETO DE ESTUDIO DE LA TEORÍA DEL PROCESO

El primer tema a precisar es cuál es el objeto de estudio de la Teoría del Proceso o del Derecho Procesal, que vendría a ser su otro nombre. Hay definiciones más

74 COVIELLO, Nicolás. *Doctrina General del Derecho Civil*. México. UTEHA. 1949.

75 Capítulo V, 39.

o menos repetitivas sobre el tema. Son clásicas las de CARNELUTTI⁷⁶, GUASP⁷⁷ y DEVIS ECHANDÍA⁷⁸.

En todo caso, adviértase que la Teoría del Proceso o el Derecho Procesal no se encarga del estudio de una determinada norma procesal o de una determinada institución. Digamos que su objeto de estudio son aquellos temas o instituciones que configuran universalmente el concepto *proceso* como expresión única, común y homogénea. Es el estudio del proceso como abstracción, esto es, de aquello que es común en la diversidad de sus manifestaciones. Se trata del estudio del proceso como institución, y sólo como expresión secundaria, también, de sus instituciones. No hay que olvidar que el concepto *teoría* –de origen griego– está ligado a aquel tipo de conocimiento liberado de aplicaciones prácticas.

Como ya se expresó, no existe diferencia entre los conceptos Teoría del Proceso y Derecho Procesal, siempre

76 «(...) así como las exigencias sociales determinan el nacimiento del proceso, así también producen el derecho procesal, entendido como conjunto de reglas que establecen los requisitos y los efectos de aquel». CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. UTEHA. 1944. Tomo I, p. 30.

77 «(...) derecho procesal no quiere decir, en definitiva, otra cosa que derecho referente al proceso; es, pues, el conjunto de normas que tienen por objeto el proceso o que recaen sobre el proceso». JAIME GUASP. *Derecho Procesal Civil*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. 1968, p. 31.

78 El derecho procesal es «(...) el conjunto de normas que fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo, y que determinan las personas que deben someterse a esa jurisdicción y los funcionarios encargados de ejercerla». DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Tratado de derecho procesal civil*. Bogotá. Temis. 1961. T. I, p. 58.

que se considere a este último como expresión de ciencia jurídica y no como un determinado ordenamiento procesal. En este contexto, podemos adelantar que la Teoría del Proceso es el conjunto de conocimientos destinados a la comprensión de la disciplina jurídica que investiga la función de los órganos especializados del Estado, encargados de resolver los conflictos intersubjetivos de intereses, específicamente en lo referente al método utilizado para conducir el conflicto a su solución.

Empleando categorías desarrolladas preferentemente por ALCALÁ-ZAMORA y CARNELUTTI, podemos decir que los conflictos de intereses se resuelven de tres maneras: por acción directa de las partes o *autodefensa* –tema ya desarrollado en el primer capítulo– por *autocomposición*, cuando los mismos interesados resuelven su conflicto, y por *heterocomposición*, cuando se sirven de un «tercero» ajeno al conflicto.

La primera es, como ya se describió, la forma primitiva, el antiproceto; la segunda se presenta regularmente al interior de la tercera, así son formas de ésta: el desistimiento, el allanamiento y la transacción, y la tercera tiene como expresión concreta a nuestro objeto de estudio, el proceso, aun cuando adopta otras manifestaciones que se pueden presentar dentro o fuera de él, tales como la mediación, la conciliación o el arbitraje. Pero, sin duda, la manifestación por excelencia de la heterocomposición es el proceso judicial.

Desde hace mucho, la doctrina suele afirmar que dentro del Derecho Procesal hay tres categorías cuya trascendencia es determinante para precisar y orientar sus estudios: proceso, jurisdicción y acción. La tendencia más común es reconocer al proceso como el objeto de estudio

por excelencia de la Teoría que lleva su nombre. La elección se debe a que se trata de un concepto continente, es decir que dentro de éste es donde se relacionan, aplican y expresan todos los fenómenos procesales.

Sin embargo, deben destacarse los bríos de una nueva concepción en torno del objeto del Derecho Procesal. Se trata de la tesis de Juan MONTERO AROCA⁷⁹ y Miguel FENECH⁸⁰ quienes consideran que el centro de gravedad de los estudios procesales debe desplazarse del *proceso* a la *jurisdicción*, es decir, del *instrumento* a la *función*. Inclusive consideran que en lugar de decir *Derecho Procesal* debe decirse *Derecho Jurisdiccional*, lo que equivale a afirmar –aun cuando no lo han hecho– que no debería hacerse referencia a la Teoría del Proceso, sino a la Teoría de la Jurisdicción.

En cuánto esta concepción podría significar una especie de “constitucionalización” de los estudios procesales y, como consecuencia de ello, una pérdida de su identidad, resulta una cuestión que el tiempo, eterno constructor, habrá de dilucidar. En lo que a nosotros respecta, nos parece claro que cada vez que estemos

79 «De lo anterior resulta que el derecho procesal no es sólo el derecho del proceso, pues éste no es ni el único ni el más importante concepto de aquél, a pesar de lo cual la tradición lleva al sector mayoritario de la doctrina española a seguir hablando de derecho procesal. Ahora bien, si se trata de identificar a una rama jurídica atendiendo a su concepto principal, que es el poder judicial o jurisdicción, y no a un concepto subordinado, que es el proceso, dígame de una vez: derecho jurisdiccional». Juan MONTERO AROCA y otros. *Derecho...*, cit., p. 21).

80 FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. Barcelona. Labor. 1960, vol. I, p. 24.

investigando un tema procesal, por una razón de lógica elemental –relación de inclusión– siempre estaremos haciendo estudios jurisdiccionales, por así decirlo. Sin embargo, no siempre los estudios jurisdiccionales supondrán –de manera expresa o encubierta– una investigación de naturaleza procesal.

22. NATURALEZA DEL DERECHO PROCESAL

22.1.El Derecho Procesal como expresión del Derecho Público

Siendo la función jurisdiccional una actividad especializada, única, irrenunciable y exclusiva del Estado, la regulación de su estructura, funcionamiento y métodos supone la existencia de normas cuya naturaleza es de derecho público, utilizando –aun cuando sólo fuese por razones didácticas– la clásica, anacrónica y a veces borrosa división del derecho en público y privado. Nos atrevemos a decir que si alguna vez hubo una discusión sobre el tema, es hoy asunto superado.

Tal vez la única distorsión que podría presentarse respecto de este tema, es la paradoja consistente en que dentro del proceso se discute la eficacia (declaración, constitución, reconocimiento) de derechos materiales, que regularmente son de *naturaleza privada*. Sin embargo, queda al margen de toda duda que la relación jurídica destinada a la solución del conflicto privado antes citado es de *naturaleza pública*, porque cuenta con la intervención de un representante del Estado (juez), quien realiza su actuación y exige que los otros partícipes adecuen su actuación a reglas de conducta contenidas en normas jurídicas (normas procesales) de cumplimiento regularmente

inexcusable. Entonces, la participación determinante del Estado en dicha actividad y la exigencia de cumplir con su propuesta normativa hacen del proceso y de las normas que lo regulan, un tema de derecho público.

DEVIS ECHANDÍA explica así lo descrito:

«Por último, el derecho procesal, por el mismo hecho de referirse a una de las funciones esenciales del Estado, es un derecho público, con todas las consecuencias que esto acarrea (...); no pueden derogarse por un acuerdo entre las partes interesadas; son de imperativo cumplimiento; prevalecen en cada país sobre las leyes extranjeras. En realidad, desde que una norma se relacione con el interés general o interés a la organización judicial, es de derecho público»⁸¹.

22.2.El Derecho Procesal como derecho de subordinación

Esta concepción, a pesar de que parte de un cuestionamiento de la división del Derecho en público y privado, viene a ser, en nuestra opinión, un complemento de la tesis antes expuesta. Desarrollemos su propuesta.

Desde la perspectiva de la voluntad del individuo y la asunción de obligaciones, hay dos tipos de derecho: uno de *coordinación* y otro de *subordinación*. El primero está formado por aquellas normas jurídicas que no prevén una exigencia inmediata para el individuo, sin embargo, si éste conviene o reconoce un derecho, asume la obligación que esta norma determine. Un ejemplo típico de este derecho de coordinación es la mayoría de normas del derecho privado. El segundo,

81 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid. Aguilar. 1966, p. 6.

en cambio, está dado por aquel tipo de derecho en el que la obligación surge de manera ajena a la voluntad del individuo. Éste *debe* hacer lo que el derecho ordena prescindiendo de lo que desee. Un ejemplo de este derecho de subordinación es la mayoría de normas del derecho procesal.

En esta línea de apreciación, LEGAZ Y LACAMBRA refiriéndose al derecho procesal dice:

«(...) es la expresión más pura del interés público en la protección de determinados bienes o intereses particulares; pues el derecho procesal es la posibilidad misma de esa protección; y sus normas poseen la estructura subordinativa puesto que incluso en el proceso civil las partes no se relacionan directamente entre sí sino a través de un acto del juez y lo que una parte quiere no es directamente una acción del contrario sino del Estado-juez»⁸².

Como se advierte, llamarle norma de coordinación a la que plantea su dinámica en el ámbito de la autonomía privada y norma de subordinación a la que establece una relación de sumisión con el individuo, nos parece que sólo significa destacar una de las características que tipifican a las normas de derecho privado y de derecho público, respectivamente. Por eso, creemos que se trata de dos tesis que se complementan.

22.3.El Derecho Procesal como derecho formal o adjetivo

Sin duda, una de las características del derecho procesal es el predominio de la formalidad, que es la sofis-

82 LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. Barcelona. Bosch. 1953, p. 371.

ticación de la envoltura del acto jurídico, es decir, de la forma. Bien sabemos que ha habido momentos históricos en la evolución del proceso en donde la actividad procesal se ha reducido al cumplimiento puntual y riguroso de las formalidades previstas, como en el proceso de la *legis actiones*. Sin embargo, sabemos también que se trata de desarrollos históricos o estadios de la evolución del pensamiento procesal ya superados.

Contemporáneamente la doctrina no ha renunciado a reconocerle importancia a la formalidad, en el proceso de hoy se le ha ubicado en el lugar que le corresponde. Así, es trascendente en tanto no constituya un obstáculo para que el juzgador provea a la sociedad de una decisión justa y expeditiva, que no es otra cosa que la eficacia de la función jurisdiccional.

Así y todo, la afirmación de que el derecho procesal es un derecho formal es la exageración de su función *instrumental*, es decir, de su calidad de medio para tornar eficaces los derechos materiales, llamados también *sustanciales*. Desarrollando tal idea, CALAMANDREI afirma:

«(...) se comprende así lo que se quiere decir cuando, en contraposición al derecho sustancial, el derecho procesal se encuentra calificado como instrumental, o también como formal: instrumental en cuanto la observancia del derecho procesal no es fin en sí misma, sino que sirve como medio para hacer observar el derecho sustancial; formal en cuanto el derecho procesal no regula directamente el goce de los bienes de la vida, sino que establece las formas de las actividades que deben realizarse para obtener del Estado la garantía efectiva de aquel goce»⁸³,

83 CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. EJE. 1962, vol. I, p. 123.

Sin embargo, el exceso en su calificación como derecho *formal* nos parece peligroso, porque desconoce o, por lo menos, pone en discusión el carácter científico del derecho procesal. A lo expresado debe agregarse el hecho de que tal apreciación ocurre desde una perspectiva equivocada.

En efecto, tanto en el derecho material como en el derecho procesal es posible encontrar aspectos de *fondo* como de *forma*. En ambas expresiones del Derecho, el fenómeno jurídico aparece en sus dos planos: el intrínseco y el superficial. Regularmente este último sólo es la expresión o envoltura del primero, por tanto, imputarle la calidad de *formal* al derecho procesal es extraviar el criterio para establecer el rasgo diferencial entre uno y otro. Es también la opinión de DEVIS ECHANDÍA:

“Es indispensable tener en cuenta que no es la ubicación de la norma en determinado código lo que determina su naturaleza. Porque dentro de los códigos procesales se encuentran normas materiales o sustanciales, como también normas procesales en los Códigos Civil y de Comercio e inclusive en la Constitución nacional, como las que regulan el funcionamiento del órgano judicial»⁸⁴.

Inclusive este tipo de calificación termina siendo depredador de la esencia del derecho procesal cuando se lleva a extremos. Esto ocurre cuando por extensión de su aparente «naturaleza formal», al derecho procesal se le denomina *derecho adjetivo*, como sinónimo de *derecho secundario* o *derecho de apoyo*, es decir, como un derecho para la aplicación de otro derecho que sin duda lo es.

84 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones...*, cit., pp. 5 y 6.

Lo negativo es que en oposición al *derecho adjetivo* hay un *derecho sustantivo*, es decir, un derecho trascendente, importante, un *derecho servido* que explica la existencia de un *derecho servicio* (el derecho procesal).

Esta clasificación escamotea la realidad, esto es, establece planos de importancia que en la práctica son absolutamente inexistentes. Así, ¿qué sentido e importancia podría tener un derecho material –nos referimos al llamado *sustantivo*– si no hubiera un derecho procesal –llamado *adjetivo*– que hace posible su eficacia, es decir, que asegura su efectividad en el mundo material, en la esfera en donde los hechos ocurren y los valores se aprecian?

Tal vez el éxito de esta calificación de *formal* se deba a que como las normas regularmente contienen el comportamiento de los partícipes en la relación procesal (y dado que la conducta es expresión externa, es decir, de forma) se ha incentivado la mirada a la regulación conductual como característica singular del derecho procesal, al punto de servirle como denominación. Así y todo, tal calificación nos sigue pareciendo exagerada.

22.4.El Derecho Procesal como derecho autónomo

La constatación del rol instrumental del proceso no produce mella alguna en su calidad científica. Pero eso sólo ha ocurrido en este siglo. Anteriormente se consideró al proceso –en realidad a lo que se dio en llamar «la acción»– como la expresión dinámica de los derechos materiales, es decir, se le negó existencia fenoménica, no existía el proceso como realidad propia, sólo bastaba que un derecho material se viera afectado para que su titular convirtiera a éste en un instrumento de lucha. La

«acción» estaba dormida en cada derecho material, era parte de éste y sólo se despertaba cuando el derecho era agraviado.

Como sabemos, toda la breve pero azarosa historia de la ciencia procesal tiene su punto de partida en los escauceos destinados a precisar su autonomía científica, es decir, en los esfuerzos por identificar su propio objeto de estudio, sus métodos, sus categorías básicas, su sistemática, sus técnicas de interpretación, hasta sus propios desarrollos patológicos, que sin duda los tiene.

Por lo demás, la autonomía científica del Derecho Procesal no ha descartado ni soterrado su función instrumental respecto del derecho material. Es una función reconocida y admitida; en cualquier caso, se trata de una subordinación lógica. Dentro de un sistema jurídico, las distintas disciplinas que conforman el Derecho tienen funciones específicas que cumplir a fin de garantizar la *unidad* del sistema. El Derecho Procesal es una disciplina jurídica más, en consecuencia, hay que analizar su función, sin escamotear un ápice su virtualidad científica.

23. ¿UNA O VARIAS TEORÍAS DEL PROCESO?

Éste es un tema –el subtítulo lo denuncia– con discusión abierta, es decir, no concluida. ¿Es posible referirse a una sola Teoría del Proceso, útil para explicar los distintos desarrollos o especies que se pueden presentar en su interior, a partir de la particular naturaleza de las distintas disciplinas en que se manifiestan los derechos materiales, o debe haber tantas Teorías del Proceso como derechos materiales hubiera?

Describamos con brevedad las opciones que existen y sus propugnadores más destacados, para luego intentar la elección razonada de una opción entre las presentadas. Empezaremos por las teorías pluralistas y luego desarrollaremos las unitarias.

23.1. Teorías pluralistas

a) Encontramos inicialmente a la teoría *materialista*, denominada así en tanto toma como referencia para establecer la separación entre el derecho procesal penal y el derecho procesal civil, el hecho de que el objeto esencial del proceso penal es una relación de derecho público; en cambio, en el proceso civil su objeto litigioso, por así decirlo, tiene su origen en una relación de derecho privado. El jurista italiano FLORIÁN⁸⁵ es un destacado defensor de esta propuesta.

Como resulta más o menos evidente, la tesis de FLORIÁN parte de un error de apreciación del derecho material a analizar: considerar que los contenidos de éste sean distintos no es razón suficiente para que el proceso, como fenómeno jurídico autónomo, deba ser también distinto y variable.

b) La tesis *procesalista* considera que los principios procesales y la manera como se desarrolla la actividad probatoria son dos aspectos procesales relevantes que distinguen el proceso penal del proceso civil. Para hacer más expresiva la tesis se dice que, por ejemplo, en el

85 FLORIÁN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Traducción de Leonardo Prieto Castro. Barcelona. Bosch. 1933.

proceso penal la actividad es regularmente necesaria, en cambio en el proceso civil, el titular del derecho no está obligado a iniciar un proceso.

Sin embargo, nos parece que se repite el error de la tesis anterior pero con un agregado: se califica como universal aquello que sólo alcanza a ser una tendencia. Hay procesos penales que se pueden iniciar por decisión del agraviado, como el caso de las querellas, por ejemplo. Por otro lado, también hay procesos civiles que son imprescindibles e ineludibles, como por ejemplo aquellos referidos a la modificación del estado civil de las personas.

Asimismo, la afirmación de que la mecánica de la actividad probatoria los diferencia es por lo menos anacrónica. La tendencia contemporánea del derecho probatorio civil es participar de los principios inquisitivos que orientan la teoría de la prueba en el proceso penal, a fin de permitirle al juzgador autoridad y libertad para llegar al conocimiento de lo que realmente ocurrió. En tal sentido, la separación planteada en la tesis es vetusta, atendiendo a lo que pretende el proceso civil actual. Considerar que en el proceso penal los medios probatorios tienen por objeto la *verdad real* y que en el proceso civil su función es concretar la *verdad formal* es una versión pasadista del proceso civil.

Se dice también que, por ejemplo, en el proceso penal la *confesión* del inculpado no releva la búsqueda de la verdad y que, en cambio, en el proceso civil, no sólo la *confesión expresa* sino la ausencia de la parte a la audiencia de *confesión* (confesión ficta), es factor determinante para definir al ganador del proceso. Sin embargo, vuelve

a tratarse de una apreciación anacrónica, en el proceso civil contemporáneo la confesión ha dejado de ser un artificio formal para obtener del contrario una manifestación de voluntad no querida, para convertirse en un medio a través del cual el juez conoce la versión de los hechos contado por uno de sus protagonistas, sino que además, está en aptitud de tener una evaluación ética y psicológica de las partes.

Finalmente, se afirma que en el proceso penal el juez debe resolver el caso atendiendo a una serie de factores extrajurídicos que ejercen influencia determinante en la configuración de su decisión, factores tales como el aspecto psicológico, antropológico y ético del inculpado, a diferencia del juez civil que sólo debe atenerse a criterios jurídicos puros. Otra vez se trata de una distinción inexistente a la luz de la doctrina procesal contemporánea.

El juez civil es el director del proceso, en tal virtud, debe presidir las audiencias que se realicen en los procesos en que sea competente, al hacerlo, no sólo debe estar atento a las discusiones sobre la pretensión resistida, sino además debe hacer suyo todo tipo de información que se filtre en el *iter* de las audiencias. Entonces, colocar al juez civil como un mero aplicador de la ley es reivindicar como actual una concepción de la función puramente protocolar del juez, ya sepultada en la doctrina.

c) La tesis *jurisdiccionalista* parte del principio de que a través de la jurisdicción penal se ejerce un tipo especial, exclusivo y único de derecho público, el *ius puniendi*. En cambio en la jurisdicción civil se ventilan distintos tipos de derechos públicos y privados, sea de los particulares

o de las entidades colectivas, públicas o privadas. Participan de esta tesis GOLDSCHMIDT⁸⁶ y Ugo ROCCO⁸⁷.

La singularidad con que está definida la naturaleza jurídica del *ius puniendi* es la base de esta tesis, sin embargo, las elaboraciones de sus autores no logran identificar cuáles son los rasgos que hacen tan particular ese derecho público. Por otro lado, lo que sí está al margen de toda duda es que esta tesis sacrifica el principio de *unidad* de la jurisdicción, sin más justificación que la existencia de un derecho público singularísimo, sin que, reiteramos, sus seguidores hayan podido explicar solventemente en qué consiste tal peculiaridad.

23.2. Teorías unitarias

En este grupo de teorías milita el mayor número de procesalistas de la hora actual. Podríamos afirmar que las

86 «Las leyes penales constituyen, en primer lugar, el *ius puniendi* del Estado, en segundo lugar la obligación estatal de castigar. Para desempeñar la primera función imponen a todos el imperativo de no turbar el ejercicio de la justicia criminal; para la segunda, los imperativos se refieren a los órganos de la justicia criminal». James GOLDSCHMIDT. *Teoría General del Proceso*. Barcelona. Labor. 1936, p. 47.

87 «A fin de fijar, sin embargo, sus características frente a la jurisdicción penal, nos bastará recordar que la jurisdicción civil en sentido amplio realiza los distintos derechos, públicos o privados, de los particulares o de los entes colectivos, públicos y privados.

La jurisdicción penal, en cambio, realiza un especial derecho público del Estado: *el derecho subjetivo de castigar*, es decir, el derecho del Estado de someter a pena a los sujetos violadores de los preceptos penales». Ugo ROCCO. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Parte General. Bogotá. Temis. 1983, vol. I, p. 88).

teorías unitarias son significativamente las mejor logradas desde una perspectiva de técnica jurídica. Por lo demás, como se apreciará a continuación, éstas tienen la ventaja de no cerrar el paso a elaboraciones variadas, eclécticas en algunos casos, pero que sirven para explicar determinadas situaciones límite que en otra postura intelectual, sería imposible entenderlas.

Inclusive hay autores como FAIRÉN GUILLÉN⁸⁸ que reclaman la necesidad impostergable de acabar con los criterios diferenciadores que sólo entorpecen el avance de los estudios procesales. Admitiendo la existencia de rasgos disímiles entre el proceso civil y penal, FAIRÉN considera que privilegiar un análisis de las diferencias sólo es útil en la medida en que se convierta en el material para producir instituciones integradoras, las que a su vez conduzcan a la destrucción de las separaciones entre las disciplinas procesales originadas en la naturaleza del derecho material.

a) Empezaremos con la *tesis de la unidad diferenciada* sustentada por CARNELUTTI. En tal opinión, el derecho procesal es único, aunque en atención a su conformación interna y a su objeto, es posible admitir la existencia de ramas en su interior, como el proceso penal y el proceso civil.

88 «La posición que nos guía a través de aterradora cantidad de bibliografía, en mucha de la cual lo que más duele es la contemplación de cómo los autores 'no se fijan en lo que ocurre en el otro campo', es la de profundizar en las diferencias entre los dos procesos (CARNELUTTI), y de ahí, intentar extraer síntesis en donde sea posible; pues la unificación total de los procesos es imposible, en tanto subsista la antítesis entre las ideas de 'dolor' (de la pena) y 'no dolor' (no pena)». FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Temas del orden...*, cit., T. I, p. 271.

En realidad, se trata de una solución artificial, «de labios para afuera» del tema controvertido. Finalmente, no es posible saber si con esta tesis Carnelutti le otorga consistencia a las teorías unitarias o a las pluralistas, dado que en la práctica se declara unitario en base a un reconocimiento de una separación clara y definitiva entre uno y otro proceso.

b) La *tesis de la teoría general del proceso* afirma que el conocimiento de los principios y conceptos básicos y esenciales para el estudio del proceso civil o de otra clase conforma el objeto de la teoría general del proceso, por lo que en tal virtud se trata de una sola teoría o de un solo derecho procesal⁸⁹.

Como resulta evidente, el fundamento de una posición unitaria es un esfuerzo de síntesis, y esta teoría es precisamente consecuencia de tal empeño: considerar que toda la elaboración en torno de las categorías e instituciones que configuran el estudio de la actividad procesal

89 «(...) con el único propósito de contribuir al estudio de tan complejo problema, reiteramos las ideas básicas expuestas desde el comienzo en el sentido de que existen conceptos fundamentales que, como los de acción, jurisdicción y proceso, no son propios y específicos de cada una de las ramas procesales en particular sino que debemos hoy reconocerlos como pertenecientes a la Teoría General del proceso o que constituyen la problemática del Derecho Procesal. Con esa base conceptual unitaria, el científico del Derecho procesal civil, penal, laboral, etc., puede trabajar en su respectiva disciplina particular sin perder de vista ni olvidar el parentesco que a todos los une en el tronco común: el Derecho procesal». Eduardo B. CARLOS. *Acotaciones al problema de la unidad del Derecho Procesal*. En: *Revista de Derecho Procesal*. (Estudios en Memoria de James Goldschmidt). Buenos Aires. EDIAR. Tercer y cuarto trimestre de 1951, vol. I, pp. 181 y 182).

constituyen un sólo bloque con prescindencia del derecho material al que sirve de instrumento.

c) La *tesis de la identidad funcional* es expuesta y desarrollada por Clemente A. DÍAZ, planteando lo siguiente: en sus distintas expresiones –las que dependen del derecho material que pretenda hacer eficaz– el derecho procesal parece perder su esencia debido a su diversidad funcional, sin embargo, considera que se trata de una apariencia, dado que lo sustancial del derecho procesal no está en cuestión cuando es utilizado indistintamente. Al contrario, mientras sirva a diferentes derechos, hay aspectos intrínsecos inafectados que son los que configuran la necesidad de su estudio unitario, coordinado, metódico y sistemático, es decir, que imponen la necesidad de contar con una sola Teoría del Proceso⁹⁰.

De alguna manera, esta tesis del destacado procesalista constituye una explicación magistral de cómo las manifestaciones externas del proceso han provocado una polémica innecesaria. Lo esencial, como lo enseña esta tesis, es que hay un conjunto de principios, categorías e

90 «Por eso, algunos sostienen que: el Derecho Procesal es único cualquiera que sea la forma que adopte, o los principios que le inspiren o el interés que constituya su finalidad: siempre habrá *un* concepto jurisdiccional –que por definición es unitario–; siempre habrá *una* acción, que también por definición es unitaria, y siempre habrá *un* proceso, cuyas variaciones procedimentales no pueden alcanzar a destruir la unidad conceptual que se postula. En efecto, centrado el problema en el proceso, se observa que esas variaciones existen en el mismo proceso civil (v. gr.: la diferencia procedimental existente entre el procedimiento ordinario y el sumario) más notables que entre el proceso penal y el proceso civil». CARLI, Carlo. *Derecho Procesal*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1965, p. 19.

instituciones que vertebran una disciplina científica con métodos y sistemas propios, sin que las diferencias en su uso afecten el núcleo.

24. LAS TEORÍAS DEL PROCESO A LA LUZ DEL DERECHO POSITIVO

El tránsito de los estudios procesales sobre el tema ha conducido al reconocimiento del valor científico de las teorías unitarias sobre las pluralistas. En consecuencia, las primeras son las más caracterizadas en el proceso contemporáneo.

Sin embargo, en el ámbito de la concretización de la ciencia procesal en derecho positivo, los cambios no son tan profundos ni masivos, a pesar de los innovadores esfuerzos legislativos a los que hace alusión MONROY CABRA⁹¹. La situación actual, entonces, consiste en mantener ordenamientos procesales separados, a efectos de regular las dos expresiones más importantes de la justicia común: la civil y la penal.

25. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La teoría que se escoja como idónea debe tener, como presupuesto, congruencia con la realidad, pues de lo contrario se tratará de un desarrollo exótico, probablemente sofisticado pero desprovisto de utilidad, es decir, vacío.

91 «El Código Procesal sueco es único para los procesos civil y penal (Rätte gangsbalk, 1942), y tiene organización unitaria para

Para evitar ello, primero hay que descubrir la realidad. En ella encontramos que hay disciplinas procesales diferenciadas en atención al derecho material para el que son instrumentos. Así, tenemos un proceso penal, civil, laboral, administrativo, agrario, familiar y otros. Inclusive un análisis del derecho comparado latinoamericano nos lleva a pensar que cada ordenamiento suele participar de una especie de desarrollo teórico propio. Sin embargo, esclareciendo esta primera versión, encontramos que al margen de su expresión normativa, los procesos están vinculados por un tronco común, un río principal del que los demás son sólo afluentes con distinto cauce o volumen. Esta matriz no es otra cosa que la Teoría del Proceso.

En ánimo de enumerar rasgos comunes, podemos decir que todas las disciplinas procesales están previstas para lograr un fin concreto (la solución del conflicto de intereses) y un fin abstracto (la paz social en justicia). Asimismo, no hay proceso en donde no haya un juez y dos partes que están sometidas al primero y que están conectadas por el interés resistido. Por otro lado, todo proceso reconoce previamente la existencia de una orga-

los tribunales e instituciones procesales civiles y penales comunes. Este movimiento, que busca la elaboración de códigos únicos, ha sido propugnado por los países escandinavos, y especialmente por Suecia y Finlandia, sobre la base 'del mantenimiento de principios e instituciones comunes orgánicas y procesales, por razón de la persistencia en el respeto a las bases sentadas en la Sveriges Rikes Allmänna Lag de 1734 (Ginsburg-Bruzeliuss, Ekelöf, Lassen, Simson, Burtin, Reinikainen)'». FAIRÉN GUILLÉN, V. *Temas...*, cit., p. 278. (Citado por MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Bogotá. Temis. 1988, p. 1).

nización judicial jerárquica y también de una secuencia en la actividad procesal. Inclusive no es posible admitir la existencia de un proceso sin litigio, que regularmente es consecuencia de un conflicto previo. En el caso del proceso penal, éste se presentaría entre la pretensión punitiva del Estado y la resistencia del procesado, para citar un ejemplo.

Entonces hay una Teoría del Proceso que, es necesario decirlo, se manifiesta en los estudios y en la práctica, predominantemente a través del proceso civil. Afirmamos que el desarrollo científico de la Teoría del Proceso tiene su manifestación más extensa, profunda e importante en el campo del proceso civil. Ésta es la razón por la que suele considerarse que los ordenamientos procesales civiles son los *códigos procesales generales de un Estado*, en mérito de lo cual deben ser utilizados en vía supletoria por cualquier otro ordenamiento procesal que haya sido previsto en atención a la naturaleza especial del derecho material discutido.

Un objetivo deliberado de los estudios procesales debe consistir en intentar la unificación de la normativa procesal a partir del desarrollo exhaustivo del ordenamiento procesal civil, respetando los principios fundamentales que deben tenerse en cuenta para determinados derechos materiales. Esta idea está en el espíritu y en la letra, por ejemplo, del Código Procesal Civil del Perú⁹².

92 «PRIMERA DISPOSICIÓN FINAL.- Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza».

26. LOS SISTEMAS JURÍDICOS Y LOS SISTEMAS PROCESALES

Nos parece imprescindible proceder a una revisión, aunque sea epidérmica, de un concepto genérico: los sistemas jurídicos; para luego, a partir de dicha aproximación, que siempre será arbitraria, intentar describir el tema del título.

Hacemos referencia a la arbitrariedad, admitiendo no sólo que la aproximación que cada jurista pueda tener al tema de los sistemas jurídicos será personal y por tanto, desde su microcosmos jurídico, intransferible, sino que, además, el concepto planteado desborda la importancia de las apreciaciones personales.

En efecto, un estudio de los sistemas jurídicos es, por naturaleza, un enfoque *comparativo*, sin embargo, cualquier estudio de este tipo –esfuerzo de análisis y de síntesis sucesivos– queda muy prontamente desfasado por la rapidez con que los medios de comunicación permiten transmitir las claves culturales de una a otra sociedad.

En materia de reconstrucción histórica de las instituciones jurídicas vivimos una paradoja. Hoy, a pesar del tiempo transcurrido, resulta mucho más fácil identificar –queremos decir aislar y precisar científicamente– el origen de una institución de la Edad Media, que el origen de, por ejemplo, una nueva modalidad contractual. Vivimos en un mundo donde la información se anticipa a nuestra necesidad de ella. El hombre contemporáneo ha agregado una angustia a su neurosis cultural: *sabe más de lo que comprende*. Por estas razones, intentar una separación de los sistemas jurídicos es más una inquietud académica que una expresión de la realidad.

Estamos diciendo que los perfiles que caracterizan a un sistema jurídico en un determinado momento de los estudios comparativos, aparecen muy prontamente discutibles, debido a que el contexto histórico-social, así como otros tipos de condicionamientos sociales, varía tan rápidamente que determinan modificaciones sustanciales de dichos perfiles, al punto que convierten la identificación de un sistema en una estructura precaria, es decir, en un intento fallido de explicación de por qué las instituciones no son lo que hace muy poco describíamos que eran.

Finalmente, la clasificación de los sistemas jurídicos es menos un dato científico y más una necesidad pedagógica de ubicar un desarrollo jurídico en un contexto histórico, geográfico, social y económico determinado. Esta es la posición de COUTURE⁹³, quien considera como sistemas procesales al *oriental* (en donde ubica tres subsistemas, el chino, el hindú y el musulmán), al *soviético* y al *sistema derivado del proceso romano y sus grandes ramificaciones*.

Tal vez por eso Mauro CAPPELLETTI⁹⁴ se acerca al tema de los sistemas jurídicos utilizando el concepto de René David, las *familias jurídicas*. Esta opción implica establecer una suerte de división del Derecho a partir de

93 «Los diversos sistemas jurídicos corresponden a realidades sociales, económicas, políticas, religiosas, morales, de las cuales el derecho actúa como elemento aglutinante más que como elemento ordenador. Las diversas fuentes de las cuales fluye el derecho, adquieren en esos sistemas muy diverso significado y jerarquía». Eduardo J. COUTURE. *Fundamentos...*, cit., pp. 13 y 14).

94 CAPPELLETTI, Mauro. *El Proceso Civil en el Derecho Comparado*. Buenos Aires. EJE. 1973, p. 4.

criterios absolutamente concretos y de alguna manera extrajurídicos como los siguientes: qué representa el Derecho para una sociedad, qué concepción del hombre y de sus relaciones está sustentando un determinado tipo de derecho y, finalmente, qué lugar ocupan los países que han asumido una determinada concepción jurídica. Este último criterio es la razón por la que el concepto de *familia jurídica* de DAVID está adscrito al ámbito de estudio de la llamada «geografía jurídica», como lo afirma KNAPP⁹⁵.

Con estos criterios, David describe la existencia de tres familias jurídicas: la del *civil law*, la del *common-law* y la socialista. Las dos primeras diríamos que atienden a una concepción particular de lo que significa el Derecho para una sociedad. En el caso del *common law*, es el reconocimiento de su función trascendente como instrumento para la eficacia de los valores actuales de la sociedad; es la forja del Derecho «a través de la experiencia cotidiana» como expresa GOZAÍNI⁹⁶. En el *civil law*, se trata de la creación de un sistema legal que contiene patrones de conducta social genéricos y abstractos, presuntamente expresiones de los criterios de justicia, equidad, oportu-

95 «La importancia de la 'geografía jurídica' para las tendencias de la investigación en ciencia jurídica se desprende principalmente del hecho de que, abstraído el derecho internacional y, en primer lugar, los principios generales del derecho internacional, el derecho está siempre asociado a un territorio y a un poder estatal determinado». DUFRENNE, Mikel y KNAPP, Viktor. *Corrientes de la investigación en las ciencias sociales*. Madrid. Tecnos/Unesco. 1982, p. 476).

96 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Respuestas Procesales*. Buenos Aires. EDIAR. 1991, p. 235.

nidad y conveniencia existentes en la sociedad. Y, finalmente, en el caso de la familia *socialista*, nos parece que se trató de la instrumentación del derecho como un medio para hacer efectivos los ideales e intereses del Estado, asumiendo que éste es el único representante y además e titular de los intereses colectivos de una sociedad.

La propuesta de David es importante a propósito del tema procesal, dado que esta concepción de las familias, expresa también un criterio clasificatorio de los sistemas procesales, es decir, a cada familia jurídica corresponde un sistema procesal determinado.

A pesar del esfuerzo de DAVID, una prueba contundente de la precariedad de los criterios para identificar los sistemas jurídicos en el mundo de hoy está dada por el hecho de que la llamada *familia socialista* es, menos de medio siglo después de su propuesta⁹⁷, una familia en extinción. El descalabro de las concepciones estatistas que disfrazaban un sistema dictatorial presentándolo como la aparente ejecución de una ideología socialista ha demostrado que las diferencias conceptuales entre una familia y otra, diremos mejor entre un Derecho y otro, son menos trascendentes de lo que parecen.

Al contrario de la precariedad descrita en el párrafo anterior, lo que está más allá de toda duda es que las familias o sistemas jurídicos reconocen una fuente histórica común. Lo que ha ocurrido es que las tendencias por concretar desarrollos jurídicos originales y propios de los estados europeos nacientes durante los pasados cuatro siglos han determinado que por centurias la tarea de los

97 DAVID, René. *Traité élémentaire de droit civil comparé*. París. 1950.

juristas haya consistido en intentar propuestas originales para su patria, a efectos de justificar y fortalecer el ideal de su autonomía. Es decir, se ha instrumentalizado el Derecho como fenómeno para fundamentar la singularidad de una sociedad.

En conclusión, a pesar de que el punto de partida ha sido una matriz histórica común, la evolución del Derecho en el siglo pasado y parte de éste ha servido para que los Estados afirmen su identidad nacional; es decir, ha sido utilizado como un instrumento para ser diferentes. Sin embargo, qué distante está lo descrito de la tendencia contemporánea.

En los tiempos actuales, casi no hay área del Derecho –entre ellas la procesal, sin duda alguna– en donde no se haya expresado y en algunos casos concretado, esfuerzos por producir obras jurídicas integradoras. Es decir, a diferencia de antaño, el jurista moderno ha invertido el camino. Las necesidades de la sociedad contemporánea, expresadas en el incesante intercambio de bienes y servicios a nivel local e internacional, lo han obligado a buscar criterios jurídicos que hagan expeditiva la tarea de relacionarse con rapidez y seguridad, valor este último en el que el Derecho tiene mucho que aportar.

Refiriéndose a este histórico cambio de ruta en el pensamiento procesal contemporáneo, CAPPELLETTI afirma:

«Es precisamente éste uno de los más interesantes fenómenos de la historia antigua y moderna de los ordenamientos procesales europeos: éstos, que en los siglos del nacimiento y de la afirmación de los varios Estados nacionales, han manifestado sobre todo una fuerza por decir así centrífuga de diferenciación de la matriz originaria –la matriz de la que enseguida hablaremos– están ahora manifestando nuevamente en cambio

por decir así una fuerza centrípeta de unificación que permite entrever directamente, en embrión, la formación en la Europa Occidental de un unificado 'derecho procesal europeo'».⁹⁸

Una prueba de cuán raudamente se transmiten las tendencias jurídicas en el mundo contemporáneo es el hecho de que aquello que CAPPELLETTI avisora como tendencia en Europa es también tema de preocupación y concretización en América. Hace unos años un grupo de los más destacados procesalistas latinoamericanos, conectados a través del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, pergeñaron un ordenamiento procesal tipo para Iberoamérica.

Resultado de tan ambicioso proyecto es la existencia de un Código modelo⁹⁹ que, como su nombre lo indica, ha servido como fuente de inspiración para todas las reformas legislativas que se han hecho en los últimos años en esta parte de América. El Código del Proceso vigente en Uruguay desde 1989 y el Código Procesal Civil del Perú de 1993 son, a guisa de ejemplo, expresiones de tal influencia.

Es bueno precisar que jamás estuvo en el espíritu de quienes redactaron el Código modelo propugnar la vigencia de un sólo Código continental o algo parecido. Lo que sus gestores buscaron es aquello que precisamente empieza a dar sus frutos: ser una referencia coherente para las reformas legislativas que se realicen en Latinoamérica.

98 CAPPELLETTI, Mauro. *El Proceso...*, cit., p. 11.

99 *Un 'Codice Tipo' di Procedura Civile per L'America Latina*. Padua. Cedam. 1990.

Lejanos quedaron los tiempos en que los procesalistas levantaban barricadas en defensa de las instituciones tradicionales. Hoy simultáneamente se ataca a los mismos enemigos comunes del proceso en distintos ámbitos. CAPPELLETTI¹⁰⁰, por ejemplo, hace un recuento de lo absurdo que es mantener el medio probatorio al que llama *interrogatorio formal* y que en nuestro ámbito suele denominarse *confesión*. Inclusive propugna su reemplazo por formulas originadas en el derecho anglosajón y también en el derecho francés, en donde se plantea el llamado *interrogatorio libre*. Es apreciable advertir que esa tendencia que el maestro aboga para el Código de su país ya es norma vigente en el Código Procesal Civil peruano¹⁰¹.

100 «También aquí la doctrina más moderna, va luchando, en efecto, por la abolición de los institutos arcaicos y hoy en día decididamente superados, como el interrogatorio formal «sobre hechos y artículos» de la parte, instituto abolido, precisamente, en Francia en el quinto decenio de este siglo, y desconocido en los ordenamientos austriaco y alemán, mientras el mismo permanece todavía, y en una forma más rígida y anticuada que en Italia, en el ordenamiento español. La misma doctrina se bate también, al mismo tiempo, por la sustitución de aquel instituto por un procedimiento probatorio, el interrogatorio libre o sea la *comparution personnelle* de los franceses, análogo de un lado a la *cross-examination* anglosajona, y de otro lado a la *Parteivernehmung* introducida en Austria en 1895, y en Alemania, en Suecia, en Noruega, en Dinamarca, en Hungría, en Polonia y en otros lugares, en nuestro siglo» (Mauro CAPPELLETTI, *El proceso...*, cit., pp. 13 y 14).

101 «Artículo 213. Admisibilidad.- Las partes pueden pedirse recíprocamente su declaración. Ésta se iniciará con una absolución de posiciones, atendiendo al pliego acompañado a la demanda en sobre cerrado.

Concluida la absolución, las partes, a través de sus abogados y con la dirección del juez, pueden hacerse nuevas preguntas y solicitar aclaraciones a las respuestas. Durante este acto el juez puede hacer a las partes las preguntas que estime convenientes».

Para concluir esta introducción al tema, nos parece interesante destacar la considerable importancia social que tiene el derecho procesal. De alguna manera, el proceso de un país ha sido, es y será un excelente medio para reconocer su estado de desarrollo, su ideología predominante y, sin duda alguna, su situación económica y social.

El proceso es cada vez más el producto jurídico de lo que las sociedades necesitan para solventar la vigencia de su derecho material y asegurar, por esa vía, la eficacia del Estado de Derecho. Por oposición, el proceso es también el instrumento de análisis que nos permite reconocer el grado de injusticia social que sufre una comunidad a la que se niega o se retarda, sistemáticamente, un acceso adecuado al servicio de justicia.

27. LOS SISTEMAS PROCESALES

Lo anterior ha sido una mirada al proceso en el espectro de los sistemas jurídicos. Ahora interesa describir cuáles son las tendencias más firmes y definidas en materia de concepciones procesales, es decir, de aquel conjunto de principios e instituciones que configuran una determinada manera de hacer proceso civil. Esto es lo que recibe el nombre de *sistemas procesales*.

El punto de partida para el análisis de los sistemas procesales más conocidos pasa por recordar la característica más saltante del proceso. Este, finalmente, no es otra cosa que un *instrumento* destinado a hacer efectivos los derechos materiales en una determinada sociedad.

Esto podría significar que, de alguna manera, el proceso no tiene una historia propia sino más bien un destino asignado por la naturaleza jurídica, ideología y fines de los derechos materiales en una sociedad. Sin embargo, si bien es indudable que los derechos materiales definen la trascendencia del proceso, éste constituye material para la elaboración de una ciencia en tanto tiene categorías, criterios clasificatorios, instituciones, métodos de interpretación, estructura y aun sistemas propios.

En este contexto, el *cómo* realice el proceso su función instrumental respecto de los derechos materiales es determinante para la configuración de, por lo menos, dos sistemas procesales claramente definidos. A continuación explicaremos cada uno.

27.1.El sistema procesal privatístico

La ideología liberal, emergida de la Revolución Francesa, no solo influyó en el pensamiento político mundial, sino también y de manera trascendente en las ciencias jurídicas y, por cierto, en el proceso.

El postulado de libertad, por ejemplo, fue llevado al campo de los derechos civiles, en donde se afirmó que estos eran de control y disposición absolutos y totales de sus titulares, sin ningún tipo de restricción y, por eso, eran derechos *privados*. Esta consideración se aplicó también en el ámbito procesal: si en el proceso civil se discuten derechos civiles y estos son privados, entonces el proceso civil es también una actividad privada. Hasta mediados del siglo pasado, en toda Europa se le siguió

denominado *Sache der Parteien* (cosa de las partes), como recuerda CAPPELLETTI¹⁰².

En el siguiente capítulo, al desarrollarse los principios que orientan este sistema, se advertirá, con mayor precisión, cuáles son sus características y rasgos más peculiares.

27.2.El sistema procesal publicístico

Lo oneroso y absurdo del sistema privatístico planteó al procesalista la imperiosa necesidad de un cambio de rumbo. En principio, la reforma consistió en reducir el considerable apogeo de la escritura en el desarrollo de la actividad procesal. Como una alternativa de volverlo expeditivo, se resolvió optar por la oralidad.

El primer intento serio es el código de procedimiento civil de Hannover de 1850, elaborado por Gerhard Adolf Wilhelm LEONHARDT. Sin embargo, los que resultan abanderados en la tendencia de reforma son: el código de procedimiento alemán (*Zivilprozessordnung*) de 1879 –aún vigente en nuestros días– y, fundamentalmente, el código de procedimiento austriaco vigente desde 1898, producto del talento de Franz KLEIN.

En las dos primeras décadas de este siglo, prácticamente todos los códigos europeos –excepto el español– optaron por el predominio de la oralidad. Esta vigencia de la oralidad fue el punto de partida de la afirmación de un nuevo sistema que, por las razones que se detallan a continuación, recibe el nombre de *sistema publicístico*.

102 CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso...*, cit., p. 46.

28. DIFERENCIA SUSTANCIAL ENTRE LOS SISTEMAS PRIVATÍSTICO Y PUBLICÍSTICO¹⁰³

La diferencia entre los dos sistemas que hemos descrito, nos parece, se asienta en la respuesta a una pregunta específica: *¿Quién sirve a quién?* Los sujetos que actúan como objeto de la pregunta son el *Estado* y los *particulares*. Dentro de una concepción privatística, el proceso es el medio a través del cual el Estado concede a los particulares la oportunidad de resolver su conflicto de intereses. Por esta razón, como el Estado está a disposición de los particulares, el proceso, que es el *vehículo del servicio*, está bajo el control de quienes lo reciben, es decir, de los *particulares*.

Sin embargo, la misma pregunta puede tener una respuesta distinta. La trascendencia social del proceso, expresada en la presencia exclusiva y hegemónica del Estado, determinó que se advirtiera el carácter público de aquél. Pero no solo eso. Muy pronto se constató que lo más importante en el proceso no es que los particulares resolvieran su conflicto sino que, a través de él, el derecho objetivo –creado por el propio Estado– se tornara eficaz

103 A muchos procesalistas, el mismo criterio para clasificar los sistemas los lleva a denominarlos de manera distinta. Específicamente al sistema privatístico lo denominan sistema *dispositivo* y al publicístico lo llaman *inquisitivo*. Es el caso de ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, Buenos Aires. EDIAR. 1963, p. 105 y MONROY CABRA, Marco G. Cit., p. 37.

No compartimos tal criterio. Nos parece que tales conceptos están ligados a los sistemas probatorios correspondientes a un sistema procesal, en otras palabras, nos parece que se está usando el nombre de un subsistema para nombrar a un sistema.

y respetado, y asimismo, a través de la exigencia judicial del cumplimiento del derecho objetivo, se lograra la paz social en justicia.

Como se advierte, tanto la eficacia del derecho objetivo como el fin de la paz social en justicia son extraparticulares, y de alguna manera extraprocesales, por así decirlo. Es así como empieza a afirmarse la concepción del proceso como un fenómeno público y se le considera sujeto a normas previstas por el Estado con anticipación al conflicto, normas que también son de naturaleza pública, entre otras razones por su vocación imperativa.

Con lo dicho, a la pregunta: *¿quién sirve a quién?*, la respuesta empieza a variar. Así, resulta que las partes al enfrentarse en un conflicto de intereses brindan al Estado la oportunidad de reafirmar la eficacia del derecho objetivo para lograr la paz social en justicia. En consecuencia, el proceso pasa a ser una actividad pública, sujeto a normas de derecho público.

Sin perjuicio del desarrollo de los principios que sustentan este sistema, es conveniente destacar dos hechos. En primer lugar, el sistema publicístico ha pasado a ser en este siglo la alternativa más común y científicamente más aceptable para el diseño de un determinado ordenamiento procesal, al punto que mantener un esquema privatístico es signo de obsolescencia grave o aguda, según se mantengan vigentes ordenamientos estrictamente ceñidos a las tesis decimonónicas del liberalismo individualista, o a los postulados romano-canónico-comunes del *ordo iudiciarum privatorum*.

En segundo lugar, cabe precisar que este apogeo ha generado una paradoja –citada anteriormente– de

considerable importancia. Dado que la tendencia contemporánea en materia de derecho civil y comercial –nos referimos al derecho material del cual el proceso civil es su instrumento– es retornar a los esquemas privatistas de hace dos siglos, hoy se reafirma la vieja tesis de considerar privadísimos tales derechos materiales. Por otro lado, al haberse afianzado el sistema publicístico, resulta que en la actualidad *al interior de una función pública se discuten derechos privados*.

29. UNA ACLARACIÓN NECESARIA

A pesar de la marcada diferencia entre uno y otro sistema, descrita con mayor detalle en el siguiente Capítulo en el cual se desarrollan los principios que los orientan, es importante aclarar que no existe país en donde alguno de los sistemas se presente químicamente puro a nivel normativo, es decir, en posición totalmente antagónica al otro.

Sin perjuicio de la claridad de su origen y de sus objetivos, los principios de uno y otro sistema suelen interafectarse en un ordenamiento procesal en concreto, determinando que no se conozca un solo ejemplo de un ordenamiento que haya optado y conseguido regular la primacía absoluta de un sistema procesal en un Estado.

Capítulo IV

Los principios del proceso y del procedimiento

SUMARIO: 30. APUNTES SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. 31. LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. 32. LOS PRINCIPIOS PROCESALES. 33. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO. 33.1. PRINCIPIO DE LA EXCLUSIVIDAD Y OBLIGATORIEDAD DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. 33.2. PRINCIPIO DE LA INDEPENDENCIA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES. 33.3. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES. 33.4. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN O AUDIENCIA BILATERAL. 33.5. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD. 33.6. PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS ESTABLECIDOS EN LA LEY. 33.7. PRINCIPIO DE LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. 33.8. PRINCIPIO DE LA COSA JUZGADA. 34. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO. 34.1. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO QUE ORIENTAN UN SISTEMA PRIVATÍSTICO. 34.1.1. PRINCIPIO DE LA INICIATIVA DE PARTE. 34.1.2. PRINCIPIO DE LA DEFENSA PRIVADA. 34.1.3. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. 34.1.4. PRINCIPIO DE LA IMPUGNACIÓN PRIVADA. 34.2. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO QUE ORIENTAN UN SISTEMA PUBLICÍSTICO. 34.2.1. PRINCIPIO DE DIRECCIÓN JUDICIAL DEL PROCESO. 34.2.2. PRINCIPIO DE IMPULSO OFICIOSO. 34.2.3. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN. 34.2.4. PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN. 34.2.5. PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y DE LA LEALTAD PROCESALES. 34.2.6. PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL. 34.2.7. PRINCIPIO DE CELERIDAD PROCESAL. 34.2.8. PRINCIPIO DE SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO. 34.2.9. PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN DEL DERECHO PROCESAL. 34.2.10. PRINCIPIOS DE VINCULACIÓN Y ELASTICIDAD. 34.2.11. PRINCIPIO DE ADQUISICIÓN. 34.2.12. PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN.

30. APUNTES SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Una manera de idealizar el Derecho es decir que es una ciencia de conceptos precisos, estructurados sobre la base de un sistema que los ubica en el ámbito adecuado, situación que a su vez permite utilizarlos para

expresar exactamente lo que el emisor desea y comunicar al receptor con fidelidad el mensaje o dato.

Esto es, más o menos, lo que cierta concepción del pensamiento jurídico ha pretendido, históricamente, hacer del Derecho, esto es, entenderlo como una ciencia formal elaborada sobre la base de abstracciones, cuyo punto de partida ideal son hipótesis, las que posteriormente deben ser verificadas al ser contrastadas con la realidad, a fin de ser asimiladas o descartadas del quehacer científico.

Sin embargo, un hexágono –en tanto cumpla con su hipótesis de creación básica– será siempre un hexágono, con independencia de su tamaño, color, belleza o utilidad. Por eso, la geometría es una ciencia formal. En cambio, un acuerdo de varias personas para concretar un objetivo común es, jurídicamente, la esencia de un contrato de sociedad. Sin embargo, atendiendo a la naturaleza del acuerdo, considerando si el objetivo común es obtener lucro o no, evaluando si este mismo objetivo es lícito o no, estimando el grado de formalización que el acuerdo alcance, en suma, apreciando éstas y otras «pequeñas variantes», es perfectamente posible que este mismo acuerdo no sea un contrato de sociedad, a pesar de mantener su esencia. Hay un sinnúmero de modificaciones que pueden determinar su transformación a figuras jurídicas distintas sin necesidad de afectar su núcleo.

A pesar de ello, nadie podría asegurar que no se producirá una discusión académica interminable sobre la naturaleza jurídica de la figura que ha aparecido, inclusive si sigue siendo contrato de sociedad o ya no. Lo

expresado significa que los temas del Derecho son abruptos, complejos, densos y, sobre todo, opinables.

Sin embargo, el jurista necesita apoyarse en categorías o conceptos básicos para desarrollar su investigación, para hacerla siquiera verosímil. Para ello parece importante advertirle que sea conciente de que tal construcción se elabora comúnmente sobre bases precarias. Veamos cuáles son.

En algún momento del desarrollo histórico del Derecho, se consideró que su estudio no era otra cosa que la búsqueda de las verdades divinas, las que se supone permanecían inmutables en un mundo superior, del cual había que extraerlas por medio de la razón, en tanto fuera posible. San Agustín y después Santo Tomás mejoraron la idea y consideraron que, en efecto, hay tres clases de leyes: una *ley eterna* que es la que gobierna todo en tanto es voluntad de Dios, una *ley natural* que reside en la conciencia del hombre en tanto éste es partícipe del quehacer divino y una *ley humana* que está referida a las relaciones terrenas o mundanas.

Esta concepción se completa con otras afirmaciones adscritas al mismo pensamiento. Así, se dice que la *ley eterna* no es pasible de conocimiento por el hombre, pero éste sí puede acceder a la *ley natural* a través de la razón. Por otro lado, la *ley humana* es precisamente el producto de la aplicación de la *ley natural* a la vida en sociedad.

Estas tesis, expresiones de la influencia del derecho romano sobre el pensamiento de los doctores de la Iglesia, constituyen la matriz de la que se nutren los desarrollos posteriores del derecho occidental europeo. Es aquí donde se aprecia la búsqueda de métodos tendentes a

encontrar cierto número de conceptos o ideas centrales, fijas, inmutables, que sirvan de base para la construcción de un sistema jurídico.

Sin embargo, el hecho de que el fenómeno jurídico no sea otra cosa que una especie del fenómeno social, ha determinado que todos los esfuerzos –inclusive los contemporáneos– por diseñar un sistema jurídico sobre la base de cierto número de categorías básicas de aceptación universal hayan fracasado.

Si el fenómeno jurídico es un fenómeno social específico, entonces es natural que la norma jurídica sólo sea una especie de la norma social. Siendo así, participa de toda su sensibilidad, por tanto, es variable en el tiempo y en el espacio. Asimismo, su aceptación o reconocimiento en una comunidad admite todos los matices. Así, los motivos de la elaboración de una norma jurídica son distintos a los motivos que –mucho tiempo después– se tienen para pedir su aplicación. Y, para hacer extremo el ejemplo, no sería de extrañar que fuesen otros los motivos que tuviera el juez para aplicarla o no al caso concreto en otro momento histórico determinado.

Tomemos como ejemplo un concepto utilizado en los códigos más importantes de nuestro ordenamiento jurídico y de cualquiera que reconozca como antecedente al sistema romano-germano-canónico-francés: el *orden público*. Tal vez la idea más exacta que podemos tener de él es aquélla que tenemos en nuestra mente cuando el concepto no nos es preguntado. Es decir, sabemos qué es hasta que nos lo preguntan. Sin embargo, cuando queremos perfilar sus elementos básicos o distintivos, empieza la discusión, resultando imposible lograr un

acuerdo unánime sobre qué es *orden público*. Inclusive algunos consideran que es un concepto que debería ser eliminado del Derecho¹⁰⁴.

El ejemplo del concepto *orden público* es de plena aplicación a un importante número de ideas jurídicas prevalecientes en el derecho contemporáneo. Mucho tiempo se ha perdido en buscar proposiciones que constituyan verdades incontrovertibles sobre las que se asiente un determinado desarrollo o concepción del Derecho. Inclusive aún se sigue perdiendo tiempo en discusiones originadas en la defensa de una tesis que a su vez se sustenta en un aforismo o principio reconocido y aceptado en la Edad Media –aun cuando jamás ha sido contrastado con la realidad de su época– pero postulado siglos después como verdad definitiva, sin que medie un análisis sobre la diferencia de contextos históricos entre el momento de su génesis y el de su aplicación actual.

Un caso singular está dado por los llamados *principios generales del Derecho*. Se tiene una idea confusa de ellos. Por un lado, suele considerárseles pilares básicos sobre los que se asienta una determinada concepción del Derecho; y por otro, se les considera un desarrollo frustrado de los estudios jurídicos. La discusión se vuelve infinita cuando se quiere identificar cuáles de los postulados tienen la calidad de principios. Aun más, suele no haber el más mínimo consenso cuando se plantea la necesidad de incorporar los principios al ordenamiento positivo o su mantenimiento fuera de él.

104 NIETO BLANCO, Ernesto. *Teoría de la interpretación de normas*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1960.

Refiriéndose a esta complejidad, PEYRANO y CHIAPPINI afirman:

«(...), las tesis construidas en derredor de los principios generales del Derecho no sólo suelen estar impregnadas de un subjetivismo reñido con la investigación científica, sino que además sus mentores están animados de un particular espíritu intransigente, contrario a toda conciliación y renuente a cualquier raciocinio que no concuerde con la postura sostenida a ultranza»¹⁰⁵.

Los principios generales del Derecho no son verdades inmutables e incontrovertibles, originadas en un espíritu superior o en un grupo de sabios indiscutidos, capaces de desafiar la fuerza destructiva del tiempo y, por tanto, de ser edificios victoriosos en medio de las ruinas humeantes de una ciencia que cada día renueva sus contenidos para hacer efectiva su utilidad social. De hecho, los principios apenas son concepciones del Derecho que han tenido un importante reconocimiento en un momento histórico determinado, con la suficiente contundencia como para mantener su aceptación relativa en sociedades y tiempos distintos a aquéllos en los que tuvieron origen.

Sin embargo, nada de lo dicho garantiza la bondad absoluta de su aplicación y eficacia. IHERING se refería a este rasgo así:

«El tiempo modifica los principios fundamentales igual que cambia las reglas del derecho. Los principios deben necesariamente cambiar porque no constituyen de ningún modo categorías lógicas, sino que son la concentración de reglas

105 PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O. *Instituciones Atípicas en Derecho Privado*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni. 1985, p. 23.

materiales, y las reglas cambian con las relaciones. Creer en la inmutabilidad de los principios acredita falta de sentimiento crítico para el estudio de la historia»¹⁰⁶.

Por otro lado, la referencia a los principios no tiene antecedentes considerables en el derecho positivo. En opinión de GARDELLA¹⁰⁷, el reconocimiento normativo de los principios sólo data de 1797.

31. LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

En esta discusión académica por darle a los principios generales del Derecho una importancia suprema o un rasgo peyorativo, es donde empieza a descubrirse que atrás de la polémica en torno de qué y cuáles son los principios, está guarnecida no sólo la importancia teórica de éstos, sino una extraordinaria labor de cobertura de las situaciones límites en las que el Derecho –fenómeno social al fin– suele ser atrapado por la realidad sin tener una salida coherente.

Así opina sobre el tema DEL VECCHIO:

106 IHERING, Rudolf. *Espíritu del Derecho Romano*. Madrid. Bailly-Baillière. s/a. Tomo IV, pp. 340-341.

107 «El primer código que se ocupó expresamente de nuestro objeto de estudio, bajo la designación de principios generales y naturales del derecho fue el que se implantara en 1797, bajo Leopoldo II de Austria, en la Galitzia Occidental (art. 19). Su inspirador, Carlos Antonio von Martini, fue profesor de Derecho Natural en la Universidad de Viena y discípulo de Christian Wolff». GARDELLA, Lorenzo, voz: *Principios generales del Derecho*. En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Omeba. 1967. T. XXIII, p. 129.

«Lo mismo en la esfera del Derecho que en todas las ramas del saber, corresponde, pues, a la reflexión crítica y filosófica esa función de reivindicar y aclarar los presupuestos y principios tácitos, los cuales desaparecen fácilmente bajo el peso de la superestructura del mundo empírico, y a veces parecen perdidos casi por completo. Tal función no responde tan sólo a una exigencia puramente teórica, que podemos llamar de justicia cognoscitiva, sino que es necesaria también con objeto de suministrar las normas precisas para los casos particulares y los problemas prácticos; en los cuales alguna que otra vez, y cuando menos se piensa, revélase imperiosamente la urgencia de acudir a una noción o a un principio de carácter general, para resolver una dificultad o para desentrañar la verdadera naturaleza de un fenómeno»¹⁰⁸.

Y si a pesar de lo dicho la importancia de los principios aparece discutida, adviértase la función trascendente que éstos tienen para la actividad realizada por el juez. Ésta, como se sabe, consiste en aplicar creativamente categorías jurídicas que orienten y promuevan la vigencia del sistema jurídico, pero con la debida adecuación a las características propias del caso concreto y de los elementos externos que lo rodean.

Prácticamente no hay sistema jurídico contemporáneo que no haya acogido la teoría del «deber de fallar», es decir, el ineludible deber que tiene el juez de resolver los casos sometidos a su función jurisdiccional. Sin embargo, recuérdese que tal actividad no siempre tuvo esta imposición. No hace más de dos siglos, si un juez no tenía la certeza de cómo debía resolver, podía no pronunciarse en ningún sentido. Inclusive con el tiempo

108 DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del Derecho*. Trad. de Juan Ossorio Morales. Barcelona. Bosch. 1979, p. 100.

se deslizó una alternativa. Ésta consistió en el derecho del juez de solicitar auxilio al poder legislativo, cuando se encontrara con un caso que consideraba no previsto en la legislación vigente.

La necesidad de justicia y de seguridad jurídica de la sociedad y, sobre todo, el propósito de concretar la independencia del poder judicial¹⁰⁹, impusieron al juez la exigencia de resolver sin ningún elemento externo a su voluntad. Precisamente, la regulación normativa del «deber de fallar» significó proveer al juez de herramientas jurídicas que suplieran los vacíos o deficiencias normativas, pues uno de esos remedios para el juez o el intérprete en general son los principios generales del Derecho.

Por otro lado, una de las frustraciones eternas de los juristas consiste en tener que admitir que no hay posibilidad de regular en forma completa todas las situaciones que en la realidad se pueden producir. Y aun en la hipótesis negada de que tal encargo se lograra, el jurista es conciente de que muy prontamente el cambio social convertirá el logro obtenido en una nueva frustración, tal vez más profunda. Por esta razón, es imprescindible contar con medios que alienten, que impelan a analizar

109 «Esa desconfianza hacia el Poder Judicial se mantuvo aún en estados que hacían continua declamación de los principios democráticos que lo animaban, como así también de la necesidad de defender una división de poderes más existente en los papeles que en la realidad. Merece citarse el caso de Francia, en la cual en pleno auge del fervor revolucionario, existía un *referée législatif* de actuación facultativa cuando los jueces tenían dudas sobre el alcance de un texto legal y de intervención obligatoria cuando se producían contradicciones judiciales». PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O. *Instituciones...*, cit., p. 28.

(actualizar) la norma positiva en la perspectiva del tiempo transcurrido desde que se expidió hasta el momento en que se va a aplicar.

Entre estos medios reconstituyentes y actualizadores del derecho positivo, se cuentan los principios generales del Derecho, los que actúan como «organismo respiratorio», según la frase de POLACCO recordada por DEL VECCHIO¹¹⁰.

Un tema inconcluso sobre los principios generales del Derecho es su ubicación en el sistema jurídico. Para algunos son categorías abstractas que reposan *fuera del derecho positivo*, inclusive las califican como expresión trascendente del llamado *Derecho Natural*. Otros, manteniéndolos fuera del derecho positivo, consideran que son producto del decantamiento histórico del pensamiento jurídico. Estiman que se trata de aquellas ideas superiores, inmanentes y fijas más allá del devenir de la dinámica social. Una variante la asumen quienes consideran que son un producto científico del Derecho, es decir, es lo que

110 «La vida de ese organismo tiene como condición, según dijimos, una cierta posibilidad de renovarse, lo cual se facilita por la presencia en él de un 'organismo respiratorio' –según la acertada metáfora de POLACCO– o sea, de conceptos capaces de asumir en la unidad de su propia significación, un contenido empíricamente variable. Tales conceptos, que otros han llamado 'conceptos válvulas' (WURZEL), y también «órganos de adaptación» (DONATI), sirven precisamente para mantener el necesario equilibrio (no estático, sino dinámico), entre el sistema jurídico y los elementos que lo rodean. Así como nuestro legislador no ha definido, por ejemplo, el concepto de 'buenas costumbres' o el de 'orden público', sino que se ha limitado a referirse a ellos *sic et simpliciter*, dándoles premeditadamente cierta elasticidad (...). DEL VECCHIO, Giorgio. Cit., p. 128.

queda de los avances en la doctrina y la jurisprudencia universales. Esta función de los principios como fuente supletoria del Derecho pero sin reconocimiento en el derecho positivo es compartida, entre otros, por DIEZ PICAZO¹¹¹.

Otro sector considera que los principios están *incorporados a la norma positiva*, siendo inmanentes al derecho concretizado en la norma objetiva, razón por la cual lo que se requiere es una interpretación de ella para descubrirlos, por lo menos en aquellos casos en que no sean evidentes. La tesis se sustenta en el hecho que un sistema normativo es completo y armónico en sí mismo, por tanto, no es factible considerar que tiene lagunas. Esta concepción privilegia un principio llamado también «norma de clausura», que tiene como función esencial integrar el sistema. La norma es: «todo lo que no está prohibido, está permitido».

También es un tema discutido –desde una óptica prospectiva– precisar si los principios deben estar regulados, o simplemente es suficiente que se repute necesario que tengan reconocimiento como ideas jurídicas trascendentes. Nos parece que los principios no sólo no tienen necesidad de estar incorporados al derecho positivo, sino que además se debilita considerablemente su función integradora y enriquecedora del sistema jurídico, si se exige como cuestión previa su reconocimiento en el derecho positivo.

111 «Cuando hablamos, pues, de «principios generales del derecho» estamos haciendo referencia a estos criterios no legislados ni consuetudinarios mediante los cuales debemos integrar las lagunas de la ley y de los cuales debemos servirnos para llevar a cabo la labor de interpretación de las leyes». LUIS DIEZ PICAZO. *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*. Barcelona. Ariel. 1975, p. 202.

Ahora bien, una última discusión sobre el tema es si sólo existen los principios del Derecho generales o es posible admitir la existencia de principios específicos orientadores de una determinada disciplina jurídica. Nosotros consideramos que en este tema se ha construido artificialmente una polémica innecesaria. Los principios generales del Derecho orientan e informan todo el Derecho, sin embargo, tal calidad no obsta para que haya otros de distinto alcance, en tanto son líneas vectoriales y explicativas de las tendencias o posiciones de las diversas disciplinas que conforman el conjunto de las ciencias jurídicas.

Finalmente, los principios generales del Derecho pueden ser extralegales, pero en ningún caso son extrajurídicos. Siendo así, se trata de fenómenos jurídicos que tienen como funciones: *crear, interpretar e integrar* el sistema jurídico. Ahora bien, tales funciones sólo se pueden cumplir en tanto los principios sean normas fundamentales, trascendentes, universales, tópicas, sin que esencialmente sean positivas.

Estas funciones son tan importantes para el Derecho que su ejercicio no puede dejarse al desgobierno y al caos. Es imprescindible que los mecanismos de generación del Derecho se sujeten a pautas objetivas, precisamente esas normas orientadoras y autocreativas están expresadas en los principios generales del Derecho. Así lo expresa también Hernán Valencia Restrepo¹¹².

112 «Las funciones principales persiguen que la creación, interpretación e integración del derecho no se gobierne por los criterios subjetivos –los cuales con demasiada frecuencia pueden ser arbitrarios– del creador, intérprete o integrador sino por patrones

32. LOS PRINCIPIOS PROCESALES

Los principios procesales –expresión monodisciplinaria de los principios generales del Derecho ya desarrollados– vistos en su conjunto y al interior de un ordenamiento sirven para describir y sustentar la esencia del proceso, y además poner de manifiesto el sistema procesal por el que el legislador ha optado. Es ésta también la razón por la que aparecen en el frontis de un ordenamiento, en su Título Preliminar. Ésta es una opinión que comparte EISNER¹¹³. Sin embargo, lo expresado no obsta para reconocer que hay varios principios procesales que podrían no aparecer en un código, pero que sin duda forman parte de la sistemática de éste, inclusive de la concepción del proceso que los legisladores han optado.

En definitiva, los principios procesales acogidos en un código son expresiones de una determinada tendencia. A

objetivos, que son los valores bilaterales vigentes en una sociedad o que deben regir en ella, en los cuales justamente consisten los principios.

°Queda, por tanto, excluida así la posibilidad de que se ejerzan las ramas del poder público (legislativa, ejecutiva, jurisdiccional) con base en opiniones personales o arbitrarias». VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Nomóarquica, Principialística Jurídica o los Principios Generales del Derecho*. Bogotá. Temis. 1993, p. 87.

- 113 «Estos principios formativos o monitores inspiran las soluciones de los códigos y están obstinadamente reflejados en cada una de las disposiciones normadas. A veces, esos principios son propuestos por el legislador al comenzar su obra codificadora y entonces los encontramos al frente de los cuerpos legales anunciados como portada donde se anticipa que el cuerpo a reglarse se habrá de inspirar en aquellos y seguirá determinados lineamientos. En tal caso tendremos una ordenación reflexiva, conciente y técnica alrededor de las pautas o sistemas». Isidoro EISNER. *Planteos Procesales*. Buenos Aires. La Ley. 1984, p. 48).

pesar de ello, debe advertirse que su aplicación exige una interpretación reflexiva que trascienda su sentido literal o histórico cada vez que sean utilizados, privilegiándose los valores vigentes en la sociedad al momento de su aplicación. Estamos abogando por la *relativización* de los conceptos y de los principios procesales. Es indispensable que el juez advierta que los principios son pautas orientadoras de su decisión, en tanto éste los somete al cotejo con las necesidades y los intereses sociales al tiempo de su uso.

Proponemos una interpretación creativa de los principios, que los haga concordar con los valores vigentes en la sociedad y en su dinámica en un momento histórico determinado. Un principio procesal acogido en un código será útil en tanto penetre en la escena misma de la vida, se nutra del drama diario de una comunidad que aspira a ser mejor y, en definitiva, permita al juez decidir en justicia el caso concreto.

Por lo demás, cuando describimos un principio del proceso estamos haciéndolo desde una perspectiva institucional, es el análisis del proceso como fenómeno jurídico. Sin embargo, esta apreciación válida no obsta reconocer que desde la óptica del sujeto de derecho, los mismos principios del proceso suelen ser a su vez derechos básicos de éste, regularmente de naturaleza constitucional.

En las siguientes líneas vamos a desarrollar lo que hemos denominado *principios del proceso* y *principios del procedimiento*. Los primeros son aquellos indispensables para la existencia de un proceso, sin ellos éste carecería de elementos esenciales para ser admitido como tal. Los segundos, en cambio, son los que caracterizan e identifi-

can la presencia de un determinado sistema procesal, en concordancia con lo expresado en el Capítulo anterior a propósito precisamente de los sistemas procesales.

33. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO

Como se expresó en el párrafo anterior, estos principios sustentan la esencia de lo que es un proceso judicial, al extremo que su presencia en un ordenamiento procesal es correspondiente con la naturaleza jurídica de éste. Veamos cuáles son y en qué consisten, no sin antes advertir que la lista podría no estar completa, atendiendo a los distintos tratamientos que el tema suele recibir.

33.1. Principio de la exclusividad y obligatoriedad de la función jurisdiccional

No es más que lo que su mismo nombre indica. Nadie puede irrogarse en un Estado de derecho la función de resolver conflictos de intereses con relevancia jurídica, sea en forma privada o por acto propio. Esta actividad le corresponde al Estado a través de sus órganos especializados, éste tiene la exclusividad del encargo. El principio significa, además, que si una persona es emplazada por un órgano jurisdiccional, debe someterse necesariamente al proceso instaurado contra él. Es más, para cuando el proceso acabe, dicha persona estará también obligada a cumplir con la decisión que se expida en el proceso del cual formó parte. En cualquiera de ambos casos, ni su actividad ni su omisión podrán liberarla de la obligatoriedad de cumplir con lo que se decida. Podrá ser compelida a ello, por medio del uso de la fuerza estatal.

33.2.Principio de la independencia de los órganos jurisdiccionales

La única posibilidad de que un órgano jurisdiccional –un juez– pueda cumplir a cabalidad con su función social de resolver conflictos de intereses y procurar la paz social es intentando que su actividad no se vea afectada por ningún otro tipo de poder o elemento extraño que presione o altere su voluntad, es decir, su facultad para decidir.

Si un juez no es soberano en la decisión que debe tomar para resolver un caso concreto, significará que el proceso judicial sólo es un pretexto para protocolizar una injusticia, la que habrá sido obtenida por ese factor externo que pervierte la voluntad del juzgador. De esta manera se expresa DEVIS ECHANDÍA:

«Toda intervención que trate de desviar su criterio en cualquier sentido, peca contra él y hace desvirtuar la esencia misma de su cargo. Por eso nada más oprobioso que la existencia de jueces políticos, de funcionarios al servicio de los gobernantes o de los partidos»¹¹⁴.

33.3.Principio de imparcialidad de los órganos jurisdiccionales

La palabra *imparcialidad* se origina en el vocablo *impartial* que significa «que no es parte». En realidad, la etimología es útil para identificar la exigencia de que el órgano jurisdiccional esté absolutamente desafectado respecto de lo que es materia del conflicto de intereses,

114 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones...*, cit., p. 47.

y también de cualquier relación con quienes participan en él. Aun cuando desde un punto de vista valorativo esta afirmación puede parecer tautológica, resulta obvio que el juez no puede ser parte en el proceso que va a resolver.

Sin embargo, contra lo que se cree, la imparcialidad no sólo es una calidad que debe tener el órgano jurisdiccional, sino también impone un deber a todos los que participan en la actividad judicial de proteger tal estado, compromiso que alcanza a las partes interesadas en el conflicto contenido en el proceso judicial. Es jurídicamente punible que alguien intente violentar la imparcialidad del órgano jurisdiccional, sea con propuestas irregulares o de cualquier otra forma.

Precisamente, cuando el principio de imparcialidad se ve afectado luego de iniciado el proceso, las partes o el mismo órgano jurisdiccional pueden resolver el problema pidiendo que el proceso pase a otro órgano o dejando –por decisión propia– de tramitarlo, respectivamente.

33.4. Principio de contradicción o audiencia bilateral

También se le conoce con el nombre de *principio de bilateralidad* y, como su nombre lo indica, consiste en que todos los actos del proceso deben realizarse con conocimiento de las partes, aun cuando más específicamente queremos decir que todo acto procesal debe ocurrir con la información previa y oportuna a la parte contraria.

Adviértase que lo trascendente es el *conocimiento*: la actividad que el noticiado o informado realice después de

producido el acto informativo puede o no presentarse¹¹⁵. Éste es un tema secundario, lo importante es que conoció el acto en el momento oportuno. Ésta es la razón por la que el principio en estudio está directamente ligado al objeto de la *notificación procesal*.

En los estudios procesales contemporáneos, se considera la existencia de un deber del emplazado de comparecer. Es decir, así como toda persona tiene el derecho de recurrir al Estado pidiendo tutela jurisdiccional, también cualquier persona tiene el deber de comparecer cuando, en ejercicio de dicha tutela, otra persona le pide al Estado lo emplace para el inicio de un proceso.

Ante la imposibilidad de regular una sanción personal contra quien no comparece –dado que tal acto importaría una violación a la libertad individual– la doctrina también ha evolucionado, por eso ahora los ordenamientos procesales modernos han optado porque los mecanismos de sanción de la rebeldía o contumacia sean más enérgicos y, sobre todo, referidos a la situación procesal del emplazado, la que sufre un disvalor cuando éste no comparece, a tal extremo que bien puede significar que pierda el proceso.

Este principio es tan esencial al concepto del proceso que prácticamente lo identifica. Así se expresa también

115 «Lo dicho no quiere significar que haya contradicción actual y presente en absolutamente «todos» los momentos del proceso. Una medida precautoria se ordena «inaudita parte». Pero el debate sólo está postergado, vendrá luego y la medida podrá ser impugnada. Mientras tanto el equilibrio lo mantiene la contracautela; luego cabe la apelación contra aquélla y por último el debate de fondo sobre la cuestión principal». EISNER, Isidoro. Cit., p. 52).

EISNER¹¹⁶. No hay posibilidad de tramitar válidamente un proceso si es que éste no consiste en un intercambio de posiciones, fundamentos, medios probatorios, alegatos de los interesados y directamente afectados con lo que se resuelva al final de éste. Reiteramos, la idea prevaleciente no es que se produzca en la práctica el contradictorio, sino que las partes tengan el derecho pleno e irrestricto de ejercerlo, en consecuencia, el principio de contradicción es abstracto.

Como resultado directo de este principio, podemos decir que en una sociedad civilizada una sentencia –la decisión que regularmente se expide al final de un proceso judicial– sólo produce efecto respecto de las personas que han participado en él ejerciendo sus derechos o pudiendo haberlos ejercido. En concreto, este principio significa que un proceso sólo será válido desde su inicio, en tanto el demandado sea emplazado correctamente y se le conceda el tiempo necesario para que conteste la demanda, pruebe, impugne y alegue al igual que el demandante, durante el transcurso de todo el proceso.

Afirmamos que –salvo situaciones excepcionales previstas por la norma procesal– en un proceso un juez no expedirá decisión que afecte a las partes sin antes conocer cuál es la posición de éstas al respecto, o por lo menos hasta no haberles concedido la oportunidad de expresarla.

116 «Es decir, que este principio de bilateralidad es quizás el más característico de todo régimen procesal en los países de filiación individualista, democrática y republicana». EISNER, Isidoro. *Ibidem*, p. 52.

33.5.Principio de publicidad

Esta vez el concepto público no está tomado en el sentido de *difusión*, sino simplemente en un sentido contrario a *reservado*. La actividad procesal es una función pública, en virtud de lo cual, constituye una garantía de su eficacia que los actos que la conforman se realicen en escenarios que permitan la presencia de quien quisiera conocerlos.

El servicio de justicia debe dar muestras permanentes a la comunidad de que su actividad se desenvuelve en un ambiente de claridad y transparencia. Para ello, no hay mejor medio que convertir en actos públicos todas sus actuaciones. Este conocimiento por parte de los justiciables de la actividad judicial, les concede la *seguridad* de que el servicio se brinda correctamente.

Conviene recordar que esta publicidad no estuvo siempre presente en el proceso civil. Al contrario, se trata de una conquista política respecto del proceso secreto e impositivo que estuvo vigente en la legislación europea de hace algunos siglos. Ciertamente es también que a la fecha su reconocimiento es casi unánime.

El principio de publicidad admite excepciones, las que van a depender menos del proceso y más de la naturaleza de la pretensión que se discute. Así lo expresa MILLAR¹¹⁷ quien siguiendo el criterio germánico encuentra tres clases de publicidad: una *general* (*allgemeine Oeffentlichkeit*), una *mediata* (*mittelbare Oeffentlichkeit*) y una *inmediata* (*Partteioeffentlichkeit*). Es decir, una publicidad para todos, otra para algunos y otra exclusivamente para las

117 MILLAR, Robert Wyness. *Los Principios formativos del Procedimiento Civil*. Buenos Aires. EDIAR, p. 186.

partes. Esta última se presenta, por ejemplo, en los casos de divorcio por causal, filiación y en aquellos en los que el juez considere necesaria tal restricción.

El fundamento del principio de publicidad es que el servicio de justicia es un servicio social. Esto significa que lo que ocurre en los tribunales no es de interés exclusivo de los litigantes, sino de la sociedad. Qué se hace para que se resuelvan los conflictos –es decir, cómo se tramiten los procesos– es una información que debe ser conocida por la comunidad. Con tales datos, podrá establecerse una relación de confianza entre los órganos jurisdiccionales y su comunidad.

Precisamente uno de los más graves defectos del servicio de justicia es que su actividad suele ser un rito ininteligible y oscuro para el ciudadano común. De allí a la desconfianza en su funcionamiento sólo hay un paso. Por cierto, la publicidad anotada no significa que todos los actos procesales deben estar a disposición del universo de la comunidad, aquélla sólo debe alcanzar a aquellos aspectos que garantizan la idoneidad de su desarrollo.

Lo expresado tampoco descarta que en sede civil y sólo por excepción haya actividades que deban realizarse en privado para garantizar esta vez el honor, el decoro o la intimidad de algunas personas. En estos casos, es pertinente la cita de Millar para diferenciar los grados de manifestación del principio de publicidad.

33.6.Principio de obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley

La norma procesal – expresión concreta del derecho procesal– es de derecho público. Esta afirmación nos con-

duce a otra que suele ser repetida en los considerandos (fundamentos) de las decisiones judiciales, según la cual las normas procesales son de *orden público*. Sin embargo, tal aseveración no es rigurosamente exacta. Casi todas las normas procesales contienen prescripciones de obligatorio cumplimiento, pero este rasgo no es absoluto. Hay algunas normas procesales que regulan opciones a efectos de que los interesados decidan la actuación más pertinente a sus intereses, en tal condición no pueden ser de orden público, sin embargo, por tal hecho no dejan de ser normas procesales, es decir, de derecho público.

Entre las normas procesales son ejemplos típicos de aquellas de obligatorio cumplimiento, es decir, imperativas, las que proveen la regulación del procedimiento que se debe seguir para conducir la solución judicial del conflicto a su fin natural o la decisión del juez. Las partes, en el primer caso, no pueden convenir una tramitación –una vía procedimental– distinta a la prevista en la ley procesal, salvo que expresamente y de manera excepcional la misma norma conceda vías alternativas.

33.7. Principio de la motivación de las resoluciones judiciales

La función jurisdiccional como actividad exclusiva del Estado –específicamente de sus órganos judiciales– es un instrumento de paz y de seguridad social. Sin embargo, una buena parte de sus instituciones judiciales están diseñadas para impedir que la autoridad del Estado se convierta en dictadura, es decir, para que los derechos del ciudadano no sean burlados por el ejercicio arbitrario del imperio del Estado en sede judicial.

No hace más de dos siglos, los jueces no estaban obligados a fundamentar sus decisiones, es decir, ejercían su función y resolvían a partir de su intuición de lo justo. Todo el sistema de resolución de conflictos se sustentaba en cuán afinada tuviera un juez su *sindéresis*. Sin embargo, una de las conquistas más importantes, no sólo procesales sino del constitucionalismo moderno, ha consistido en la exigencia dirigida al juez en el sentido de que debe fundamentar todas y cada una de sus decisiones, salvo aquéllas que, por su propia naturaleza, son simplemente impulsivas del tránsito procesal.

Una exigencia de este tipo impone a los otros protagonistas del proceso una serie de deberes. Así, las partes deberán sustentar todas las peticiones que formulen, o todas las absoluciones que realicen a los planteamientos de la otra parte. Asimismo, las partes deberán fundamentar los medios impugnatorios que usen, garantizando así un sistema procesal coherente, lógico y racional.

DEVIS ECHANDÍA refiriéndose a este principio afirma:

«De esta manera se evitan arbitrariedades y se permite a las partes usar adecuadamente el derecho de impugnación contra la sentencia para los efectos de la segunda instancia, planteándole al superior las razones legales y jurídicas que desvirtúan los errores que condujeron al juez a su decisión. Porque la resolución de toda sentencia es el resultado de las razones o motivaciones que en ellas se explican»¹¹⁸.

En el caso peruano, la Constitución Política de 1993¹¹⁹ regula este principio.

118 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones...*, cit., p. 66.

119 «Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

33.8.Principio de la cosa juzgada

Si el fin abstracto del proceso es la paz social en justicia, tal encargo sólo va a poder ser cumplido cuando las decisiones judiciales no admitan ningún cuestionamiento, es decir, cuando los obligados con ellas las cumplan, sea espontáneamente o a través del uso de la facultad coercitiva del Estado.

Para que los fines del proceso se concreten es indispensable que la decisión final que se obtenga en éste sea de exigencia inexorable. Esta calidad de indiscutibilidad y de certeza en su contenido es una autoridad intrínseca que acompaña a las resoluciones judiciales y recibe el nombre de *cosa juzgada*. Por cierto, no todas las decisiones últimas de un proceso están investidas de la autoridad de la cosa juzgada, ésta sólo se presenta en aquellas resoluciones en las que haya un pronunciamiento sobre el fondo, es decir, sobre el conflicto que subyace en el proceso.

Sin embargo, es importante hacer una precisión a lo expresado en el párrafo anterior. Hay algunas resoluciones que excepcionalmente adquieren la autoridad de la cosa juzgada, a pesar de no referirse al conflicto de fondo, es decir a la fundabilidad de la pretensión. Nos estamos refiriendo a aquellas decisiones que declaran la improcedencia de la demanda, sustentadas en una infracción procesal (regularmente conectada con la

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan».

pretensión) que ya no puede ser resarcida por el demandante. Son los casos, por ejemplo, de las resoluciones que declaran fundadas una excepción de prescripción o de cosa juzgada.

Un requisito adicional para que la autoridad de la cosa juzgada acompañe a una resolución es que se presente alguna de estas situaciones: sea que se hayan agotado todos los medios impugnatorios pasibles de ser deducidos contra ella, sea que se trate de una resolución inimpugnable o que haya transcurrido el plazo legal correspondiente sin haberse interpuesto impugnación alguna contra ésta. Es decir, es un requisito que la resolución sea última, a pesar de lo cual, anotamos que doctrina reciente no descarta, en determinadas circunstancias, su revisión judicial¹²⁰.

Reiteramos lo expresado a propósito del principio de contradicción, la decisión judicial sobre el fondo sólo afecta a quienes han participado en el proceso; sólo en casos excepcionales tiene un alcance *erga omnes* (para todos), como en los procesos sobre patrocinio de intereses difusos, siempre que la decisión sea sobre el fondo y favorable a los demandantes. Ésta es la opción tomada por el Código Procesal Civil peruano¹²¹.

120 HITTERS, Juan Carlos. *Revisión de la cosa juzgada*. La Plata. Editora Platense. 1977, p. 138.

121 «Artículo 82.- Patrocinio de intereses difusos.- (...)

La sentencia, de no ser recurrida, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado en el proceso».

34. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO

Como ya se expresó, los principios del procedimiento sirven para describir la naturaleza y contenido de los sistemas procesales civiles que fueron desarrollados en el capítulo anterior. Por esta razón, los principios que a continuación se detallan los hemos dividido atendiendo precisamente a los sistemas procesales ya descritos. Así, se citarán en primer lugar los principios del procedimiento que orientan un sistema privatístico y, posteriormente, los que informan y orientan un sistema publicístico.

Pese a que la afirmación sea reiterativa, no debe olvidarse que la historia del derecho procesal no conoce un solo caso de vigencia real y efectiva de un ordenamiento procesal en el que alguno de los dos sistemas procesales esté presente sin ser afectado por el otro. Como ya se expresó, los sistemas citados no se presentan químicamente puros, lo que suele haber son tendencias más o menos definidas que permiten advertir la primacía de uno sobre otro.

34.1. Principios del procedimiento que orientan un sistema privatístico

34.1.1. Principio de la iniciativa de parte

Más allá de sus bondades o defectos, insistimos en que ningún sistema procesal puede ser acogido en su integridad y con exclusión del otro. La máxima de que todo extremo es perjudicial tiene en este caso mucho sentido. Así –sin perjuicio del sistema procesal civil del que se trate– siempre será indispensable que una persona ejerza su derecho de acción como punto de partida

de la actividad jurisdiccional del Estado. Inclusive hay algunas expresiones que a manera de aforismos recorren los estudios procesales, reiterando la necesidad de la actuación particular como punto de partida de un proceso judicial (*nemo iudex sine actore* [no hay juez sin actor] o *wo kein Klager ist, da ist auch kein Richter* [donde no hay demandante, no hay juez]).

Al principio de la iniciativa de parte suele denominársele también en doctrina *principio de la demanda privada*, para significar la necesidad de que sea una persona distinta al juez quien solicite tutela jurídica.

CARNELUTTI se refiere a este principio de la siguiente manera:

«(...) la iniciativa de las partes es indispensable no sólo para pedir al Juez la providencia, sino también para poner ante su vista los hechos de la causa. 'Sin este perro de caza' el Juez no llegaría nunca a descubrirlos por sí mismo. Que aún en las rarísimas hipótesis en que podría lograrlo no lo deja la ley obrar por sí, depende no de la consideración de que en los procesos civiles la justicia sea un asunto de las partes, sino de que, si no se pone a su cargo el riesgo de la iniciativa en este terreno, no pueden las partes ser suficientemente estimuladas en su cometido de mediadoras entre los hechos y el Juez(...)»¹²².

A pesar de que hoy sea un asunto del pasado, debe recordarse que el principio de la iniciativa de parte marcó la diferencia sustancial entre los sistemas procesales occidentales (*civil law* y *common law*) y el sistema de los países orientales. En este último se regula, para algunos

122 CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. 1952. Tomo I, p. 95.

casos específicos, el inicio del proceso por acto del mismo tribunal, como lo describe CAPPELLETTI.¹²³

El Código Procesal Civil peruano¹²⁴ acoge el principio estudiado, con algunos agregados que vale la pena destacar. Dentro de una concepción científica pero a la vez clásica del proceso, la norma citada exige que quien ejerza su derecho de acción debe afirmar –no acreditar ni probar, sólo afirmar– que tiene interés y legitimidad para obrar. Es decir, debe invocar que su conflicto no tiene otra solución que no sea la intervención del órgano jurisdiccional y, asimismo, que el proceso se va a desarrollar entre las mismas personas que forman parte del conflicto material o real que dio lugar al proceso o entre quienes de ellas deriven sus derechos.

Adviértase que a pesar de la rigidez del principio, la misma norma comentada regula las excepciones a la

123 «Esto ocurre, por ejemplo, en la Unión Soviética respecto del proceso ejecutivo: no sólo la acción civil ejecutiva, que en los Países de la Europa Occidental puede ejercitarse normalmente contra el deudor, solamente a iniciativa del acreedor, puede ser ejercitada, en cambio, también por la Procuración del Estado (Ministerio Público) sin instancia ni participación del acreedor; sino también sin la iniciativa de la Procuración del Estado, o sea de la «parte pública», la ejecución forzada puede ser en algunos casos indicados por la ley, promovida de oficio por el competente tribunal». CAPPELLETTI, Mauro. *El Proceso...*, cit., p. 25.

124 «Artículo IV.- Principios de Iniciativa de parte y de Conducta procesal.- El proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requiere invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos.

(...).

exigencia de invocar interés y legitimidad para obrar. Sin embargo, en ningún caso las excepciones antes referidas afectan el principio estudiado, cuya solidez no admite dudas.

34.1.2. *Principio de la defensa privada*

En estricto, este principio es un complemento del descrito anteriormente. Así como el proceso civil exige como punto de partida un acto del demandante, concretamente la demanda, así también la actitud procesal que vaya a asumir el demandado pertenece a éste, con la misma exclusividad que en el caso de la demanda. Nada podrá decir el órgano jurisdiccional en respuesta a la pretensión intentada ante él por el demandante contra el demandado; siempre será este último quien ejerza –si le interesa– su derecho de defensa.

Esta situación se hace más evidente en el caso de una de las formas que toma el derecho de defensa, nos referimos específicamente a la *excepción*. Esta institución consiste en el alegato del demandado de que la relación procesal que el demandante pretende establecer con él se encuentra viciada. Por razones más ligadas a la tradición que a la utilidad real de las instituciones, se admite pacíficamente que la interposición de una excepción es un acto que le corresponde y pertenece con exclusividad al demandado.

CAPPELLETTI expresa que la necesidad de que la excepción sea planteada por el demandado tiene una tradición secular, cuyo origen la ubica en el derecho italiano-canónico y en el común. Sin embargo, al momento de sustentar

la razón de esta situación, expresa generalidades que no compartimos¹²⁵.

Sin perjuicio de participar de la opinión de quienes consideran que el principio estudiado no es otra cosa que una extensión del principio de la demanda privada, nos parece absurdo continuar creyendo que la idea de mantener la restricción al exclusivo ejercicio privado de una institución como la excepción, impide al juez pronunciarse oficiosamente sobre la validez de una relación procesal o sobre la posibilidad de expedirse un pronunciamiento válido sobre el fondo. Muchas veces la contradictoria evolución del pensamiento procesal se debe a una tendencia muy arraigada en los juristas de rendir culto a la historia antes que a las necesidades sociales.

En el caso del derecho procesal, la opción por la tradición en desmedro de la obtención de justicia es tan dramática como absurda. Si la excepción está ligada a la validez de la relación procesal, entonces el interés de su declaración es más intenso y trascendente que el interés de las partes, por tanto, no hay razón para prohibirle al juez la facultad oficiosa de declarar la invalidez de la relación procesal.

Por cierto, no hay absolutamente ninguna necesidad de navegar contra la corriente y pedirle al juez una declaración oficiosa sobre la excepción. Bastará que el juez detenga la continuación del proceso al existir un defecto u

125 «Las razones de esta distinción son muy complejas y profundas: en parte corresponden a la historia de los institutos, y en parte a las finalidades mismas del proceso civil». CAPPELLETTI, Mauro. *El Proceso...*, cit., pp. 27 y 28.

omisión en algún elemento básico de la relación procesal, para que el objetivo se haya cumplido, esto es: concederle al juez la facultad de evitar la continuación de un proceso defectuoso.

34.1.3. Principio de congruencia

Hay un aforismo que reza: *ne eat iudex ultra petita partium*, que poco más o menos significa que el juez no puede darle a una parte más de lo que ésta pide. A pesar de su antigua data, la vigencia de este principio es absoluta en el proceso civil. Es posible encontrar el origen de su éxito en la paradoja ya anotada anteriormente, consistente en el hecho de que si bien el derecho procesal es de naturaleza pública, los derechos que en él se contienen son de naturaleza privada.

Siendo el juez la persona encargada de declarar el derecho que corresponda al caso concreto, y pese a que las normas que regulan el trámite que lo conducirá a producir dicha declaración son de naturaleza pública, el derecho que declara –nos referimos al contenido de su declaración– es de naturaleza privada, en consecuencia, le pertenece a las partes. Por tal razón, el juez civil no tiene facultad para afectar la declaración de voluntad del pretensor (demandante) y concederle más de lo que éste ha pretendido en su demanda. Sin embargo, este impedimento no se presenta cuando el juez le otorga menos de lo demandado, dado que tal declaración se habrá expedido cuando, por ejemplo, el juez estime que el demandante no probó todos los extremos de su pretensión.

El principio estudiado no se agota en su manifestación práctica, es decir, en el exceso del juez respecto

de lo pretendido. Tiene otros matices que conviene destacar.¹²⁶

CAPPELLETTI nos recuerda que la vigencia de este principio alcanza no sólo a todos los países de la Europa Occidental, sino también a los del *common law*¹²⁷. Por nuestra parte, acreditamos que se trata de un principio acogido prácticamente por todos los códigos latinoamericanos adscritos a cualquiera de ambos sistemas.

En lo que respecta al Código Procesal Civil nacional, podemos decir que el principio en estudio también ha sido acogido en el Artículo VII de su Título Preliminar.¹²⁸

126 «En síntesis, el principio de congruencia judicial exige al juez que no omita, altere o exceda las peticiones contenidas en el proceso que resuelve. Se denomina incongruencia *citra petita* a la omisión en el pronunciamiento de alguna de las pretensiones. La incongruencia *extra petita* ocurre cuando la decisión contiene una pretensión no demandada o está referida a una persona ajena al proceso. La incongruencia *ultra petita* es aquella originada en el hecho que la decisión concede o adjudica más de lo que fue pedido». MONROY GÁLVEZ, Juan. *Temas de Proceso Civil*. Lima. Studium. 1987, p. 222.

127 «También ésta es una regla válida, en general, para el proceso civil de todos los Países europeo-occidentales, y ciertamente también para los Países del *common law*. En ninguno de estos Países, como regla general, es lícito al juez civil condenar al demandado a pagar al actor un resarcimiento de mil dólares si el actor se ha limitado a pretender quinientos. La condena a pagar mil dólares estaría viciada, en efecto, por *ultra petición*: la misma sería lesiva a la regla secular, expresada por el antiguo aforismo *ne eat iudex ultra petita partium*». CAPPELLETTI, Mauro. *El Proceso...*, cit., p. 30.

128 «Artículo VII.- Juez y Derecho.- El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. *Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.*» (La cursiva es nuestra).

34.1.4. Principio de la impugnación privada

Se trata, como el anterior principio, de un criterio orientador de considerable vigencia en el proceso civil. Consiste en la prohibición absoluta al juez de que pida un nuevo examen de la resolución que ha expedido o, lo que es más, haga directamente un nuevo examen de la misma, que lo conduzca, por ejemplo, a variar la decisión que sostuvo en la resolución inicial.

La petición de un nuevo examen de un acto procesal se hace utilizando los llamados *medios impugnatorios*, los que están al servicio de las partes o de los terceros legitimados, únicos titulares del derecho de impugnar un acto procesal. Resulta evidente que concederle a un juez la facultad de revisar de oficio sus propios fallos conduciría al proceso a la arbitrariedad y al caos; sobre todo, sería el caldo de cultivo de la inseguridad jurídica, dado que el ciudadano o justiciable jamás tendría la certeza de que su caso ha sido resuelto en definitiva.

Lo expresado no descarta una facultad que sí está presente en el juez del proceso civil contemporáneo, que consiste en poder revisar sus decisiones, inclusive invalidarlas, y pronunciarse nuevamente de manera correcta. Pero sólo está investido de este poder cuando el defecto del pronunciamiento anterior está referido a un aspecto *procesal*, no a la pretensión discutida ni a alguno de sus aspectos accesorios.

Una expresión complementaria de este principio de la impugnación privada está dada por las limitaciones que tiene el juez encargado de la revisión de la resolución impugnada. Éste no puede decidir más allá de los temas materia de la impugnación interpuesta. Así, por

ejemplo, no podrá decidir agravando la situación de quien interpuso la impugnación, salvo que este derecho haya sido ejercido por ambas partes. Se trata del principio de la prohibición de reformar en contra del impugnante (*reformatio in pejus*), acogido también por casi todos los códigos latinoamericanos.

34.2.Principios del procedimiento que orientan un sistema publicístico

34.2.1.Principio de dirección judicial del proceso

El principio de dirección judicial del proceso recibe también el nombre de *principio de autoridad del juez*. Su presencia histórica en el proceso civil se explica como el medio a través del cual se empiezan a limitar los excesos del sistema privatístico, aquél en el cual –como ya se expresó– el juez tiene durante el desarrollo de la actividad procesal un rol totalmente pasivo, previsto sólo para legitimar la actividad de las partes.

En nuestra opinión, el principio de dirección judicial es la expresión que mejor caracteriza al sistema publicístico. En él, como sabemos, se privilegia el análisis e importancia del proceso desde la perspectiva de su función pública, es decir, como medio utilizado por el Estado para hacer efectivo el derecho objetivo y concretar finalmente la paz social en justicia.

CHIOVENDA se refiere a este principio de la siguiente manera:

«En el proceso civil moderno el juez no puede conservar la actitud pasiva que tuvo en el proceso de otros tiempos. Es un principio del derecho civil público moderno que el Estado hállese interesado en el proceso civil; no ciertamente en el objeto

de cada pleito, sino en que la justicia de todos los pleitos se realice lo más rápidamente y lo mejor posible (...). El juez, por lo tanto debe estar provisto también en el proceso civil, de una autoridad que careció en otros tiempos»¹²⁹.

34.2.2. Principio de impulso oficioso

El principio de impulso oficioso puede ser calificado de subprincipio, en tanto es una manifestación concreta del principio de dirección judicial. Consiste en la facultad que se concede al juez para conducir y hacer avanzar autónomamente el proceso –sin necesidad de intervención de las partes– a fin de lograr la consecución de sus fines. No está de más recordar que dentro de una estructura procesal privatística hay un monopolio cerrado de las partes respecto del avance del proceso. El impulso oficioso busca, precisamente, quebrar dicha exclusividad que, en la práctica, suele ser el medio a través del cual los procesos se demoran o enredan sin que el juez pueda evitar tal desperdicio de tiempo, esfuerzo y gasto.

Sin embargo, es bueno alertar que el impulso oficioso no descarta ni reduce la importancia de la actividad de las partes, dado que éstas no han dejado de ser las principales interesadas en lo que se resuelva, por lo que es de suyo que deban ser los impulsores naturales del proceso. A esto se refiere BUNSEN, en la cita que de él hace MILLAR:

«(...) el Juez tiene que vigilar para que el pleito, desde el comienzo hasta el fin, se lleve en la forma determinada por la ley, para que se distribuyan equitativamente luz y sombra y

129 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Trad. de José Casáis y Santaló. Madrid. Reus. 1922. T. II, p. 136.

puedan utilizar las partes, sin estorbos ni restricciones, todos los medios de hacer efectivos sus derechos, y en particular, de producir sus pruebas que le otorguen las leyes»¹³⁰.

Lo que el principio de impulso oficioso propende es que el juez no vuelva a ser un simple espectador de las motivaciones periódicas o repentinas de las partes; es decir, que ya no vuelva a estar a merced del ánimo o disposición de ellas, sino que pueda, durante todo el recorrido del proceso, intervenir en su desarrollo, conduciéndolo a su fin.

Finalmente, adviértase que atendiendo a la naturaleza particularísima de algunos derechos materiales, ligados intrínsecamente a algunas calidades inherentes a su titular –al extremo de ser catalogados de personalísimos– hay procesos en los cuales no será pertinente la aplicación plena del impulso oficioso, a pesar de tratarse de un proceso adscrito al sistema publicístico. Así, por ejemplo, en aquéllos referidos al estado civil de las personas, la actividad oficiosa del juez se encuentra considerablemente limitada, tal como sucede en el Código Procesal Civil del Perú¹³¹.

34.2.3. Principio de inmediación

Según EISNER, el principio de inmediación es aquél:

130 MILLAR, Robert Wyness. *CIT.*, p. 83.

131 «Artículo 480.- Tramitación.- Las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los incisos 1. al 10. del artículo 333 del Código Civil, se sujetan al trámite del proceso de conocimiento(...) .

Este proceso sólo se impulsará a pedido de parte».

«(...) en virtud del cual se procura asegurar que el juez o tribunal se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias, a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa, desde el principio de ella, quien, a su término, ha de pronunciar la sentencia que la defina»¹³².

El principio de inmediación tiene por finalidad que el juez –quien en definitiva va a resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre con relevancia jurídica– tenga el mayor contacto posible con todos los elementos subjetivos (intervinientes) y objetivos (documentos, lugares, etc.) que conforman el proceso, más exactamente que configuran el contexto real del conflicto de intereses o incertidumbre subyacente en el proceso judicial.

La idea sostenida por el principio es que la cercanía con el drama humano encerrado en el proceso, le va a proporcionar al juez mayores o mejores elementos de convicción para expedir un fallo que se adecue a lo que realmente ocurrió u ocurre, es decir, a la obtención de una decisión justa.

La tendencia a usar y abusar de la escritura dentro del proceso es el medio a través del cual se alentó y asentó –en la evolución del proceso civil– el principio de mediación. Esto significa que durante mucho tiempo –todo el medioevo hasta fines del siglo XVIII– se consideró como pertinente y adecuado precisamente lo contrario de lo que ahora se postula. Es decir, se estimó que mantener al juez alejado de los protagonistas del conflicto y de todo

132 EISNER, Isidro. Cit., p. 63.

aquello que constituyan elementos objetivos de éste es lo que precisamente iba a permitir al juzgador la expedición de decisiones imparciales y justas.

En todo caso, antaño se afirmó que la separación del juez respecto del conocimiento del conflicto contenido en el proceso judicial que debía resolver garantizaba que no iba a estar afectado por sus propios sentimientos, impulsos, deseos, es decir, por su condición humana. Así lo describe CAPPELLETTI:

«El juez no entraba en contacto directo, «inmediato», con las partes ni, en particular, con las pruebas (testigos, cosas, lugares), a causa de la desconfianza en la oportunidad o equidad de semejante contacto directo e inmediato. Se prefería que al juez le llegase solamente el eco atenuado e impersonal de los escritos redactados en el momento del examen de los testigos, así como el de la inspección de los lugares, etc.»¹³³.

El Código Procesal Civil del Perú¹³⁴ ha optado por regular el principio de intermediación. Al hacerlo, ha privi-

133 CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso...*, cit., pp. 89 y 90.

134 «Artículo V.- Principio de Intermediación, Concentración, Economía y Celeridad Procesales.- Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión.

El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales.

El Juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.

La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el Juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica».

legiado también la oralidad, es decir, el medio o instrumento a través del cual se produce el contacto entre el juez y los protagonistas directos o indirectos del proceso, así como con los hechos materiales que interesan al conflicto real que subyace en el proceso judicial.

La opción por la oralidad, contra lo que podría creerse, no descarta la necesidad de la escritura. Al contrario, ésta sigue siendo hasta el momento el medio más idóneo que el intelecto humano ha creado para perpetuar y acreditar la ocurrencia de un hecho o la manifestación de una voluntad.

DEVIS ECHANDÍA¹³⁵ refiere la existencia de tres clases de inmediación: la subjetiva, la objetiva y la de actividad. La primera está referida a la cercanía del juez con los protagonistas directos o indirectos de la relación procesal; la segunda, a la comunicación cercana entre el juez y los hechos o cosas materiales ligadas a la relación procesal –conocer los detalles del bien litigioso, por ejemplo– y la tercera, la inmediación de actividad, se presenta cuando en el desarrollo del *íter* procesal, la actuación de un medio de prueba produce la información necesaria como para acreditar un hecho o situación distinta, pero igualmente discutible, al interior del proceso.

Para concluir, debe destacarse que el principio de inmediación es tal vez el más importante dentro de un sistema publicístico. Así lo es, por lo menos, para el Código Procesal Civil peruano, en donde encontramos un artículo¹³⁶ que exige que la sentencia deba ser expedida

135 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones...*, cit., p. 61.

136 «Artículo 50.- Deberes...

por el mismo juez que participó en la audiencia de pruebas, pero si tal hecho fuese imposible, el nuevo juez está facultado a pedir la repetición de la audiencia. Esta norma recoge una corriente de opinión que comparten destacados procesalistas y diversos códigos importantes¹³⁷.

34.2.4. Principio de concentración

El principio de concentración es una consecuencia lógica del principio de inmediación anteriormente desarrollado¹³⁸. Cualquier organización judicial fracasaría si

El Juez que inicia la audiencia de pruebas concluirá el proceso, salvo que fuera promovido o separado. El Juez sustituto continuará el proceso, pero puede ordenar, en resolución debidamente motivada, que se repitan las audiencias, si lo considera indispensable».

137 KISCH, W. *Elementos de derecho procesal civil*. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1940, p. 132; CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. EJEa. 1949. T. II, p. 201; ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. EJEa. 1955. T. I, p. 395; *Código de Procedimientos Civiles de La Rioja*, artículo 363; también la *Ordenanza Procesal Civil austriaca* de 1895 y la *Ordenanza Procesal Civil alemana* (ZPO) de 1877.

138 «El principio de inmediación pretende nutrir y vivificar a la planta del proceso imponiéndole los medios idóneos para obtener del mismo sus mejores frutos; pero no tiene vida propia ni puede arraigar sino en determinadas condiciones y ambientes propicios a su desarrollo, los que son suministrados por la implantación y vigencia de otros principios como el de la «oralidad» en su sentido racional y el de «concentración» que persigue producir en la más breve extensión de tiempo y de lugar, la totalidad de los actos y diligencias del proceso a fin de obtener, a más de celeridad, la visión más íntima y cercana de sus resultados y su verdadero significado integral». EISNER, Isidoro. Cit., p. 65.

la participación obligada del más importante de sus personajes –el juez– ocurriese en un número indeterminado de actos procesales. Es imprescindible regular y limitar la realización de éstos, promoviendo su ejecución en momentos estelares del proceso para darle factibilidad a la necesaria presencia del órgano jurisdiccional.

Tal acumulación de actos procesales bajo la forma de audiencias, no sólo determinará que el juez pueda participar de todas ellas, sino que, además, le otorgará una visión de conjunto del conflicto que va a resolver.

Sin plantear un tránsito a un sistema publicístico, sino describiendo la necesidad de su vigencia al interior de uno privatístico y refiriéndose al anterior código procesal colombiano y no al excelente que rige en dicho país desde la década del setenta, DEVIS ECHANDÍA comenta este principio de la siguiente manera:

«Para esto se deben procurar los medios de que la relación nacida del proceso, que, como veremos, se denomina jurídico-procesal y tiene su propia fisonomía, se desenvuelva sin solución de continuidad y de manera de evitar que las cuestiones accidentales o incidentales entorpezcan el estudio de lo fundamental del juicio; lo cual sólo se obtiene restringiendo el derecho de interponer recursos o incidentes de previa definición, lo que está muy lejos de existir en nuestro procedimiento, pues, por el contrario, se les da a las partes demasiada facilidad para postergar la solución definitiva del litigio y hacerlo interminable»¹³⁹.

Por cierto, este principio también ha sido acogido por el Código Procesal Civil peruano.¹⁴⁰

139 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones...*, cit., p. 59.

140 Ver Nota 134, segundo párrafo.

34.2.5. Principios de la buena fe y de la lealtad procesales

La afirmación de que el proceso civil no es más un «asunto de partes», sino una expresión del derecho público y, en todo caso, una actividad respecto de la cual la comunidad tiene considerable interés en su correcta, expeditiva y adecuada realización, ha impuesto la regulación de la conducta –entendida ésta desde una perspectiva ética– de los partícipes en un proceso.

Es decir, el sistema publicístico ha reivindicado para el Derecho la necesidad de que el comportamiento ético de los partícipes en un proceso se adecue a la importancia social de éste. Ésta es la razón por la que los ordenamientos procesales se resisten cada vez más a postular declaraciones líricas en relación al tema, y más bien los encontramos regulando normas concretas referidas a la conducta y a la sanción de los protagonistas del proceso que no orienten o regulen su comportamiento a valores éticos trascendentes, como la lealtad, la veracidad y la buena fe. Hoy es lugar común en los discursos procesales referirse a la *moralización del proceso*.

DEVIS ECHANDÍA refiriéndose a este principio expresa:

«Así como en el derecho civil vemos numerosas aplicaciones del concepto de la buena o mala fe, de similar manera debe acontecer en el procedimiento civil. Si los códigos civiles dicen que los contratos deben ejecutarse de buena fe, con mayor razón debe exigirse ella en los actos procesales.

La lealtad procesal es consecuencia de la buena fe en el proceso, y excluye las trampas judiciales, los recursos torcidos, la prueba deformada, las inmoralidades de todo orden.

Claro está que dentro de un proceso inquisitivo y de una libre apreciación de la prueba, está el juez en mejor capacidad para

vigilar la actuación de las partes y hacer efectivo este principio de la buena fe, la veracidad y la lealtad procesales»¹⁴¹.

El Código Procesal Civil peruano, adscribiéndose al sistema publicístico, regula este principio con precisión en su Título Preliminar¹⁴². Asimismo, en distintas normas del mismo cuerpo legal¹⁴³, concede al juez facultades

141 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones...*, cit., p. 65.

142 «Artículo IV.- Principios de Iniciativa de parte y de Conducta procesal.- (...)

Las partes, sus representantes, sus Abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, adecuan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.

El Juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria.»

143 «Artículo 52.- Facultades disciplinarias del Juez.- A fin de conservar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial, los Jueces deben:

1. Ordenar que se suprima la frase o palabra expresada o redactada en términos ofensivos o vejatorios;
2. Expulsar de las actuaciones a quienes alteren su desarrollo. Si se trata de una de las partes, se le impondrá además los apercibimientos que hubieran sido aplicables de no haber asistido a la actuación; y
3. Aplicar las sanciones disciplinarias que este Código y otras normas establezcan.

Artículo 53.- Facultades coercitivas del Juez.- En atención al fin promovido y buscado en el artículo 52, el Juez puede:

1. Imponer multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión.

La multa es establecida discrecionalmente por el Juez, dentro de los límites que fija este Código, pudiendo reajustarla o dejarla sin efecto si considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación; y

disciplinarias e inclusive coercitivas para sancionar incumplimientos del principio descrito.

34.2.6. *Principio de economía procesal*

El principio de economía procesal es mucho más trascendente de lo que comúnmente se cree. De hecho, son muchas las instituciones del proceso que tienen como objeto hacer efectivo este principio. Es el caso del abandono o de la preclusión, por citar dos ejemplos. DEVIS ECHANDÍA¹⁴⁴ extiende su irradiación a muchos casos más.

2. Disponer la detención hasta por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia.

En atención a la importancia y urgencia de su mandato, el Juez decidirá la aplicación sucesiva, individual o conjunta de las sanciones reguladas en este artículo.

Las sanciones se aplicarán sin perjuicio del cumplimiento del mandato».

- 144 «Resultado de él es el rechazo de la demanda que no reúna los requisitos legales, para que al ser corregida desde un principio, no vaya a ser la causa de la pérdida de mayores actuaciones; la inadmisibilidad de las pruebas o incidentes inconducentes o que la Ley no permite para el caso; la acumulación de acciones para que bajo una misma cuerda se ventilen varias, y evitar, en consecuencia, la necesidad de diversos procesos; la restricción de los recursos de apelación y casación y otros hechos semejantes.

También persigue este principio justicia barata, para lo cual responde la jerarquía judicial, estableciendo jueces con circunscripción territorial más pequeña y que, por lo tanto, estén más cerca del lugar del litigio y del domicilio de las partes, y que gozan de menores sueldos, en los asuntos de menor valor, y viceversa, con lo cual también se procura imponerles menores gastos a las partes y proporcionados al valor o importancia del litigio». DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones...*, cit., p. 59.

El concepto *economía*, tomado en su acepción de ahorro, está referido a su vez a tres áreas distintas: ahorro de *tiempo*, *gasto* y *esfuerzo*. Intentemos una explicación separada de cada una de éstas.

El *tiempo* cumple un rol esencial y envolvente en el proceso. Casi no es posible encontrar algún proceso en donde, adicionalmente al conflicto que tienen las partes, no exista otro referido a la urgencia que una de ellas tiene de acabar pronto el proceso, necesidad que es inversamente proporcional a la misma urgencia de la otra, pero de prolongarlo. El cumplimiento de los actos con prudencia, es decir, ni tan lento que parezca inmovilidad ni tan expeditivo que se renuncie al cumplimiento de formalidades indispensables, es la expresión adecuada de este principio. Ésta es la economía de *tiempo*.

La economía de *gasto* es la necesidad de que los costos del proceso no impidan que las partes hagan efectivos todos sus derechos al interior de éste. Lo expresado no obsta para reconocer que un Estado pobre y con una fuerte dependencia externa –el caso de los países latinoamericanos, por ejemplo– no puede darse el lujo de tener una administración de justicia absolutamente gratuita. Sin embargo, la economía procesal en este rubro debe tender a evitar que las desigualdades económicas que presenta nuestra sociedad, sean lo suficientemente determinantes como para que quien se encuentre en una condición inferior deba soportar las consecuencias procesales por dicho estado.

La economía de *esfuerzo* está referida a la posibilidad de concretar los fines del proceso evitando la realización de actos que, aun estando regulados, tienen la calidad de innecesarios para tal objetivo. De alguna manera, un

recuento de la evolución histórica del proceso nos enseña que ésta ha consistido en solventar métodos para lograr su simplificación, esa búsqueda es la llamada «economía de esfuerzo».

PODETTI define esta «economía de esfuerzo» expresando que:

«Como economía de esfuerzo, este principio no es menos importante y decisivo para la obtención de una buena justicia. La supresión de trámites superfluos o redundantes, aminorando el trabajo de los jueces y auxiliares de la justicia y simplificando cada proceso en particular, debe necesariamente incidir en forma decisiva sobre la buena justicia»¹⁴⁵.

El Código Procesal Civil del Perú¹⁴⁶ acoge también este principio.

34.2.7. Principio de celeridad procesal

Así como la oralidad es la expresión material del principio de inmediación, el principio de celeridad es la manifestación concreta del principio de economía procesal por razón de tiempo que describimos anteriormente. El principio de celeridad procesal se expresa a través de diversas instituciones del proceso como, por ejemplo, la perentoriedad o improrrogabilidad de los plazos o en principios como el de impulso oficioso del proceso.

Este principio se presenta en forma diseminada a lo largo del proceso, por medio de normas impeditivas y sancionadoras a la dilación innecesaria, así como a tra-

145 PODETTI, Ramiro J. Cit., p. 141.

146 Ver nota 134, tercer párrafo.

vés de mecanismos que permiten el avance del proceso con prescindencia de la actividad de las partes. El hecho trascendente e indiscutible es que una justicia tardía no es justicia. Para ratificar esta concepción, el sistema publicístico busca proveer a los justiciables, a través de las instituciones reguladas, de una justicia rápida. Si es buena o mala, esta calidad será responsabilidad de todos sus protagonistas.

La concreción del principio de celeridad procesal a través de otras instituciones procesales es el método regular de hacerla efectiva. Así lo expresa el mismo PODETTI:

«(...) en tres direcciones principales dentro del proceso actual, debe encaminarse la reforma que intente restablecer el principio de celeridad. Ellas son: los plazos para la realización de actos procesales por las partes, el régimen de la prueba y los plazos para que los jueces dicten resoluciones»¹⁴⁷.

Como en el caso de los principios anteriores, el de celeridad procesal también está acogido en el Código Procesal Civil peruano.¹⁴⁸

34.2.8. Principio de socialización del proceso

Los postulados de la filosofía individualista de fines del siglo XVIII inundaron todas las áreas del pensamiento durante el siglo XIX y, por efecto retardado y reflejo, también influyeron en las ideas de las sociedades de este lado del mundo en pleno siglo XX. Esta influencia abarca por cierto al Derecho y, qué duda cabe, también al proceso civil.

147 PODETTI, Ramiro J. Cit., p. 135.

148 Ver nota 134, cuarto párrafo.

Así, la tesis de que los derechos civiles eran derechos privados respecto de los cuales cada individuo –su titular– podía hacer lo que quisiera con ellos tuvo especial significado para el proceso civil. De hecho determinó el auge de un sistema procesal llamado *privatístico* –como ya se describió– consistente en el dominio absoluto que sobre el desarrollo del proceso (su inicio, continuación, suspensión, conocimiento del material probatorio, conclusión, etc.) tenían las partes. Como éstas podían disponer con absoluta libertad de sus derechos civiles (privados), también podían disponer del proceso civil, que no era más que el conjunto de actos a través de los cuales se discutía la vigencia de *sus derechos*.

Lo expresado significa que el contenido (derecho civil) le dio identidad al continente (proceso) y éste pasó a ser un acto privado. Es innecesario un mayor detalle sobre este sistema, dado que prácticamente todos los países latinoamericanos hemos sido durante muchos años de este siglo sus herederos y hemos padecido todas las patologías que tal imposición supone.

Otra influencia de la filosofía individualista en el Derecho estuvo dada por la tesis de la «igualdad de las personas ante la ley». En el contexto de una estratificación social rígida, como la existente en la Francia prerrevolucionaria que la nueva ideología pretendió abolir, tal postulado constituyó sin duda una conquista social.

Sin embargo, doscientos años más tarde, cuando a la estratificación social ya no se le reconoce un origen divino o legal –aunque no por ello haya dejado de tener vigencia real– el citado postulado deviene por lo menos en discutible. ¿Cuán positivo puede ser que en

una sociedad la ley trate por igual a todos, cuando la realidad nos demuestra que entre las personas de esa sociedad existen profundas desigualdades por razones tales como la religión, el sexo, el antecedente étnico, el nivel de instrucción, el estrato económico o social, para citar algunas variables?

Apreciemos un ejemplo. En un proceso civil *privatístico* la actuación de los medios probatorios tiene un costo algunas veces excesivo para la mayoría de la comunidad que usa el servicio de justicia. En el caso del medio probatorio llamado *inspección judicial*, resulta considerablemente oneroso para este gran sector de la sociedad, desplazar a un juez y a un auxiliar al lugar de los hechos. En ese contexto, la actuación de la inspección judicial –imaginémosla esencial para la solución del conflicto en el caso concreto– depende de las posibilidades económicas del litigante. Sin embargo, dado que en el sistema privatístico la participación del juez es casi nula, estas situaciones son totalmente ajenas a su solución, aun cuando las llegue a conocer. Siendo así, es posible que la inspección judicial no se llegue a actuar, con el consiguiente perjuicio para el interesado y para el servicio de justicia, en última y definitiva instancia.

Otro ejemplo: la estrategia procesal a utilizarse en una determinada asesoría judicial, depende de la calidad técnica del abogado. Sin embargo, en sociedades de consumo como la nuestra, la calidad técnica del abogado está proporcionalmente ligada a su pretensión por concepto de honorarios. Si un juez advierte –dentro de un proceso adscrito a un sistema privatístico– que la estrategia ha fracasado por las limitaciones del abogado, al punto que tal deficiencia va a producir un agravio irreparable tanto

al patrocinado como a la *justicia* –cuya realización es el fin de la función del juez– no podrá hacer nada.

A pesar de su sentimiento y percepción de lo justo –nos referimos a esa mezcla de razón, voluntad y *sindéresis* que articulan la decisión de un juez– éste tendrá que declarar una injusticia.

El principio de socialización –como expresión del sistema publicístico– en cambio, no sólo conduce al juez –director del proceso– por el sendero que hace más asequible la oportunidad de expedir una decisión justa, sino que lo faculta para impedir que la desigualdad en que las partes concurren al proceso sea un factor determinante para que los actos procesales o la decisión final tengan una orientación que repugne al valor *justicia*. Éste es el principio de socialización del proceso.

Tal vez en este principio más que en ningún otro, aparezca en toda su importancia y trascendencia la concesión de facultades al juez para que agudice su criterio reflexivo y conecte el Derecho con la realidad. Por lo demás, es imposible describir una casuística que delimite con precisión los márgenes del uso correcto del principio de socialización del proceso. Sin embargo, una vez más, habrá que recordar que el destino del Derecho depende más de lo que ocurra en las cortes y juzgados, que de lo que el legislador (jurista) produzca en su escritorio.

En definitiva, el principio en estudio convierte la vieja tesis de la *igualdad ante la ley* en la *igualdad de las partes* en el proceso. Sin embargo, no se crea que tal postulado es producto de los estudios contemporáneos, en todo caso, sólo es una recuperación histórica de lo que ocurría en

Roma e inclusive en los procesos sumarios medievales como lo recuerda CAPPELLETTI¹⁴⁹, quien inclusive apela a una cita de WHITEHEAD («A fin de cuentas, los frutos de la victoria deberían corresponder, no a la parte que cuente con el mejor abogado o con el investigador más diligente, sino a la parte que sostenga la causa más justa») para asegurar que esta «democratización» del proceso civil es también una tendencia en el derecho norteamericano contemporáneo.

Para concluir, si hubiera que citar el antecedente directo de la norma en estudio, éste sería el apartado 2o. del artículo 3 del Código Federal Suizo de Procedimiento Civil –citado por CAPPELLETTI en la obra antes referida– que prescribe:

«El juez no puede ir más allá de las conclusiones de las partes, ni puede fundar su juicio sobre hechos diversos de los que han sido alegados en su instancia. Sin embargo, debe llamar la atención de las partes sobre las lagunas de sus conclusiones e invitarlas a especificar de manera completa los hechos y las pruebas necesarias para hacer que resulte la verdad. A este fin, el juez puede, en cualquier estado de la causa, convocar e interrogar a las partes personalmente»¹⁵⁰.

El Código Procesal Civil peruano regula este principio en su Título Preliminar.¹⁵¹

149 CAPPELLETTI, Mauro. *El Proceso...*, cit., p. 70.

150 CAPPELLETTI, Mauro. *Ibíd.*, p. 72.

151 «Artículo VI.- Principio de Socialización del proceso.- El Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso».

34.2.9. Principio de integración del derecho procesal

La solución de los conflictos intersubjetivos de intereses *conduce o propende a una comunidad con paz social*. Éste es el fin más trascendente que persigue el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales. Precisamente, el proceso es el instrumento que le permite al Estado hacer eficaz el derecho objetivo, es decir, el proceso judicial produce las condiciones para que el Estado exija el cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente.

Lejanos se aprecian los tiempos en que se consideraba, o por lo menos se presumía, que los sistemas legislativos eran completos y perfectos. El artículo 4 del Código Civil francés o Código de Napoleón, al considerar al juez como culpable de denegación de justicia si rehusaba fallar aduciendo silencio de la ley, marcó el punto de partida del llamado *deber de fallar*. De allí en adelante, las llamadas *lagunas de la ley* –imposibilidad de solucionar el conflicto a partir de la aplicación de la ley– debieron ser cubiertas por el juez sobre la base de la búsqueda de lo que se ha dado en llamar *espíritu del derecho*, es decir, los valores y métodos jurídicos recogidos en otros textos doctrinales o legales.

Más allá de la discusión doctrinaria en torno de su naturaleza¹⁵², lo trascendente es que resulta indispensable conceder al juez y a los protagonistas del proceso

152 «Observamos, sin embargo, que la doctrina puede fluctuar en la manera de calificar algunas técnicas del razonamiento jurídico: para los juristas suizos el razonamiento por analogía y el recurso a la *ratio legis* forman parte de la interpretación, mientras que el recurso a los principios generales del derecho forma parte de la técnica de integración de lagunas. En cambio, para los juristas alemanes al apelar a un principio general del derecho se está interpretando, mientras que se está llenando una laguna al recurrir

medios lógico-jurídicos para coadyuvar a la solución del conflicto de intereses. Hasta resulta plausible establecer una prelación entre éstos. El principio en examen concede al juez la posibilidad de cubrir los vacíos o defectos en la norma procesal, es decir, las lagunas o contradicciones sobre la base de ciertos recursos metodológicos y a un orden establecido entre éstos.

Las herramientas antes citadas, así como la prelación que se establezca entre ellos, pueden ser distintas. Lo importante es esta apertura al juez y a los interesados en el proceso, a fin de que utilicen –en los casos excepcionales en donde la norma procesal sea inútil– herramientas para reconducir el proceso al logro de los fines previstos. El Código Procesal Civil peruano ha regulado este principio.¹⁵³

34.2.10. Principio de vinculación y elasticidad

Resulta de uso común en los manuales de derecho procesal y en las decisiones judiciales, la afirmación contundente de que «las normas procesales son de orden público». Aun más, es bastante probable que la frase haya servido para sustentar una declaración judicial de nulidad. Sin embargo, tal afirmación es por lo menos discutible.

a un razonamiento por analogía». PERELMAN, Chaim. *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. Madrid. Civitas. 1979, pp. 67 y 68.

153 «Artículo III.- Fines del proceso e integración de la norma procesal.- (...)

En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso».

En efecto, en cualquier ordenamiento procesal podemos encontrar cierto número de normas que no tienen carácter de orden público, tomada esta categoría en el sentido de normas obligatorias o vinculantes. Se trata de normas que contienen una propuesta de conducta que puede o no ser realizada por una de las partes, sin que su incumplimiento afecte el sistema jurídico o las reglas de conducta social consensualmente aceptadas.

Sin embargo, dado que la actividad judicial es una función pública realizada con exclusividad por el Estado, las normas procesales que regulan la conducta de los intervinientes en el proceso y la ciencia que las integra –el Derecho Procesal– son de *derecho público* como ya se describió en capítulos anteriores. Pero el que las normas procesales sean de derecho público no implica, como resulta evidente, que sean de orden público. Aquel concepto tiene que ver con su *ubicación*; éste, con su *obligatoriedad*.

El principio de vinculación enseña que las normas procesales –atendiendo precisamente a su naturaleza de derecho público– usualmente tienen carácter imperativo, salvo que las mismas normas prescriban que algunas de ellas no tienen tal calidad. Es decir, son de derecho público, pero no necesariamente de orden público, regularmente obligan, salvo que ellas mismas planteen su naturaleza facultativa.

El Código Procesal Civil peruano¹⁵⁴ regula el principio de vinculación.

154 «Artículo IX.- Principio de Vinculación y de Formalidad.- Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario.

El principio de elasticidad está referido al cumplimiento de las formalidades previstas en el ordenamiento procesal. Estando a lo expresado a propósito del principio de vinculación, se considera que las formalidades procesales son de obligatorio cumplimiento. Sin embargo, dentro de un sistema publicístico, el juez –director del proceso– está facultado, por el principio en estudio, a adecuar la exigencia de cumplir con las formalidades a los fines del proceso: la solución del conflicto de intereses o la eliminación de la incertidumbre con relevancia jurídica y, en consecuencia, a la paz social en justicia.

Este principio está acogido también en el Código Procesal Civil peruano¹⁵⁵ con el nombre de principio de formalidad.

34.2.11. *Principio de adquisición*

En un proceso hay elementos activos y pasivos, es decir, personas que realizan actividad procesal en su interior –es el caso del juez y las partes– y también elementos cuya naturaleza es permanecer estáticos, a disposición de los agentes procesales, es el caso de las normas procesales. Sin embargo, el proceso, qué duda cabe, es *único*, con absoluta prescindencia de los actos usualmente contradictorios que se producen en su interior.

Las formalidades previstas en este Código son imperativas. Sin embargo, el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, éste se reputará válido cualquiera sea la empleada.»

155 Ver nota anterior, segundo párrafo.

Lo más trascendente del proceso es que los actos que realizan las partes –como ya advertimos, casi siempre intrínsecamente opuestos en su contenido– se *incorporan* a éste, esto es, son internalizados por este río que es a la vez cauce. El principio de adquisición enseña que una vez que la actividad procesal concreta ha sido incorporada al proceso –nos referimos a los actos, documentos o informaciones que hubieran sido admitidos– deja de pertenecer a quien lo realizó y pasa a formar parte del proceso. La parte que no participó de su incorporación, inclusive, puede desarrollar conclusiones respecto de ésta.

Como se advierte, el sustento del principio es que los actos procesales tienen una naturaleza común, en tanto son incorporados a esa unidad llamada *proceso*. Esta identidad no desconoce el hecho de que un acto pueda tener efectos distintos para cada parte, sin embargo, este detalle es secundario. Lo trascendente es que en aplicación del principio de adquisición desaparece el concepto de pertenencia individual, una vez que se incorpora el acto al proceso.

Así, una prueba de peritos o una declaración testimonial producen conclusiones y efectos procesales para ambas partes, a favor o en contra, prescindiendo absolutamente de la parte que las ofreció. Con alguna mayor precisión podemos decir que los efectos producidos por los actos procesales que realizan las partes inciden sobre el resultado del proceso, con absoluta independencia y desinterés respecto de su origen o, concretamente, de la parte que lo provocó o actuó.

CHIOVENDA lo expresa así:

«Es en realidad un juego de reciprocidad procesal; todo cuanto una parte realiza, se concreta en una actividad procesal que

puede ser perjudicial o beneficiosa para la parte contraria, reflejándose recíprocamente en el desarrollo del proceso»¹⁵⁶.

En otra obra, el mismo CHIOVENDA describe el principio de adquisición con alguna mayor precisión:

«Un derecho importante de las partes se deriva de la circunstancia que la actividad de ambas pertenece a una relación única. Este derecho consiste en que los resultados de sus actividades son comunes a las dos partes en juicio. En virtud de este principio, llamado de la adquisición procesal, cada una de las partes tiene derecho a utilizar las deducciones hechas y los documentos presentados por la contraria, las peticiones que ésta presente o los actos de impulso que realice»¹⁵⁷.

34.2.12. Principio de preclusión

Prescindiendo del sistema vigente, en un proceso judicial podemos encontrar –teóricamente por lo menos– cinco etapas. Una primera llamada *postulatoria*, que es aquélla en donde las partes proponen su pretensión y su defensa, respectivamente; una segunda, denominada *probatoria*, que es el momento o fase en la cual las partes intentan acreditar sus afirmaciones expresadas en la primera; una etapa llamada *decisoria*, a cargo del juez y consistente en la declaración del derecho que corresponde a cada caso concreto; una cuarta llamada *impugnatoria*, dentro de la cual las partes pueden cuestionar y pedir un nuevo examen de la decisión judicial expedida, y finalmente la etapa *ejecutoria*, que es aquélla en donde se

156 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios...*, cit., T. II, p. 204.

157 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Trad. de E. Gómez de Orbaneja. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1948, vol. III, p. 91.

procede, voluntaria o coactivamente, a hacer cumplir la decisión judicial definitiva.

Este principio plantea la exigencia de que los actos procesales deban ser ejecutados en las etapas procesales correspondientes. De no hacerlos, se perderá el derecho a realizarlos o, en cualquier caso, su ejecución no tendrá ningún valor.

Como el transcurso del plazo cancela la oportunidad de realizar el acto procesal válidamente en fecha posterior, se dice que el momento ha precluido, de allí el nombre de *principio de preclusión*.

CHIOVENDA describe el principio en estudio así:

«(...) entiendo por preclusión la pérdida, o extinción o caducidad de una facultad procesal, que se produce por el hecho: a) o de no haberse observado el orden señalado por la ley para su ejercicio, como los términos perentorios o la sucesión legal de las actuaciones o de las excepciones; b) o por haberse realizado un acto incompatible con la intención de impugnar una sentencia; c) o de haberse ejercitado ya una vez válidamente la facultad (conservación propiamente dicha)»¹⁵⁸.

Como se advierte, la vigencia de este principio en un ordenamiento procesal está ligada al tratamiento normativo que se le dé al tiempo¹⁵⁹. Si los niveles de exigencia

158 CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa giudicata e preclusione*. En: *Rivista Italiana per la Scienze Giuridiche*. 1933, p. 1.

159 «El Principio de preclusión, entonces, nos enseña que el acto, la facultad, no ejercida en el momento debido, caduca. Se pierde; y se pierde por su no ejercicio. O ejercido, no se puede practicar o mejorar. La preclusión es como una compuerta, una exclusiva. Los señores magistrados que me escuchan saben como se provee a los escritos presentados fuera de término: 'no ha lugar'. Y bien, la

son intensos, el ritmo del proceso será expeditivo. Cuando la norma presenta grietas a su exigencia, la posibilidad de que el litigante negligente o malicioso tenga «oportunidad» de prolongar el proceso «legalmente», aumenta considerablemente.

Este principio también está directamente ligado a la diferencia, a veces sutil, que existe entre una estrategia y una conducta procesal maliciosa. Expliquémonos. Dentro de un proceso afinado en un sistema privatístico, es perfectamente factible que una parte reserve lo más importante de su material probatorio para el último momento de la etapa de prueba, para reducir la capacidad de contradicción del contrario. ¿Estrategia o chicana?

Antes de responder a la pregunta, lo trascendente es identificar la causa de esta situación. En este caso, se trata simplemente de que en el proceso tradicional los plazos y términos para realizar actividad procesal están diseminados en el proceso sin una sanción específica y determinante, al extremo que no es posible para el juez hacer cumplir el tiempo concedido.

Usualmente los ordenamientos procesales privatísticos fijan plazos para la actuación de algunos actos procesales, pero no le imponen rigor –queremos decir perentoriedad– al cumplimiento de dichos plazos. Ante tal situación, la actividad procesal se desplaza

preclusión, como un cierre hermético, mantiene y respeta lo que ya está adentro pero no deja entrar fuera de tiempo lo que no pudo entrar; ni permite revisar, luego del momento debido, lo que ya está resuelto o lo que ya está cumplido. Es una compuerta que sólo admite marchar hacia adelante pero no volver atrás». Isidoro EISNER, cit., p. 57.

sin límites a lo largo del tiempo del proceso y provoca conductas abiertamente maliciosas, a las que –al no estar previstas como tales en la norma procesal– la costumbre o práctica comúnmente generalizada las han revestido pomposamente de la calidad de «habilidades» o «estrategias».

Finalmente, siendo JOFRÉ, como recuerda PODETTI¹⁶⁰, quien incorporó el concepto de preclusión al proceso latinoamericano, apreciamos como lo enseñó:

*«La palabra preclusión, aunque no es castellana, la empleamos porque expresa claramente lo que queremos decir. Preclusión significa cerrar el paso y viene de pre, antes, y de claud, cerrado. Es una voz latina que ha sido incorporada al italiano»*¹⁶¹.

Más adelante el mismo maestro argentino expresa:

*«Así, por ejemplo, cuando se da por decaído el derecho para contestar la demanda o para alegar de bien probado o se rechaza una diligencia de prueba o se acepta otra, no puede decirse que haya cosa juzgada, pero sí puede afirmarse que hay preclusión, es decir, que ese trámite ha sido cumplido ya y que está cerrado el camino para repetirlo»*¹⁶².

El principio de preclusión ha sido incorporado al Código Procesal Civil peruano. Esto se manifiesta, por ejemplo, al haberse regulado la conducta procesal de las partes con su respectivo sistema de sanciones y, asimismo, al haberse asumido como requisito de admisibilidad que todos los argumentos y los medios probatorios se

160 PODETTI, Ramiro J. *Cit.*, p. 248.

161 JOFRÉ, Tomás. *Manual de Procedimiento*. Buenos Aires. La Ley. 1943. T. IV, p. 56.

162 JOFRÉ, Tomás. *Ibidem*. T. IV, p. 56.

acompañen a las demandas, las defensas y a toda petición que exija prueba en el momento en que se postula¹⁶³.

CALAMANDREI es un partidario decidido de este principio, sin embargo, hace algunas acotaciones que resulta importante reproducir:

*«(...) si de un lado tiene la ventaja de luchar eficazmente contra la práctica de dar largas a aquellos litigantes de mala fe, que tienden a conservar los mejores argumentos para las sorpresas de última hora, puede de otro lado, constituir un peligroso incentivo para la complicación y multiplicación inicial de las defensas; porque las partes, por exceso de prudencia, pueden ser inducidas a utilizar desde el principio del proceso, un aparato imponente de deducciones en el cual las razones más sólidas se encontrarán con los más sutiles virtuosismos curialescos»*¹⁶⁴.

163 «Artículo 189.- Oportunidad.- Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código.»

164 CALAMANDREI, Piero. *Instituciones...*, cit., p. 392.

Capítulo V

El proceso judicial

“Cuando he dicho que el proceso se encuentra en la encrucijada de los caminos del derecho público y del derecho privado, lo he hecho conciente de todo lo que la jurisdicción supone para el derecho público y para la sociedad; pero también profundamente conciente de lo que significa para el individuo este inmenso tesoro de su paz y de su tranquilidad”.

(Eduardo J. COUTURE).

SUMARIO: 35. INTRODUCCIÓN. 36. OPINIÓN DEL AUTOR. 37. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO JUDICIAL. 37.1. TEORÍAS CLÁSICAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO. 37.1.1. EL PROCESO COMO CONTRATO. 37.1.2. EL PROCESO COMO CUASICONTRATO. 37.1.3. EL PROCESO COMO RELACIÓN JURÍDICA. 37.1.3.1. LAS RELACIONES JURÍDICAS PROCESALES EN LA DOCTRINA. 37.1.3.2. RELACIÓN JURÍDICA SUSTANCIAL Y RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL. 37.1.4. EL PROCESO COMO SITUACIÓN JURÍDICA. 37.2. TEORÍAS “MENORES” SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO. 37.2.1. EL PROCESO COMO ESTADO DE LIGAMEN. 37.2.2. EL PROCESO COMO MODIFICACIÓN JURÍDICA Y COMO “MISTERIO”. 37.2.3. EL PROCESO COMO JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. 37.2.4. EL PROCESO COMO ENTIDAD JURÍDICA COMPLEJA. 38. DIFERENCIA ENTRE PROCESO Y PROCEDIMIENTO. 39. IMPORTANCIA HISTÓRICA DE LA DIFERENCIA ENTRE PROCEDIMIENTO Y PROCESO. 40. CLASIFICACIÓN DE LOS PROCESOS. 40.1. LOS PROCESOS SEGÚN SU FUNCIÓN. 40.2. LOS PROCESOS SEGÚN SU ESTRUCTURA. 41. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

35. INTRODUCCIÓN

Una advertencia necesaria antes de abordar este tema, consiste en que el concepto *proceso* tiene una multiplicidad de acepciones. En realidad, casi no hay área del

desarrollo humano en donde no sea natural reconocer la existencia de un proceso (la industria, la enseñanza, la política, etc.). Esta situación adquiere mayor importancia en el campo de las ciencias, en él, la obtención de un resultado pasa necesariamente por la realización de un conjunto de actos preordenados, los que por cierto están previstos así para la obtención del fin querido. Ésta es también la opinión de Alberto XAVIER¹⁶⁵.

En su acepción idiomática, el concepto *proceso* se manifiesta a través de dos características. Por un lado está su *temporalidad*, es decir, la conciencia de transcurso, de tránsito, de progreso hacia algo. Por otro está su *vocación de arribo*, es decir, la tendencia a alcanzar un *fin*. Intrínsecamente, el proceso supone, entonces, el recorrido para la obtención de una meta.

En el campo jurídico, a pesar de reducir su espectro, la situación paradójicamente se torna más confusa¹⁶⁶,

165 «En general, proceso (de *procedere*) significa una sucesión de actos, hechos u operaciones que se agrupan según un cierto orden para conseguir un fin». Alberto XAVIER. *Do Procedimento Administrativo*. Sao Paulo. José Bushatsky Editor. 1976, p. 8.

166 «Su complejidad es muy considerable y no debe extrañar que la doctrina reciente haya utilizado, para explicar el sentido del proceso, vocablos poco frecuentes en el lenguaje de la ciencia. Un escrito habla del proceso como misterio, otro como juego, otro como la miseria de las hojas secas de un árbol, otro como una búsqueda proustiana en pos del tiempo perdido, etc.». Eduardo J. COUTURE. *Fundamentos...*, cit., p. 123.

Nota del autor: La referencia a *misterio* es a SATTÀ, Salvatore (*Il mistero del processo*. En: *Rivista di Diritto Processuale*. 1949. I, p. 273). Al proceso como *juego* es a Piero CALAMANDREI (*Il processo come giuoco*. En: *Rivista di Diritto Processuale*. 1950. I, p. 23). Al proceso como *miseria de las hojas secas* es a CARNELUTTI, Francesco (*Torniamo*

aunque las dos características antes citadas también se presentan. Suele hacerse referencia al *proceso judicial*, sin embargo, no queda claro cuál es el alcance de este concepto. Inclusive resulta importante precisar, previamente, si existe el *proceso legislativo* o el *proceso administrativo*, o lo que sería más genérico, el *proceso jurídico*, concepto que, por otro lado, podría servir para expresar la evolución constante del Derecho. Éste, como sabemos, es un fenómeno social, por tanto, el proceso jurídico sería, redundando, la manifestación del ciclo de realización social del fenómeno jurídico. Sin embargo, nos parece que en la acepción *proceso jurídico* se pierde la esencia científica del concepto, prestándose el vocablo *proceso* para un uso que por genérico es perturbador de su identidad. Después de todo, ¿una ciencia no es sino una construcción taxonómica en donde los conceptos deben responder a contenidos muy precisos? Creemos, por lo demás, en comunión de ideas con GELSI BIDART¹⁶⁷, que el concepto *proceso jurídico* a

al «giudizio». En: *Rivista di Diritto Processuale*. 1949. I. 163), y como búsqueda del tiempo perdido es a CAPOGRASSI (*Giudizio, processo, scienza, verità*. En: *Rivista di Diritto Processuale*. 1950. I, p. 1).

- 167 «Esa tendencia y esa meta son, aquí, jurídicas y, por tanto, el proceso se dirige a conseguir un resultado de derecho; en otros términos, es un instrumento para el derecho, un medio a través del cual se elabora o se realiza o se modifica, el derecho. Podríamos decir, que se trata de una realización jurídica a través del tiempo, o de los grados o etapas a recorrer para verificarla. En cierto modo lo impone la naturaleza de las cosas, pues la construcción del derecho, en principio, está reñida con la instantaneidad y requiere una sucesión temporal, de duración variable pero por lo regular apreciable, para lograrse». GELSI BIDART, Adolfo. *Enfoque preliminar del proceso*. En: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires. EDIAR. Año IX. Primer y segundo trimestre de 1951, p. 292.

despecho de su aparente generalidad, también se refiere al *proceso judicial*.

Desde otra perspectiva, y a propósito del reconocimiento de la existencia del proceso en áreas distintas al judicial, compartimos la afirmación de José Frederico MARQUES¹⁶⁸, quien considera que el proceso judicial es único, en tanto las actividades legislativas o administrativas son, en estricto, sólo procedimientos (legislativos o administrativos). Como esta fundamentación se encuentra ligada a la diferencia entre proceso y procedimiento, nos remitimos a lo expresado más adelante sobre este tema.

Hay autores como CARNELUTTI que consideran el concepto *proceso judicial* como una tautología, recordando que en el derecho romano el concepto *iudicium* (de donde siglos después va a derivarse la palabra *juicio*) comprendía al proceso. No es ésa, en cambio, la opinión de CHIOVENDA, quien considera que el proceso –refiriéndose al civil– es: “(...) el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación a un bien que se presenta como garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria”¹⁶⁹, y tampoco la de COUTURE que dice: “Podemos definir, pues, el proceso judicial, en una primera acepción, como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el

168 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo. Forense. Tomo I, p. 9.

169 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones...*, cit., vol. I, p. 37.

conflicto sometido a su decisión”¹⁷⁰. Más adelante y en la misma obra, intentando hacer más precisa su posición, COUTURE concluye afirmando que el proceso judicial es una relación jurídica¹⁷¹.

Si bien la definición de FENECH –que a continuación transcribimos– está referida al proceso penal, nos parece que su contenido trasciende el propósito de su autor y alcanza a ser una visión integral del fenómeno jurídico llamado *proceso*. FENECH afirma: “Entendemos por proceso una serie o sucesión de actos tendentes a un fin superior al de cada uno de ellos considerados en sí mismos; es preciso un hecho con dimensión temporal, pero que supera su propio ser existencial por el fin superior que los sujetos que realizan los actos aislados pretenden conseguir individualmente. Este fin objetivo es el de la propia actividad jurisdiccional, es decir, la posibilidad de que las potestades del órgano jurisdiccional penal alcancen su pleno ejercicio y consigan su resultado normal”¹⁷².

Según GELSÍ BIDART: “El proceso es un organismo o (mejor) un sistema estructurado de actos, dispuesto en vista de un fin (formal) común, que es alcanzar el acto conclusivo que culmina el proceso, que es su lógica terminación: la sentencia”¹⁷³. Si bien la definición es clara al inicio, nos parece que acaba siendo tautológica (esto ocu-

170 COUTURE, Eduardo J.. *Fundamentos...*, cit., pp. 121 y 122.

171 «La relación jurídica procesal consiste en el conjunto de ligámenes, de vinculaciones, que la ley establece entre las partes y los órganos de la jurisdicción recíprocamente, y entre las partes entre sí». COUTURE, Eduardo J. *Ibidem*, p. 122.

172 FENECH, Miguel. *El proceso penal*. Madrid. Agesa. 1978, p. 14.

173 GELSÍ BIDART, Adolfo. Cit., p. 298.

rre por nombrar en la definición al objeto de la definición), por eso es conveniente quedarnos con la concepción que GELSÍ BIDART expresa al final de su trabajo: "En definitiva y desde el punto de vista jurídico, el proceso aparece como un medio de determinar el derecho de fondo, que se presenta como una estructura y organización de sujetos y actos predeterminada, según la cual se ejercen la jurisdicción y los derechos procesales fundamentales de las partes (acción y excepción)" ¹⁷⁴.

Es importante también la opinión de ALCALÁ-ZAMORA por la precisión conceptual empleada ¹⁷⁵ y porque advierte la intrascendencia de la histórica discusión en torno de si el proceso sirve para el reconocimiento judicial del derecho objetivo o del subjetivo.

Por otro lado, es conveniente recordar que en suelo sudamericano la palabra más usada en este siglo para nombrar al proceso ha sido *juicio*. Si bien en el derecho romano el concepto *iudicium* (juicio) sirvió inicialmente para identificar al proceso, posteriormente pasó a ser considerado sinónimo de *sentencia* ¹⁷⁶. Con el tiempo fue ampliándose su espectro, al punto que en los ordenamientos españoles del siglo XIX y en muchos de los códigos latinoamericanos de comienzos de siglo –como el nues-

174 GELSÍ BIDART. *Ibidem*, p. 308.

175 «b) El proceso aparecería así como un medio jurídico para la dilucidación jurisdiccional de una pretensión litigiosa, fórmula ésta mediante la que se elude la controvertida cuestión acerca de si sirve para la realización del *derecho objetivo* o para la del *derecho subjetivo*». Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. *Proceso...*, cit., p. 112.

176 «Juicio en romance tanto quiere decir como sentencia en latín». (*Partida III. ley I, título XXII*).

tro- pasó a ser el equivalente de proceso. Por eso, como un antecedente histórico iniciado en Roma y continuado en España, entre otros ordenamientos, por la Partida III (siglo XIII), hasta fines del siglo XX (en el Perú hasta 1993), nos hemos venido refiriendo –en códigos, libros, el foro o el salón de clase– al *juicio ordinario*, *juicio de desahucio*, *juicio de retracto*, etc., por querer decir *proceso*¹⁷⁷.

36. OPINIÓN DEL AUTOR

En nuestra opinión, *el proceso judicial es el conjunto dialéctico de actos, ejecutados con sujeción a determinadas reglas más o menos rígidas, realizados durante el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, por distintos sujetos que se relacionan entre sí con intereses idénticos, diferentes o contradictorios, pero vinculados intrínsecamente por fines privados y públicos*. Intentemos una explicación de lo expresado, no sin antes dejar establecido que asumimos el término *proceso judicial* a fin de ratificar un ámbito propio de aplicación de

177 «22. Dada la ascendencia medieval del proceso hispánico (*Partida III*, Maestro Jacobo de las Leyes, Escuela de Bolonia), no puede sorprender el predicamento alcanzado por *juicio*, en consonancia con el auge del judicialismo italiano, si bien el vocablo cuenta en España con antecedentes más remotos. En todo caso, consagrado por la *Partida III* (cfr. Especialmente su título XXII), domina desde entonces nuestro horizonte procesal, a través de las sucesivas Recopilaciones castellanas, las Leyes de Indias, las Ordenanzas de Bilbao, la Constitución de 1812, las leyes de enjuiciamiento de 1830, 1855 y 1881 (más las relativas a la justicia criminal), así como casi todos los códigos hispanoamericanos, sin que ni siquiera los que han querido reemplazar «juicio» por proceso lo hayan logrado plenamente». ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Nuevos Estudios de Derecho Procesal*. Madrid. Tecnos. 1980, pp. 84 y 85.

lo que aquí se exprese, reconociendo que en el Derecho puede hacerse referencia –aunque con impropiedad– a otros tipos de proceso como el “legislativo”, e inclusive el “administrativo”.

A) El proceso judicial es esencialmente el cauce de un conflicto de intereses que sería el río. Su inicio es la propuesta de la solución de un conflicto, dejando de lado si la otra parte tiene voluntad de discutir. Por esa razón, los intereses contradictorios son los más trascendentes, tanto que la labor del sujeto más importante del proceso –el juez– es condensarlos, luego de que las posiciones han sido contendidas, en una decisión final que, valorando los actos de las partes, manifiesta un acto de autoridad que pudiendo acoger algunas de las formulaciones propuestas por éstas, constituye una declaración de voluntad autónoma. Si a la demanda y a los actos del demandante los calificamos como una *tesis* y a la contestación y a los actos del demandado los denominamos *antítesis*, sin duda la decisión judicial debe ser la *síntesis*. Esta es la razón por la que consideramos que el proceso es un “(...) conjunto dialéctico de actos(...)”.

B) Los actos referidos en el párrafo anterior están sujetos a determinadas disposiciones que reglamentan su ejercicio. Estas normas son una especie de las normas procesales, que bien podríamos llamarlas *normas de procedimiento*, su cumplimiento formal es regularmente planteado como una exigencia para su validez, sin embargo, no todas tienen tal esencia, es decir, hay algunas normas que sólo postulan ciertos requisitos, sin que su incumplimiento sea necesariamente causal de invalidez del acto. Esto es lo que denominamos: “(...) determinadas reglas más o menos rígidas(...)”.

C) La actividad judicial, aun cuando esté realizada por algunos sujetos que no tienen función pública, las partes, por ejemplo, importa un ejercicio público trascendente, tal vez el más importante que realice el Estado: *impartir justicia*. A tal aspecto se refiere la frase: "(...) durante el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado(...)".

D) El concepto *dialéctico* citado en el inciso a) hace referencia, como ya se expresó, al hecho de que los intereses contradictorios de las partes constituyen el elemento central y distintivo del proceso judicial. Sin embargo, al margen de tan certera afirmación, los partícipes del proceso distintos de las partes (el juez, los testigos, los auxiliares de justicia) tienen también interés en éste, el que no sólo es distinto de cualquiera de las partes, sino que además, no es contradictorio con ninguno, sino simplemente individual, distinto, autónomo. A esta situación nos referimos cuando afirmamos: "(...) distintos sujetos que se relacionan entre sí con intereses idénticos, diferentes y contradictorios (...)".

E) Finalmente, la dialéctica a la que se ha venido haciendo referencia, alcanza su punto culminante cuando se advierte que a pesar de los intereses contradictorios y personales que cada interviniente ha propuesto, todos, de una u otra manera, han coadyuvado para que se logren dos fines a través del proceso, uno privado: que se ponga fin al conflicto de intereses, y otro público: que a través del proceso se postule una sociedad con paz social en justicia. A este aspecto se refiere la definición cuando anuncia: "(...), pero vinculados intrínsecamente por fines privados y públicos".

A propósito de los fines del proceso, éstos regularmente se expresan como el resultado obtenido luego de que éste ha concluido. Sin embargo, es importante reconocer que aún antes de ser utilizado, el proceso cumple una función social de refuerzo y prevención de la eficacia y vigencia del sistema jurídico. El reconocimiento social de su existencia y eficacia concede a todos los ciudadanos, eventuales usuarios del proceso, la garantía de hacer efectivo su derecho, es decir, con solo existir, el servicio de justicia se convierte en el instrumento de realización del sistema jurídico.

37. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO JUDICIAL

Antes de la descripción de las teorías anunciadas en el título es indispensable advertir que el tema que desarrollaremos es –junto con el del derecho de acción– uno de los que más ha sido estudiado por la procesalística clásica. De hecho se trata de una cuestión que ha contribuido a la gestación de la ciencia procesal. Por tal razón, las teorías explicativas sobre la naturaleza jurídica del proceso son innumerables. No debe olvidarse que durante el periodo de formación antes aludido, cada procesalista se aproximaba a una categoría procesal con un propósito innovador y excluyente, creyendo haber encontrado la definición correcta, última y definitiva del fenómeno en estudio.

Es posible hacer una clasificación de las teorías partiendo del grado de aceptación que han tenido en la doctrina. Así, encontramos cuatro teorías clásicas sobre la

esencia del proceso, las cuales serán las que abordaremos inicialmente. Las dos primeras son conocidas también con el nombre de *teorías privatistas*, en tanto elaboran su explicación basándose en categorías civiles y además, hacen gravitar la trascendencia del proceso en la naturaleza del presunto acuerdo al que llegan las partes para contender. Todo lo contrario de las dos últimas, llamadas *publicistas*, en donde es la función del juez la que adquiere un rol trascendental, explicativa además de la importancia social y política del proceso.

Por otro lado, esta diferencia entre teorías privatistas y publicistas es importante también para determinar el momento en que se inicia el proceso. Así, para las concepciones privatistas tal suceso ocurre en la contestación –expresa o ficta– de la demanda o por lo menos en el acto de su notificación; en cambio, para las publicistas es en el acto de la interposición de la demanda¹⁷⁸.

Posteriormente al desarrollo de las teorías clásicas y sin entrar en mayores detalles, comentaremos algunas teorías llamadas *menores* sobre el proceso, denominadas así porque no han tenido mayor reconocimiento en la doctrina.

178 «76) Si tras la visión panorámica que acabamos de ofrecer, quiésemos ahora diferenciar de manera tajante las cuatro teorías fundamentales acerca de la naturaleza del proceso o, mejor dicho, esclarecer la frontera entre las interpretaciones privatistas y las doctrinas publicistas, diríamos que mientras las primeras descansan o giran alrededor de la *litis-contestatio*, las segundas se apoyan en la *litis-pendencia*, es decir, anticipan a la interposición de la demanda, el momento constitutivo del proceso, que las otras retardan, en cambio, hasta la contestación del demandado». ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso...*, cit., pp. 132 y 133.

37.1. Teorías clásicas sobre la naturaleza jurídica del proceso

37.1.1. El proceso como contrato

El desarrollo de esta teoría, si bien ocurrió durante los siglos XVIII y XIX, se explica sobre la base de conceptos que pertenecen, curiosamente, al derecho romano, es decir, se trata de manifestaciones supérstitas que demuestran la importancia que los estudios romanistas tuvieron durante el derecho intermedio.

Según esta teoría, la relación establecida entre demandante y demandado –llamada desde el derecho romano *litis contestatio*– es básicamente producto de un acuerdo de voluntades entre ambos litigantes por el que se comprometen a aceptar lo que se resuelva al final. Y la explicación corría a mano con lo ocurrido durante el derecho romano, por lo menos en sus dos primeras manifestaciones procesales, la *legis actiones* y el formulario. En aquel entonces, recordemos, la colaboración de las partes para estructurar la fórmula, la precisión –surgida del consenso– de los términos del debate, la libertad con que las partes proponían su derecho, aunque era finalmente perfilado por el magistrado, persuadió, a quienes sostuvieron esta teoría, de que el proceso no era otra cosa que un contrato.

Además, no deja de ser exacto el hecho de que, por lo menos durante la *legis actiones*, la actividad procesal discurría de tal manera que bien podía afirmarse que las partes tenían el control sobre el contenido y alcances de la *litis contestatio*, la que podía no existir si las partes no la deseaban. Por lo que es cierto también que la actividad, tanto en la *legis actiones* como en el formulario, pero

sobre todo en la primera, se pareció más al arbitraje que al proceso judicial¹⁷⁹.

Por otro lado, no deja duda el hecho de que durante la tercera etapa, es decir, en el procedimiento extraordinario, varió sustancialmente no sólo la importancia del juez, sino también la de la *litis contestatio*, la que si bien se mantuvo, por lo menos nominalmente, no alcanzó la trascendencia y significado que había obtenido en las etapas anteriores y pasó a ser, desde entonces, sólo una ficción jurídica. Lo que ocurrió en realidad es que la desaparición del efecto novativo¹⁸⁰ de la *litis contestatio* –presente en las dos primeras etapas– relativizó considerablemente su importancia.

El desarrollo (podríamos llamarle *recuperación histórica*) de esta teoría a fines del siglo XVIII, es atribuible a la doctrina francesa, la que intentó explicar el proceso estableciendo su identidad con las categorías civiles. Así, se consideró que el proceso era una convención, en donde, por ejemplo, el reconocimiento de los efectos de la cosa juzgada sobre la decisión definitiva, era precisamente

179 «Más que un juicio, este fenómeno debe considerarse como un arbitraje ante el pretor». COUTURE, Eduardo. *Fundamentos...*, cit., p. 126.

180 Por el efecto novativo, presente en la *legis actiones* y en el formulario, la *litis contestatio* determinaba que en el proceso iniciado se decidía, definitiva e irremediabilmente, el destino del derecho material que se discutía, aún cuando el proceso concluyera por un defecto formal. Expresado de otra manera, por el efecto novativo se convertía el derecho material en derecho procesal, irremediabilmente. Por eso, en aquel entonces era exacto afirmar que había una *acción reivindicatoria*, *acción posesoria*, dado que el derecho material –al convertirse en una *acción*– jugaba su suerte irremediabilmente en el proceso iniciado.

producto de este acuerdo implícito al que habían llegado las partes para reconocer la validez y eficacia del resultado definitivo, desde que los contratos sólo producen efectos entre quienes los convienen. Esto llevó a denominar y considerar al proceso como un *contrato judicial*, esto es, como una especie de los contratos civiles, a cuya regulación debía someterse (consentimiento, capacidad, objeto y causa).

El auge de esta teoría debe entenderse en el contexto histórico en que se originó. En la Europa de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, la ideología imperante consideraba que la trama de las relaciones sociales tenía una base contractual. Así, se afirmaba que el orden social que se lograba, o en todo caso, al que se debía aspirar, era consecuencia del acuerdo de los particulares de someter su voluntad a la del soberano. Por tanto, la teoría que explicaba la sociedad y sus fenómenos de relación, sirvió a su vez para explicar qué era el proceso judicial¹⁸¹.

A manera de cuestionamiento de esta teoría, y tal como ya se expresó al principio de su descripción, en realidad tal concepción se desarrolló sobre la base de un error histórico. Lo que ocurrió en la primera etapa del proceso en el derecho romano, la *legis actiones*, no fue exactamente un proceso judicial, sino un procedimiento arbitral al que, en tal calidad, le es natural un origen contractual. No debemos olvidar que el *iudex* era elegido por

181 «Mientras los ciudadanos se someten a las condiciones que ellos mismos han acordado, o que ellos podrían haber aceptado por decisión libre y racional, no obedecen a nadie más que a su propia voluntad». Juan ROUSSEAU, Jacobo. *El Contrato social*. Madrid. Espasa Calpe. 1981. I, 6; II, 4.

las partes. Le costó al espíritu creativo del jurista romano, encontrar medios que condujeran al demandado a que participe de esta “negociación” (*litis contestatio*) para el discernimiento de los hechos que configuraron el conflicto, a fin de resolverlo. Por eso, en sus inicios, proveyó al demandante de instrumentos contundentes (la *vocatio in ius* violenta, las *vadimonia*, el *obtorto collo*, la *missio in possessionem bonorum*) para obligar al demandado a participar en esta curiosa suerte de pacto con el demandante y con el pretor, privilegiando este “acuerdo” como el medio más idóneo para la solución del conflicto.

Por otro lado, se trata de una teoría cuya explicación exige que se prescinda de la realidad, aun cuando sólo fuese para poder entenderla, ya que no para participar de ella. En efecto, bien sabemos que cuando una persona es emplazada judicialmente, es casi imposible afirmar que tal acto ocurre como consecuencia de un espontáneo deseo de ésta de participar en un torneo judicial. Es mucho más lógico reconocer que tal acto ocurre no sólo prescindiendo de su voluntad, sino, además, contrariándola.

37.1.2. *El proceso como cuasicontrato*

Sin duda las críticas expresadas a la teoría contractual del proceso son contundentes. El desplazamiento del plano real por parte de ésta la convirtió en un desarrollo teórico desguarnecido de sustento científico. Casi podríamos afirmar que su suerte estaba echada desde que se expuso.

Precisamente en auxilio de ella, casi durante la misma época de su aparición, algunos juristas empezaron a plantear una variante. Expliquemos en qué consistió. Habida

cuenta de que como lo que se resolvía en el proceso exigía el cumplimiento de la parte perdedora, no había duda de que el proceso era, entonces, una fuente de obligaciones. Sin embargo, atendiendo a que las fuentes obligacionales reconocidas eran: el contrato, el delito, el cuasidelito y el cuasicontrato, había que identificar a cuál de ellas pertenecía el proceso. Como dato referencial, nótese que en esta teoría –al igual que en la anterior– permanece intacta la concepción del origen convencional del proceso (*litis contestatio*).

Las críticas recibidas a la calificación contractual del proceso se sustentaban en la imposibilidad de demostrarla científicamente. De hecho la afirmación de que el proceso era producto de un concierto de voluntades no resistía el más elemental análisis. Por otro lado, también se estaría inventando la realidad si se dijera que el proceso tiene una naturaleza delictiva o cuasidelictiva, ninguna elaboración mental conduciría a afirmar semejante tesis.

Entonces, si lo único cierto es que se trataba de una fuente de obligaciones, la eliminación del contrato, del delito y del cuasidelito como su posible origen, conducía a una verdad incontestable: el *proceso es un cuasicontrato*¹⁸². Tal vez el primer gran defecto del que adolece esta

182 «El contrato y el cuasi contrato *judiciales* no existen como figuras de índoles procesales, por cuanto obsta a su existencia un insuperable *contradictio in adjecto*. Si son *judiciales*, en efecto, no pueden ser contrato ni cuasi contrato. (...)»

El cuasi contrato, en cambio, no existió nunca de acuerdo con su expresión y significado. (...) Así también, cuasi contrato viene, como ya referiremos, de aquella definición artificiosa que fraguó, para salir del paso, el desconocido autor del *res cotidianae*

teoría es que el *cuasicontrato* ni siquiera es una categoría civil firme. No se guarda reconocimiento de ella en la doctrina civil contemporánea. Entonces, ¿cómo sustentar un instituto procesal en un concepto civil que ni siquiera en su contexto natural tiene prestigio?

Según COUTURE, esta teoría tiene su origen en una lectura equívoca de un texto de ULPIANO¹⁸³, el que, se dice, hace referencia al *in iudicio quasi contrahimus*. El mismo maestro uruguayo demuestra que el texto no contiene la frase que se le atribuye, dado que ésta, en su versión original, sólo se refiere al proceso como contrato¹⁸⁴.

Por otro lado, esta identificación del número de las fuentes de las obligaciones ni siquiera es consecuente con el contexto jurídico en que se afirmó. En efecto, no sólo para la doctrina civilista francesa del siglo XIX, sino

(jurisprudencia de la vida cotidiana). Por esto, y por otras razones que aduciremos todavía en su apoyo, la concepción procesalista del cuasi contrato no es 'la menos imperfecta' como se ha dicho, sino todo lo contrario, la más imperfecta». CARNELLI, Lorenzo. En voz: *Cuasi contrato (y contrato) procesales*. En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires. Driskill. 1986. Tomo V, p. 156.

183 ULPIANO. *Digesto*. Libro XV, Título I, Ley 3,11 (*De peculio*).

184 «Lo primero que debe advertirse es que el pasaje clásico citado no dice *in iudicio quasi contrahimus*. Probablemente el autor no leyó el texto en sus fuentes, pues de haberlo hecho hubiera advertido que literalmente consigna: *nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi, proinde non originem iudicii spectandam sed ipsam iudicati velut obligationem*. Como se ve, el fragmento *De peculio* no dice lo que se le atribuye, sino: 'Porque así como en la estipulación se contrata con el hijo, así se contrata en el juicio (...), etc.'. La fórmula no es, pues, la del cuasicontrato, sino más llanamente la del contrato». Eduardo J. COUTURE. *Fundamentos...*, cit., p. 131.

también para el Código de Napoleón, las fuentes de las obligaciones no son cuatro, sino cinco. Y precisamente aquélla que los gestores de la teoría del cuasicontrato olvidaron es la que nos parece explica contemporáneamente la naturaleza jurídica del proceso: la ley. Lamentablemente la omisión a esta fuente condujo una vez más –como en el caso de la teoría contractual– a una construcción jurídica artificial y fácilmente desleznable.

37.1.3. *El proceso como relación jurídica*

“Cuando en el lenguaje del derecho procesal se habla de relación jurídica, no se tiende sino a señalar el vínculo o ligamen que une entre sí a los sujetos del proceso y sus poderes y deberes respecto de los diversos actos procesales”¹⁸⁵. Tal vez esta frase sintetiza la teoría que mayor reconocimiento ha tenido en el pensamiento jurídico para explicar la naturaleza del proceso.

Si bien WACH¹⁸⁶ ubica el antecedente de esta teoría en los escritos de Búlgaro de SASO-FERRATO Y AZO, parece que es la doctrina alemana de la segunda mitad del siglo XIX la que la concibe. Sin embargo, si hubiera necesidad de contar con un nombre y un hito, éstos serían Oscar

185 COUTURE, Eduardo J.. *Ibidem*, p. 133. Como complemento ver nota 171 del mismo autor.

186 «(...) la vieja definición de los italianos que nos fuera transmitida hace ya mucho tiempo: *iudicium est legitimus actus trium personarum, scilicet iudicis actoris et rei* (el juicio es un acto legítimo de tres personas, a saber, del juez, del actor y del demandado». Adolfo WACH. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Trad. de Tomás BANZHAF y Estudio preliminar de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Buenos Aires. EJEA. 1977. T. I, p. 70, *in fine*.

Bülow y la publicación en 1868 de su obra: *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*¹⁸⁷.

Se afirma que el proceso es una relación jurídica en tanto para su actuación concurren cierto número de sujetos que asumen conductas en función al rol e interés con que participan en él. Por lo demás, se trata de roles que están preestablecidos por la ley, tanto como los criterios reguladores de sus conductas. Asimismo, se trata de intereses que han provocado que la trama de relaciones se concrete. Usualmente es la norma material la que establece los roles, pero es la norma procesal la que asume el encargo de regular las conductas y calificar los intereses. En uno y otro caso, es la ley la fuente de los vínculos que se establecen –con deberes y facultades– al interior del proceso.

Se afirma que siendo diferentes los sujetos que participan, como lo son también sus intereses, en sentido estricto, dentro de un proceso hay una pluralidad de relaciones jurídicas, algunas más trascendentes que otras, pero todas unidas por una vertiente común que las conduce al fin querido por todos a pesar de sus divergencias: la solución definitiva del conflicto de intereses.

Esta unidad del proceso, apreciada dentro del panorama múltiple que ofrecen las relaciones jurídicas realizadas por los sujetos procesales, es extraordinaria, en tanto tales sujetos actúan atendiendo a la existencia de deberes y facultades específicas y distintas en cada uno. Por otro lado, no todos los sujetos actúan necesariamente teniendo

187 VON BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires. EJE. 1964.

en cuenta un interés personal, particular o privado, lo que haría más sencilla la trama, sino que también hay sujetos en ejercicio de una función pública, como es el caso del juez o de sus auxiliares.

El proceso es, según esta teoría, la gama múltiple y casi infinita de relaciones entre sujetos que tienen deberes y facultades, funciones públicas o privadas, intereses y roles distintos¹⁸⁸, además de un fin común. Esta relación se caracteriza por ser *autónoma*, en tanto difiere de la re-

188 «Pero es igualmente cierto que, así como los actos se encuentran ligados en un procedimiento único, calificado por la finalidad que tienen en común, del mismo modo las diversas posiciones subjetivas están ligadas entre sí, en cuanto no son sino elementos de una unidad más amplia, a la cual están todas estrechamente, indisolublemente, vinculadas. Las mismas no tienen personalidad por sí mismas, no se encuentran aisladas ni suspendidas en el vacío, capaces de existir por fuerza y virtud propias; tienen, por el contrario, sus raíces, su fundamento, en el hecho básico de la pendencia del proceso, encuentran su significado en cuanto surgen y se ejercitan en el seno de una relación más amplia, de la cual jurídicamente dependen. Esta relación mantiene su identidad desde el principio al fin, mientras aquellas posiciones nacen y se extinguen a medida que el proceso avanza en su camino.

En suma, el proceso es una unidad, y la misma se expresa, sobre planos diversos, con los conceptos del procedimiento y de la relación procesal. Es precisamente la relación procesal la que, en su unidad y continuidad, mantiene la vinculación entre los varios sujetos del proceso y contiene la disciplina de sus recíprocas relaciones, aún en el mudar de las vicisitudes, de las situaciones y de los momentos diversos que se suceden en el curso del proceso; y es todavía la relación que permite explicar el fenómeno de la sucesión en el proceso». LIEBMAN, Enrico Tullio. *La obra científica de James Goldschmidt y la teoría de la relación procesal*. En: *Revista de Derecho Procesal. Estudios en memoria de James Goldschmidt*. Buenos Aires. EDIAR. Tercer y cuarto trimestre de 1951, vol. II, pp. 61 y 62.

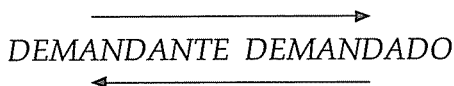
lación que conecta a las partes desde antes del inicio del proceso. Es *compleja*, dado que se trata de un conjunto de deberes y facultades distintas en cada sujeto interviniente. Asimismo, es una relación que pertenece al *derecho público*, desde que interviene el Estado en ejercicio de una función trascendental que además es indelegable: la jurisdiccional.

37.1.3.1. Las relaciones jurídicas procesales en la doctrina

Un tema no siempre pacífico dentro de esta teoría es la precisión sobre qué relaciones, de todas las que hay dentro de un proceso, forman el núcleo de éste, o como se afirma, cuáles son las únicas y verdaderas relaciones. Hay distintos planteamientos al respecto. Detallaremos los más saltantes.

A) El recuento puede iniciarse con KOHLER, quien considera –dentro de lo que podría concebirse como una tesis privatista– que el proceso consiste en dos líneas paralelas de relaciones que van del demandante al demandado y viceversa.

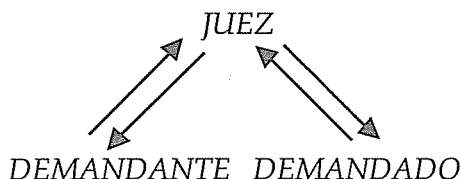
Gráfico de la relación procesal según KOHLER



B) Por otro lado, se afirma también que las relaciones procesales configurantes del proceso son angulares. Debe comprenderse al juez dentro de éste, en tanto se trata de

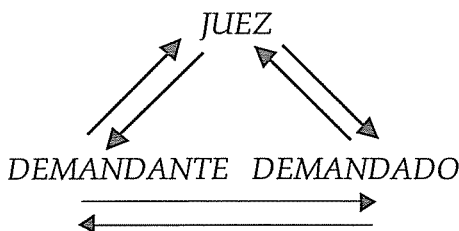
un sujeto imprescindible dado que es a quien las partes se dirigen a manifestar su posición y es también el indicado para responder a tales planteamientos o exigencias. Adviértase que según esta posición, defendida por HELLWIG, no hay relación entre las partes.

Gráfico de la relación procesal según HELLWIG



C) Una última posición –sustentada por WACH– considera que la relación jurídica existente en un proceso es triangular, vale decir, que las partes se relacionan entre sí –a diferencia de lo que piensa HELLWIG– en tanto que entre ellas sobrevienen responsabilidades procesales. Es el caso, por ejemplo, de la condena en costos y costas.

Gráfico de la relación procesal según WACH



37.1.3.2. Relación jurídica sustancial y relación jurídica procesal

La existencia de un caso justiciable, es decir, de una cuestión jurídica supone la presencia de dos o más sujetos de derecho que participan entre sí de un conflicto de intereses con relevancia jurídica. Esa relación existente entre los futuros litigantes, base material para la existencia de un proceso judicial, recibe el nombre de *relación jurídica sustancial*. Es precisamente esta relación la que permite a uno de sus conformantes tener una pretensión material respecto del otro. Pues bien, esta relación jurídica sustancial, llamada también *material*, y caracterizada por ser conflictiva, es el antecedente directo del proceso. Precisamente, éste no es otra cosa que una trama de relaciones en donde se reproducen los argumentos y medios probatorios de los sujetos en conflicto.

Este nuevo ambiente en donde la relación jurídica sustancial es discutida, hecho que ocurre ante la presencia y dirección de un tercero y en condiciones civilizadas, se denomina comúnmente *proceso* o *relación jurídica procesal*¹⁸⁹.

Atendiendo a los conceptos antes expresados, el tránsito de la relación jurídica sustancial a la relación jurídica procesal o proceso ocurre como consecuencia del ejercicio del derecho de acción por parte de uno de

189 «No sólo el proceso sufriría con ello, sino también el derecho sustancial, que vive en el proceso el momento más delicado de su vida, buscando en él su concreta actuación práctica frente a quien ha intentado sustraerse a su observancia». LIEBMAN, Enrico Tullio. *Ibídem*, pp. 60 y 61.

los litigantes, en mérito del cual éste solicita al Estado tutela jurídica.

Finalmente, es necesario precisar que la existencia de una relación jurídica procesal no elimina o desaparece la relación jurídica sustancial. Ésta –en tanto expresión de la realidad concreta– se mantiene como tal. Inclusive es perfectamente posible que las partes, a pesar de tener un proceso iniciado –una relación jurídica procesal establecida– puedan llegar a un acuerdo prescindiendo de éste, o, de otro lado, es factible también que uno de los sujetos de la relación sustancial pueda, después de iniciado el proceso, transmitir su derecho o posición en la relación material a otro, quien procederá a actuar en éste. Esta última institución se denomina *sucesión procesal*.

37.1.4. *El proceso como situación jurídica*

La teoría de la situación jurídica (*Rechtsslage*) aplicada al ámbito procesal es producto del genio de James GOLDSCHMIDT, pese a que el concepto le es atribuible a KOHLER, quien la entiende como el nacimiento o desarrollo de un derecho subjetivo. Surgió como una alternativa a la teoría de la relación jurídica, a la que le cuestiona el hecho de consistir en una descripción *estática* del proceso y por eso falsa, en tanto éste consiste en una realidad en constante movimiento, esto es, *dinámica*.

Intentemos explicar en qué consiste esta teoría. Cuando una persona empieza un proceso se encuentra en un determinado estado respecto de la sentencia con la que va a concluir éste. Esta posición o estado también se presenta en el demandado. Cuando éste es comunicado

del inicio de un proceso (cuando es emplazado) tiene un estado o posición desde la óptica de lo que va a ser el resultado definitivo de éste. En cada caso, cuando nos hemos referido al estado o posición, hemos afirmado que cada protagonista del proceso mantiene una *situación jurídica*¹⁹⁰. Ésta sin duda no se va a mantener uniforme durante el desarrollo procesal, al contrario, conforme los sujetos van actuando o dejando de actuar se va modificando su estado, es decir, va variando su situación, la que por cierto podrá ser mejor o peor respecto de la que tuvieron al inicio del proceso y también respecto de lo que va a ser la decisión final.

Una vez iniciado el proceso, las partes empiezan a variar sus estados y, con tales cambios, pasan a ser protagonistas cada vez de nuevas situaciones. Para tal efecto, deberán actuar sobre la base de un código de calificaciones de su conducta que no tiene que ver con los derechos y deberes que tradicionalmente se ha afirmado tiene una persona. En todo caso, dentro del proceso lo que las partes tienen no es un derecho sino *posibilidades* (*Möglichkeiten*) de, por ejemplo, lograr que su pretensión o defensa sea reconocida en la sentencia. Esta *posibilidad* u ocasión procesal, les genera a su vez *expectativas* (*Aussichten*) que consiste en la opción que tal hecho se produzca (que sea reconocida). A su vez, las partes tienen también *cargas* (*Lasten*) que son deberes consigo mismos -imperativos

190 «El proceso no es relación, según este particular modo de ver, sino *situación*, esto es, el estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial, que se espera con arreglo a las normas jurídicas». COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos...*, cit., p. 136.

del propio interés las llama GOLDSCHMIDT– de cumplir con los actos procesales¹⁹¹.

Como se advierte, el orden jurídico –básicamente las normas procesales– les concede a las partes posibilidades, expectativas y cargas¹⁹². Su realización determina que durante el desarrollo del proceso se produzca o se presente una variada sucesión de situaciones jurídicas por las que las partes van transcurriendo. El juez no participa,

191 «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 satisfacerlas; 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, representa una *carga procesal*. Esta última categoría del enfoque procesal corresponde al concepto material del deber o de la obligación». GOLDSCHMIDT, James. *Teoría...*, cit., pp. 52 y 53.

192 «Como se ve, una de las características más acusadas de la teoría de GOLDSCHMIDT es la de estar construida con nuevas categorías jurídicas: los derechos y obligaciones, inherentes a la idea de relación jurídica, se reputan inadecuados o incompatibles con el mecanismo del proceso, y en su reemplazo, como integrantes de la *situación jurídica*, entran en juego *expectativas, posibilidades, cargas y liberaciones de cargas*». ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso...*, cit., p. 128.

por cierto, de estas posibilidades, expectativas y cargas, en tanto actúa porque se trata de un deber funcional de naturaleza administrativa y política.

Con la teoría de la situación jurídica ocurre una situación singular, casi todos los procesalistas concuerdan en que es genial, sin embargo, son muy pocos los que en base a tal opinión, la toman como criterio básico de su sistematización, es decir, la asumen en su integridad. Probablemente, una de las excepciones más notables sea la de Víctor FAIRÉN GUILLÉN¹⁹³.

Nos parece que el aporte más significativo de la teoría de GOLDSCHMIDT está en advertir que el proceso, como método de resolución de conflictos, debe estar más comprometido con el contexto histórico-social en donde se desarrolla y donde va a producir eficacia lo que se resuelva y, no con las concepciones, a veces abstractas o metafísicas, referidas al valor justicia.

Lo expresado no descarta el hecho de que la comentada teoría nos plantee algunas interrogantes que su desarrollo –o tal vez nuestra incomprensión– las convierte en objeciones. Así, nótese la relativa importancia que tiene para dicha teoría la función jurisdiccional. Si bien admite que las actuaciones de las partes están sometidas al juez, parecería que considera a la actividad que éste realiza,

193 «Actualmente, reconocidos los méritos de GOLDSCHMIDT (póstumamente), somos muchos los que compartimos en general estas ideas. Y vemos el remedio en la «creación de un nuevo tipo de proceso», profundizando previamente en sus facetas sociológicas y económicas, como tempranamente hizo el pragmático jurista austriaco KLEIN, Franz (...)». FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Doctrina General Del Derecho Procesal*. Barcelona. Bosch. 1990, p. 45.

una simple función complementaria de la que realizan las partes y se torna en consecuencia, en una rutinaria tarea administrativa. Nos explicamos, si las situaciones procesales varían conforme las partes van ganando o perdiendo posiciones, parecería ser que la función del juez sólo se reduce a protocolizar tales posiciones. Todo ello a pesar de que, como sabemos, las concepciones publicísticas (contemporáneas) del proceso, abogan por un protagonismo trascendente del órgano jurisdiccional y, por tanto, insisten en un análisis detallado de sus deberes y facultades, por lo menos con prevalencia de lo que les corresponden a las partes (expectativas, posibilidades y cargas).

Por otro lado, no es exacto afirmar que el proceso es una situación jurídica, dado que, en estricto, para ser consecuente con lo que la misma teoría enseña, en realidad cada proceso estaría formado por un sinnúmero de situaciones jurídicas con distintos protagonistas, las que se extinguen y renacen con un contenido diferente, conforme actúen en el proceso los sujetos legitimados para tal encargo.

Destino singular de esta teoría, no sólo es alabada pero muy poco asumida, sino que suele ser descartada, aunque algunas de las categorías procesales que su autor creó para explicarla, se utilizan para sustentar otras teorías¹⁹⁴. Así, por ejemplo, no hay procesalista contemporá-

194 «Tal es lo que ocurre con la adopción unánime en el léxico procesal moderno del concepto de cargas procesales, de su distinción entre actos procesales y negocios jurídicos, de su precisa clasificación de los actos procesales, etc.». COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos...*, cit., p. 139.

neo que no reconozca el mérito y la necesidad de contar con el concepto de *cargas procesales* (*Lasten*). De hecho, todos los que asumen la teoría de la relación procesal la reconocen. Sin embargo, lo que nos parece extraño y equívoco es que todos le concedan al concepto *carga* un contenido propio, que admitimos lo tiene, pero que sólo puede ser usado en tanto nos ubiquemos dentro de la teoría de la situación jurídica. Hacerlo desde la teoría de la relación procesal, a donde debería pasar a ser sólo un *deber* con rasgos especiales, importa una inconsecuencia que nos parece injustificable, salvo que la originalidad de la idea sea más importante que el respeto a la sistemática asumida, desde un punto de vista científico. Por otro lado, adviértase que nos estamos refiriendo a la noción de *carga procesal*, no a la de *carga de la prueba*, concepto que es mucho más antiguo, tanto que, como anota MICHELI, se le puede encontrar en el derecho romano, también en el derecho germánico, e inclusive en los juristas de la Escuela de Bolonia¹⁹⁵.

195 «Es oportuno, sin embargo, señalar que así como en el mundo romano el proverbio *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (le incumbe la prueba a quien afirma, no a quien niega) es probablemente de origen retórico, así también en la edad media él mismo encontró un campo muy fértil en la *subtilitas* de los doctores, nutridos de tomismo. Porque, verdaderamente, la doctrina de las negativas, que se desarrolla después a lo largo de todo el derecho común, encuentra una sólida justificación de lógica formal en el principio gnoseológico tomístico *principium nostrae cognitionis est a sensu*, de manera ya que en IRNERIO se encuentra que *per rerum naturam quod affirmatum est... quod negatur non est*». MICHELI, Gian Antonio. *La Carga de la Prueba*. Bogotá. Temis. 1989, pp. 30 y 31.

37.2. Teorías “menores” sobre la naturaleza jurídica del proceso

A continuación se describirán algunas teorías explicativas de la esencia del proceso que, a diferencia de las que ya se comentaron, no han tenido mayor reconocimiento científico. Sin embargo, lo afirmado no significa en modo alguno un demérito a la aventura intelectual desarrollada, se trata más bien de reconocer en estos escarceos, el mérito de haber servido de apoyo metodológico para el estudio o esclarecimiento de otras instituciones procesales.

37.2.1. *El proceso como estado de ligamen*

Suele identificarse esta teoría con KISCH, tal vez porque sus trabajos son los que de mejor manera la han explicado¹⁹⁶, sin que se trate, por cierto, del primero ni el único que la desarrolló. Según esta teoría,

196 «3. De todo lo cual se sigue que las partes que intervienen en el proceso, consideradas desde el punto de vista del Derecho procesal, no entran una frente a la otra en calidad de parte activa y pasiva, de acreedor y obligado, y, por lo mismo, no existe entre ellos 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. El acto del tribunal, verbigracia, tiene fuerza vinculante para las partes; la actividad de éstas, a su vez, puede obligar al adversario, al tribunal y, en ciertos casos, aún a la misma que obra. El vínculo más importante de esta clase es el producido por la demanda: cuando ésta ha sido entablada, el actor debe instar todo lo que sea necesario, so pena de repulsa de la misma. En último término, puede llamarse relación jurídica a este vínculo, pero sin olvidar que el concepto tiene una significación completamente peculiar». KISCH, W. Cit., p. 21.

en el proceso no hay relaciones jurídicas, entendidas éstas como conjunto de derechos y obligaciones. Lo que hay en él es un conjunto de actos que, conforme se van realizando, van produciendo compromisos, cada vez más intensos, entre los partícipes en él. Las partes y el juez, entonces, se van comprometiendo en una situación de la cual, en determinado momento, ya no es posible evadirse. Se va produciendo entre ellos, en consecuencia, un estado de ligamen (*Zustand der Gebundenheit*). Eso es el proceso.

El cuestionamiento más severo que recibe esta teoría, reside en el hecho de que, a pesar de considerar al estado de ligamen como el centro de ella, no define este concepto. Es más, el propio KISCH se refiere a él afirmando su indeterminación material o temporal¹⁹⁷. Si lo único establecido es que se trata de un elemento dinámico, variable y circunstancial, tal elemento resulta precario para sustentar una explicación sobre la naturaleza del proceso.

197 «En todo caso hay que hacer notar que estos estados de ligamen son de límites y contenidos imprecisos, siendo aquellos tanto más dilatados cuanto más avanzado está el proceso, cuantos más actos se han realizado y más material procesal ha sido aportado y examinado; a medida que el procedimiento va avanzando, las subyecciones del tribunal se delimitan con más precisión y exactitud, y al final, cuando el juez tiene ya que emitir un fallo de clase y contenido determinados, aquéllas están perfectamente circunscritas. Este avanzar del procedimiento hacia su meta final puede designarse como *desarrollo del proceso*. En cualquier momento del mismo en que se encuentre se puede pronosticar si, en virtud de los vínculos o estados de ligamen que hayan surgido, aquella meta final está más próxima o más lejana. Por último, cada etapa de desarrollo en que pueda encontrarse es llamada *situación o estadio procesal*». KISCH, W. *Ibidem*, p. 21).

37.2.2. *El proceso como modificación jurídica y como "misterio"*

Las dos teorías que a continuación se desarrollan, pertenecen a un mismo procesalista, Salvatore SATTÀ. Para explicarlas, habría que empezar afirmando que SATTÀ rechaza por completo la teoría de la relación jurídica, y asimismo, casi como advertencia, anunciamos que las teorías de SATTÀ curiosamente marcan un retorno a las concepciones privatistas sobre la naturaleza jurídica del proceso.

A) En opinión de SATTÀ, el interés del Estado a una justa composición del conflicto no es en realidad tal. Lo que éste quiere del proceso es la tutela del interés de aquél que tenga el derecho. Como se advierte es el retorno a la concepción de que sólo tiene derecho de acción quien tiene derecho a una decisión favorable. A partir de esta afirmación, SATTÀ concluye que el proceso no tiene una función pública, que ésta sólo le corresponde a la jurisdicción.

Sattà completa su teoría considerando que la acción es un poder puesto al servicio de los derechos subjetivos para obtener la *modificación jurídica* (sanción), lo que hace posible su reintegración, restitución o reconocimiento. Es decir, en la realidad, el proceso se inicia cuando se produce una *lesión* a un derecho subjetivo, lo que permite utilizar la acción para conseguir su reparación a través del mandato (judicial) de una modificación jurídica que se llama *sanción*.

La primera crítica que puede hacerse a la posición de SATTÀ es que su teoría no puede ampliarse a un espectro distinto del proceso civil, estrictamente si apenas alcanza para dicho ámbito. Teniendo el proceso penal, el constitucional o el procedimiento administrativo una

definida naturaleza pública, la concepción de SATTa les es inaplicable. Por otro lado, Satta plantea un reduccionismo de los intereses que el proceso tutela, sin mayor fundamento. En el proceso, como sabemos, podemos encontrar el propósito de satisfacer intereses individuales, públicos y sociales. El primero se expresa en el derecho a conseguir una *sentencia favorable*, el segundo es el derecho a la tutela jurídica, es decir, a una *sentencia*, y finalmente, el interés social del proceso se manifiesta en el derecho a una *sentencia justa* que conduzca a una sociedad con paz social en justicia. SATTa confunde el interés en el conflicto con el interés en su composición. El Estado, como resulta evidente, quiere esto último prescindiendo absolutamente de quién gane o pierda en un proceso.

Por otro lado, SATTa parecería no haber advertido que el proceso muchas veces acaba sin un pronunciamiento sobre el fondo –sentencias que declaran la improcedencia o la inadmisibilidad de la demanda, por ejemplo– en donde no es posible afirmar, categóricamente por lo menos, que se ha tutelado algún derecho. En otras palabras, ocurre que nadie ganó ni perdió, y sin embargo, está fuera de toda duda el hecho de que ha habido proceso. Nótese que la teoría de Satta sobre el proceso afecta también su concepto de acción, ya que para ser congruente con aquélla, tendría que admitir que sólo tiene derecho de acción quien tiene un derecho material que debe ser declarado o constituido.

ALCALÁ-ZAMORA¹⁹⁸, por otro lado, considera que es contradictoria la tesis de SATTa en tanto reconoce la fun-

198 «e) que si, como indicamos, el proceso es el campo donde la jurisdicción se desenvuelve, y si el propio SATTa reconoce la finalidad

ción y la finalidad pública de la jurisdicción, y, a pesar de que el proceso es la manifestación natural de aquélla, concluye atribuyéndole a éste un fin privado.

Sin embargo, tal vez la mejor demostración de la solidez de las críticas recibidas la da el propio SATTÁ quien, en fecha posterior a la elaboración de su teoría del proceso como modificación jurídica, específicamente en 1948, publica una obra en la que tal teoría ya no aparece sino que es sustituida por una definición operativa de proceso¹⁹⁹. Marca con ello un ejemplo a seguir, en opinión de ALCALÁ-ZAMORA²⁰⁰.

B) En fecha posterior a la exposición de su anterior teoría, Satta publica un artículo titulado *Il mistero del*

pública de ésta, resulta incongruente atribuirle carácter privado a aquél, máxime si pensamos que dentro de límites restringidos o anómalos se admite hoy en día, y aún ello sólo en materia civil, la existencia de un proceso convencional». Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. *Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza jurídica del proceso*. En: *Revista de Derecho Procesal*. Dirigida por Hugo Alsina. Buenos Aires. EDIAR. Año X. Cuarto trimestre de 1952, p. 238.

199 «Proceso es un término de la vida común que indica el devenir de un hecho. El proceso por antonomasia, en el que se concreta la voluntad de la ley (*processus iudicii*), es el modo necesario por el cual esa concretación se produce: y desde que su producción es y no puede ser sino obra de algunos sujetos, el proceso se presenta exteriormente como una serie de actos llevados a cabo por esos sujetos, y ligados uno y otro por un nexo de coordinación a un fin». SATTÁ, Salvatore. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. EJE. 1971, p. 197.

200 «(...) lejos de obstinarse en alzarle sobre tan inseguro cimiento, se olvida por completo de él, y nos da así un admirable ejemplo de buen sentido, ya que lo malo no es tanto el error, como la persistencia en el mismo». ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Algunas concepciones...*, cit., p. 240.

processo (El misterio del proceso). En él y tomando como base un hecho histórico, llega a la conclusión de que el proceso judicial es un acto contrarrevolucionario, en tanto es imparcial. Esto es así, afirma, porque en los procesos revolucionarios el juicio lo pronuncia quien es parte, en cambio, el proceso judicial requiere siempre de un tercero imparcial.

Posteriormente, como complemento a lo dicho, Satta llega a una conclusión desconcertante: considera que el proceso y el juicio –quiere decir con esto último, la decisión– son los únicos actos que *no tienen finalidad alguna*. En ánimo de conducir el argumento hacia la inutilidad o, por lo menos, incompreensión del fenómeno procesal, afirma también que en el proceso no sólo las partes luchan entre sí, sino también cada quien tiene su lucha aparte y propia con el juez.

Esta mirada pesimista de SATTÀ tiene que ser comprendida en el contexto histórico en que fue propuesta. Esto ocurrió en Italia a fines de la década del cuarenta, en los años de la postguerra. Históricamente éstas suelen ser épocas en que las sociedades, específicamente sus pensadores más representativos, procuran realizar profundos análisis y exploraciones de su conciencia colectiva, a fin de comprender los efectos que su reciente pasado puede tener en su futuro.

Esto tal vez explique el hecho de que SATTÀ haya tomado como regla lo que históricamente suele ser una excepción. La historia nos muestra que tanto los procesos revolucionarios –concebidos para un profundo cambio social, político y económico– como los reaccionarios –de mantenimiento o a veces retroceso del sistema vigente– son momentos históricos extraordinarios, que d

analizados sin perder de vista su singularidad e inclusive sus rasgos patológicos. En un sistema jurídico regular, por ejemplo, está prohibida la instauración de tribunales de justicia extraordinarios, porque sin duda los jueces que los conforman, suelen carecer de un elemento esencial para ser auténticos: su imparcialidad. Por esa razón, colocar las experiencias jurisdiccionales de Nüremberg o Tokio como manifestaciones comunes del espíritu humano es alterar la realidad histórica con el exclusivo propósito de defender una propuesta teórica.

Por otro lado, la afirmación de que el proceso no tiene finalidad es, por lo menos, sorprendente. Hay variantes teóricas destinadas a explicar cuál es el verdadero fin del proceso: la paz social, la justicia social, el bienestar general, la afirmación del sistema jurídico, etc. Si ninguna de las citadas le parece a SATTÁ admisible, será porque habrá aparecido ante él la necesidad de profundizar una nueva aventura intelectual, pero en ningún caso nos parece congruente con tal empeño la negación de todas las finalidades conocidas.

Para concluir, nos parece inexacta su afirmación de que las partes tienen también su lucha particular con el juez al interior del proceso. La actividad procesal de las partes, tanto como la de sus asesores técnicos o consultores, está dirigida a la persuasión del juzgador sobre cuál es la posición fáctica y jurídica que se plantea. Se podría discutir si tal es la conducta que deben asumir las partes o sus asesores, pero en ningún caso puede concluirse que la actividad consista en oponerse a lo que presumiblemente el juez piensa decidir. Colocar al juez como un enemigo potencial, tal vez sea la mejor manera de perder un proceso; por otro lado, considerar que al

juez se le impone una idea es falta de consecuencia con los postulados éticos del ejercicio profesional.

En todo caso, la conclusión de SATTa de que el proceso es un misterio nos parece exagerada. Aunque sólo fuese una necesidad pragmática de reafirmarlo, el proceso es, a la fecha, el mejor medio que el hombre ha encontrado para resolver sus conflictos de intereses e intentar la meta de una sociedad con paz social en justicia.

37.2.3. *El proceso como jurisdicción voluntaria*

No son muchos los ejemplos de procesalistas puestos al servicio del poder. Esta escasez de dependientes se debe, en nuestra opinión, a que el procesalista se encuentra regularmente comprometido con las urgencias de justicia, libertad y paz de su sociedad. Por tal razón, es absolutamente conciente de que el proceso judicial es muchas veces el único medio que tiene el particular para defender sus derechos esenciales y aun su libertad, respecto de la arbitrariedad del poder. No es lo expresado, aunque alguna cuota tiene, una toma de posición ideológica, se trata simple y llanamente de un estado de consecuencia del procesalista con los fines de su objeto de estudio.

Otto von BAUMBACH fue un procesalista alemán sin vuelo propio, a quien el silencio (exilio, retiro de cátedras, prohibición de la lectura de sus obras, etc.) al que condenó el nazismo a procesalistas notables que no participaban de sus ideas (GOLDSCHMIDT, ROSENBERG, MENDELSSOHN-BARTOLDY, entre otros), lo catapultó a un lugar que jamás mereció.

En medio de los inminentes afanes bélicos de su país, 1938, Baumbach publicó un artículo denominado *Proceso*

civil y jurisdicción voluntaria (*Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit*). En él propone, sin tapujos, el reemplazo del proceso civil por la llamada *jurisdicción voluntaria*. Como es evidente, la propuesta es la destrucción de la jurisdicción, no sólo porque la jurisdicción voluntaria no es en esencia jurisdicción y tampoco es voluntaria, sino porque en tanto el juez ya no resuelve conflictos de intereses, sino sólo recibe solicitudes de intervención –que es a lo que finalmente se reduciría el ejercicio del derecho de acción– la actividad procesal se reduce a lo que el juez considere debe realizarse, con exclusividad. Con ello la función del juez pasa a ser puramente administrativa, de hecho el juzgador se convierte en un burócrata, y el proceso en un trámite administrativo más.

Pese a que parezca un espejismo, esta actividad exclusiva y determinante del juez podría entenderse como un aumento de sus poderes, lo que de hecho ocurre. Sin embargo, su calidad de órgano administrativo, permite advertir, asimismo, que todo el poder aumentado es una ficción. En realidad, el juez pasa a ser un instrumento del Estado, en tanto su actividad, darle trámite a las solicitudes que los particulares le presentan, debe tener como fin supremo ser expresión de las tendencias y direcciones de la política nacional que el Estado alienta en el momento en que las solicitudes se resuelven.

Por otro lado, si el proceso pasa a ser jurisdicción voluntaria, entonces las decisiones que se obtengan jamás tendrán la autoridad de la cosa juzgada. Es inimaginable el destino que puede abrirse para un proceso en donde sus resoluciones carecen de *imperatividad* e *inmutabilidad*, expresiones esenciales de la cosa juzgada, institución que, a su vez, es un elemento esencial

para que un sistema procesal sea trascendente en una sociedad, con más precisión, para que cumpla sus elevados fines.

Felizmente, las ideas de BAUMBACH no tuvieron ni han tenido reconocimiento legislativo, la marginación de las partes en el trámite del proceso y de su auténtico interés en el resultado de éste hubiera sido un absurdo de magnitudes insospechadas²⁰¹.

37.2.4.El proceso como entidad jurídica compleja

Esta teoría fue propuesta en 1948 por el procesalista italiano Gaetano FOSCHINI²⁰². Según este autor, la naturale-

201 «Aumentar los poderes de dirección procesal del juez es una cosa, y otra totalmente distinta erigirle en burócrata-dictador y dejar de lado el principio del contradictorio, que a lo largo de siglos se ha revelado como el más fecundo para el rendimiento del proceso civil, y que bajo la denominación de acusatorio fue el que a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX transformó de raíz el proceso penal, que si conserva durante la etapa de instrucción lo bueno del sistema inquisitivo, eliminó, por el contrario, sus peligros en la fase de juicio oral, plenario o juzgamiento. La propuesta de BAUMBACH habría significado en el campo civil un retroceso, no tan dramático en sus consecuencias personales, pero sí tan grave en sus derivaciones jurídicas, como la restauración del proceso inquisitivo puro en materia penal, e incluso mayor, si las que dentro de éste (no fuera de él) constituyan garantías para el justiciable –a saber: escritura, prueba legal y apelación– se reemplazaban por las soluciones contrarias (oralidad, prueba libre e instancia única), tras las cuales no quedaría vestigio de la arbitrariedad judicial ni posibilidad de remediarla». ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Ibidem*, p. 244).

202 Aquí manifestamos nuestra discrepancia con el procesalista chileno HOYOS HENRECHSON, FRANCISCO (*Temas Fundamentales de Derecho Procesal*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1987, p. 165),

za del proceso puede explicarse a partir de una trilogía, el proceso se presenta como la *combinación de una pluralidad* (de actos, relaciones y situaciones), también como una *unidad* (es decir, la coordinación precisa de los elementos plurales antes descritos). Esta doble calidad determina a su vez, la visión del proceso como una *entidad jurídica compleja*.

A su vez, afirma FOSCHINI que atendiendo a los elementos que participan en el proceso, éste puede ser contemplado de distintas maneras. Así, puede ser reconocido como un ente *abstracto* (normativo), es decir, como una *relación jurídica compleja*. También como un ente *concreto* (estático), esto es, como una *situación jurídica compleja*. Finalmente, el proceso puede ser apreciado como un ente *abstracto, concreto* y a la vez *dinámico*, es decir, como un *ente jurídico complejo*.

Como aparece de la descripción realizada, en realidad FOSCHINI más que una propuesta propia, hace suyo el elenco de las tesis más relevantes sobre el tema. No hay nada nuevo en su teoría, que no sea una presentación simétrica de varias propuestas que entrelazadas no permiten apreciar una posición autónoma. La teoría de FOSCHINI es formalmente impecable, pero tal mérito no cuenta para la necesidad que se pretende cubrir²⁰³. Por lo

quien considera que la teoría del proceso como entidad jurídica compleja fue propuesta por CARNELUTTI, Francesco, sin precisar la obra en la que se habría producido tal desarrollo del maestro de Milán, quien, por lo demás, hizo suya, aunque con su sello personal, la teoría de la relación procesal.

203 «Más preocupado por el dibujo que por la pintura, FOSCHINI ha sacrificado la realidad a la simetría: tres elementos, tres enfoques,

demás, qué de singular puede tener calificar a una institución jurídica como compleja, cuando éste es un rasgo común a casi todas las categorías científicas. Finalmente, no nos parece correspondiente con la propuesta original de GOLDSCHMIDT, la afirmación de FOSCHINI de que la teoría del proceso como situación jurídica se puede definir como expresión de un elemento estático, cuando precisamente uno de los rasgos de la teoría del distinguido profesor alemán es ser *dinámica*, en oposición a la teoría de la relación jurídica que es *estática*.

38. DIFERENCIA ENTRE PROCESO Y PROCEDIMIENTO

Como en tantos otros temas, en éste no se va a encontrar unanimidad en el uso de las categorías citadas. La aproximación de un procesalista a la temática referida constituye regularmente la elaboración de una nueva definición sobre cada una. Curiosamente, también hay procesalistas para los cuales el tema es inexistente, es decir, optan por una propuesta más simplista: usan los conceptos sin reconocer ni plantearse el tema de su diferencia.

Sin embargo, resulta indispensable asumir una determinada definición, sobre todo, atendiendo a que, como se ha advertido anteriormente, la distinción que se asu-

y tres equivalencias. Por otra parte, el autor rara vez se ha cuidado de respaldar sus proposiciones con demostraciones, o, en términos más procesales, a la carga de la afirmación no suele acompañar la carga de la prueba». ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Algunas concepciones...*, cit., p. 270.

ma existe entre proceso y procedimiento va a constituir una manera de explicar la autonomía y exclusividad del *proceso judicial*.

Una demostración de las propuestas variopintas sobre el tema la tenemos en CARNELUTTI²⁰⁴. En su opinión, el conjunto de los actos que deben realizarse para componer un litigio se denomina *proceso*. En cambio, considera que procedimiento es el orden y por tanto la secuencia en que se realizan estos actos.

Históricamente el concepto *proceso* empieza a ser usado desde la Edad Media, si bien su origen etimológico denota su raíz latina²⁰⁵. Esta situación es expresión del predominio que los estudios de derecho romano tuvieron en la época. En el derecho romano, para expresar proceso se utilizó el concepto *iudicium*²⁰⁶, que a la fecha –traducido

204 «Una exigencia metodológica imprescindible para el estudio del procedimiento, que se resuelve, como casi ocurre siempre, en una exigencia terminológica, me induce a aclarar y a observar con el mayor rigor posible la distinción entre la suma de los actos que se realizan para la composición del litigio, y el orden y la sucesión de su realización, el primero de estos conceptos se denota con la palabra proceso. Aún cuando sea tenue, por no decir capilar, la diferencia de significado entre los dos vocablos, y por muy extendida que se halle la costumbre de usarlos indistintamente, invito 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». CARNELUTTI, Francesco. *Sistema...*, cit., T, p. 2.

205 Proceso viene de la raíz latina *processus*, que a su vez está compuesta de dos voces: *pro* que significa *para adelante* y *caedere* que significa *caer, caminar*. En el fondo el concepto se refiere a una sucesión dinámica, a una actividad permanente.

206 «*Processus* es una voz latina que significa *actus procedendi* (el acto de proceder); pero entre sus usos también traslaticios, no se

como *juicio*— resulta sin duda una acepción anacrónica, dado que sólo hace referencia a la función de decidir, es decir, al acto de resolver el conflicto basándose en una decisión producto de la actividad del juez. El proceso, como bien sabemos, es mucho más que el acto de juzgar.

Entrando en el plano de las diferencias propuestas en el título, procedemos a su desarrollo sirviéndonos de una afirmación de CALMON DE PASSOS: "Proceso es el conjunto de todos los actos necesarios para la obtención de una providencia jurisdiccional, pudiendo contar con uno o más procedimientos o, incluso, apenas con un procedimiento incompleto. De allí que CARNELUTTI, didácticamente, haya dicho que para distinguir mejor *proceso* y *procedimiento* se debe atender contra el sistema decimal; el proceso es el número concreto, que puede no llegar a la decena, o bien puede comprender a más de una". El mismo autor completa su idea de la siguiente manera: "La noción de proceso es eminentemente teleológica, finalística, volcada a un resultado por obtenerse. La noción de procedimiento, por lo contrario, es meramente formal. El procedimiento, así, es el proceso visto en su exterioridad, en su dinámica; o, para usar una distinción ya percibida por Joao MENDES, el proceso es el movimiento ya en su forma intrínseca"²⁰⁷.

enumera en modo alguno en los léxicos una referencia al *actus procedendi in iudicio* (FORCELLINI, *Lexicon totius latinatis*, III, voz *Processus*). Para significar lo que hoy indicamos con la palabra proceso, se decía *iudicium*». CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires. EJEJA, p. 53.

207 CALMON DE PASSOS, J.J. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo. Forense. T. III, p. 7.

Con variantes más de forma que de contenido y aun cuando su marco de referencia sea el proceso penal, FENECH tiene un pensamiento similar: "Entendemos por procedimiento penal el sistema o conjunto de normas que regulan la procesión de los actos en el proceso penal, de modo que la dinámica procesal, o sea, el avance hacia un resultado querido por la norma, debe realizarse con arreglo a los preceptos procedimentales correspondientes. El procedimiento constituye, por tanto, una norma de actuación". Finalmente concluye afirmando: "Proceso y procedimiento son conceptos distintos, aunque relacionados. El proceso consiste en una sucesión de actos, mientras que el procedimiento es el método o canon para la realización de esta secuencia de actos. En una palabra, el procedimiento es la medida del proceso"²⁰⁸.

Sólo para acreditar que el tema no es uniforme, apreciemos lo que dice Paulo Lúcio NOGUEIRA: "Proceso es el medio de que se vale el Estado para ejercer su jurisdicción, esto es, para la solución de conflictos. Proceso es el instrumento de la jurisdicción y su finalidad es la de obtener la composición del conflicto o litigio, que son palabras sinónimas. Entiéndase por procedimiento la forma por la cual los autos del proceso se forman y se desenvuelven. Proceso es la forma extrínseca; procedimiento es la forma intrínseca"²⁰⁹.

208 FENECH, Miguel. *El Proceso...*, cit., pp. 216 y 217.

209 «Processo é o meio de que se vale o Estado para exercer sua jurisdição, isto é, para solução de lides. (...) Processo é o instrumento da jurisdição e sua finalidade é a de obter a composição da lide ou litígio, que são palavras sinônimas. (...) Entende-se por procedimento a forma pela qual os autos do processo se forman

Como se advierte, la impresión de Nogueira sobre el proceso es institucional, es decir, analiza y describe el fenómeno judicial desde la perspectiva estatal, comprendiendo en su definición una visión teleológica, dado que define el proceso a partir de su utilidad concreta (composición del conflicto o litigio). Pero, a diferencia de la mayoría de procesalistas, le otorga al *procedimiento* una importancia superlativa, casi nuclear en la actividad judicial.

Antes de expresar nuestra opinión, nos parece central transcribir la idea que sobre la diferencia estudiada tiene ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, reconociendo que sus conceptos producen una poderosa influencia en nuestra aproximación al tema. Según el profesor español: "El proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio, mientras que el procedimiento (que puede manifestarse fuera del campo procesal, cual sucede en el orden administrativo o en el legislativo) se reduce a ser una coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una frase o fragmento suyo (v. gr. procedimiento incidental o impugnativo)"²¹⁰.

Como ya lo expresáramos anteriormente, el *proceso judicial*, en nuestra opinión, es el conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos, que se realizan durante la

e se desenvolvem. Processo é a forma extrínseca; procedimento é a forma intrínseca». NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso Completo de Processo Civil*. São Paulo. Saraiva. 1991, p. 28.

210 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso...*, cit., p. 116.

ejecución de la función jurisdiccional del Estado, bajo su dirección, regulación y con el propósito de obtener fines privados y públicos. Los que son comunes a todos los participantes del proceso. En cambio, *procedimiento* es el conjunto de normas o reglas de conducta que regulan la actividad, participación y las facultades y deberes de los sujetos procesales y también la forma de los actos realizados en un proceso o en parte de éste, provistos por el Estado con anticipación a su inicio.

39. IMPORTANCIA HISTÓRICA DE LA DIFERENCIA ENTRE PROCEDIMIENTO Y PROCESO

Sin embargo, la diferencia entre procedimiento y proceso, aparentemente nominal y teóricamente conceptual, es mucho más que eso. Los conceptos *procedimiento* y *proceso* constituyen los puntos de referencia de las dos etapas históricas trascendentales de los estudios procesales. Por un lado, está el tiempo de los estudios clásicos, casuísticos, en donde la actividad procesal es sólo la expresión dinámica de los derechos materiales afectados, sin mayor alcance como para ser el tema de un objeto de estudio distinto. Ésta es la fase del *procedimiento*. Por otro, está la época de la reflexión inicial sobre la existencia de derechos distintos de los materiales o sustanciales, destinados a lograr su efectividad. La época de la multiplicación de las explicaciones científicas y pseudocientíficas sobre las instituciones procesales. Ésta es la fase del *proceso*.

Difícil encargo el de intentar trazar la raya en el piso, con el objeto de precisar el momento en que los estudios

procesales adquieren método y sistemática propias, además de un objeto de estudio con categorías definidas, es decir, la fecha en que se vuelven un saber científico. La proclamação expuesta por CHIOVENDA en la Universidad de Bolonia el 3 de febrero de 1903 es un hito más romántico que certero. Ubicar allí el inicio de la etapa científica de los estudios procesales implica desconocer todos los brillantes esfuerzos no sólo de la procesalística alemana –con BÜLOW al inicio de la lista, o más atrás aún, la polémica WINDSCHEID/MÜTHER– sino, antes de ella, los estudios de la Escuela de Bolonia y los trabajos que condujeron a la codificación procesal napoleónica, para citar dos antecedentes estelares. Desconocerles rigor científico a los estudios de WACH –miembro prominente de la procesalística alemana– constituiría, por ejemplo, un dislate histórico severo.

Entonces, la relación entre los conceptos *procedimiento* y *proceso* es importante no sólo porque representa la evolución de los estudios procesales en camino a su reconocimiento científico, sino que, además, en su contenido natural, expresa un cambio en la metodología, tal como lo afirma ALCALÁ-ZAMORA²¹¹.

211 «c) el estudio de la materia procesal se acomete con enfoque y técnica distintos: mientras los procedimentalistas hacían, o *Filosofía*, de mayor o menor valor y más de la justicia y de la función judicial que del proceso, o *Descripción* de las instituciones procesales, los procesalistas hacen *Teoría* del derecho procesal, incluso acerca del procedimiento, y rompen sus amarras respecto de la *Práctica forense*, que tanto gravitó sobre aquél; podríamos decir que mientras el procedimentalista se detiene en la *anatomía* del fenómeno procesal, el procesalista penetra en su *fisiología* (...) «ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Ibíd.*, p. 110).

Sin embargo, nada de lo dicho debe conducir a una conclusión equivocada: que los estudios *procedimentales* no deberían existir porque son inútiles. La ciencia procesal se expresa pragmáticamente en los códigos, entonces la normativa es el complemento indispensable de los análisis teóricos sobre el proceso, algo más, es el dramático contacto con la realidad. Desconocer la existencia de una teoría del procedimiento es cometer el mismo error de aquel poeta que, enamorado de su arte, niega la existencia de la prosa²¹².

40. CLASIFICACIÓN DE LOS PROCESOS

Si bien en sentido estricto el proceso judicial –tal como lo hemos descrito– es unitario, es posible, atendiendo al propósito que se persigue con su uso o al derecho material que se pretende hacer efectivo con él, establecer criterios clasificatorios del proceso. Estas tipologías pueden tener por lo menos una doble utilidad. Por un lado, una función didáctica, y por otro, tal vez la más importante, servir como referente para una propuesta legislativa. En atención a tales razones, procedemos a describir dos criterios clasificatorios, los que se caracterizan por haber tenido

212 «Por otra parte, pese a ser los primeros en reconocer el interés que ofrece el análisis de los actos procesales (una de las zonas en que los procesalistas han hecho mayores alardes de virtuosismo), su estudio quedaría incompleto si no se le integrase con el del procedimiento, es decir, si tras examinar las distintas piezas del mecanismo, no se contemplase luego éste en su conjunto y en su funcionamiento». ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Ibíd.*, pp. 114 y 115).

una considerable aceptación en el proceso contemporáneo, aún en el plano legislativo.

40.1. Los procesos según su función

Tomando en cuenta el propósito o la naturaleza de la satisfacción jurídica que se persigue con su uso –que es el sentido en el que utilizamos la palabra *función*– podemos encontrar tres tipos de procesos: *declarativo* o *de conocimiento*, *de ejecución* y *cautelar*.

A) El *proceso declarativo* tiene como presupuesto material la constatación de una *inseguridad* o *incertidumbre* en relación a la existencia de un derecho material en un sujeto, situación que ha devenido en un conflicto con otro, quien concibe que el derecho referido no acoge el interés del primer sujeto, sino el suyo²¹³. Tales opiniones contrarias requieren ser expresadas, probadas, alegadas y finalmente resueltas a través de un proceso judicial en donde el juez, al final, haciendo uso del sistema jurídico

213 «Si el juez, al aplicar una norma material, encuentra que, en razón de la solución general en ella contemplada, está ya definido el derecho que le corresponde a la parte, a él le toca simplemente declararlo, aplicarlo al caso concreto.

Su decisión se limita a la verificación (*accertamento*) de un estado jurídico existente, y no hará más que declarar la vigencia de los presupuestos previstos en la Ley, de la que deriva su decisión, y no de la voluntad del juez, quien no añade nada a lo ya existente por razón de la norma, sino que obra en presencia de un derecho insatisfecho, y el fin inmediato de esta clase de proceso es la realización del derecho mediante la actuación de la norma objetiva. Este es el llamado *proceso declarativo*, en sentido amplio o general». DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones...*, cit., pp. 137 y 138).

vigente, decide mantener y certificar la legalidad de la situación jurídica previa al inicio del proceso, o de otro lado, declara extinguida ésta y crea una nueva. Cualquiera de estas dos posibilidades se concreta a través de una resolución judicial, con la cual el juez pone fin a la *inseguridad o incertidumbre* antes expresada.

Si se contiene, por ejemplo, respecto de la eficacia de un contrato, apreciándose que el demandante pretende su cumplimiento y el demandado, por su lado, reconviene su resolución, estamos ante un caso típico de un conflicto jurídico incierto que requerirá actividad probatoria de los interesados, así como alegatos sobre la aplicación del derecho al caso concreto. En atención a lo expuesto, este conflicto deberá tramitarse en un proceso de conocimiento.

Ha tenido bastante difusión una clasificación de los procesos en *declarativos, constitutivos y de condena*. Por nuestro lado, no participamos de tal criterio, éste nos parece no sólo inconfiable y científicamente confuso, en tanto los procesos acaban siempre en una *declaración*, sino además errado dado que en estricto, la clasificación a la que se hace referencia está referida a las sentencias –en donde su discutibilidad es considerable²¹⁴– y no a los procesos.

214 «55. A pesar del creciente favor con que casi sin contradicción ha sido acogida la novísima categoría de sentencias por la doctrina alemana e italiana, declaramos abiertamente que así como hemos rechazado por su impropiedad técnica el concepto de una categoría de derechos, consistente en la pura facultad de producir un efecto jurídico (derechos del poder judicial o derechos potestativos), rechazamos también por impropio e infructuoso el concepto de una categoría de sentencias, cuya función no consiste en

La intervención del juez en un proceso de conocimiento es más o menos amplia, depende de la naturaleza del conflicto de intereses y de la opción del legislador de conceder más o menos posibilidades de actuación al juez y a las partes, sea en lo que se refiere a facultades o a plazos. Precisamente esta variación determina la existencia de distintas clases de procesos de conocimiento. A los más amplios se les suele denominar *plenos o de conocimiento propiamente dichos*, los intermedios –en donde la capacidad y tiempo se ha reducido– reciben el nombre de *plenarios rápidos o abreviados*, y finalmente aquellos cuya discusión se reduce a la prueba de uno o dos hechos específicos reciben el nombre de *plenarios rapidísimos o sumarísimos*²¹⁵.

B) El *proceso de ejecución* tiene un singular punto de partida, una situación fáctica inversa a la anteriormente

la declaración del derecho, sino en el cambio de las relaciones jurídicas existentes (sentencias constitutivas).

(...)

57. La concepción de una categoría de sentencias constitutivas conduce necesariamente a negar la autonomía substancial de la función jurisdiccional; implica en el fondo la afirmación de que la actividad jurisdiccional no tiene una característica substancial suya propia frente a las demás formas de actividad estatal, especialmente frente a la administrativa; que le falta una materia suya propia, la cual, por su naturaleza, pueda formar objeto de la actividad jurisdiccional y no de otras; que, por último, la distinción entre jurisdicción y administración es una distinción de órganos y no de funciones». Rocco, Alfredo. *La sentencia civil*. México D.F. Cárdenas. 1993, pp. 211 y 212, 216 y 217

- 215 Este es exactamente el criterio que ha optado el legislador peruano. En el Código Procesal Civil hay tres procesos de conocimiento: el primero llamado de *conocimiento*, el segundo es el *abreviado* y el tercero es el *sumarísimo*.

descrita, esta vez en lugar de *incertidumbre*, lo que hay es una *seguridad* en un sujeto de derechos, respecto de la existencia y reconocimiento jurídico de un derecho material. A pesar de lo expresado, la necesidad de utilizar este proceso se presenta porque no obstante la contundencia del derecho, éste no es reconocido –expresa o tácitamente– por el sujeto encargado de su cumplimiento.

Regularmente esta situación fáctica a la que hemos aludido suele estar recogida en un documento, que recibe genéricamente el nombre de *título de ejecución*. Teniendo una de las partes la *seguridad* de que su derecho o interés cuenta con apoyo jurídico, la relación en un proceso de ejecución es asimétrica, específicamente, de desigualdad. Este desequilibrio puede tener un origen *judicial* o *extra-judicial*. Un ejemplo típico del primero es una sentencia de condena que tiene la autoridad de la cosa juzgada; del segundo, un título valor. Tal vez la verdadera razón de la diferencia esté en que la sentencia sí es auténticamente un título de ejecución, lo que no podemos decir del título valor que, por lo menos en sede nacional (Perú), requiere de un pronunciamiento declarativo para la obtención de un título de ejecución, por eso se le denomina *título ejecutivo*, una especie de los títulos de ejecución caracterizada porque la seguridad o certeza del documento es pasible de una discusión mayor.

La desigualdad a la que se ha hecho referencia en el párrafo anterior significa que el demandante no tiene más carga probatoria que acreditar la titularidad del documento al que la ley le ha otorgado mérito de ejecución, siendo el demandado quien debe reducir o eliminar la contundencia jurídica de éste, con alegatos que deberá probar durante la secuela del proceso.

Si bien nuestro tema es el proceso de ejecución, que a su vez contiene varias especies que dependen del grado de discutibilidad que se le concede al ejecutado (o el grado de contundencia que se le otorga al título, que es lo mismo), regularmente dentro de cualquier proceso suele haber una etapa de ejecución. Esto es así porque la discusión en un proceso de conocimiento concluye con la creación de un instrumento definitivo que le otorga certeza al derecho discutido: la resolución judicial. Ahora bien, si ésta fuera incumplida intencionalmente por el obligado con su mandato, tal conducta constituye el punto de partida de un acto de ejecución. Sin embargo, a pesar de ser la resolución judicial última un título de ejecución, no sería exacto afirmar que con ella se inicia un proceso de ejecución. En realidad, lo que ocurre es que el Estado, en ejercicio de su imperio, exige su cumplimiento. Ésta es la llamada *ejecución forzada*. La situación descrita fundamenta la razón por la que suele discutirse la verdadera esencia del proceso ejecutivo e inclusive su nombre, en relación con el proceso de ejecución²¹⁶.

216 «En efecto, el proceso ejecutivo termina siempre en una sentencia (de remate o desestimatoria de la pretensión del ejecutante) y sólo después que ella adquiere ejecutoria podrá hablarse propiamente de ejecución. Lo que se ejecuta, claro está, no es el título sino la sentencia. Lo que se ejecuta, en otras palabras, no es la pretensión inicial que tuvo sustento en el título sino la pretensión basada en la sentencia condenatoria.

Es por ello que la denominación de proceso ejecutivo no podría ser más inapropiada, pues con ella debe designarse el desarrollo de una instancia encaminada a conseguir medidas de ejecución directamente a cargo del juez. Entre nosotros, en cambio, el llamado proceso de ejecución tiende a la obtención de una resolución judicial que imponga al demandado una determinada conducta

Adviértase, por otro lado, que en casi todos los países latinoamericanos, suele regularse un proceso ejecutivo, con tantas posibilidades de defensa para el ejecutado que, en esencia, más parece un proceso de conocimiento abreviado. Con el agregado de que, a diferencia de los verdaderos procesos de ejecución, como ya se anotó, al final de un proceso ejecutivo no se obtiene la orden para un acto de ejecución propiamente dicho, sino un pronunciamiento de naturaleza declarativa que sólo si es incumplido se convierte en título de ejecución.

C) El *proceso cautelar* es el instrumento a través del cual una de las partes litigantes, generalmente el demandante, pretende lograr que el juez ordene la realización de medidas anticipadas que garanticen la ejecución de la decisión definitiva, para cuando ésta se produzca²¹⁷. El proceso cautelar tiene una naturaleza jurídica polémica. Así, por un lado se afirma su autonomía, es decir, la existencia de rasgos que lo diferencian de cualquier otro proceso como, por ejemplo, tener una vía procedimen-

cuyo cumplimiento será lo que, en definitiva, determine la apertura de la verdadera ejecución». ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Conveniencia de reformar el sistema argentino en materia de juicio ejecutivo*. En: *Cuadernos de Derecho Procesal* - 1. Santa Fé. Rubinzal-Culzoni. 1983, p. 11.

- 217 «Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la injusticia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde(...)». CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina. 1945, p. 43.

tal específica, también fines propios y, sobre todo, una pretensión que sólo puede resolverse en su interior. Sin embargo, a pesar de lo dicho, es imprescindible admitir como su principal característica, el hecho de que se trata de un proceso *instrumental*, en tanto está al servicio de otro proceso, específicamente de aquél en donde se discute la pretensión principal. Es tanta su dependencia que si en el proceso principal ya no fuera a expedirse una decisión definitiva, sea porque el demandante se desistió de la pretensión sea por cualquier otra razón, el proceso cautelar habrá perdido su razón de seguir existiendo.

A través del proceso cautelar podemos obtener una *medida cautelar*. Ésta tiene dos fines: uno concreto y el otro abstracto. En atención al primero, con la medida cautelar se pretende asegurar que el fallo definitivo se cumpla, y con respecto al segundo, se busca lograr el fortalecimiento de la confianza social en el servicio de justicia con el siguiente criterio: si las decisiones judiciales finales se van a poder ejecutar, es decir, si van a ser eficaces, entonces se va a prestigiar el servicio de justicia ante su comunidad.

La obtención de una medida cautelar exige del peticionante la acreditación de ciertos requisitos. Así, quien la pide debe persuadir al juez, anticipada y provisionalmente, de que tiene la razón y de que va a ganar el proceso. Este requisito se llama *verosimilitud del derecho* o *fumus bonis iuris*. Asimismo, el peticionante de la medida cautelar debe acreditar, también, que la demora en la tramitación del proceso en donde se discute la pretensión principal va a producirle perjuicios que podrían transformarse en irremediables. Este requisito se denomina *peligro en la demora* o *periculum in mora*.

Finalmente, la petición de una medida cautelar –que sólo puede ser concedida por un juez²¹⁸– exige que quien lo hace otorgue garantía suficiente –regularmente a criterio del juez– a fin de asegurar la reparación de los perjuicios que pudiera ocasionar la ejecución de la medida, si es que, al final del proceso, tal peticionante pierde el caso (y en consecuencia, la ejecución de la medida cautelar resultó una actividad inútil). No se olvide que el juez concedió la medida cautelar en el entendido de que el peticionante iba a ganar el proceso. Esta garantía prestada por el peticionante recibe el nombre de *contracautela*.

40.2. Los procesos según su estructura

Este criterio clasificatorio tiene como sustento la preeminencia o importancia que se le concede a determinados sujetos del proceso. Así, hay un tipo de proceso en donde las partes tienen el control de éste en sus estaciones más importantes, sea el material probatorio, su continuación o su suspensión. Es decir, la parte –demandante o demandada– cuyo derecho se discute al interior del proceso, pasa a ser la dueña de éste, reduciendo la figura del juez a la de un simple homologador de sus actividades. Éste es un proceso *privatístico*.

Como una alternativa a éste, existe otro tipo de proceso en donde el protagonista más trascendente es el juez. Éste domina todas las escenas del proceso, determina

218 La afirmación debe ser entendida en sede jurisdiccional. Sin embargo, nada obsta para que en sede administrativa –presentándose los requisitos respectivos– el órgano respectivo pueda expedir una medida cautelar a solicitud de parte. Lo expresado se puede extender también al procedimiento arbitral.

qué es lo que se debe actuar y qué es lo que se rechaza en definitiva, todo esto con prescindencia de las alegaciones de las partes, e inclusive de los medios probatorios que éstas pudieran proponerle. Finalmente, en este proceso, el juez aplica o no –con absoluta discreción– el derecho que las partes le propusieron. Este es el llamado proceso *autoritario*.

Ambos procesos, como resulta obvio, son expresiones que corresponden a algunos sistemas sociales antiguos, en donde componentes políticos, económicos y aun religiosos determinaron su vigencia. Con el devenir de los siglos, las mismas exigencias de la época, determinaron que los procesos citados fueran sufriendo modificaciones. En el caso de la Europa medieval, esta evolución condujo a un tipo de proceso civil cubierto de formalismo, lerdo, oneroso, el llamado *solemnis ordo iudiciarius*, que guarda como antecedente directo al procedimiento extraordinario, expresión procesal de la etapa postclásica del derecho romano. No está demás recordar que muchos países latinoamericanos recibimos de este *ordo iudiciarius* su pesada herencia con el nombre de *juicio ordinario*. Posteriores urgencias socio-económicas, como el creciente desarrollo comercial de los burgos o la necesidad de la Iglesia de dinamizar sus relaciones comerciales, por ejemplo, exigieron la necesidad de postular procesos más expeditivos, como los *plenarios rápidos*, los que desgraciadamente no tuvieron en Latinoamérica –porque no la tuvieron en España²¹⁹– la difusión que hubiese sido necesaria.

219 «Habida cuenta que el juicio de la *Saepe contingit* y demás –que se difundieron rápidamente por Europa– tenían fundamentalmente

El proceso civil contemporáneo nos muestra un nuevo tipo de proceso, el llamado *publicístico*. Éste consiste en el ejercicio de la autoridad razonada y reflexiva del juez en la actividad procesal. El juez director del proceso no sustituye a las partes en sus deberes de probar lo que afirman, o de impulsar el proceso cuando les corresponde hacerlo. Sin embargo, sí conduce el proceso por la ruta de un comportamiento ético en el que las partes coadyuven con la información pertinente y certera, imprescindible para poder cumplir con el mandato de juzgar.

En este proceso, las partes tienen el deber de probar lo que afirman, sin embargo, el juez tiene facultades para

posibilidades de extender su objetivo a los mismos límites que el *solemnis ordo judicarius*, es evidente que uno de ellos debía vencer en la partida. Ello fué (sic) lo que ocurrió en otros países europeos, en que la técnica procedimental –aunque también sufriendo regresiones históricas de gran extensión– ha progresado sobre la base de un tipo procedimental cuyos principios en poco se diferencian de los de la *Saepe* y Estatutos italianos; la influencia y ventajas de tal juicio, desbancaron al *solemnis ordo judicarius*, pesado y falto de agilidad. Hay que entender que las modernas concepciones y creaciones legislativas en materia de procedimiento declarativo (recordemos la ZPO alemana y la austriaca) mejor tienen su base en los principios que informaban a la *Saepe* que al *solemnis ordo*.

Pero este camino, no fue pacífico, sino que hubo de atravesar un largo y confuso período de «clarificación de las ideas».

En España, la recepción de los juicios plenarios rápidos, primero para materias mercantiles y posteriormente para las civiles, ampliando progresivamente su ámbito de aplicación hasta pasar a ser casi realmente «indeterminado», no tuvo desgraciadamente estas consecuencias, sino que se les aplicó la doctrina, cada vez más desarrollada, que se elaboraba sobre el juicio ordinario de larga extensión». VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN. *El Juicio Ordinario y los Plenarios Rápidos*. Barcelona. Bosch. s/ fecha, pp. 245 y 246.

ordenar que se actúen medios probatorios. También está facultado a provocar acuerdos definitivos entre las partes, y además, a sanear la relación procesal, con independencia de la actuación de las partes, a fin de evitar que los vicios procesales impidan, avanzado el proceso, un pronunciamiento sobre el fondo.

41. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La gran mayoría de la doctrina contemporánea participa de la tesis de WACH, tal vez el jurista más influyente en el desarrollo del pensamiento de CHIOVENDA, quien es, a su vez, el "punto de partida" de la ciencia procesal. Nos parece que la relación procesal es una trama de múltiples relaciones, las que se caracterizan porque tienen distintos grados de importancia y porque se entremezclan sin perder su sentido y vocación unitaria. Se trata, en definitiva, de una pluralidad cuya congruencia y destino sólo se explica por el objetivo común que persigue.

Un análisis dialéctico del proceso como relación procesal nos conduce al siguiente desarrollo: si la *tesis* es la variabilidad de las relaciones, la *antítesis* es su cauce común, aquél que conduce a toda esa explosión inverosímil de actos diferentes e inclusive contradictorios, esto es a su *síntesis*, que no es otra cosa que la solución del conflicto de intereses, o con una perspectiva integral, la obtención de la paz social en justicia.

Finalmente, la teoría del proceso como relación jurídica resulta ser la más admitida y reconocida en la doctrina procesal contemporánea, pero en ningún caso

se puede decir que en la materia está todo dicho²²⁰. La diversidad de teorías explicativas sobre qué es el proceso constituye un esfuerzo loable del jurista forjador de la ciencia procesal. Sin embargo, tenemos para nosotros que la ruta ya está transitada en demasía, por lo que tal vez la más importante conclusión sea que el proceso judicial es, después de todo, una institución especial, peculiar, definida en sí misma por las instituciones que la componen, por su funcionalidad y también por los fines sociales que persigue²²¹.

El proceso, con independencia de su naturaleza jurídica, ha sido y es reconocido por las sociedades contemporáneas como el instrumento más idóneo que el hombre

220 «Ninguna de las sucesivas –o combinadas– explicaciones que se han propuesto y encaminadas a demostrar qué sea el proceso: relación jurídica, situación jurídica, institución, etc., revisten utilidad científica y práctica. Todas pecan de generalidad lata, y al tiempo del balance utilitario se comprueba que no contribuyen a facilitar la comprensión de los diversos problemas que suscita el funcionamiento de las situaciones procesales». MORELLO, Augusto M.. *La Acción, la Jurisdicción y el Proceso*. En: *Problemática actual del Derecho Procesal. Libro Homenaje a Amílcar A. Mercader*. La Plata. Editora Platense. 1971, p. 525.

221 «El proceso tiene una finalidad y, por consiguiente, una función instrumental respecto al derecho, y en el mismo las partes deben luchar si quieren vencer, usando las armas que la ley les concede; pero el proceso es a su vez un evento de carácter jurídico, cuya esencia y estructura son netamente distintas e independientes del derecho por cuyo reconocimiento las partes combaten, y su validez y eficacia están condicionadas solamente por las exigencias de su propia disciplina.

El concepto actualmente tradicional de la relación jurídica procesal ha servido y sirve todavía para expresar esta autonomía; esto es, la juricidad, la unidad y la abstracción del proceso». LIEBMAN, Enrico Tullio. Cit., pp. 72 y 73).

ha creado para resolver sus conflictos interpersonales con relevancia jurídica. Si la indolencia del Estado para hacerlo eficaz, o la incapacidad del jurista para hacerlo dinámico, o la ignorancia del juez para usarlo, o todas estas causas en conjunto lo han convertido en un método en crisis, tales circunstancias no desvirtúan en absoluto su profunda trascendencia social.

Capítulo VI

La norma procesal

SUMARIO: 42. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA NORMA PROCESAL. 42.1. CHIOVENDA Y LA NORMA PROCESAL. 42.2. LA NORMA PROCESAL SEGÚN BINDING. 42.3. CARNELUTTI Y LA NORMA PROCESAL. 42.4. LA NORMA PROCESAL SEGÚN CALAMANDREI. 42.5. JAMES Y ROBERTO GOLDSCHMIDT Y LA NORMA PROCESAL. 42.6. CARLO CARLI Y LA NORMA PROCESAL. 42.7. SATTI Y LA NORMA PROCESAL. 43. LA NORMA PROCESAL EN EL COMMON LAW. 44. A MANERA DE CONCLUSIÓN. 45. LA APLICACIÓN DE LA NORMA PROCESAL EN EL TIEMPO. EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO Y LA APLICACIÓN DE LA NORMA PROCESAL PROCESAL EN EL TIEMPO. 46. LA NORMA PROCESAL EN EL ESPACIO. 47. LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA PROCESAL. 48. LA INTEGRACIÓN DE LA NORMA PROCESAL. 49. OPINIÓN DEL AUTOR SOBRE LA INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DE LA NORMA PROCESAL.

42. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA NORMA PROCESAL

La norma procesal es una especie del género formado por las normas jurídicas, las que a su vez, en nuestra opinión, son una especie de las normas sociales²²². Sin

222 «El *Derecho* como fenómeno jurídico no sólo es el objeto de estudio de las Ciencias Jurídicas, sino además es un fenómeno inmerso en la sociedad. Por esta razón, la norma jurídica –como pauta de conducta vigente en una sociedad y exigible por su organización básica (Estado)– puede o no recibir consenso, al igual que la norma social.

embargo, lo que resulta problemático es asumir una posición en torno a la naturaleza jurídica de la norma procesal. Un tema polémico en el nada pacífico terreno de la ciencia procesal.

La diferencia reside en que la *norma jurídica* puede tener un grado elevado, relativo o nulo de consensualidad. Este último grado no existe en la *norma social*. Esta es una razón adicional por la que el *Derecho* no puede agotarse en su definición de conjunto normativo.

Al contrario, la existencia de una *norma jurídica* sin consenso permite, por ejemplo, la predicción de su próxima e inexorable desaparición, sin que tal hecho descarte su existencia.

Otra diferencia saltante entre la norma social y la jurídica es su mecanismo de *legitimación*. Como se advirtió, la norma social se legitima racionalmente, en cambio y aunque en principio parezca contradictorio con el carácter científico de su estudio, la *norma jurídica* se legitima formalmente.

La *formalización* citada está referida a los distintos medios o pautas de procedimientos que usan las sociedades para dar origen a la norma jurídica y establecer su aplicación general a toda la sociedad, acto denominado *institucionalización*. No cabe duda que tales medios o mecanismos dependen del tipo de organización política, tanto que su aplicación suele estar reservada para su organización más importante: el Estado; éste siempre contará con una *formalidad* especial para institucionalizar la norma jurídica.

Lo expresado puede ser explicado desde otra perspectiva: en una sociedad existe una gran cantidad de normas sociales, de éstas, la sociedad reconoce algunas que deben tener en todo el grupo social el carácter de obligatorias. Entonces, la organización política más importante de la sociedad –el Estado– debe *formalizar* dichas normas para lograr su *institucionalización*, es decir, el reconocimiento social de su obligatoriedad.

Este tipo de *normas sociales* son las *normas jurídicas*». MONROY GÁLVEZ, Juan. *Bases para un estudio de la relación entre Derecho y Sociología*. En: *Derecho y Sociedad*. Revista de Derecho Público. Lima. Año I – N.º 1. Octubre de 1989, pp. 46 y 47.

Un examen simplista del tema conduciría a afirmar que las normas procesales se determinan por su ubicación en el ordenamiento jurídico. A esta concepción suele llamársele, con mucha agudeza, la tesis del *realismo ingenuo*. Por cierto, el tema es mucho más complejo; en nuestra opinión se centra en identificar aquellos rasgos que hacen peculiar y diferente a la norma procesal.

Este desarrollo, aunque no lo parezca, tiene una gran importancia práctica, pues saber cuándo estamos ante una norma procesal es determinante para definir temas trascendentes respecto de su eficacia, tales como su vigencia en el tiempo o en el espacio, el criterio de interpretación más idóneo u otros en donde la naturaleza de la norma determina cuáles deben ser los instrumentos a ser utilizados para su análisis.

Describamos las propuestas teóricas de algunos procesalistas acerca de la naturaleza jurídica de la norma procesal, advirtiendo que por ser este un recorrido sintético, han quedado de lado otras por demás importantes, inclusive de juristas cuyos estudios preferidos no han sido sobre el proceso, a pesar de lo cual han trabajado este tema con estimable valor.

42.1. Chiovenda y la norma procesal

CHIOVENDA enseña que la norma procesal (a la que llama *ley procesal*) es: "(...) la ley reguladora de los modos y condiciones de la actuación de la ley en el proceso, así como de la relación jurídico-procesal"²²³. Aunque la defi-

223 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones...*, cit., vol. I, p. 74.

nición no es del todo feliz en tanto usa el concepto “ley” casi de manera tautológica, es interesante desarrollar su teoría en tanto sus elementos complementarios son de singular importancia.

Así, el profesor de Bolonia afirma que la ley procesal tiene dos clases: la ley procesal material y la ley procesal formal. Ésta es una afirmación trascendente, sobre todo por el momento histórico en que fue expresada. Una ciencia procesal en ciernes requería de planteamientos que le dieran solidez a su pretensión de autonomía. Dentro de una concepción tradicional y minusválida del proceso, se afirmaba que éste sólo consistía en el conjunto de formas que deberían ser cumplidas para poder defender los derechos en los tribunales. Esta visión *procedimental* del proceso lo convirtió en una ceremonia solemne, casi pagana, en donde el primer error en la formalidad empleada, traía consigo su anulación y consecuente inutilidad. Recuérdesse lo expresado a propósito de la *legis actiones*²²⁴. CHIOVENDA, contra lo expuesto, afirma que la ley procesal no es necesariamente formal aunque admite que hay algunas que sólo cumplen tal función²²⁵.

224 Ver el Capítulo II, 7.1.

225 «Es necesario, además, guardarse de la creencia de que la *ley procesal* sea sinónimo de *ley formal*. La norma que concede la acción no es ciertamente formal, porque garantiza un bien de la vida, que frecuentemente, como se ha visto en los capítulos precedentes, no podría conseguirse fuera del proceso, pero es *procesal*, porque se funda sobre la existencia del proceso y de éste se deriva. A todo conjunto de normas que regulan una figura procesal (sentencia de condena, sentencia de declaración, proceso documental y monitorio, embargo, ejecución sobre títulos contractuales, etc.), les sirve de base, expresa o sobrentendida, una norma

En otra opinión sobre lo que denomina la *ley procesal*, CHIOVENDA afirma que ésta pertenece al *Derecho Público*, en tanto regula una actividad pública. Sin embargo, considera que debe advertirse que si el conflicto sustancial materia del proceso es fundamentalmente de interés de las partes, la ley procesal está obligada a tomar en cuenta la voluntad de éstas. Por esa razón, a pesar de que las leyes procesales son de *Derecho Público*, como ya se expresó, muchas de ellas son sólo leyes *dispositivas*, es decir, no son absolutas²²⁶.

Por las razones antes anotadas, CHIOVENDA considera que las leyes procesales pueden ser *dispositivas* e *impositivas* o *absolutas*. Las primeras son aquéllas cuyo incumplimiento por las partes puede ser subsanado por éstas, sea en forma expresa o tácita, y las segundas son las que exigen un cumplimiento obligatorio, aunque las consecuencias de la inobservancia dependan del contenido de la ley incumplida.

(procesal) que concede las correspondientes acciones, que dispone, por ejemplo: quien tiene un crédito en estado de incumplimiento, tiene el poder de pedir una sentencia de condena; quien es acreedor mediante una letra de cambio vencida, tiene el poder de pedir la ejecución forzosa inmediata, etc. Existe, por lo tanto, derecho procesal *material* y *formal*». CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones...*, cit., p. 75).

- 226 «No existe, pues, un *proceso convencional*, lo que quiere decir que el juez y las partes no pueden gobernar a capricho el proceso; pero en casos determinados las partes son libres de no atenerse a una norma procesal, ya sea poniéndose de acuerdo para ello expresa o tácitamente, ya sea omitiendo el hacer resaltar su inobservancia. Si las partes tienen o no esta libertad, debe resultar, o de las palabras expresas de la ley, o de la finalidad de la norma concreta de que se trate; en la duda, las normas procesales deben considerarse *impositivas*». CHIOVENDA, Giuseppe. *Ibidem*, p. 76.

42.2. La norma procesal según Binding

Al analizar la naturaleza de la norma procesal penal, BINDING expresa que ésta tiene por objeto sancionar, pero no porque se haya violado un precepto sino, muy por el contrario, sanciona porque el precepto contenido en la norma *se ha cumplido*. A partir de esta concepción, BINDING afirma que la norma procesal penal es una *norma de determinación* porque no encierra ningún juicio de valor, sino simplemente está ejecutando lo que otra norma previa –que denomina *norma de valuación*– ha establecido como regla de conducta.

Para establecer con mayor claridad la separación entre una y otra, BINDING afirma que las *normas de valuación* contienen juicios hipotéticos, genéricos, a manera de patrones de conducta. Las *normas de determinación*, en cambio, precisan la conducta (consecuencia) que se considera conforme o contraria a la *norma de valuación*²²⁷.

Si bien lo dicho está referido a la norma procesal penal, hemos descrito inicialmente esta teoría porque ha servido, nos parece, para que CARNELUTTI desarrollara, de manera más genérica, su teoría sobre la norma procesal, tal como lo pasamos a describir.

42.3. Carnelutti y la norma procesal

La tesis de CARNELUTTI, denominada de la *instrumentalidad de la norma procesal*, no difiere sustancialmente

²²⁷ BINDING. *Die Normen und ihre Übertretung*, citado por CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina. 1961, p. 25.

de lo expresado por CALAMANDREI. Como se advertirá posteriormente, ambas nos parecen derivaciones de la teoría de BINDING, a pesar, como ya se expresó, de que el pensamiento de este jurista alemán fuera desarrollado para explicar la naturaleza de la norma jurídica en el ámbito del derecho penal.

Según CARNELUTTI, las *normas jurídicas* son reglas de conducta que componen un conflicto de intereses. Sin embargo, las reglas que establecen los requisitos para que el mandato jurídico que soluciona el conflicto funcione son también normas jurídicas; la diferencia está en que a las primeras –las que solucionan conflictos de intereses– se les denomina *normas materiales* y a las segundas se les denomina *normas instrumentales*.

En palabras de CARNELUTTI, las *normas materiales* componen inmediatamente un conflicto de intereses, sea imponiendo una obligación sea atribuyendo un derecho. En cambio las *normas instrumentales* componen mediatamente un conflicto, y se caracterizan porque atribuyen un *poder* e imponen una *sujeción*. Las normas materiales e instrumentales se interrelacionan²²⁸.

228 « a) Hemos visto, por una parte, que para llevar a cabo la obligación puede la ley atribuir un poder (derecho) al titular del interés protegido. En tal caso, se puede pensar que la norma material obra, además, como norma instrumental, porque compone un conflicto de intereses atribuyendo un poder al interesado. Este es un primer punto de contacto entre normas materiales e instrumentales, que permitiría hablar de normas materiales con eficacia instrumental.

b) En segundo lugar, se verá que mediante la actuación del poder y de la sujeción, la ley puede constituir obligaciones y derechos (al ejercicio del poder). En tal caso, por un motivo contrario al

CARNELUTTI, entonces, analiza lo que podemos llamar la eficacia funcional o funcionalidad eficaz de la norma. Éste es el criterio a partir del cual ubica dos clases de normas. Por un lado, aquéllas que sirven para decidir el fondo del conflicto de intereses, a las que denomina *materiales*. Por otro, encuentra que hay normas que sirven para conducir el trámite para la declaración y aplicación de una norma material, es decir, para resolver el conflicto, a estas normas las denomina *instrumentales*. Sin embargo, CARNELUTTI enseña que hay normas materiales que tienen eficacia instrumental, en tanto hacen posible el uso de la función jurisdiccional. Así como también hay normas instrumentales que proveen de derechos, es decir, tienen eficacia material. Los artículos 56 del Código Civil y 607 del Código Procesal Civil peruanos serían respectivamente ejemplos de cada caso²²⁹.

En el caso de las *normas instrumentales*, dice CARNELUTTI que son las que establecen una relación de *poder* a *sujeción* entre los sujetos a quien ésta relaciona. Siendo el *poder* la expresión subjetiva del mandato, contiene intrín-

considerado en a), la norma instrumental obra también como norma material, y es justo que entonces se hable de normas instrumentales con eficacia material». CARNELUTTI, Francesco. *Sistema...*, cit., T. I, p. 60).

229 «Artículo 56.- En caso de necesidad o utilidad y previa autorización judicial, el administrador puede enajenar o gravar bienes del ausente en la medida de lo indispensable».

«Artículo 607.- Sentencia fundada e interdicto de retener.- Declarada fundada la demanda, el Juez ordenará que cesen los actos perturbatorios y lo que corresponda de acuerdo al segundo párrafo del artículo 606, además del pago de los frutos y de la indemnización, de ser el caso».

secamente la posibilidad de mandar a otro. La *sujeción*, en cambio, es la expresión del mandato en su aspecto pasivo, es decir, el reconocimiento de estar ubicado en el lugar inferior de una relación vertical. Las *normas materiales*, por otro lado, establecen una relación distinta entre los sujetos. Ésta es una relación de *derecho a obligación*. El *derecho* -CARNELUTTI se refiere al subjetivo- es la posibilidad de valerse del mandato para prevalecer sobre el interés ajeno. La *obligación*, por su lado, viene a ser el vínculo impuesto por la voluntad de quien ejerce el derecho.

Nótese la diferencia entre *sujeción* y *obligación*, así la primera es la ineficacia de querer para sí; la *obligación*, en cambio, es la ausencia de libertad para decidir. Por eso el derecho y la obligación pueden ser violados, lo que no puede ocurrir con el poder y la *sujeción*, en tanto se trata de fenómenos endógenos del sujeto, estados psicológicos si se quiere. Finalmente, enseña CARNELUTTI que la *facultad* es la antítesis de la obligación, en tanto es la capacidad de obrar en el campo de la libertad, por lo que concluye que el *derecho subjetivo* no es otra cosa que un interés protegido por una facultad.

Desde la perspectiva de la *función* de la norma, CARNELUTTI expresa que se debe analizar su *finalidad* y su *eficacia*. Afirma que desde la óptica de su finalidad, todas las normas son iguales, en tanto están previstas para conseguir la solución del conflicto de intereses. En cambio, desde su eficacia, las normas pueden ser materiales e instrumentales. Éste es el criterio del maestro de Milán, como ya se anotó en el párrafo anterior, para identificar la naturaleza particular de las normas instrumentales, entendiendo que éste es el otro nombre que tienen las *normas procesales*.

42.4. La norma procesal según Calamandrei

En opinión de CALAMANDREI –quien utiliza al igual que CARNELUTTI la teoría de BINDING, como se anotó anteriormente– al regular la norma sustancial la relación jurídica material, ésta es ajena al juez, en tanto no le dirige mandato²³⁰. Esta dirección la diferencia de la norma jurídica procesal, la que inclusive le impone al juez el deber de sentenciar, en los términos previstos en la norma material²³¹.

Para CALAMANDREI, entonces, la diferencia entre una y otra está en que en el caso de la norma procesal el juez es su destinatario directo, debiendo ser éste el criterio para identificarla.

CALAMANDREI lo explica de la siguiente manera:

«(...) toda norma jurídica en su completa formulación no contiene solamente un mandato dirigido a los coasociados,

230 «La norma de derecho privado no habla al juez: manda a los ciudadanos en prevención de que obedezcan, y no supone previamente la hipótesis de su rebelión. Destinatario de las voluntades concretas derivadas de la norma es siempre el particular: el juez, como tal, no es nunca destinatario de las voluntades de ley nacidas con ocasión de la relación jurídica que constituye el objeto, el tema de su decisión». CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre...*, cit., pp. 24 y 25.

231 «De manera que si toda la actividad del juez durante el proceso está regulada exclusivamente por el derecho procesal, aún en la fase culminante de esta actividad, esto es, en la fase de decisión, el juez no se encontrará nunca frente a directos e inmediatos mandatos dirigidos a él por la ley sustancial, sino que se encontrará tan sólo ante un precepto procesal que le impondrá ‘declarar, mediante la sentencia, la certeza de las voluntades de ley sustancial que ya han surgido con respecto a los sujetos de la relación controvertida’». CALAMANDREI, Piero. *Ibidem*, p. 25).

de observar un cierto comportamiento en el caso de que se verifiquen determinadas circunstancias previstas como posibles, sino que contiene además, explícita o implícitamente, el anuncio de lo que el Estado hará cuando aquel mandato no sea obedecido en concreto; anuncio que se resuelve prácticamente en otro mandato secundario y accesorio del primero, por el cual el Estado ordena a los propios órganos jurisdiccionales observar un cierto comportamiento en el caso de que el mandato primario haya quedado inobservado. Así, toda norma jurídica se descompone lógicamente en un sistema de dos normas complementarias, la primera de las cuales llamada norma principal o primaria se dirige a los coasociados, mientras la segunda, sancionatoria o sanción, se dirige a los órganos jurisdiccionales del Estado”²³².

42.5. James y Roberto Goldschmidt y la norma procesal

James y Roberto GOLDSCHMIDT consideran que las relaciones jurídicas entre el Estado en ejercicio de su función jurisdiccional y un individuo (justiciable), se rigen por un derecho llamado *derecho justicial*. Asimismo, consideran que las relaciones antes descritas –entre el individuo y el Estado– se dividen en *relación justicial material* y *relación justicial formal*, correspondiendo a cada relación un tipo de derecho.

El *Derecho justicial material*²³³ (*Materielles Justizrecht*) está conformado por las normas materiales, llamadas

232 CALAMANDREI, Piero. *Instituciones...*, cit., vol. I, p. 136.

233 «Éste no es otra cosa sino el Derecho privado considerado y complementado desde un punto de vista jurídicopúblico. Detrás de cada precepto del Derecho privado se encuentra su proyección en el Derecho justicial material». GOLDSCHMIDT, James. *Teoría...*, cit., p. 26.

también *sustanciales*, las que describen u orientan el contenido de una relación jurídica privada, y por las normas justiciales materiales, a través de las cuales el Estado otorga tutela jurídica. Ejemplos clásicos de éstas serían las que conforman el derecho penal.

El *Derecho judicial formal*, en cambio, está formado por las normas dirigidas a los jueces, a efectos de regular el rito de pedir justicia al Estado.

En consecuencia, el juez es destinatario de dos clases de normas: las *procesales* (formales) que son las que determinan su actuación, y las *materiales* que orientan y determinan el contenido de su decisión.

Las normas materiales, a su vez, se diferencian de las normas justiciales materiales, porque las primeras están dirigidas a los individuos prescribiendo el contenido de una relación determinada, estas normas se encuentran en el derecho civil, por ejemplo. En cambio, las segundas se dirigen a los órganos jurisdiccionales encargados de hacerlas efectivas y precisan el contenido de la relación. Éste es el caso de las normas penales, como ya se anotó.

En definitiva, según los GOLDSCHMIDT hay tres clases de normas: 1. *Normas materiales*, aquéllas que regulan las relaciones entre individuos en un plano de igualdad (derecho privado); 2. *Normas justiciales materiales*, formadas por ejemplo por las normas de derecho penal, y 3. *Normas de derecho judicial formal*, referidas a la manera de ejercer el derecho público.

Entonces, más que normas procesales, para los GOLDSCHMIDT lo que hay son normas justiciales, que son aquéllas que tienen por destinatario al juez, siendo las de

derecho judicial formal, las que corresponderían al rubro de las llamadas *normas procesales*. Adviértase finalmente que el criterio que toman en cuenta los GOLDSCHMIDT para clasificar la norma jurídica –básicamente de James– se sustenta en la calidad del *destinatario de la norma*.

42.6. Carlo Carli y la norma procesal

En opinión de Carlo CARLI, la norma procesal “es una norma jurídica que contiene facultades, poderes y deberes procesales impuestos al justiciable y al juez o que se vinculan directamente con el justiciable y el juez”²³⁴. Asimismo, afirma que los caracteres más saltantes de la norma procesal son los siguientes: a) pertenece al Derecho Público, b) es instrumental y c) es autónoma.

Presentando una original variante en las teorías estudiadas, Clemente A. DÍAZ, como también se le conoce al maestro Carlo CARLI, considera que hay tres clases de normas jurídicas. Por un lado, aquéllas que contienen un *juicio de valor* respecto de la conducta humana. Así, una norma que diga, por ejemplo, *los contratos se cumplen en los términos en que han sido convenidos*, será lo que el denomina *norma de valuación*. Por otro, algunas se caracterizan porque precisamente establecen la sanción para quien incumpla una norma de valuación. Así, quien incumple un contrato es responsable por los perjuicios que su conducta genere; a ésta la denomina *norma de decisión*. Finalmente, hay normas que no contienen juicios de valor, ni tampoco ayudan al juez a decidir, sino sirven

234 CARLI, Carlo. *Derecho...*, cit., p. 23.

para planificar el sistema dentro del cual se va a usar una norma de decisión. A estas últimas las denomina *normas de organización*. Como resulta evidente, a éstas últimas corresponderían las normas procesales.

Enseña Clemente DÍAZ²³⁵ que las *normas de organización*, al encargarse de estructurar un sistema jurídico, determinan que dentro de ella podamos encontrar subtipos. Así, están las *normas de valuación de la organización*, como por ejemplo las referidas al derecho a un debido proceso; también existen *normas de decisión de la organización* que son aquéllas que ayudan a que el juez tome la decisión al interior del proceso, y, finalmente, distingue a las *normas de proceder de la organización*, las que, siendo las encargadas de regular los actos procesales, constituyen *normas procesales por excelencia*.

42.7. Satta y la norma procesal

En opinión del heterodoxo Salvatore SATTA, la norma procesal, contra lo que suele ser opinión pacífica, no es exactamente de derecho público²³⁶. Dice que es una regla de juicio dirigida a las partes, quienes deben cumplirla. El juez, por su lado, sólo declara o aplica la norma procesal *inter partes*, dada su calidad de juzgador. Esta afirmación se demuestra en el hecho de que las únicas personas que

235 DÍAZ, Clemente A. *Instituciones de derecho procesal*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1972. T. I, p. 60.

236 «En realidad, la norma procesal trasciende tanto al derecho público como al derecho privado, y ni privado ni público puede llamarse al juicio que, a través de su regla, se tiende a conseguir, desde que es, pura y simplemente, juicio». SATTA, Salvatore. *Manual...*, cit., vol. I, p. 246.

pueden equivocarse respecto del mandato contenido en la norma procesal son las partes, quienes al hacerlo cometen un error, *error in procedendo*.

Como resulta evidente, se trata de una construcción teórica más brillante que sólida. Cotejada con los datos que aporta la experiencia concreta, ésta nos enseña que las normas procesales también están dirigidas al juez, quien no sólo orienta y dirige el proceso controlando la conducta de las partes, sino también actuando conforme al mandato de aquéllas que están dirigidas con exclusividad a él. Para usar el propio ejemplo de Satta, cuando un juez descubre un *error in procedendo*, puede declararlo inclusive de oficio, es decir, sin pedido de parte, debido a que hay normas que lo facultan para ello, es decir, dirigidas a él. Además, es perfectamente posible que el error haya sido cometido por él mismo, con lo que la subsanación de oficio se convierte en un estado de necesidad.

Por otro lado, a riesgo de ser tautológico, advertimos que las mandatos jurídicos imperativos –contenidos en normas procesales– se explican por la naturaleza pública de éstas. Y aunque hay normas procesales que no tienen tal mandato imperativo, y por otro lado hay mandatos imperativos contenidos en normas de derecho privado, cuando una norma –procesal o material– contiene la prohibición de la realización de una determinada actuación procesal, sin duda es de derecho público. Sin embargo, también es cierto que, contra lo que muchos afirman, la voluntad privada tiene una importancia mayor que la que se le concede. De hecho hay algunas situaciones procesales que sólo ocurren si una de las partes las provoca; inclusive hay acuerdos de las partes que, como tales, tienen eficacia procesal. Pero, contra la explicación

que da Satta²³⁷, esto ocurre debido a que, a pesar de la naturaleza pública del proceso, la relación jurídica material –establecida entre los que participan del conflicto de intereses– es de naturaleza privada.

43. LA NORMA PROCESAL EN EL COMMON LAW

En el *common law* la identificación jurídica de la norma procesal ha tenido y tiene una considerable importancia práctica. Así, sucesivas decisiones jurisprudenciales han establecido que en aquellos procesos en los que aparezca un conflicto sobre la aplicación de la norma estadual y la norma federal, los casos llamados de diversidad de ciudadanía (*diversity of citizenship*), debería tenerse en cuenta que los derechos sustanciales (*substantive rights*) están reservados para las normas estatales –por lo menos luego de lo resuelto en el célebre caso *Erie Railroad v. Tompkins* (1939)–. En complemento a tal consideración, los derechos procesales (*procedure rights*) eran determinados por las normas federales, concretamente las Reglas Federales de Procedimiento Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*). Sin embargo, el problema se mantenía insoluble, pues subsistía el tema de cuándo se está ante normas sustanciales o procesales.

En este contexto, la Corte Suprema norteamericana empezó a considerar que las normas sustanciales se

237 «Es en cambio cierto que la norma procesal toma en cuenta la voluntad de las partes, como de un hecho determinante de las situaciones procesales, y esto precisamente cuando esta voluntad no está en contraste con las finalidades generales del proceso». SATTA, Salvatore. *Ibidem*, p. 248.

caracterizan por ser aquéllas cuya aplicación va a ser *determinante* o *definitiva* para la solución de la causa. Como resulta evidente, el criterio adoptado, llamado *prueba determinativa del resultado* (*outcome determinative test*), si bien carece de rigor conceptual, tiene, en opinión de DENTI, un sentido pragmático²³⁸. Sin embargo, consideramos que se debe tener mucho cuidado si se quisiera tomar este criterio como modelo. La identificación sobre cuál es el tema importante y definitivo para el caso concreto, con el propósito de convertirlo en derecho sustancial, es una regla válida y útil siempre que se le aplique sin prejuicios a un proceso específico.

Así, nos parece que todo intento de anticipar teóricamente un criterio o método para conocer o determinar el *efecto específico predecible sobre el resultado final de un caso* (*specific predictable effect on the final outcome of a case*), perverte su uso y lo conduce a aplicaciones arbitrarias. En realidad, la “razón” aludida por la Suprema Corte para llegar a tal conocimiento, se sustenta en lo que suele llamarse consideraciones de *policy*, es decir, en los criterios y tendencias sociales de la época, las que, a su vez, deben asegurar una función jurisdiccional que produzca solu-

238 DENTI dice que este criterio tiene por objeto: «(...) lograr que, en las controversias en las cuales la jurisdicción de los tribunales federales era invocada por la diversidad de ciudadanía de las partes, el resultado de la lite fuera sustancialmente el mismo que se habría tenido si la causa hubiese sido debatida ante un tribunal estadual: se trataba, en otros términos, de impedir que los litigantes recurrieran al llamado *forum shopping* (deambular por los tribunales) entre los tribunales estaduales y los federales, considerando a estos últimos como *only another Court of the State* (sólo como otro tribunal más del Estado)». DENTI, Vittorio. *Estudios de Derecho Probatorio*. Buenos Aires. EJE. 1974, p. 56.

ciones justas, las que por derivación natural permitirán que se reafirmen los postulados constitucionales.

Sin perjuicio de la crítica a su confiabilidad, este criterio es de considerable importancia para explicar aquellas zonas grises en donde, como su nombre lo indica, se torna imprecisa la determinación de la naturaleza jurídica de algunas normas, como por ejemplo aquellas referidas al tema de la prueba. Partiendo precisamente de tal consideración, CHIOVENDA –para otro sistema y en otro momento histórico– es coincidente con el criterio asumido por la jurisprudencia norteamericana, pese a que lo utiliza para sustentar la aplicación inmediata de la nueva norma probatoria a un proceso en trámite²³⁹.

Precisamente tomando como base este criterio, se consideró en el caso *Bernhardt v. Polygraphic Co. of America*, que la elección entre un procedimiento arbitral o uno común, era un tema de tal trascendencia que, por ello, se trataba de un asunto de derecho sustancial y que, en consecuencia, eran de aplicación las normas estaduales. Se afirmó que: “(...) el cambio de un tribunal legal a un panel de árbitros puede importar a fin de cuentas una diferencia

239 «Si el legislador establece una nueva norma probatoria porque, inspirándose en las modificadas condiciones de la civilización, de la sociedad, de la moral pública, la considera conforme al objetivo de asegurar un mejor resultado a la lite, ya sea desde el punto de vista de la bondad intrínseca de las decisiones, ya sea de la simplicidad y de la rapidez del procedimiento, estas son razones procesales de reforma, y la norma que a ellas es debida, ya extienda, ya limite los medios de prueba, encontrará aplicación en todo proceso futuro, en cualquier tiempo que haya ocurrido el hecho que debe probarse». CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos...*, cit., T. I, p. 396.

radical (*the change from a court of law to an arbitration panel may make a radical difference in ultimate result*); el arbitraje no es una mera 'forma de juicio' (*form of trial*), sino una *cuestión de valor sustantivo (matter of substantive import)*, y por ende, una cuestión sustancial y no procesal".

Como resulta evidente, los problemas para aceptar este criterio tan especial están ligados a la enorme zona discrecional en donde debe decidirse la calidad de la norma. Después de todo, no sólo la zona es amplia, sino que, además, no se trata de una noción clasificatoria sino de una valoración que está condicionada históricamente por las tendencias sociales que para cada proceso deben privilegiarse.

Incluso la misma doctrina del caso *Erie Railroad* ha servido para que, atendiendo a consideraciones de política social –*policy considerations*– se niegue el uso de las normas estatales, calificando de procesal el tema identificado como trascendente, con lo cual el asunto retorna al derecho federal, asegurando así una aplicación uniforme de las normas de procedimiento, a fin de propiciar lo que se da en llamar un *juicio conforme al standard federal (trial according to federal standard)*.

44. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Creemos que uno de los aportes más importantes de la Escuela de Viena fue advertir que buena parte de las definiciones jurídicas suelen ser teleológicas, es decir, explican la naturaleza de las instituciones a partir de su fin. Como se advierte, se trata de una opción que podría ser criticada por carecer de rigor científico

y lógico, aunque, como lo observa DENTI²⁴⁰, nos puede sorprender la considerable utilidad práctica que una concepción de este tipo puede tener en un sistema jurídico determinado.

En nuestra opinión, la norma procesal, como especie de la norma jurídica, se caracteriza por ser instrumental, formal y dinámica. Es *instrumental* en tanto asegura la eficacia de la norma material y regula el mecanismo para su aplicación y cumplimiento. Es una norma prevista para hacer efectiva otra norma. Es derecho para el derecho. Así y todo, debe advertirse que su vocación de servicio no la hace neutra. Son muchos los casos en los que la duración de la actividad procesal, su costo y otras situaciones –todas previstas por la norma procesal– son determinantes para coadyuvar al afianzamiento de la ideología imperante en el sistema jurídico, explícitamente expresada a través de la norma material.

Es *formal* porque su actuación no afecta la estructura interna del conflicto al que se quiere poner fin, sólo asegura que los requisitos extrínsecos referidos al procesamiento del conflicto se cumplan, asegurando y precisando las facultades y deberes de todos los participantes en la actividad procesal.

240 «Si de estas experiencias puede extraerse una enseñanza ‘racional’ es, pues, en el sentido de que la naturaleza ‘procesal’ o ‘sustancial’ de una norma no se deduce necesariamente de sus connotaciones intrínsecas (o, lo que es lo mismo, de la naturaleza de los efectos jurídicos que emanan de la aplicación de la norma), sino que puede derivar de la comparación de los efectos que se siguen de la diversa calificación, en el plano de las competencias normativas y a la luz de criterios colegidos de los ordenamientos jurídicos singulares». DENTI, Vittorio. Cit., p. 75).

Finalmente, y éste es el rasgo más determinante, la norma procesal es *dinámica*, esto es, su aplicación importa la existencia de una relación jurídica en constante y permanente cambio, hasta con intereses contradictorios pese a que la actividad en su conjunto esté dirigida hacia una meta común. En tal contexto, la norma procesal regula la actividad de los partícipes en la relación produciendo un juego dialéctico exquisito: no le da definición absoluta a los actos, pero, al mismo tiempo, los rodea de la seguridad necesaria como para que sirvan de apoyo a los que se suceden, enhebrándose así el proceso.

Los rasgos anotados y las diversas teorías descritas permiten afirmar que no es posible tener un criterio abstracto, genérico, y a la vez unánime o, por lo menos, regularmente admitido sobre lo que es la norma procesal. Las características expresadas, en tanto describen aspectos intrínsecos de ésta, son puntos de partida de análisis distintos que cada sistema jurídico debe hacer a fin de que la concepción de la norma que se tenga, ayude a hacer eficaz el servicio de justicia²⁴¹.

45. LA APLICACIÓN DE LA NORMA PROCESAL EN EL TIEMPO.

Con la lucidez de siempre, CARNELUTTI enseña que la determinación de la norma que sea aplicada puede

241 «Si está justificado, pues, que en un determinado contexto histórico y normativo se elaboren categorías conceptuales dotadas de rigor y coherencia, para calificar las normas (y las situaciones jurídicas) de 'sustanciales' o 'procesales', es necesario no olvidar los límites de esas conceptualizaciones y la intrínseca relatividad de sus resultados». DENTI, Vittorio. *Ibidem*, p. 76.

presentar tres tipos de problemas. Si hay varias normas para una situación procesal, se trata de *escoger* la pertinente. Si respecto de una situación hay una sola norma, pero varias posibilidades de entenderla, el problema consiste en identificar la *interpretación* adecuada. Finalmente, puede presentarse una situación procesal que no esté prevista en el sistema normativo. En este caso el problema consistirá en encontrar la manera de *llenar* el vacío. La solución de cada uno de estos problemas supone la existencia de tres categorías de normas: las de *elección*, las de *interpretación* y las de *integración*²⁴². La aplicación de la norma procesal en el tiempo, en la línea de pensamiento propuesta por Carnelutti, sería el ejemplo de un problema derivado del descubrimiento de una norma de elección.

Como ocurre con todas las normas jurídicas, las procesales entran en vigencia luego de cumplido el proceso legislativo para su dación y una vez puestas en conocimiento de la sociedad, es decir, una vez publicadas. Asimismo, concluyen su vigencia una vez que se expide una norma nueva –de la misma o superior jerarquía– que las derogue.

El principio generalmente admitido es que la norma nueva rige para todos los hechos o actos que se produzcan a partir de su vigencia. Sin embargo, este principio, aparentemente sólido, se resiente cuando se trata de identificar la norma aplicable a un hecho iniciado du-

242 «A estas tres hipótesis corresponden tres diversos problemas y tres categorías de normas de aplicación: *normas de elección*, *normas de interpretación* y *normas de integración*». CARNELUTTI, Francesco. *Sistema...*, cit., T. I, p. 105).

rante la vigencia de la norma derogada, pero que sus consecuencias se producen bajo la vigencia de la nueva. La doctrina resuelve el problema explicando lo que da en llamar *limitación temporal de la hipótesis de la norma*²⁴³. Para tal efecto, se afirma la irretroactividad²⁴⁴ de la nueva norma, llamada también *teoría de la aplicación inmediata*²⁴⁵, precisándose asimismo sus excepciones.

Por cierto, el relativo éxito de la doctrina para explicar el mecanismo para la vigencia de la nueva norma

243 CARNELUTTI, Francesco. *Ibidem*. T. I, p. 105.

244 «(...) la ley nueva es irretroactiva, con dos consecuencias: a) que rige todos los actos y situaciones que se produzcan después de su vigencia; b) que no disponga nada sobre los hechos que se han realizado antes de su entrada en vigor. Según PORTALIS, 'las leyes no existen sino desde que se promulgan y no pueden tener efecto sino desde que existen'. Este principio de la irretroactividad de la ley implica que se respeten los derechos legítimamente adquiridos bajo la ley antigua, y que pueden desconocerse las simples expectativas.

No obstante, en ciertos casos la ley puede tener efecto retroactivo, como lo ha sostenido la doctrina, cuando se trata de leyes interpretativas, o leyes penales benignas al reo, o cuando está de por medio el orden público, o cuando se suprime una institución jurídica». MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Cit.*, p. 24.

245 «Cuando los hechos, situaciones o relaciones hayan ocurrido o tenido inicio antes de 'Q' para tener consecuencias luego de dicho momento, regirá el principio de aplicación inmediata, es decir, las consecuencias previstas para momentos posteriores a 'Q' se rigen por las nuevas normas». RUBIO CORREA, Marcial y otros. *Para Leer el Código Civil*. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1985, p. 40.

Nota del Autor: Para el profesor Rubio 'Q' es el 'punto de quiebre' entre la norma antigua y la nueva, dice de él que: «(...) es aquel momento en el cual la nueva disposición legal 'B' entra en vigencia, derogando expresa o tácitamente la antigua disposición 'A'». RUBIO CORREA, Marcial. *Ibidem*, p. 22.

jurídica encontró un campo fértil para prolongar la incertidumbre en el ámbito de una de sus especies, la norma procesal. Así, la cuestión del inicio de la vigencia de una norma procesal –presupuesto para su aplicación válida– suele ser regularmente resuelto por la misma norma. El problema se presenta cuando ésta no prevé el inicio de su vigencia –o por lo menos no aparece éste con claridad– entonces las consecuencias de tal omisión son la presencia de situaciones que deben ser resueltas teniendo en cuenta que la nueva norma va a afectar al proceso, un estado jurídico *dinámico* además de *dialéctico*, como ya se anotó.

Como en el caso de la norma jurídica genérica, cuando se expide una norma procesal se presentan tres situaciones que deben ser analizadas separadamente. La primera es cómo van a ser afectados los procesos que han concluido; la segunda es qué va a ocurrir con los procesos que se van a iniciar, y la tercera, qué debe ocurrir con los procesos en trámite.

En el primer caso el tema está resuelto: los procesos concluidos no son afectados por la nueva norma. De igual modo aparece clara la solución al segundo caso: los nuevos procesos deben seguirse con la ley nueva. El tema sin duda tiene que ver con la opción a tomar en la tercera situación.

Una ley es aplicada correctamente en tanto es utilizada durante el lapso comprendido entre el momento en que entra en vigencia y aquél en que la derogan. Ésta es una afirmación obvia, aun cuando tiene una singular importancia, sobre todo atendiendo a los casos en que se presentan excepciones. Una de ellas es la *retroactividad*, según la cual una norma jurídica puede aplicarse a actos

previos a su vigencia. Sin embargo, nos parece que una norma procesal no puede ser retroactiva atendiendo a que, por su natural aplicación en el tiempo, no puede afectar actos procesales que ya ocurrieron²⁴⁶.

Tal vez la tesis –que algunos admiten– de la retroactividad de la norma procesal se sustenta en un equívoco. Se considera que la norma es aplicable a *hechos materiales* ocurridos antes de la vigencia de la nueva norma procesal. Si así fuera, esta vigencia es absolutamente normal, sin que se deba considerar que se ha producido una aplicación retroactiva. Ésta sólo se produciría cuando se pretenda que la nueva norma procesal afecte *hechos procesales* ya ocurridos, situación que reiteramos, es absolutamente antijurídica²⁴⁷.

246 «La necesidad de darle estabilidad al orden jurídico, que es también un principio de orden público, se opone a la retroactividad de la ley procesal. De ahí que siempre que existe un cambio de leyes procesales, se encuentren muchas situaciones que venían rigiéndose por las anteriores y que van a continuar necesariamente después de la vigencia de la nueva». DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de derecho procesal civil. Parte General*. Bogotá. Temis. 1983, p. 17.

247 «En otros términos: que la aplicación de la norma procesal posterior no queda excluida por la circunstancia de que los hechos sobre cuya eficacia jurídica se discute hayan ocurrido mientras regía una ley procesal distinta, sino sólo de la circunstancia de que durante la vigencia de ésta se hayan realizado los hechos a los que viene atribuida eficacia jurídica procesal. Suponiendo, por ejemplo, que una nueva norma procesal cambie la forma de la demanda judicial, esta norma se aplicará incluso si el litigio se refiere a hechos acaecidos antes de que la nueva norma entrase en vigor; en cambio, no se aplica si el hecho procesal, o sea la propia demanda, se ha realizado antes de que la nueva norma haya comenzado a regir». CARNELUTTI, Francesco. *Sistema...*, cit., T. I, p. 107.

Las teorías más conocidas utilizadas para solucionar el tema de la aplicación de la norma procesal a los procesos en trámite son dos: la de la aplicación inmediata de la norma nueva, y la de la ultraactividad de la norma derogada. Como resulta evidente, ambas opciones implican en la práctica tomar la siguiente decisión: aplicar al proceso en trámite la nueva norma o mantener en su desarrollo el uso de la derogada.

Según la primera, la nueva norma se debe aplicar obligatoriamente apenas sea declarada su vigencia, inclusive a los procesos en trámite. Suele decirse que esta teoría tiene la calidad de un principio²⁴⁸. Entre las ventajas de esta opción se puede anotar que el proceso se va a beneficiar con los aportes de la nueva norma. Desde una perspectiva genérica, se argumenta que esta teoría propende a la unidad del sistema procesal. Sin embargo, a pesar de que es la posición más reconocida en la doctrina²⁴⁹, nos parece que su aplicación tiene más desventajas que méritos. En efecto, incorporar una nueva norma procesal a un proceso en trámite, implica producir

248 «De particular no hay sino el hecho que el proceso se desarrolla en el tiempo, y por lo tanto una nueva ley puede intervenir mientras está pendiente. En tal caso, lo habitual es que el legislador dicte normas transitorias; pero en línea de *principio* el proceso es regulado por la nueva ley en el momento en que ésta entre en vigor». SATTA, Saltavatore. *Manual...*, cit., p. 249.

249 «(...) a) aplicar la ley antigua hasta el término del proceso; y b) aplicar la ley nueva desde el momento en que entra en vigencia. La tesis aceptada es la segunda, con algunas variaciones establecidas en las disposiciones transitorias, que generalmente tienen por objeto respetar los actos ya llevados a cabo bajo el imperio de la ley antigua, mientras que los actos nuevos se registrarán por la ley nueva». MONROY CABRA, Marco Gerardo. Cit., p. 25.

una mezcla heterogénea de principios e instituciones que puede afectar la decisión final, dado que podría importar modificaciones trascendentes en las facultades y deberes de los partícipes en el proceso, incluido el juez.

La segunda se sustenta en la consideración del proceso como un acto único. En tal concepto, no se puede alterar el cauce previsto y ya aplicado al proceso. Siendo éste un instrumento para la eficacia de los derechos materiales, su alteración puede afectar la decisión a pronunciarse, convirtiéndose en un elemento anómalo, razón por la cual la nueva norma procesal sólo debe aplicarse a los procesos que se inicien luego de su vigencia. Otros, más radicales, consideran que no siendo retroactivas las normas procesales, éstas sólo pueden aplicarse a los procesos nuevos.

Insistimos en una diferencia que nos parece central en el tratamiento del tema. Las teorías sobre la aplicación de la norma procesal en el tiempo describen el problema a partir del hecho iniciado antes de la vigencia de la nueva ley, pero con efectos cuando ésta ya rige. Sin embargo, las soluciones a este problema no son necesariamente remedios que deban ser reconocidos como tales en el ámbito procesal. Queremos decir que las relaciones jurídicas privadas y las relaciones jurídicas procesales son lo suficientemente distintas como para admitir que la aplicación de una nueva norma procesal a un proceso en trámite importa una situación distinta y singular que requiere por ello un tratamiento distinto.

Para tomar posición en este complicado tema, nos parece importante plantear, a manera de cuestión previa, algunas precisiones. Así, *norma* no es lo mismo que *artícu-*

lo, ni siquiera es posible afirmar que entre estos conceptos haya una relación de contenido y continente. Por ejemplo, es posible que un *artículo* contenga más de una *norma*, o lo que es más, atendiendo a la tesis carneltuttiana de que una norma jurídica es aquélla que contiene *la atribución de un poder o la constitución de una obligación*, bien puede haber *artículos* que no contienen siquiera una *norma*. Así, en materia procesal, a los *artículos* que fijan formas, plazos o términos, desde tal óptica, podría negárseles la calidad de normas. Sin embargo, esta última afirmación no la compartimos, nos parece que el mandato jurídico siempre está subyacente en un artículo, si lo apreciamos en el contexto del ordenamiento legal del que forma parte.

Por otro lado, hemos venido usando el concepto *norma procesal* para separarlo de *ley procesal*, de hecho casi todos los juristas comentados así lo han hecho, a excepción de CHIOVENDA, quien con acierto considera que se trata de conceptos sinónimos. Sin embargo, nos hemos reservado el uso del concepto *ley procesal*, por razones didácticas, para identificar al conjunto de normas procesales que tienen un origen temporal y espacial idéntico, además de un enfoque unitario de una determinada área del sistema jurídico procesal. Siendo así, cuando una *ley procesal* se incorpora a un sistema procesal, lo hace para modificar sustancialmente –a veces en forma total– un ordenamiento procesal²⁵⁰.

250 «B) Las conveniencias de la formación legislativa llevan también en el campo de las normas procesales a agrupar varias normas homogéneas por razón de la coincidencia histórica de su origen y de la mayor finalidad de su manejo. Se da también con frecuencia el nombre de *ley* a cada una de estas agrupaciones, por lo que

Nos parece que los efectos que una norma procesal atribuye a un hecho ocurrido durante su vigencia subsisten aunque haya una nueva norma. Así, si una persona interpone un recurso de apelación, aunque la nueva norma niegue este recurso cuando el juez está a punto de concederlo, éste debe hacerlo, porque se trata de una norma -la antigua- que le impone un deber, por lo que el juez no puede sustraerse a su mandato. Sin embargo, una nueva norma que modifica una forma procesal no es aplicable a un proceso donde la formalidad ya se ejecutó atendiendo a la norma antigua, pero la nueva norma rige plenamente para los actos formales que se deban hacer luego de su entrada en vigencia en el mismo proceso. Y no se trata, como parece, sólo de la aplicación del principio de irretroactividad, sino de la relación entre el contenido de la norma y las facultades o deberes del juez. En este último caso, es tema pacífico que el juez tiene el deber de juzgar cuando se le propone una demanda en forma. Sin embargo, este deber no significa que deba seguirlo haciendo con las formalidades determinadas al inicio del proceso si éstas fueron modificadas en su transcurso.

De tal manera que, como principio, si la norma procesal sólo modifica situaciones muy concretas del *iter* procesal y puede perfectamente ser incorporada al proceso en trámite a fin de proveer a éste de sus bondades, debe ser aplicada. De encontrarnos en este supuesto, nos inclinaríamos por la teoría de la aplicación inmediata. Lo mismo debería ocurrir, en nuestra opinión, si se trata

el vocablo expresa a la par el conjunto de las normas y cada una de ellas». CARNELUTTI, Francesco. *Sistema...*, cit., T. I, pp. 96 y 97.

de normas que no afectan el orden público procesal y, además, en aquellos casos en los que la norma antigua le concedió al litigante un derecho que, si bien ahora no está en la nueva norma, ya lo ejerció, queremos decir que ya lo hizo suyo.

Todo lo descrito varía sustancialmente cuando nos referimos a la *ley procesal*, es decir, a la reforma conjunta y total de un ordenamiento procesal. La opción que debe ser escogida para solucionar el problema de los procesos en trámite al expedirse una nueva ley procesal no depende de la bondad teórica o académica de una u otra teoría, sino, fundamentalmente, de la intensidad de la reforma contenida en la nueva ley.

Entonces, si las propuestas contenidas en la nueva norma suponen una reforma sustancial –queremos decir con ello: radical– en la estructura procedimental, al punto que su aplicación inmediata significa una transformación de las facultades y deberes de los elementos activos de la relación procesal, entonces es indispensable evitar que el caos ingrese al proceso en trámite y lo perjudique, lo que ocurriría si se dispusiera su aplicación inmediata. Para tal situación, propugnamos la ultraactividad de la norma procesal derogada, la que, en consecuencia, debe mantenerse para todos los procesos iniciados antes de la vigencia de la nueva norma.

El Código Procesal Civil peruano y la aplicación de la norma procesal en el tiempo. – Si se deroga, por ejemplo, todo el ordenamiento procesal de un país, reemplazándose por otro que, a su vez, acoge un sistema procesal sustancialmente distinto al que orientaba al derogado, no queda otra alternativa que aplicar el nuevo ordenamiento a los

procesos que se inicien a partir de su vigencia y, simultáneamente, mantener regulados por la norma derogada a los iniciados con anterioridad a ésta. Es decir, hay situaciones en las que, atendiendo a la radicalidad de la reforma ejecutada, resulta necesario alterar los principios descritos y admitidos para la aplicación de la nueva ley procesal. Para tal efecto, se deben incorporar disposiciones transitorias al cuerpo de la nueva ley procesal²⁵¹.

Dado que el nuevo Código Procesal Civil del Perú, vigente desde julio de 1993, modificó sustancial y radicalmente la actividad procesal respecto de la anterior, al extremo de que no había posibilidad de insertar el nuevo procedimiento dentro de un proceso ya iniciado, tuvo que asumir la postura antes descrita²⁵².

251 «Este es el motivo práctico por el que las reformas mayores en la legislación procesal van normalmente acompañadas de disposiciones transitorias, que si no adoptan por completo la medida excesiva de aplicar la ley antigua hasta el término del proceso pendiente, moderan, sin embargo, casi siempre la rígida aplicación del principio arriba anunciado, estableciendo, por un lado, que determinados grupos de actos, o secciones, o períodos del proceso continúen siendo regulados por la ley precedente, aun cuando según el rigor de los principios, les sea aplicable la ley nueva, y por otro, disponiendo formas especiales para la coordinación de los actos efectuados según la tramitación («rito») precedente, con los actos a realizar según la tramitación posterior» CARNELUTTI, Francesco. *Ibidem*, p. 110.

252 «Quinta Disposición Transitoria.- Como excepción a lo dispuesto en la Segunda Disposición Final, los procesos iniciados antes de la vigencia de este Código, continuarán su trámite según las normas procesales con las cuales se iniciaron.

Los procesos que se inicien a partir de la vigencia de este Código, se tramitan conforme a sus disposiciones.»

BARRIOS DE ANGELIS²⁵³ considera que el problema propuesto debe resolverse atendiendo a la aplicación de dos principios: el de conservación de los actos jurídicos y el de coherencia lógica de las normas. Según el primero, los actos que se han realizado bajo la vigencia de la ley antigua son válidos, y según el segundo, deben aplicarse sucesivamente la ley derogada y la nueva en un mismo proceso, sólo cuando la voluntad contenida en ambas sea compatible.

Teniendo en cuenta que el nuevo Código peruano postula un sistema fundamentalmente distinto al contenido en el derogado, resulta evidente, como ya se expresó, que se haya optado por la ultraactividad de la ley derogada. Sin embargo, para la modificación futura de las normas contenidas en el Código, éste propone la aplicación inmediata de la nueva ley²⁵⁴, salvo que haya actos procesales ya iniciados bajo el ámbito de la ley derogada y otras situaciones que afecten el desarrollo procesal y con él el derecho a un debido proceso como, por ejemplo, las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos o los plazos que hubieran empezado a transcurrir.

253 BARRIOS DE ANGELIS, Dante. *Teoría del proceso*. Buenos Aires. Depalma. 1979, p. 83.

254 «Segunda Disposición Final.- Las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado».

46. LA NORMA PROCESAL EN EL ESPACIO

El tema planteado está referido al ámbito material que abarca la norma procesal, es decir, a la consideración de hasta dónde alcanza su vigencia territorial. Atendiendo a que la norma procesal regula las actividades realizadas como consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional, actividad inherente al Estado, los alcances de la norma procesal están dados por la extensión de la soberanía nacional, concepción que se denomina *principio de territorialidad*.

Es decir, un proceso se rige por las normas procesales del Estado al que pertenece el órgano jurisdiccional que lo conduce. Existe una razón práctica para preferir el principio de territorialidad (*locus regit actum*), éste es el conocimiento que de la norma procesal nativa se tiene en cada país. Sin embargo, el verdadero fundamento de este principio es la conveniencia política del Estado de hacer eficaz su sistema jurídico.

Se pueden establecer como corolarios del principio de territorialidad antes citado, que un juez nacional no debe aplicar una norma extranjera en un proceso realizado en territorio patrio, y que tampoco es permisible que una norma procesal extranjera pueda modificar o eventualmente hacer devenir en ineficaz una norma procesal nacional en sede de esta última.

A pesar de lo dicho, estas afirmaciones no pueden ser llevadas al extremo, dado que, de ser así, quedarían absolutamente desprovistos de tutela jurídica los conflictos de intereses intersubjetivos que se presentan entre personas de diversos Estados, situación por cierto desestabilizadora de las necesarias y cada vez más incesantes

relaciones que suele haber entre los países en el mundo contemporáneo.

Por esa razón, el principio de territorialidad de la norma procesal antes esbozado, tiene límites subjetivos y objetivos. Los primeros están dados en atención a la cualidad de los sujetos que participan del conflicto, como su nacionalidad, por ejemplo; los segundos, en cambio, tienen que ver con la naturaleza del derecho material contenido en el conflicto de intereses, como la ubicación del bien materia del conflicto, por ejemplo.

El problema se presenta cuando hay una situación procesal respecto de la cual hay dos normas procesales que pueden ser aplicadas, pero que pertenecen a ámbitos espaciales distintos. Concretamente el tema es: qué debe hacerse cuando un acto procesal debe realizarse en un Estado *B*, aunque el proceso se sigue en el Estado *A*. La opción del principio de territorialidad sería que el acto procesal se rija por la norma del Estado *B*. Sin embargo, un sector de la doctrina considera que atendiendo a la unidad del proceso y por cierto de su actuación, debería aplicarse una sola norma procesal a un proceso, la que para el caso sería la norma del Estado *A*.

La aplicación de la ley del lugar o *lex fori* ha sido una posición mayoritariamente acogida en la historia y también en la doctrina. Sin embargo, tal aplicación viene cediendo a la cada vez más imperiosa necesidad de producir una especie de cooperación judicial internacional. Por eso, actualmente se considera que la actuación de un acto procesal en un Estado distinto a aquél en donde se tramita el proceso puede ser realizada inclusive aplicando la norma procesal del país donde se lleva éste, siempre que no afecte la competencia exclusiva. Aquí estamos ante

la vigencia del principio de reciprocidad. Ésta es la razón por la que en la ejecución de resoluciones extranjeras en un Estado la doctrina moderna considera que el juez de éste sólo debe exigir el cumplimiento de los requisitos formales, presumiendo la existencia de reciprocidad, es decir, de un tratamiento similar en el país originario de la resolución, para proceder a su ejecución²⁵⁵. Sin embargo, es de advertir que la ejecución se realiza aplicando la norma nacional.

En síntesis, el principio que rige el tema de la aplicación de la norma procesal en el espacio es el de territorialidad; sin embargo, el de extraterritorialidad tiene aplicación excepcional, aunque cada vez más frecuente, en atención –como ya se expresó– a la inusitada importancia que han tomado las múltiples relaciones internacionales típicas de la sociedad contemporánea.

Por otro lado, sin necesidad de tener en cuenta las tendencias unificadoras del derecho en las últimas décadas, regularmente se considera la *inmunidad diplomática* como excepción al principio de territorialidad. Una expresión concreta de ésta es el artículo 31 de la Convención de Viena²⁵⁶.

255 Ésta es la tesis acogida por el Código Procesal Civil peruano:

«Artículo 838.- Presunción relativa.- Se presume que existe reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias o laudos pronunciados en el Perú. Corresponde la prueba negativa a quien niegue la reciprocidad».

256 «1. El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa, excepto si se trata:

A) De una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente

47. LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA PROCESAL

La claridad de la expresión escrita de una norma o de una declaración de voluntad como determinante de la prescindibilidad de la interpretación constituye un mito destruido por el derecho contemporáneo²⁵⁷. En el caso de las normas procesales, la afirmación es definitiva. No es posible concebir la aplicación correcta de una norma procesal a un caso concreto, si no tenemos una idea clara sobre su naturaleza y sentido. Y lo que es claro para un

diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión;

B) De una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario;

C) De una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales.

2. El agente diplomático está sin obligación de testificar.

3. El agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución, salvo en los casos previstos en los incisos a), b), y c) del párrafo 1 de este artículo y con tal de que no sufra menoscabo la inviolabilidad de su persona o de su residencia.

4. La inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante».

- 257 «Toda norma tiene que ser interpretada, porque toda norma tiene que ser aplicada dentro de un contexto, tiene que ser corporizada con las circunstancias. Hay quienes creen que la interpretación es sólo un recurso excepcional que se requiere –como un mal necesario– sólo en determinados casos, debido a un defecto de la ley: si la norma hubiera sido concebida y redactada con la claridad deseable, se dice, no habría nada que interpretar». DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La muerte del legislador*. En: *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo. Año XLV, N.º 2, Abril-Junio de 1995.pp. 30 y 31.

caso concreto es, regularmente, producto de una elaboración mental más o menos compleja, pero razonamiento y esfuerzo creativo al fin.

El tema de la interpretación –que en Derecho no sólo alcanza a la norma jurídica– parece estar ligado al descubrimiento de lo que esa abstracción que llamamos *Derecho* representa para la sociedad y los intereses que ebullicen en ella, en un momento histórico determinado. Interpretar es establecer la conexión adecuada entre *la palabra y el caso concreto*²⁵⁸. Por cierto, la situación se complica cuando se advierte que no se trata sólo de descubrir el sentido de la “palabra”, sino también del concepto, a veces formado por más de una palabra, y tras de él, su interrelación con la experiencia concreta que quiere comprender, explicar o calificar. Es notable el ejemplo que desarrolla COUTURE, utilizando el concepto *buenas costumbres*²⁵⁹.

258 «El intérprete es un intermediario entre el texto y la realidad; y la interpretación es extraer el sentido, desentrañar el contenido, que el texto tiene con relación a la realidad». COUTURE, Eduardo J. *Estudios...*, cit., T. III, p. 15.

259 «La idea de buenas costumbres, está hecha de dos vocablos, uno de los cuales se refiere a la bondad y otro a los hábitos de comportamiento social. La bondad admite una gama indefinida de matices entre el bien y el mal. Los modos de comportamiento social varían de un siglo a otro; de un lugar a otro en un mismo siglo; y de una persona a otra en un mismo lugar y tiempo.

Ese mismo concepto de buenas costumbres, no fue en el derecho romano una idea abstracta, sino una remisión concreta a las máximas de conducta de la filosofía estoica. Hoy no se refiere a ninguna filosofía ni a ninguna moral determinada. Aquella dama inglesa que, viendo bailar a una joven pareja, dijo: ‘si ese joven es un caballero, después de este baile se tiene que casar con esa

En opinión de SERRA DOMÍNGUEZ, el legislador y el intérprete recorren el mismo camino, pero en sentido inverso²⁶⁰. Así, mientras el legislador observa los hechos concretos para llegar a la norma abstracta; el intérprete usa la norma abstracta para aplicarla a un caso concreto.

La interpretación suele clasificarse a partir de la persona que la realiza. Se trata de un criterio que ha tenido, en nuestra opinión, más éxito del que se merece, sin embargo, lo utilizamos porque a través de él se destaca la importancia y trascendencia de quien, nos parece, es el único encargado de hacerlo en un Estado de Derecho: el Juez. Según este criterio, la interpretación puede ser: auténtica, judicial y doctrinaria.

A) La *interpretación auténtica*, se dice, es aquélla que está a cargo del legislador. Se denomina *auténtica* porque es realizada por la misma persona²⁶¹ que concibió la ley,

señorita', mostraba cómo la idea de buenas costumbres es fluctuante en el tiempo, en el lugar y en la valoración de los actos de comportamiento social.

Aún en nuestro tiempo, la idea derivada del concepto de buen comportamiento humano, que los romanos configuraron en el concepto de 'buen padre de familia', prototipo de la virtud y de la prudencia en el derecho privado, viene siendo sustituido, bajo la presión de los requerimientos del derecho público, por el concepto de 'hombre de la calle', tipo medio de hombre sereno y reposado que en las democracias juzga imparcialmente los actos de sus gobernantes». COUTURE, Eduardo J. *Ibidem*. T. I, pp. 19 y 20.

260 «El punto de partida del legislador es, por consiguiente, el punto de llegada del intérprete». SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona. Ariel. 1969, p. 11.

261 El concepto *persona* debe ser entendido como el concepto órgano, en tanto, la individualización del legislador es una ficción creada para explicar el origen de un producto (la ley) con responsables indeterminados.

quien usa para ello una nueva ley. Con la definición expresada, descartamos la tesis extremista que considera también a los trabajos parlamentarios preparatorios de la ley o a las intervenciones u opiniones que el legislador expresó para fundamentar ésta, como manifestación de interpretación auténtica²⁶².

Por otro lado, recuérdese que se trata de un tipo de interpretación discutible; la doctrina de la segunda mitad de este siglo la considera inexistente. Es el caso de SERRA DOMÍNGUEZ²⁶³ quien, en tesis que compartimos, expone sólidos fundamentos para sustentar tal afirmación.

Asimismo, atendiendo al reconocimiento del efecto retroactivo que tiene la norma interpretativa, la que, en consecuencia, empieza a surtir efecto desde la fecha de vigencia de la norma interpretada, esta "interpretación" se ha convertido en un método para que el legislador so-

262 «En consecuencia, las opiniones de los legisladores que no constituyen parte del texto legal sólo pueden ser consideradas como lecturas posibles, al igual que otras lecturas alternativas que pudieran proponer quienes no fueron legisladores. Todo lo que tenemos delante de nosotros con fuerza obligatoria es un texto». DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La muerte...*, cit., p. 36.

263 «La llamada interpretación auténtica del legislador no es en realidad tal interpretación, sino una nueva ley que completa los preceptos de otra anterior. Por consiguiente, sólo debería utilizarse en aquellos supuestos realmente defectuosos que pugnarán con el principio de seguridad jurídica propio de todo ordenamiento. Implica un reconocimiento por parte del legislador de la imperfección de sus propias leyes. No es aconsejable con carácter general, en cuanto mediante la interpretación se acerca la Ley al caso concreto, y al legislador le corresponde, precisamente, no la resolución de estos casos concretos, sino extraer de ellos los esquemas abstractos que servirán para la resolución de ulteriores casos». SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Cit., p. 12).

lucione el error de omisión que cometió en la ley original, incorporando una hipótesis simplemente no prevista en ésta. Al margen de lo descrito, adviértase la discutible base constitucional de la retroactividad asumida como un elemento natural de tal interpretación. Sobre todo en países como el nuestro en donde se regula restrictivamente la retroactividad²⁶⁴. Como es fácil colegir, en sociedades en donde el legislador es un instrumento del poder central, la llamada "interpretación auténtica" se convierte en un peligroso método para desequilibrar el sistema jurídico en agravio de los particulares²⁶⁵.

264 Constitución política de 1993

«Art. 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas; pero no por razón de la diferencia de personas.

Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo».

- 265 En sede nacional hemos vivido una experiencia que debe ser ejemplarizadora. El 14 de junio de 1995 se promulgó la Ley N.º 26479, la que amnistió «(...) al personal Militar, Policial o Civil, (...), que se encuentre investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares (...), por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo (...)». Sin embargo, dado que la jueza Antonia Saquicuray declaró inaplicable dicha ley a un caso específico (conocido como *la matanza de los Barrios Altos*, en donde se asesinó a 15 personas concurrentes a una reunión social), el Congreso -con una mayoría al servicio del Poder Ejecutivo, ligado a su vez a la jerarquía militar- expidió la Ley N.º 26492. Esta norma, «interpretando» la anterior (dice en su fundamentación, con el fin de «precisar su interpretación y alcances»), extendió la amnistía al caso mencionado. Como se advierte, la supervivencia de instituciones defectuosas como la «interpretación auténtica» pueden producir efectos nefastos para la sociedad civil, como en el caso descrito.

B) La *interpretación judicial*, es decir, la realizada por los órganos jurisdiccionales, es una tema que ineludiblemente conduce a una discusión inagotable, dado que en ella subyace probablemente uno de los temas más polémicos de la ciencia procesal: la auténtica naturaleza de la función judicial. Si bien el tema que se va a desarrollar está ligado a la norma procesal, no queda duda de que la opción que se tome respecto de ella, debe ser la misma que sirve para explicar la actitud del juez respecto de la norma sustancial.

La urgente necesidad de acabar definitivamente con la arbitrariedad y la corrupción de los parlamentos, clase social encargada de la función judicial en el Antiguo Régimen, llevó al revolucionario francés del siglo XVIII a considerar que el juez sólo debería ser un aplicador de la ley ("*la boca que pronuncia las palabras de la ley*" en la mentada frase de uno de sus célebres ideólogos, MONTESQUIEU). Dos siglos después de esa maldición, algunos sistemas jurídicos latinoamericanos todavía se mantienen solidarios a la anacrónica concepción del juez-robot. Es tal su vigencia, que algunos jueces –con absoluta buena fe– todavía definen su función, con mucha satisfacción, como el acto de aplicar la ley.

Sin embargo, desde hace mucho se ha advertido que la función judicial tiene como fin supremo la composición justa del conflicto de intereses. En virtud de ello, lo trascendente no es la aplicación de la ley al caso concreto, sino más bien la vigencia real del sistema jurídico al resolverse un conflicto de intereses. Cuando se privilegia este logro como fin de la jurisdicción, la ley es simplemente uno de los elementos –probablemente el más importante pero en ningún caso el único– que van a ser utilizados por el juez

para conseguirlo. Estamos afirmando que la interpretación no consiste en descubrir la *intención del legislador*, sino más bien en identificar la *finalidad de la norma*.

Desde la perspectiva descrita en el párrafo anterior, suele decirse que el juez más que un “aplicador de la ley” es un “creador de derecho”, en tanto usa la información fáctica que recibe de las partes, para ajustar el mandato genérico contenido en la norma y así encontrarle su uso específico para la solución justa del caso concreto. Al hacerlo, el juez, sin duda, no está aplicando la ley –genérica por naturaleza– sino extrayendo de ella una ley particular que previamente ha modelado para la solución del caso concreto.

Adviértase que este tránsito de la norma jurídica a la norma particular del caso concreto, es un acto de interpretación. Siendo así, tal proceso no sólo es lógico, sino también volitivo. El descubrimiento del sentido o propósito de la norma no sólo es un acto en el que el juez atiende al significado literal de la norma, o al contexto histórico de su gestación, o a su ubicación dentro del sistema jurídico, sino que, además, tendrá en cuenta su experiencia personal, los valores sociales predominantes al momento de tomar decisión. Se trata, en síntesis, de un acto integral del juez como personaje de su tiempo.

En el derecho procesal, tal vez porque se trata de la reconstrucción formal de una experiencia histórica concreta, casi todas las normas requieren interpretación –entendida ésta como el proceso lógico de descubrimiento del mandato jurídico correcto contenido en ellas– desde que su simple lectura no determina necesariamente un mandato jurídico adecuado al caso concreto. Por eso, regularmente

se requiere el uso de métodos de interpretación e inclusive mecanismos de integración destinados a precisar o identificar el mandato contenido en la norma.

Como ya se anotó, si bien lo desarrollado se refiere preferentemente a la aplicación de la norma sustancial por parte del juez, también y en principio –*mutatis mutandi*– es válido lo expresado para la norma procesal, aunque resulta necesario advertir algunas diferencias que requieren ser tomadas en cuenta. Cuando la norma procesal tenga escondido su espíritu –porque es ambigua o ininteligible– requerirá de una técnica interpretativa distinta a la usada para la norma de derecho material.

Nótese que en el caso de las normas materiales el destinatario es el particular, por lo que el juez sólo interviene para apreciar si aquél adecuó su conducta a la norma o no. En cambio, la norma procesal tiene como destinatario al mismo juez. Con lo que nos encontramos ante una situación excepcional: existe identidad en la persona del destinatario y el intérprete siempre es el juez.

Ésta es una situación excepcional que produce muchas consecuencias. Así, por ejemplo, buena parte del sistema recursivo de los ordenamientos procesales, está dedicado a concederle al particular el derecho de impugnar cualquier error o exceso del juzgador en la aplicación de la norma procesal; pero a su vez la doctrina, de manera unánime, reconoce que el juez de la apelación o superior tiene potestad nulificante sobre el proceso que examina en segunda instancia. Es decir, que con prescindencia de los fundamentos de la apelación, el superior puede declarar la nulidad de todo lo actuado, si advierte que se ha producido un defecto u omisión en la aplicación

de la norma procesal, que además afecta el derecho a un debido proceso.

Otro criterio de considerable importancia para exigir que la interpretación de la norma procesal tenga un tratamiento especial es el hecho de que, finalmente, el derecho procesal cumple un rol *instrumental* respecto del derecho material. En tal calidad, los métodos y criterios de interpretación tradicionales deben ser apreciados con un prisma distinto; inclusive deben privilegiarse las técnicas interpretativas propias del derecho procesal.

Usualmente la interpretación de la norma procesal suele requerirse en aquellos casos en los que en el mismo texto una palabra es utilizada en distintas acepciones. En este caso, lo lógico será privilegiar el significado jurídico. Otra situación de necesidad de la interpretación se presenta cuando el texto entra en colisión con un principio procesal que es, a su vez, orientador del sistema procesal acogido por el ordenamiento. Es ilógico que una norma acoja una posición contraria a un principio que sustenta el ordenamiento, sin embargo, tal hecho se puede presentar. Si así fuera, se debe privilegiar al principio.

C) Se usa el concepto *interpretación doctrinaria* para referirse, en principio, a aquélla que es propuesta por los juristas, técnicos en Derecho²⁶⁶. Sin embargo, esta

266 «Tampoco consideramos la llamada interpretación doctrinal como verdadera interpretación en sentido técnicojurídico. Tiene valor la opinión de los autores en cuanto facilita argumentos, criterios de orientación que podrán ser tenidos en cuenta por el juzgador en la resolución de los casos concretos. Pero no se refiere a éstos, sino a hipótesis generales. Ciertamente, los juristas explican el sentido de la Ley, pero esta explicación tiene un valor simplemente

discutible interpretación requiere mucho más que ese contenido para ser tal. La comunidad, un tanto al margen del derecho formalizado, aprueba o desaprueba una norma, sea al convertirla en una conducta social regular o al incumplirla. Esto es lo que suele llamarse la *realización espontánea del derecho*. Esta última viene a ser una especie de interpretación actualizada, directa, libre y colectiva de la norma. A través de ella, la norma adquiere su más elevado prestigio o recibe la más despiadada crítica; la colectividad la hace suya o la condena a ser enterrada en vida.

En definitiva, se dice que la interpretación doctrinaria es aquélla que realizan los juristas, siendo incompleta tal apreciación, nos parece que el concepto puede enriquecerse con la actividad que realiza la sociedad al hacer efectivo el derecho a través del cumplimiento de la norma en un determinado sentido, esto es, sobre la base de una interpretación determinada.

48. LA INTEGRACIÓN DE LA NORMA PROCESAL

Una situación distinta se presenta cuando en un caso concreto no hay norma procesal aplicable²⁶⁷. Nótese que

didáctico o preventivo, carece de repercusión jurídica directa y, por consiguiente, no podemos considerarla, en precisión de lenguaje jurídico, verdadera interpretación». SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Cit., p. 12.

267 «En esos términos se presenta el llamado problema de las *lagunas del orden jurídico*, que es a la vez problema lógico y político. Si para que reine la paz social y para que de ese modo se logre la finalidad del Derecho ha de ser eliminada la violencia, y por ello

en estos casos lo que hay es una omisión legislativa a una previsión que debió ser expresa, y no una laguna de la ley como suele decirse. Prueba de ello es que cuando un hecho está previsto en la norma, ésta representa o sustituye al ordenamiento jurídico en su integridad, en tanto no se requiere nada que no sea aplicarla.

Cuando no hay norma que interpretar, lo que cabe es *integrar* el sistema jurídico para cubrir la omisión. Un medio típico de integración es la analogía. Ésta se fundamenta en el reconocimiento de que hay dos clases de normas, unas que contienen principios generales, llamadas *normas de aplicación*, y las que contienen desviaciones a estas normas, llamadas por ello *normas de excepción*. Siendo así, las normas generales, es decir, las *normas de aplicación* se hacen efectivas expresamente en los casos que prevén y también tácitamente a los casos no previstos que se le asemejan. Este último acto es el que recibe el nombre de *integración analógica* o *analogía*. Adviértase que su uso en materia procesal, como en el Derecho en general, debe ser extremadamente cuidadoso. Así, por ejemplo, estará prohibida la analogía cuando se quiera extender la aplicación de las *normas de excepción*; también lo estará respecto de aquellas normas que restringen derechos o facultades.

Los principios generales del derecho, específicamente para nuestro tema los principios del derecho procesal, son también medios de integración. Atendiendo a las severas

todos los conflictos han de ser compuestos, ¿ cómo se provee ante los conflictos que no estén expresamente regulados?». CARNELUTTI, Francesco. *Sistema...*, cit., T. I, p. 124.

limitaciones que en sede procesal tiene la analogía, los casos procesales no previstos en el ordenamiento bien pueden ser solucionados por medio de los principios rectores del sistema procesal escogido.

49. OPINIÓN DEL AUTOR SOBRE LA INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DE LA NORMA PROCESAL

No es ésta la obra indicada para un tratamiento pormenorizado de los métodos de interpretación y otros temas afines, todos los cuales pertenecen a la Teoría del Derecho. Sin embargo, debe destacarse el hecho de que el juez es el funcionario estatal encargado por excelencia de interpretar la norma. En tal calidad, es quien determina la interpretación o la integración de la norma jurídica para la comunidad. Probablemente, el único caso en que la interpretación de otro funcionario sea socialmente más determinante que la del juez ocurre cuando está a cargo del mismo legislador, la discutida *interpretación auténtica* descrita anteriormente²⁶⁸.

268 «Precisamente porque la interpretación auténtica procede del *propio autor de la declaración interpretada*, forma cuerpo con ella, ya que las palabras de la declaración interpretativa van a combinarse con las de la declaración interpretada. Esta es la razón por la que las leyes interpretativas de otras leyes se sustraen al principio de la irretroactividad. La realidad es que no son ellas las que disponen, sino las leyes interpretadas en el sentido aclarado por las leyes que aportan su interpretación». CARNELUTTI, Francesco. *Ibidem*. T. I, p. 118.

Por otro lado, nos parece que interpretar una norma procesal es buscar en su interior el principio que estructura el sistema procesal y los fines que éste persigue, con el propósito de hacer efectivo el derecho material respecto de un caso concreto. Para tal efecto, es necesario confirmar que los métodos y criterios interpretativos tradicionales deben ser usados de manera particular cuando se trate de la norma procesal, para lo cual, es más consecuente utilizar técnicas de interpretación propias. Afirmamos, en consecuencia, la autonomía de la interpretación de la norma procesal²⁶⁹.

En estricto, lo que el juez interpreta no es la norma sino el derecho procesal. Inclusive en la perspectiva panorámica de apreciar el derecho procesal como centro de la actividad interpretativa, es natural que se filtre en el acto de la interpretación, la concepción de la función social del Derecho que el intérprete tenga. Por lo demás, esta visión de contexto es un excelente apoyo metodológico para que la interpretación acerque el resultado que con él se obtenga, a los fines justicieros de la jurisdicción. Ésta es una opinión que compartimos

269 «Los principios generales de interpretación de la Ley son aplicables, cualquiera que sea su naturaleza, material o procesal. Pero los tratadistas contemporáneos han planteado la cuestión de si existen normas de interpretación de la ley procesal. En verdad que en las obras de derecho procesal no se encuentra una teoría especial de interpretación de esta especie de leyes. Sin embargo, no puede negarse que deben existir normas propias, porque tiene que existir un criterio diferente para cada clase de leyes, según su contenido, naturaleza y fines; es indudable que el criterio que se debe aplicar para interpretar las leyes civiles es muy distinto del que rige para las leyes sociales o administrativas o penales». DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones...*, cit., p. 39.

con PRIETO CASTRO²⁷⁰ y CAPPELLETTI²⁷¹, quien la desarrolla con notable claridad y perspectiva histórica.

270 «e) Más en la norma no sólo hay que averiguar el fin jurídico abstracto a que tiende, sino también contemplar el *interés* que al cumplir dicho fin es servido con ella. Esto obliga a incluir entre los elementos de la interpretación a otro nuevo, que hasta ahora no ha merecido la atención de la doctrina, y es el que venimos llamando *sociológico*. Ha de estimarse, por cuanto las normas procesales, aunque sometidas a la vigilancia del órgano jurisdiccional, en gran medida se entregan al manejo de los litigantes, que son «partes» y, por tanto, interesadas y actúan impulsadas por móviles egoístas. Bajo el imperio del interés individual son posibles (y reales) todos los esfuerzos, artificiosidades y chicanas que sugiere el ansia de vencer en el litigio, de tal modo que el fin jurídico abstracto perseguido por las normas se cambia por el particular del sujeto.

Junto a la labor de descubrimiento del puro fin jurídico de la norma, el intérprete ha de emprender un nuevo trabajo, escrutador del fin ético y justicial que va implicado en el general del Derecho. Y es así como tendrá abierto el camino para combatir todas las formas del *dolo*, *fraudulencia* y *simulación*». PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo. *Derecho Procesal Civil*. Madrid. Tecnos. 1984, p. 45.

271 «(...) pero ese análisis realista y funcional se ha concentrado sobre los consumidores, antes que sobre los productores del sistema jurídico. El análisis se ha llevado así sobre las partes y sobre los administrados, no en el sentido que estos últimos, los productores del sistema, sean descuidados en esta nueva visión de la ciencia del derecho, sino en el sentido que jueces, legisladores y administradores son vistos en un nuevo contexto, precisamente el de la demanda de los consumidores (...) . La vieja perspectiva que CAHN llama imperial u oficial y que ha sido heredada por –y aún puede decirse prevaleciente– todos los sistemas jurídicos modernos, consiste en concentrar la investigación y hacer confluir las normas, los principios y las soluciones, sobre los *rulers*, *governors and other officials*; la misma ha sido esencialmente la perspectiva de los *processors*, o sea de lo que nosotros llamaríamos los productores del sistema; mientras en cambio el nuevo

Todo lo expresado en los párrafos anteriores a propósito de la interpretación, es aplicable también a la integración, sin embargo, no debe olvidarse la relatividad y cuidado que debe tenerse para usar esta última, específicamente la analogía, en sede procesal.

Los legisladores del Código Procesal Civil nacional²⁷², concientes de la necesidad de proveer al juez nacional de medios para completar la cobertura procesal –probablemente insuficiente– propuesta por el mismo Código, y a efectos de convertir al juez no sólo en el director del proceso, sino en el principal promotor de los valores sociales vigentes en su comunidad, no limitaron en modo

punto de vista es precisamente el de los *consumers of law government*. Pero es precisamente esta nueva perspectiva la que mejor conviene, obviamente, a una sociedad democrática, libre y abierta, la que debe pretender que sus *official processors* asuman su función en vista del bienestar de los consumidores; lo cual es como decir que derecho y Estado deben finalmente ser vistos como lo que son: como simples instrumentos al servicio de los ciudadanos y de sus necesidades, y no viceversa». Ponencia presentada por Mauro CAPPELLETTI ante el XI Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal, denominada *Acceso a la justicia, como programa de reformas y método de pensamiento*. El extracto ha sido tomado de la obra *El Proceso Atípico* de PEYRANO, Jorge W.. Buenos Aires. Universidad. 1993, p. 226.

- 272 «Artículo III.- Fines del proceso e integración de la norma procesal.- El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso».

alguno su facultad interpretativa, sino que además le concedieron expresamente la facultad de usar fuentes del derecho procesal –la doctrina y la jurisprudencia– como medios de integración para pronunciar decisión, en caso de vacío o defecto de la norma.

Capítulo VII

El hecho, el acto y el negocio procesal

SUMARIO: 50. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 51. EL HECHO, EL ACTO Y EL NEGOCIO JURÍDICO. OPINIÓN DE CARNELUTTI. 52. RELACIÓN ENTRE HECHO, ACTO Y NEGOCIO JURÍDICO. 53. EL HECHO, EL ACTO Y EL NEGOCIO PROCESAL. 54. DIFERENCIAS ENTRE EL ACTO Y EL NEGOCIO JURÍDICO RESPECTO DEL ACTO Y EL NEGOCIO PROCESAL. 55. LA FORMA EN EL ACTO PROCESAL.

50. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Este capítulo contiene algunos de los conceptos más opinables en materia procesal. El origen de esta complicación se debe a que, si bien los esfuerzos de la ciencia procesal por liberarse de las categorías civiles han sido exitosos en considerable medida, en los temas que se van a desarrollar, es imprescindible todavía partir de la información que tenemos en sede civil, para intentar llegar a puerto seguro. En realidad provisionalmente seguro, no olvidemos que se trata de una aventura científica. Sólo teniendo en cuenta esta advertencia podremos intentar identificar la específica naturaleza jurídica de los conceptos que se desarrollarán.

Por lo demás, en una visión panorámica de la doctrina civil, advertimos que tampoco en dicho ámbito la

naturaleza jurídica del hecho, acto y negocio jurídico tiene un reconocimiento pacífico. En el presente capítulo hemos escogido una opción dentro de ese complicado panorama para luego intentar su aplicación al contexto procesal.

51. EL HECHO, EL ACTO Y EL NEGOCIO JURÍDICO

Se admite que un *hecho jurídico* es todo acontecimiento –natural, humano o legal²⁷³– al que la norma jurídica le otorga efectos o consecuencias jurídicas. En opinión de LOHMANN, el hecho jurídico es:

«(...) *aquel suceso o situación, o conjunto de ellos, que condicionan el supuesto de derecho o hipótesis jurídica y que en virtud de ello tiene la eficacia jurídica*»²⁷⁴.

Como se advierte de la definición, el hecho adquirirá la calidad de jurídico en tanto su ocurrencia o la admisión legal de su ocurrencia constituyan el *antecedente* fáctico de lo que la norma jurídica declara o sanciona como *consecuente*²⁷⁵.

273 El hecho legal suele ser un tema discutido en la doctrina. Se cuestiona su existencia alegándose que una norma es jurídica en tanto produce efectos jurídicos o, de otro lado, que lo único que una norma jurídica hace es calificar jurídicamente un fenómeno, por tanto el hecho legal es una ficción innecesaria. Sin embargo, ejemplos como la hipoteca legal y la notificación ficta, en sede de derecho material y procesal, respectivamente, acreditan a nuestro entender su existencia.

274 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Negocio Jurídico*. Lima. Grijley. 1994, p. 20.

275 «Cuando un hecho está, por tanto, previsto por una norma como causa de un efecto jurídico, le llamamos *hecho jurídico*. Un hecho

Adviértase que el hecho jurídico no es lo mismo que el antecedente (*fattispecie* en la doctrina italiana) o supuesto de hecho (*tatbestand* en la doctrina alemana), sino su expresión concreta, es decir, la materialización de este fenómeno de la experiencia natural, social o legal, previsto como un evento típico desencadenante de consecuencias jurídicas²⁷⁶.

El *hecho jurídico*, como ya se expresó anteriormente, tiene orígenes diversos. La actividad humana, en tanto productora del hecho jurídico, puede estar desconectada de la voluntariedad del agente que la realiza, sin que tal situación sea importante para la configuración del hecho. Queremos decir que el elemento volitivo puede ser irrelevante. Inclusive, como ya se anotó, el hecho jurídico puede no ser un acto del hombre. Tomemos como ejemplo la *accesión*, que es el modo de adquisición de la propiedad de un bien que se planta o construye en un suelo determinado. Como se advierte, esta accesión puede ocurrir por un hecho natural –el crecimiento de un árbol– o por un hecho del hombre –la construcción de

es o se llama jurídico, cuando la ley le atribuye un efecto jurídico. Y como la virtud de producir efectos recibe el nombre de *eficacia*, la fórmula se traduce en esta otra: un hecho es jurídico cuando tiene eficacia jurídica». CARNELUTTI, Francesco. *Sistema...*, cit., T. I, pp. 68 y 69.

- 276 «La definición tradicional de hecho jurídico se remite claramente a la noción concreta de supuesto de hecho, a la cual se hizo referencia al analizar la concepción más difundida con respecto al esquema típico de la norma jurídica. En efecto, usualmente se considera que esta última puede llegar a ser operativa en cuanto ocurra un evento susceptible de ser comprendido dentro de la situación-tipo prevista por la norma». BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. *Derecho Civil– Hechos y Actos Jurídicos*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1992. T. I, vol. 2, p. 564.

un edificio- siendo lo relevante la realización del hecho. Estamos afirmando que al sistema jurídico le interesa el hecho como fenómeno, prescindiendo de su génesis.

Ahora bien, cuando el *hecho jurídico* tiene como origen la conducta humana, realizada y dirigida conscientemente a producir efectos jurídicos, estamos ante la presencia del *acto jurídico*. MESSINEO lo define así:

«(...) se entiende por acto jurídico un acto humano, realizado consciente y voluntariamente por un sujeto (por lo general, capaz de obrar), del cual nacen efectos jurídicos, porque el sujeto, al realizarlo, quiere determinar²⁷⁷ un resultado; y tal resultado se toma en consideración por el derecho»²⁷⁸.

Resulta importante destacar que el acto jurídico se individualiza respecto de su género -el hecho jurídico- en la voluntad del agente de realizarlo. Sin embargo, debe advertirse que la voluntad interviene en el acto jurídico de manera muy particular, así, sólo alcanza a la realización del acto pero no a su contenido²⁷⁹.

277 Adviértase que la determinación aludida no tiene el rasgo trascendente que suele tener en nuestro idioma. En la definición debe entenderse como una forma referencial que, una vez cumplida, puede producir efectos jurídicos no previstos por el agente. Así, cuando una persona requiere notarialmente a otra el cumplimiento de una prestación dineraria, lo que le interesa es *cobrar*. Sin embargo, al hacerlo, se produce un efecto jurídico trascendente que bien pudo no estar en su propósito: *constituir en mora a su deudor*.

278 MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. EJEa. 1979. T. II, p. 332.

279 «En otras palabras: en el acto jurídico en sentido estricto sería necesario, como también suficiente, que se quiera ejecutar el comportamiento como tal. Sería relevante la mera voluntariedad del acto y no el fin jurídico (el «propósito») para el cual se le ejecuta». BIGLIAZZI GERI, Lina y otros, cit., p. 578.

Lo expresado no descarta un rasgo esencial del acto jurídico: el agente que lo realiza debe tener *conciencia* de su actuación. Ésta es la razón por la cual un acto jurídico no produce los efectos previstos por la ley cuando es ejecutado por una persona en estado de incapacidad natural o legal. Sin embargo, adviértase que la incapacidad no necesariamente es causa de la ineficacia del acto, ésta depende del agravio o perjuicio que produzca a su autor. Si un niño realiza un pago de una suma debida, este acto será eficaz en tanto no es perjudicial para quien lo ha realizado (el niño).

Cuando el acto jurídico –que como es obvio es una especie del hecho jurídico– consiste en la exteriorización de una manifestación de voluntad destinada a producir el efecto *querido* por el agente que lo expresa, estamos definiendo al *negocio jurídico*^{280y281}.

280 «Para la existencia de un acto jurídico en sentido estricto es necesario que se haya querido el acto en cuanto tal, pero no es necesario que se haya querido también el efecto. Para la existencia de un negocio se requiere, no solamente que sea querido el negocio como tal, sino que *también* sea querido el efecto consiguiente». BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. *Ibidem*, p. 583.

281 «Además, bien pronto se hizo evidente que no todos los efectos jurídicos se modelan por una voluntad ordenadora del hombre: habría efectos que el ordenamiento asignaba también a fenómenos naturales, prescindiendo de cualquiera aportación del hombre (lo que era evidente, por ejemplo, en el caso de determinados modos de adquisición del derecho de propiedad, como el aluvión, la avulsión, etc.), o bien presuponían un comportamiento humano, pero sin correspondencia necesaria con el fin que el sujeto se proponía alcanzar deliberadamente.

Surgió, entonces, la necesidad de diferenciar del negocio otras categorías para las cuales no tenía sentido o era bastante discutible

Adviértase que en la hipótesis del *negocio jurídico*, el agente no sólo ha querido el acto, sino también y fundamentalmente el *efecto*. Es tal el rasgo autónomo del *negocio jurídico*, que se le concede al agente la facultad de introducir nuevas relaciones a aquéllas que podrían estar previstas en la norma jurídica. El *negocio jurídico* expresa una interactividad, es decir, una dinámica social, tal vez en correspondencia con su origen etimológico (*nec*: no y *otium*: ocio).

Este efecto jurídico puede consistir en la creación, modificación, regulación o extinción de una relación o de una situación jurídica²⁸².

En opinión de MESSINEO, el negocio jurídico es:

«(...) una declaración de voluntad (privada), o un conjunto de declaraciones de voluntad (privadas), dirigidas a la producción de determinados efectos jurídicos (aunque no clara y enteramente previstos por quien emite la declaración y concebidos por él como efectos meramente, o predominantemente, económicos y prácticos), que el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza –de ordinario– en los límites de la correspondencia,

la aplicación de los principios generales y de los elementos esenciales elaborados con referencia a la figura del negocio.

Así fueron identificadas, por vía residual, figuras de actos humanos no asimilables al prototipo del negocio –y, por lo mismo, llamadas en su origen «no negociables»– y hechos jurídicos en sentido estricto, correspondientes, todo lo más, a fenómenos naturales idóneos para producir efectos sin la participación del hombre». BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. *Ibidem*, p. 571.

- 282 «(...) el negocio jurídico es la manifestación de voluntad de una o más partes con miras a producir un efecto jurídico, es decir, el nacimiento, la modificación de un derecho subjetivo o bien su garantía o su extinción». STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1959, p. 2.

o coherencia, entre ellos y la voluntad que persigue tales efectos, y en cuanto se trate de efectos no-ilícitos»²⁸³.

El negocio jurídico es una manifestación de voluntad destinada a un fin práctico y concreto regulado por el ordenamiento jurídico²⁸⁴. Si bien ésta es la óptica más común para apreciar la naturaleza jurídica del negocio, hay también otras teorías –de considerable importancia en el ámbito procesal– para las cuales más importante que la manifestación es su contenido. En estos casos se privilegia la relación social vinculante establecida por y para los particulares, inclusive se hace referencia al *negocio jurídico* como instrumento de «autorregulación de intereses»²⁸⁵.

Adviértase que detrás de este enfrentamiento teórico, existe en realidad un cuestionamiento ideológico al objeto

283 MESSINEO, Francesco. Cit., T. II, p. 338.

284 «a) Es prevaleciente la referencia a una «manifestación de voluntad», puesto que dicha expresión tiene un significado más amplio que el término *declaración* y se presta para abarcar, tanto los casos en los cuales el negocio es estipulado oralmente o con forma escrita (*declaración*: piénsese en la adquisición de un televisor o de un departamento), como los casos en los cuales se celebra por medio de un comportamiento no declarativo (*conducta concluyente*: piénsese en el contrato de transporte que se perfecciona en el momento en que se sube al autobús de línea, aún antes de la adquisición del billete e inclusive sin la menor intención de adquirirlo; pero, frecuentemente se habla de «comportamiento socialmente típico, de suyo suficiente para vincular contractualmente»). BIGLIAZZI GERI, Lina y otros, cit., T. I, vol. 2, p. 593.

285 «(...) acto de autonomía privada enderezado a un fin que el ordenamiento jurídico reputa merecedor de tutela». TORRENTE-SCHLESINGER. *Manuale di diritto privato*. Milán. 1981, pp. 156-158. Citado por Lina BIGLIAZZI GERI y otros. *Ibidem*, p. 596.

del Derecho. La primera posición –aquella que especta el *negocio jurídico* como manifestación– privilegia en realidad toda una concepción voluntarista del Derecho y con ello un predominio del individuo sobre la sociedad. La segunda, en cambio, al interesarse por el contenido del *negocio jurídico*, es decir, por el efecto externo que su ejecución produce, reivindica la importancia social del Derecho²⁸⁶.

Opinión de Carnelutti.– En consideración de CARNELUTTI, el acto jurídico como hecho jurídico voluntario, atendiendo a la diferencia entre la finalidad práctica y el efecto jurídico que de él se obtiene, puede determinar tres hipótesis: *indiferencia, coincidencia y pugna*.

Así, CARNELUTTI²⁸⁷ enseña que escribir un libro es un acto jurídico, dado que de él nace un derecho de autor. Sin embargo, la obtención de tal derecho puede no ser el efecto jurídico querido por el agente, a pesar de lo cual, dado que no hay pugna entre ellos –le es *indiferente* a éste– se está ante un acto jurídico lícito. Por otro lado, si para hacer el mismo libro el autor roba el papel, éste es también un acto jurídico en tanto de él se originan varios efectos jurídicos, pero esta vez todos en *pugna* con el propósito del autor. Ahora bien, si para hacer el libro el autor compra el papel, perfecciona igualmente un acto jurídico, aunque esta vez es correspondiente el efecto jurídico de éste con la finalidad que el agente deseó. Esta última *coincidencia*, según CARNELUTTI, determina la existencia de *actos jurídicos en sentido estricto o esenciales*.

286 Ver BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. *Ibidem*, p. 671.

287 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema...*, cit., p. 73 y ss.

Los actos jurídicos esenciales, siguiendo al maestro de Milán, se clasifican en: *proveimientos*, *negocios jurídicos* y *actos debidos*. Este último no es otra cosa que el cumplimiento de una obligación. El proveimiento, por otro lado, es el ejercicio de un poder. Finalmente, el negocio jurídico es el ejercicio de un derecho subjetivo. Expresa que el éxito académico del concepto *negocio jurídico*, ha determinado que se le defina como productor de efectos jurídicos, es decir, que se le considere el *género*, cuando sólo es la especie.

52. RELACIÓN ENTRE HECHO, ACTO Y NEGOCIO JURÍDICO

Sólo con el propósito de identificar cada uno de los conceptos, en atención a la utilidad que tal precisión va a tener cuando los utilicemos en la fragua del área procesal, apreciemos qué conecta y separa al hecho, al acto y al negocio jurídico.

Para empezar, los liga algo elemental: su relevancia jurídica. También los integra su naturaleza básica: todos son hechos jurídicos. La diferencia, nos parece, se puede establecer a partir de la presencia determinante de algunos elementos conductuales.

Así, el *hecho jurídico* es tal, con prescindencia de la voluntad e inclusive de la conciencia o del propósito en la persona que lo realiza. Es posible que un *hecho jurídico* pueda haberse realizado voluntariamente, a pesar de lo cual, la voluntad no habrá sido necesariamente un factor determinante para la configuración jurídica del hecho. Aun más, el hecho jurídico puede no tener un

origen humano, sin embargo, su fuente natural o legal no afecta su esencia. El *acto jurídico*, en cambio, sólo reconoce un origen humano. Se caracteriza porque en él interviene la voluntad como decisión conciente del agente para la producción de efectos jurídicos. Por otro lado, el *negocio jurídico* incorpora a la voluntad con un grado mayor de importancia, tanto que pasa a ser el elemento ordenador de los efectos y de los valores, pero, sobre todo, el negocio jurídico se distingue porque el agente tiene plena conciencia del *fin* o *fines* que produce su actuación²⁸⁸.

Si se quisiera cotejar los conceptos estudiados desde la perspectiva de los elementos externos que los identifican y, a su vez, de aquéllos que los diferencian, podemos afirmar que el *hecho jurídico* es puramente un *fenómeno*, en estricto lo que le importa al Derecho es su ocurrencia. El *acto jurídico* –hecho jurídico al fin– está configurado por el *fenómeno* al que se le adiciona la *voluntad* del que la realiza. El *negocio jurídico*, por otro lado, es el *fenómeno* como experiencia concreta, al que se adiciona la *voluntad* de quien lo realiza, y sobre todo, el *propósito* de lograr con su ejecución el fin que el agente pretende.

Si bien lo expresado hasta aquí corresponde al ámbito del derecho privado –inclusive al referirnos a la voluntad hemos dado por sobreentendido que se trata de la voluntad privada– tal hecho no significa que tal carácter privado sea consustancial a la naturaleza jurídica de los institutos estudiados. Como se expresó anteriormente, la

288 Esto último es lo que podemos definir como el propósito o la intención del agente.

admisión más o menos pacífica del rasgo privado del hecho, acto o negocio jurídico, tiene como origen la fortuna que ha tenido la ideología individualista en los estudios jurídicos, especialmente en el siglo pasado.

El fundamento ideológico²⁸⁹ e histórico de los estudios privados del negocio jurídico no obsta para admitir que en el campo del derecho público, al que pertenece el derecho procesal, estas categorías tienen vigencia, siempre que su análisis reconozca algunas diferencias básicas. Por lo demás, bien se sabe que lo público y lo privado es una división que hoy se sostiene precariamente en materia jurídica.

53. EL HECHO, EL ACTO Y EL NEGOCIO PROCESAL

A pesar de su aparente identidad, las categorías civiles son distintas de las procesales, de hecho tienen un tratamiento jurídico propio. Refiriéndose al tema, SCHONKE expresa lacónicamente lo siguiente:

«Los actos procesales se rigen para todos sus requisitos, formas, finalidad, contenido y efectos, solamente por el Derecho Procesal y no por el Derecho Material (...); como excepción únicamente es de tener en cuenta aquellos actos procesales que al mismo tiempo contengan disposiciones (de Derecho

289 «Esa orientación del pensamiento fue determinada en forma bastante clara por la confluencia de dos movimientos: las ya conocidas presiones individualistas (y al mismo tiempo universalistas) tendentes a exaltar al sujeto como ser provisto de una voluntad ordenadora; y el enriquecimiento de la experiencia de la contratación libre en la vida social y económica». BIGLIAZZI GERI, Lina y otros, cit., p. 570).

Material) del objeto litigioso, como allanamiento, renuncia, transacción(...)»²⁹⁰.

Un hecho, acto o negocio jurídico será procesal, en tanto produzca *efectos inmediatos o directos en el proceso y se realice dentro de éste*. Es decir, no será procesal un acto o negocio jurídico realizado fuera del proceso, aunque sólo haya sido manifestado para ser útil dentro de él, por ejemplo, el otorgamiento de representación procesal voluntaria (poder) ante un notario. Por otro lado, no es necesario usar el concepto *jurídico* para denominarlo, ya que al surtir efectos dentro del proceso, es obvia su esencia jurídica.

En el caso del *hecho procesal*, se trata de cualquier suceso o acontecimiento susceptible de producir la *constitución, desenvolvimiento o extinción* de la relación procesal²⁹¹. En otras palabras, el *hecho procesal* es el *hecho jurídico* que produce efectos dentro de un proceso. Podría tratarse, por ejemplo, del fallecimiento de una parte, la realización de una audiencia, el transcurso de un plazo, la pérdida de piezas procesales, la interposición de un recurso, la notificación de una resolución o la transacción judicial²⁹². Nótese que hemos citado ejemplos disímiles

290 SCHONKE, Adolfo. *Derecho Procesal Civil*. Trad. española de la 5a. ed. alemana. Barcelona. Bosch. 1950, pp. 109 y 110.

291 «Los hechos jurídicos procesales son aquellos fenómenos procesales o aquellas circunstancias relevantes de hecho, a los que el derecho procesal objetivo vincula efectos jurídicos procesales, o sea el nacimiento, modificación o extinción de las relaciones jurídicas procesales». Rocco, Ugo. *Teoría General del Proceso*. Trad. del licenciado Felipe de J. Tena. Porrúa, p. 453.

292 Al definir el hecho procesal por sus efectos, en este párrafo, estamos abandonando el planteamiento abstracto que la doctrina

de hechos procesales, sin perjuicio de que algunos, como la interposición de un recurso o la transacción judicial, pertenezcan a sus especies, el acto y el negocio procesal, respectivamente.

Cuando el hecho procesal tiene como origen una o más manifestaciones de voluntad expresadas por cualquiera de los sujetos de la relación jurídica procesal, las que producen efectos jurídicos al interior del proceso, estamos ante un *acto o negocio procesal*.

Después de lo expresado, es natural que resulte difícil encontrar consenso en torno de la naturaleza jurídica del acto procesal. ALCALÁ-ZAMORA y LEVENE²⁹³ citan a BARTOLINI FERRO, quien considera que las teorías sobre la naturaleza del acto procesal se agrupan por lo menos en tres. Por un lado, aquéllas que consideran que el acto procesal es siempre *público*, debido a la intervención decisiva del Estado –y dado que los órganos jurisdiccionales son los que los practican, reciben o aseguran– aun cuando

–especialmente la italiana– suele darle a esta temática en sede civil y que ha sido sustento de lo desarrollado hasta el momento. Esta visión distinta es consecuencia de un hecho aparentemente contradictorio: la teoría del negocio jurídico necesita ser abstracta en tanto su aplicación abarca casi todo el panorama jurídico, en cuyos ámbitos encontrará su expresión material. En cambio el negocio procesal existe en un mundo artificial, el de la relación jurídica procesal, por tanto su explicación exige concreción. También incide la concepción del Derecho como un fenómeno integrado a la solución de los problemas esenciales de una sociedad, inclusive a la tarea de plasmar un diseño para su reforma, y no a la simple regulación de relaciones intersubjetivas.

293 ALCALÁ-ZAMORA, Niceto y LEVENE, R. (hijo). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires. Guillermo Kraft. 1945. T. II, p. 147.

contenga manifestaciones de voluntad expresadas por personas privadas.

La segunda teoría considera que los actos procesales son públicos siempre que emanen de sujetos procesales que tienen la calidad de funcionarios, o por lo menos que los actos sean recibidos por ellos aunque se originen en sujetos privados. Finalmente, la tercera considera que se trata de actos de derecho público, por estar disciplinados por el derecho penal que es derecho público.

Para comentar la tesis de BARTOLINI FERRO debe precisarse, inicialmente, que éste es un procesalista especializado en sede penal, como es también el libro de donde se ha extraído la cita. Sin embargo, siendo el proceso penal, como el civil, expresiones de una misma fuente: la teoría del proceso, lo expresado para el primero es válido en considerable medida para el segundo. Dicho esto, consideramos que la segunda tesis es insostenible, de hecho no describe la esencia del acto procesal, por el contrario, acrecienta la incertidumbre. En cuanto a las otras dos, consideramos que pueden complementarse.

El acto procesal será siempre público en atención al fin del proceso y, además, porque la conducta de sus protagonistas está regulada por el derecho procesal que es derecho público. Como en el caso del derecho privado, en el acto o en el negocio procesal, la voluntad se encamina a producir consecuencias jurídicas, en cambio en los otros hechos jurídicos no interviene la voluntad y, de haberla, para el Derecho ésta no es relevante, es decir, las consecuencias se producen con independencia de la intervención de la voluntad. Por cierto, la consecuencia de querer concretar el propósito deseado establece tam-

bién en sede procesal la naturaleza particular del *negocio procesal*.

El *negocio procesal* es aquel hecho procesal al que se le adiciona el deseo o finalidad de producir efectos jurídicos queridos por el sujeto de la relación procesal que lo realiza. Son casos de *negocios procesales*: la demanda, la contestación, la reconvencción, el allanamiento, el desistimiento, la transacción, entre otros.

Nótese que la diferencia en algunos casos es sutil entre el acto y el negocio procesal. Si bien ambos son voluntarios y lícitos, el acto procesal carece de un deliberado propósito jurídico en el agente, a pesar de lo cual su realización produce las consecuencias jurídicas previstas por la ley²⁹⁴.

En contraste con la considerable importancia que tiene la *voluntad privada* en el acto y en el negocio jurídico, al constituir el proceso judicial el ejercicio de una función pública, la denominada *voluntad negocial* (conexión de la voluntad con el propósito) aparece con serias limitaciones, lo que nos lleva a considerar que lo que se presenta con mayor continuidad dentro de un proceso son los *actos procesales*, dado que las manifestaciones de voluntad

294 «La categoría del simple acto tampoco es ajena al derecho procesal donde tiene quizá mayor aplicación que en el derecho común. Es una especie del hecho jurídico, humano y lícito que no teniendo un propósito jurídico, produce consecuencias jurídicas por expresa disposición de la ley. La absolución de posiciones, la declaración de un testigo, el informe de un perito, la prueba informativa, en general son ejemplos de su existencia en el proceso». VALLEJO, Eduardo Lucio. *Hechos y Actos Jurídicos Procesales*, p. 83.

concretan regularmente los efectos queridos y previstos por la norma²⁹⁵. Esto es así porque los *actos procesales* producen consecuencias jurídicas concatenadas, bastando el comportamiento, sin importar, reiteramos, lo que pueda querer o intentar el sujeto procesal.

Así y todo, hay situaciones en las que los elementos activos de la relación procesal, pueden adicionar, a los efectos jurídicos previstos en la norma respecto del acto procesal que expresan, otros efectos jurídicos intencionalmente queridos y no previstos en ésta. En tales casos, nos parece, estamos ante la presencia del *negocio procesal*.

Adviértase que si bien en los ejemplos de *negocios procesales* que hemos dado, todos tienen efectos jurídicos previstos en la norma, es cierto también que los declarantes, aunque fuera en grado mínimo, pueden incorporar a su manifestación de voluntad efectos no previstos en el derecho objetivo, pero lícitos y queridos por ellos.

Una sentencia como expresión de la voluntad del juzgador, que –teóricamente por lo menos– sólo es la expresión de la voluntad del legislador al caso concreto,

295 «Todos los actos procesales no pueden ser sino manifestaciones de voluntad (acciones u omisiones) jurídicamente permitidas o autorizadas, que constituyen el ejercicio particular de un derecho subjetivo (derecho de acción o de contradicción o derecho de jurisdicción del Estado); o bien, manifestaciones de voluntad (acciones u omisiones) jurídicamente obligatorias, que constituyen el cumplimiento de una obligación jurídica (obligación de las partes al cumplimiento de una obligación jurídica) (obligación de las partes al cumplimiento de ciertos actos procesales; obligación del Estado respecto a la jurisdicción)». Rocco, Ugo. *Teoría General...*, cit., p. 456.

será entonces regularmente un *acto procesal*. Sin embargo, dentro de la perspectiva contemporánea de un juez *creador de derecho*, es decir, de un juez que expide una decisión judicial que no es sólo producto de una reducción mecánica al caso concreto de lo que el legislador quiso para situaciones genéricas, sino un proceso lógico, imaginativo y creador, destinado a proveer a los justiciables de una solución al conflicto de intereses que sea *eficaz, actual, razonable y justa*, implica que la sentencia sea un *negocio procesal*. Esto es, una manifestación de voluntad enriquecida en sus efectos jurídicos por decisión del agente –el juez– y destinada a crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas.

Admitiendo el cuestionamiento que un sector de la doctrina suele hacer a la distinción entre acto y negocio procesal, CHIOVENDA, en opinión que compartimos, reconoce la existencia del segundo, específicamente en aquellos casos en los que la ley remite a la voluntad de las partes completar el contenido del acto²⁹⁶.

296 «(...)». Debe tenerse presente:

- a) Que no siempre que el acuerdo de las partes es condición de la resolución del juez puede hablarse de negocios jurídicos procesales;
- b) Que los negocios jurídicos procesales, aún cuando tengan eficacia dispositiva, no dejan de ser actos procesales y estar, por consiguiente, regulados por la Ley procesal en cuanto a la forma, a la capacidad, etc. Y, viceversa, el hecho que para un acto procesal se requieran condiciones especiales de capacidad (como para la confesión), no quiere decir que el acto sea por esto sólo un negocio jurídico, puesto que la voluntad tiene importancia también en actos que no son negocios jurídicos y la ley puede exigir garantías especiales para un acto en consideración a la gravedad de sus consecuencias de *hecho*;

54. DIFERENCIAS ENTRE EL ACTO Y EL NEGOCIO JURÍDICO RESPECTO DEL ACTO Y EL NEGOCIO PROCESAL

Si tuviéramos que establecer diferencias entre el acto o el negocio jurídico con el acto o el negocio procesal, podríamos decir que los primeros son expresiones típicas del derecho privado, más específicamente de la voluntad privada. Adicionalmente, afirmaríamos que tienden a producir una situación o relación jurídica estática y regularmente autónoma. Estamos diciendo que el acto o el negocio jurídico en sede civil son natural y espontáneamente productores de efectos jurídicos sin pasado y sin futuro, esto es, son lo que son aquí y ahora (*hic et nunc*).

En cambio el *acto* o *negocio procesal* son distintos. Se trata, por empezar, de actos netamente *públicos*, dado que están ligados al fin del proceso que, como bien sabemos, es la paz social en justicia, ergo, un fin público. Por lo demás, son públicos desde una perspectiva sistemática,

c) Que asignando a un acto procesal el carácter de negocio jurídico, no queda dicho con ello que el derecho reconozca a la voluntad de las partes la misma importancia que puede concederle en el Derecho privado. Puesto que en el proceso hay siempre que considerar un elemento especial, y es la presencia del órgano del Estado, en cuya actividad, aunque sea extraño al negocio, puede influir éste más o menos directamente; ahora bien, es de interés público, que domina todo el proceso, el que la actividad del órgano del Estado sea cierta y determinada en sus resultados, y este interés podría ser comprometido si en todo caso se admitiese que un defecto de voluntad en el negocio, o el desaparecer su causa, pudiese influir sobre los resultados de la actividad pública a que el negocio dio lugar». CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones...*, cit., pp. 137 y 138.

atendiendo a que el derecho procesal pertenece al derecho público.

Asimismo, el acto o negocio procesal son básicamente *formales*. Si bien en doctrina civilista suele decirse que todo acto jurídico tiene forma, sea porque la prevé la norma sea porque la prevé el agente que expresa el acto, en el caso del acto o negocio procesal regularmente todos tienen una formalidad que debe ser cumplida. Esto se explica en el hecho de que otro de los valores en juego dentro del proceso es la *seguridad jurídica*, la cual exige la realización de una serie de formalidades que en muchos actos o negocios procesales, actúan como requisito de su validez.

También podemos afirmar que el acto procesal es regularmente *unilateral*. Debido a la naturaleza dialéctica del proceso, usualmente las partes están contendiendo sobre los hechos o el derecho. Por otro lado, el juez necesita hacer evidente su imparcialidad. A efectos de que cada quien haga efectiva su independencia de intereses, los actos procesales suelen ser manifestaciones de cada protagonista de la relación procesal. Esto es tan evidente que resulta excepcional la realización de actos procesales convencionales.

Por otro lado, los actos procesales carecen de autonomía desde la perspectiva de su eficacia, es decir, salvo situaciones excepcionales, regularmente se encuentran concatenados, pues su actuación se encuentra ligada a la obtención del fin del proceso.

Finalmente, los actos procesales al estar conectados en el tiempo y en el continente que es el proceso, producen una relación jurídica *dinámica*, una actividad que

se encuentra en permanente movimiento, en constante transformación²⁹⁷.

55. LA FORMA EN EL ACTO PROCESAL

Si bien algo se adelantó anteriormente, entendemos por *forma* a la manifestación externa del acto procesal. Se trata de aquella envoltura plástica que recubre los actos procesales permitiendo apreciarlos e identificarlos. En otras palabras, a través de la *forma* se acredita la existencia y en algunos casos la eficacia de los actos procesales²⁹⁸.

Sin duda, el Derecho es el fenómeno social que más impregnado de *forma* se encuentra. No es difícil encontrar etapas de su desarrollo histórico en donde la exacerbación de la importancia de la *forma* ha sido tan intensa que ésta

297 «El hecho y acto jurídico del derecho común producen una relación jurídica estática. El hecho y acto jurídico procesal generan una relación jurídica, de la cual derivan otras, encadenadas y ordenadas siguiendo un orden y una finalidad que también es jurídica, la sentencia. La relación jurídica privada que constituye la materia del debate judicial, se presenta en el proceso como totalmente concluida. La relación procesal se encuentra en embrión y avanza y se desarrolla paso a paso. Es dinámica y no estática, está en un constante movimiento y transformación. Hay que separar la relación litigiosa de la relación procesal». VALLEJO, Eduardo Lucio. Cit., p. 83.

298 «La voluntad, como todo lo que no tiene cuerpo, es impalpable, penetra en el pensamiento, desaparece o se modifica en un instante; para encadenarla es preciso revestirla de un cuerpo físico y esa es la misión de la forma». ORTOLÁN. *Generalización del derecho romano*. N.º 54 y 55. Citado por ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires. EDIAR. 1961. T. I, p. 615.

pasó a convertirse en el acto mismo y, por qué no, en el propio Derecho. El derecho romano, especialmente en sus orígenes, es una demostración palmaria de lo expresado. Ahora bien, es necesario diferenciar el *acto* de su expresión, que es la *forma*, y a ésta de su manifestación jurídica que es la *formalidad*.

Siendo el Derecho un sistema normativo de convivencia social, es explicable que la realización de los actos de derecho o jurídicos requieran de alguna fórmula de confirmación externa de su ocurrencia. Esta estructura superficial que permite acreditarle existencia, reconocimiento y con ello valor social al acto de Derecho, se llama *forma*. Podemos afirmar que toda manifestación de derecho tiene *forma*.

Sin embargo, la *forma* puede tener distintas expresiones. En algunos casos y en atención a la trascendencia del acto, el Derecho suele rodear al acto de un conjunto de ritos que tienen la calidad de esenciales para que éste tenga validez, aun cuando no necesariamente eficacia²⁹⁹. Estas exigencias, de origen legal y en algunos casos convencional, reciben el nombre de *formalidades*.

El derecho contemporáneo ha procurado reducir la cantidad e importancia de las *formalidades* necesarias para el perfeccionamiento del fenómeno jurídico. Sin embargo, es evidente que tal esfuerzo no podrá jamás conducir a

299 Consideramos válido a aquel acto en el que se encuentran presentes todos los elementos esenciales para su perfeccionamiento, así como los presupuestos indispensables para el tipo de negocio al cual corresponde. En cambio, un acto nos parece eficaz cuando no existen circunstancias de hecho, externas a éste, que, si existieran, impedirían la producción de sus efectos.

su eliminación. Las *formalidades*, y sobre todo su cumplimiento, constituyen la cuota cívica que todo ciudadano debe sufragar para proveer un sistema social con paz y libertad. La declaración de los derechos se convertiría en una fuente permanente de caos social si el Derecho no exigiera que la titularidad de ellos sólo le sea reconocida a aquél que, además de otras exigencias, cumpla con la realización de determinadas *formalidades*.

Esta importancia de la *formalidad* es sin duda superlativa en el campo del derecho procesal. El respeto a una decisión judicial dependerá en gran medida de la manera como fue obtenida. La seguridad jurídica como valor intrínseco a obtenerse con el servicio de justicia depende del respeto y cumplimiento de las normas procesales. CASTILLO LARRAÑAGA y DE PINA expresan la importancia de la formalidad en el proceso de la siguiente manera:

«(...) las formas procesales son necesarias no sólo como exigencia del interés general, con el fin de asegurar el buen funcionamiento de la justicia, sino también en servicio del interés privado del litigante, como salvaguarda de sus propios intereses»³⁰⁰.

A la afirmación anterior que todos los actos de derecho tienen *forma*, podríamos agregar que en el campo procesal casi todos los actos procesales tienen *formalidades*. Siendo la norma procesal el instrumento de regulación de las conductas de los elementos activos de la relación jurídica procesal y teniendo esta relación una naturaleza pública, es explicable que los actos procesales estén revestidos de *formalidades*. Inclusive es comprensible también

300 CASTILLO LARRAÑAGA, José y DE PINA, Rafael. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. México D.F. Porrúa. 1958, p. 165.

que mayoritariamente las formalidades procesales sean imperativas, es decir, de obligatorio cumplimiento.

Regularmente la norma procesal reviste al acto de exigencias de modo, lugar y tiempo que en su ejecución se debe respetar. A su vez, estos requisitos extrínsecos responden a las preguntas: *cómo, dónde y cuándo*. Aunque no debe olvidarse que atendiendo al particular desarrollo de la actividad procesal, también constituye un requisito de forma el *orden* en que el acto procesal es realizado.

Por otro lado, entre la *formalidad procesal* y la producción de efectos jurídicos del *acto procesal* no hay necesariamente una relación directa. Nos explicamos. Una formalidad puede ser *vinculada, autorizada o libre*. Una *formalidad vinculada* es aquella que la ley provee bajo sanción de nulidad, es decir, si se realiza un acto procesal con omisión de una formalidad vinculada que la norma prescribe para ese acto específico, éste no producirá ningún efecto. Se trata, como se aprecia, de la aplicación del *principio de obligatoriedad de las formas procesales*. Una *formalidad autorizada* es aquella prevista por la ley, pero cuyo incumplimiento no produce necesariamente la nulidad o ineficacia del acto. Finalmente, una *formalidad libre* es aquella propuesta por el juez o convenida por las partes para la realización de un acto procesal.

Los efectos que produce el incumplimiento de las formas procesales son variados, van desde situaciones extremas como la nulidad del acto hasta otras también graves como la pérdida del derecho a ejecutarlo. Como resulta evidente, el primero determina la invalidez del acto viciado y, por lo regular, la de todos los actos posteriores; en cambio el segundo, hace devenir en ineficaz el acto.

Capítulo VIII

La importancia social del proceso y los presupuestos materiales de la jurisdicción en sede civil

SUMARIO: 56. INTRODUCCIÓN. 57. REALIDAD Y PROCESO. 58. CASO JUSTICIABLE. 59. DERECHOS NO JUSTICIABLES. 60. FALTA DE FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PRETENSIÓN. 61. LA TEORÍA DE LA INSIGNIFICANCIA. 62. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

56. INTRODUCCIÓN

Desde una óptica teleológica, el llamado *derecho material* o «sustantivo» –el Código Civil, por ejemplo– es un sistema de conductas destinado a regular la vida en sociedad. Estas pautas de conducta son propuestas como un conjunto de normas –*normas jurídicas*– las que se caracterizan porque su cumplimiento puede ser exigido coercitivamente.

Siendo un sistema social de regulación de conductas, las normas jurídicas deben ser *actuadas* dentro de una sociedad por los ciudadanos que la conforman. Ahora bien, está previsto que la actuación o el cumplimiento de la norma ocurran de manera *espontánea*. Sólo cuando esta naturalidad en su actuación o cumplimiento no se produce, resulta imprescindible para la sociedad crear

fórmulas –de preferencia jurídicas– que conduzcan a su actuación o cumplimiento *forzado*.

La historia del proceso, entendido éste como un fenómeno social de naturaleza jurídica, caracterizado por la reconstrucción artificial de la realidad afectada por la falta de actuación de la conducta regulada por la norma jurídica sustancial, es la historia de la necesidad social de hacer efectiva la *actuación forzada de la misma norma*, urgencia originada en la defección de su actuación natural o *espontánea*.

Las anacrónicas concepciones privatistas del proceso han intentado reducir su importancia social, hasta llegar a considerarlo simplemente como un método privado destinado a la solución de los conflictos de intereses intersubjetivos entre particulares. Sin embargo, prácticamente todos los estudios contemporáneos sobre el tema, coinciden en que el prestigio social del proceso es más trascendente que la solución de un conflicto interparticular y se le ha considerado por tanto, un instrumento esencial para postular una sociedad en donde alguna vez se pueda concretar una convivencia armónica.

En efecto, la existencia de un sistema procesal autónomo, científico, expeditivo y equilibrado, garantiza algunos aspectos fundamentales para una sociedad, entre los cuales podemos citar: la existencia de un Estado, los derechos de los particulares dentro de ese Estado y, sobre todo, los derechos de los particulares *frente* a ese Estado.

Un Estado de Derecho puede tener indiscutible existencia teórica, probablemente sustentada en una impecable base constitucional, pero sólo empieza a ser *factible*

cuando un sistema procesal garantiza los derechos de sus miembros dentro de una sociedad.

Una frase de Hernando DEVIS ECHANDÍA compendia emotivamente la importancia del proceso y de su estudio:

«Sin el derecho procesal no habría seguridad, ni armonía social, ni paz, ni progreso, ni civilización; por ello, quienes nos hemos consagrado a estudiarlo, enseñarlo, impulsarlo y divulgarlo, podemos estar seguros de que ¡en nada mejor hubiéramos podido emplear nuestro tiempo y nuestra vida!»³⁰¹.

57. REALIDAD Y PROCESO

Cuando las normas jurídicas no son cumplidas espontáneamente, se produce en el ámbito concreto de la realidad un *conflicto de intereses*. Esto es lo que Augusto M. MORELLO³⁰² denomina *litis*, en la ruta de la terminología carneluttiana.

A efectos de continuar con el análisis de la relación proceso-realidad, nos parece necesario establecer una

301 Cita extraída del prólogo a *Principios de Derecho Procesal Civil* de MONROY CABRA, Marco Gerardo. Cit., p. XII.

302 «Al cabo de muy trabajosas investigaciones se ha llegado a la conclusión que la fundamentación científica del proceso y del derecho que lo regula, presupone la existencia de una *litis*; concebida ésta, según enseña Carnelutti, como un «conflicto intersubjetivo de intereses» que se manifiesta en la pretensión de un sujeto, resistida por otro; es decir, entre dos partes: actor y demandado». Augusto M. MORELLO. *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados*. Buenos Aires. Platense y Abeledo-Perrot. 1970. T. II, p. 363.

diferencia conceptual entre las categorías *conflicto*, *controversia* y *litigio*. Para ello seguiremos la descripción clara que sobre el tema ha desarrollado el profesor Atilio Carlos González.³⁰³

En opinión de GONZÁLEZ, «(...) los ordenamientos procesales más avanzados del mundo propugnan la revalorización del *conflicto* como 'centro de la preocupación del litigante, máximo destinatario éste del sistema judicial'»³⁰⁴. Más adelante afirma que el conflicto es el «(...) núcleo de la preocupación del litigante, es la idea-eje de la estructura jurisdiccional del Estado, dentro de un régimen político liberal democrático»³⁰⁵. Finalmente, define el conflicto como *el choque o colisión de intereses*, expresado en la coexistencia de una pretensión y de una resistencia acerca de un mismo bien en el plano de la realidad social.

En cambio el concepto *controversia*, dice GONZÁLEZ en el mismo trabajo antes citado, «(...) es la contingencia procedimental consistente en la probabilidad de que

303 GONZÁLEZ, Atilio Carlos. *Proceso y conflicto en el nuevo ordenamiento procesal civil del Perú*. Exposición realizada en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, organizado por la Universidad de Lima y realizado en dicha ciudad entre los días 14 al 16 de junio de 1994. En: *Ius et Praxis*. Lima. Servigraf. N.º 24. Diciembre de 1994, pp. 108-120. El trabajo fue posteriormente publicado por su autor en *Estudios de Derecho Procesal*. Buenos Aires. Ad-Hoc. 1994, vol. IV, pp. 63-83.

304 GONZÁLEZ, Atilio Carlos. *Ibidem*, p. 70. [La frase en negrita pertenece a la Exposición de motivos del *Anteproyecto de Reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires. Ed. de ARAZI, Roland y otros. 1993, p. 8].

305 GONZÁLEZ, Atilio Carlos. *Ibidem*, p. 74.

aquél (se refiere al conflicto) sea discutido; es decir, la eventualidad de que el sujeto pasivo de la pretensión *discuta, contradiga o controvierta* la existencia misma del *conflicto* afirmado por su contraparte³⁰⁶.

Con lo dicho, podemos afirmar que el contacto básico entre la realidad y el proceso es el conflicto: éste casi es su razón de ser. Sin embargo, es factible –aun cuando parezca contradictorio con lo expresado– que pueda haber proceso sin necesidad de que haya conflicto. Esta situación puede presentarse cuando alguien –ejerciendo su derecho de acción– inicie un proceso inventando un conflicto –promoviendo un litigio³⁰⁷– que en la realidad no existe. En otras palabras, una persona –usted, por ejemplo– podría ser demandada por alguien que dice ser propietario del libro que está leyendo, a pesar de que éste es de usted.

Por otro lado, puede haber también un proceso en donde haya conflicto pero no controversia. Esto ocurrirá cuando el demandado no resista la pretensión, porque se allana al petitorio, reconoce la pretensión o no contesta la demanda dentro del plazo previsto.

En consecuencia, los conceptos conflicto, controversia y litigio se mueven en planos distintos, inclusive algunos pueden existir fuera del proceso, aunque otros requieren de su ámbito artificial –por oposición a la realidad– para

306 GONZÁLEZ, Atilio Carlos. *Ibídem*, p. 77.

307 «(...) se entiende por litigio la simple afirmación, en el plano jurídico del proceso, de la existencia de un conflicto en el plano de la realidad social, aún cuando de hecho él no exista». ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al estudio del Derecho Procesal*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni. 1992, p. 25.

poder tener existencia. Así, podemos concebir un proceso sin conflicto e inclusive sin controversia, sin embargo, no hay proceso sin litigio, dado que este último es la expresión judicial de un conflicto, pese a que éste, insistimos, no tenga existencia, carezca de factualidad.

Por otro lado, podrá también existir conflicto sin litigio. Esta situación se presentará cuando alguien tenga una pretensión con relevancia jurídica contra otra, pero que no le interese exigirla judicialmente. Finalmente, como ya se expresó, también puede darse un litigio sin conflicto, que se presentará cuando alguien demande alegando un conflicto inexistente en el mundo real.

A continuación se desarrollarán otros conceptos básicos complementarios a los antes expresados, los que consideramos útiles para introducirnos al estudio del proceso. Las referidas categorías tienen -al igual que las ya descritas- una particularidad: se encuentran en el límite mismo entre la realidad y el Derecho, concretamente tienen que ver con el inicio del proceso, siendo ésta la materia específica que se pretende desarrollar en el presente capítulo.

58. CASO JUSTICIABLE

Conviene precisar que no todo conflicto de intereses presente en la realidad es factible de ser conducido, por los interesados en su solución, a los órganos del Estado especializados para tal fin, es decir, a los órganos jurisdiccionales. Para que ello ocurra, es necesario que el conflicto esté investido de un elemento esencial: la *relevancia jurídica*.

Un conflicto de intereses tiene relevancia jurídica, cuando la materia de los intereses resistidos, está prevista dentro del sistema jurídico de una sociedad políticamente organizada. Algunas veces tiende a reducirse el espectro de la relevancia jurídica a la simple ubicación del tema en el derecho positivo, es decir, a la identificación de una norma jurídica escrita que constituya el ámbito dentro del cual se acoja el supuesto de hecho que sustenta el conflicto de intereses. Sin embargo, adviértase que la búsqueda no se agota en la norma jurídica escrita, sino en todo el plexo de posibilidades que están presentes en un sistema jurídico.

El acto de descubrir y encontrar en el derecho objetivo –sea a través de la interpretación o de cualquier otro medio técnico– la norma que en algún sentido regule el tema debatido o incierto –obviamente en aquellos casos en que no sea posible ubicar la norma que acoja con fidelidad la situación discutida– es una expresión elevada, sofisticada, compleja y enriquecedora del ejercicio profesional.

Por cierto, tal manifestación jurídica calificada alcanza también al juez, especialmente cuando en ejercicio de su función y advirtiéndolo que en el proceso sometido a su decisión es aplicable una norma jurídica que no ha sido citada por el pretensor o por el demandado, la incorpora a la solución del conflicto en aplicación del aforismo *Iura novit curia*. Este aforismo, que contiene un deber del juez, está normado en el Código Procesal Civil del Perú³⁰⁸.

308 «Artículo VII.- Juez y Derecho.- El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por

La sutileza del operador jurídico para ubicar la norma objetiva que –teniendo por naturaleza un sentido genérico– contiene el supuesto de hecho del caso que está analizando, constituye la constatación pragmática que el Derecho es mucho más que un conjunto de normas, es una expresión de la dinámica social. Es también la confirmación de su calidad de fenómeno social, de su emparentamiento con el quehacer cotidiano de una sociedad con conflictos que deben ser resueltos para asegurar su permanencia.

Entonces, cuando la norma acoge la situación discutida, o cuando en uso de la hermenéutica jurídica se encuentra la norma que la contenga, estamos ante un *caso justiciable*, es decir, un conflicto de intereses pasible de ser presentado ante el juez para su tramitación y decisión posterior.

59. DERECHOS NO JUSTICIABLES

La necesidad de que los conflictos tengan una expresión en el derecho material podría llevar a la consideración de que su exigencia judicial no es otra cosa que la expresión dinámica de este mismo derecho material. Como bien sabemos, tal consideración pertenece a la prehistoria de la ciencia procesal, a aquella etapa en la que el proceso estuvo reducido al simple cumplimiento de formalidades, al rito de expresar la frase adecuada

las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes».

en el momento indicado, a aquella concepción que disfraza el vacío de conocimientos procesales y consideraba que «la acción» sólo era «el derecho armado y en pie de guerra»³⁰⁹.

La autonomía del derecho procesal, tal como se desarrolla en el capítulo referido al derecho de acción³¹⁰, se expresa nítidamente en aquellos casos en los que el sistema jurídico, a pesar de reconocer la existencia de un derecho material, le *niega* explícitamente al titular de él la posibilidad de reclamarlo en sede judicial. Expliquemos tal situación singular.

En la zona liminar de la relación realidad-proceso, que es la que estamos analizando, nos vamos a encontrar con casos justiciables, es decir, situaciones materiales perfectamente identificables dentro de una norma objetiva, es decir, con «derecho», a pesar de lo cual no es posible que puedan ser utilizadas como presupuesto de un proceso judicial.

Lo que ocurre es que el mismo sistema jurídico que le otorga al conflicto de intereses la calidad de caso justiciable, en tanto le reconoce ubicación dentro de él, se encarga también de sustraer la posibilidad de exigir judicialmente el cumplimiento de tal derecho, que hace sustentable precisamente la calidad de caso justiciable. Por cierto, tal decisión –en apariencia contradictoria– es

309 «Como las ideas de esta escuela (se refiere a la escuela francesa) fueron siempre muy afectas a las imágenes de guerra, se nos decía, con una metáfora más literaria que científica, que la acción era *le droit casqué et armé en guerre*». COUTURE, Eduardo J. *Introducción...*, cit., p. 9.

310 Capítulo X, 72.1.

la manifestación de una determinada política legislativa, en donde la supresión de la facultad de exigir judicialmente la pretensión emanada de determinados derechos suele ser el medio a través del cual se sanciona al titular de éstos.

Veamos un ejemplo en el derecho patrio. Una deuda originada en un juego no autorizado no es pasible de reclamo judicial, con lo cual estamos ante la situación singular antes descrita: el sistema jurídico reconoce que el acreedor tiene un derecho de crédito respecto del cual su deudor es sujeto pasivo. A pesar de ello, le niega a aquél -con norma expresa³¹¹- la posibilidad de exigir judicialmente su pago.

Se trata de derechos a los que PEYRANO y CHIAPPINI denominan *derechos eunucos*³¹² y los describen a partir de una cita de CARNELUTTI, quien los califica de *derechos inertes*:

«(...) la pretensión puede ser propuesta tanto por quien tiene como por quien no tiene el derecho y, por tanto, puede ser fundada o infundada. Tampoco el derecho reclama necesariamente la pretensión; como puede haber pretensión sin derecho, así también puede haber derecho sin pretensión; al lado de la pretensión infundada, tenemos, como fenómeno inverso, el derecho inerte»³¹³.

311 «Art. 1943.- El juego y la apuesta no autorizados son aquéllos que tienen carácter lucrativo, sin estar prohibidos por la ley, y no otorgan acción para reclamar por su resultado.

(...)».

312 PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O.. *Estrategia Procesal Civil*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni. 1982, p. 39.

313 CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. EJEa. 1959. T. I, p. 31.

Como se advierte, estamos ante conflictos que tienen relevancia jurídica, con lo cual han superado con éxito el requisito material para servir como tema a discutirse en un proceso civil, sin embargo, reiteramos, es el mismo ordenamiento legal el que le cercena su posibilidad de ser exigidos judicialmente, al eliminar un elemento de la estructura jurídica de ese derecho: *la facultad de poder ser pretendido judicialmente*. Ésta es la razón para el uso por parte de la doctrina de adjetivos como eunucos o inertes. Sin perjuicio de la contundencia de tales calificativos, nos parece más apropiado el de *derechos no justiciables*, en tanto se trata de derechos reconocidos pero limitados en su capacidad de sustentar un caso justiciable.

Aun cuando la explicación pueda resultar innecesaria, anotamos que existe una diferencia sustancial entre los derechos no justiciables y los derechos con pretensión prescrita. En los primeros jamás el titular del derecho tuvo o tendrá posibilidad de exigirlo judicialmente; en los segundos, en cambio, esta posibilidad existió durante un plazo determinado legalmente, que al vencerse dejó al titular del derecho sin oportunidad de recibir un pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo.

Una distinción menos sutil es la que se presenta con las llamadas *cuestiones no justiciables*. Éstos son conflictos que en principio son justiciables pero que en atención a su particular naturaleza y a razones de política estatal, se niega la posibilidad de su juzgamiento. Atendiendo a las razones antes descritas, se debe advertir que las cuestiones no justiciables son variables, de tal manera que las que así han sido calificadas pueden ya no serlo si con el

tiempo se modifican las condiciones políticas o sociales que así las determinaron³¹⁴.

Se citan como ejemplos de cuestiones no justiciables, entre otros, los asuntos políticos *strictu sensu*, como la declaración de estado de emergencia, las decisiones presidenciales a propósito de una insurrección o la eventualidad de una guerra exterior. Contra lo que se cree, las razones para detraer de la jurisdicción tales conflictos no están referidas a la seguridad del Estado o la trascendencia del acto, sino a la necesidad de mantener la independencia, importancia y prestigio del juez, para lo cual éste no debe decidir respecto de las siempre volubles coyunturas económicas, sociales o políticas de su tiempo³¹⁵. Por cierto, la relatividad del elenco de cuestiones no justiciables determina que su calificación jurídica dependa del sistema jurídico de cada país.

314 «La lista de cuestiones no justiciables varía, de forma que algunas de las que tuvieron ese carácter en el pasado lo perdieron, como aconteció, por ejemplo, con ciertos actos de ejecución del estado de sitio, a partir del caso «Sofía» de 1959. Lo que no cambia es la idea central. Necesariamente hay y siempre habrá cuestiones que, por exigencias de raíz constitucional, son insusceptibles de juzgamiento». OYHANARTE, Julio. *Cuestiones no justiciables*. En: VÉSCovi, Enrique y otros. *Temas de Casación y Recursos Extraordinarios. En Honor al Dr. Augusto M. Morello*. La Plata. Librería Editora Platense. 1982, p. 146.

315 «Es contrario al sistema democrático que los jueces se vean envueltos en las controversias de la política» (Caso *Colegrove vs. Green*, 1946, 328 US 549). «La historia enseña que la independencia de los jueces resulta comprometida cuando son tomados por pasiones militantes y asumen responsabilidad primaria en la opción entre alternativas políticas, económicas o sociales». Voto de Frankfurter en el caso *Dennis vs. U. S.*, 1951, 341 US 484. Citados por OYHANARTE, Julio. *Ibidem*, p. 147.

Por lo demás, dejamos establecido que aquello que es cuestión no justiciable para la –por llamarla de alguna manera– jurisdicción estatal clásica, puede ser a su vez para los órganos estatales encargados exclusivamente del control constitucional –un tribunal constitucional, por ejemplo– un caso típico de su competencia material. Así, no creemos que se pueda discutir en sede jurisdiccional clásica la calificación de una declaración de estado de sitio, sin embargo, ésta podría ser perfectamente tema de discusión y decisión de un órgano especializado de control constitucional.

60. FALTA DE FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PRETENSIÓN

Adviértase que la situación jurídica que vamos a describir conforma un panorama bastante parecido al anterior, por lo menos en sus consecuencias, aun cuando en su naturaleza jurídica difieren sustancialmente, razón ésta última para su tratamiento separado. Así, en el caso de los derechos no justiciables, como ya se expresó, éstos tienen pleno reconocimiento en el sistema jurídico, sin embargo, es este mismo sistema el que expresamente prohíbe la posibilidad de que sean exigidos judicialmente. Sin embargo, en el presente caso, se trata de conflictos de intereses que no tienen acogida en el sistema jurídica, es decir, están fuera de él, no son *casos justiciables*.

Si una persona demanda a su concubino para que se declare el divorcio respecto de la relación que mantienen, se trata de una exigencia (pretensión) desprovista de sustentación jurídica. Desde la perspectiva del órgano

jurisdiccional, lo que se ha producido en el caso mencionado es una imposibilidad jurídica de éste de juzgar, esto es, una limitación al poder de pronunciarse respecto del conflicto sometido a su decisión. Esto es lo que REDENTI denomina *falta de jurisdicción*³¹⁶.

Refiriéndose al tema, ALVARADO VELLOSO dice:

*"El poder judicial carece de facultad de conocer los casos no justiciables, y tal efecto absoluto de la facultad de juzgar puede proponerse en cualquier estado y grado de la causa y, más aún, ser suplido de oficio, resultado nulo, desde el principio, el proceso instruido cuando media tal defecto"*³¹⁷.

Con posterioridad, la procesalística contemporánea ha desarrollado con profundidad este tema, así encontramos que algunos lo denominan *improponibilidad objetiva de la pretensión*. Éste, por ejemplo, es el nombre con que PEYRANO y CHIAPPINI³¹⁸ desarrollan el tema.

Sin embargo, nos parece que los nombres utilizados no son expresiones correspondientes con lo que ocurre en la realidad. Así, la *falta de jurisdicción* a la que alude REDENTI, resulta ser una afirmación exagerada y hasta arbitraria. La jurisdicción como función (actividad) o como poder-deber (calidad en la persona u órgano) se mantiene intacta, no falta en las hipótesis en la que no hay caso

316 REDENTI, Enrico. *Derecho procesal civil*. T. I, Trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires, EJE, 1957, p. 126.

317 ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Comentarios al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe*. En: *Revista de Estudios Procesales*. Citado por PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O.. *Estrategia...*, cit., p. 38.

318 PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O. *Ibíd.*, p. 37.

justiciable. Éste es un tema ajeno a la jurisdicción, tiene que ver con la naturaleza de la pretensión que se intenta, pero en ningún caso con la función o con la persona u órgano que resuelve el conflicto.

Desde otra óptica, lo que ALVARADO VELLOSO denomina *defecto absoluto en la facultad del juez*, para por imputarle al órgano jurisdiccional una defección que no padece. Si la facultad de juzgar, de “decir derecho”, es una atribución estatal concedida a órganos especializados, no encontramos lógico que la presentación sin sustento jurídico deba ser imputada a este órgano jurisdiccional como expresión de su minusvalía.

Por otro lado, la tesis de la “improponibilidad objetiva de la pretensión” de PEYRANO y CHIAPPINI parece tener como punto de partida –salvo que la lectura de la frase requiera de una interpretación que no vislumbramos– la consideración de la existencia de un impedimento material (objetivo) para proponer la pretensión, afirmación que consideramos es por lo menos incongruente con lo que ocurre en la realidad.

Apreciemos el siguiente caso: un justiciable interpone una demanda que contiene una pretensión, en estricto nada ni nadie le impedirá proponerla. Sin embargo, lo que puede ocurrir es que la pretensión contenida en la demanda no tenga sustento en el sistema jurídico, es decir, que el conflicto expresado en la pretensión no sea un caso justiciable. No obstante, esta grave situación no habrá impedido al demandante proponer una pretensión, ergo, objetivamente la pretensión siempre podrá ser propuesta, aún cuando por razones distintas no podrá sujetarse a un desarrollo procesal.

Ahora bien, puede ser que la pretensión defectuosa sea advertida por el juez al inicio del proceso, con lo que procede al rechazo de la demanda y con ello toda la incipiente actividad procesal habrá quedado concluida. Sin embargo, bien puede ocurrir que esta constatación del defecto intrínseco de la pretensión no se advierta sino hasta avanzado el proceso. Si bien la pretensión propuesta y discutida a lo largo del proceso no podrá ser amparada o rechazada –por lo menos válidamente– se trata de una actividad procesal precaria, aleatoria, disminuida valorativamente, casi unseudoproceso, desde que resulta estéril para cumplir con los fines naturales del proceso.

Nótese bien que la ausencia de la calidad de caso justiciable no obsta el ejercicio del derecho de acción por parte del demandante, situación que determina la posibilidad de que se inicien procesos absolutamente inútiles, como ya se anotó.

En nuestra opinión, la interposición de una demanda que contiene una pretensión procesal que no conforma un caso justiciable es un caso típico de *improcedencia de la demanda por inexistencia de fundamentación jurídica de la pretensión*.

A este mismo tema se refiere PALACIO cuando afirma:

“El objeto de la pretensión, en otras palabras, debe ser jurídicamente posible. No reunirían este requisito las pretensiones mediante las cuales se pidiese, por ejemplo, la declaración de un divorcio vincular, el reconocimiento de una filiación natural con respecto a una mujer casada o la prisión del demandado por falta de pago de una deuda. Por cuanto se trata, en todas estas hipótesis, de materias sobre las cuales se halla vedada cualquier decisión judicial de mérito, es

obvio que los jueces deben repeler de oficio las respectivas pretensiones"³¹⁹.

Para concluir debe precisarse que, entre la falta de fundamentación jurídica de la pretensión y el caso no justiciable, hay una relación de especie a género. Es decir, hay casos no justiciables, como las que hemos denominado cuestiones no justiciables, que no son necesariamente así por la falta de fundamentación jurídica de la pretensión. Inclusive hay casos no justiciables que son así porque la exigencia contenida en la demanda es físicamente imposible, es decir, se trata de la realización de un acto o de la entrega de un bien o cualquier otro tipo de prestación que escapa a la posibilidad real de ser ejecutada.

Si un médico y un paciente convienen en que el primero se obliga a convertir al segundo –que tiene 60 años– en un joven que aparente 20, no será justiciable la pretensión de cumplimiento de contrato de este último, porque el juez jamás podrá exigir –en ejecución forzada de sentencia– tal prestación al médico demandado, ni siquiera que alguien lo haga en su lugar. Nótese que si bien la ejecución forzada de la pretensión demandada es imposible, tal hecho no descarta que el demandante exija una pretensión reparadora, esta vez perfectamente realizable.

319 PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*. T. I, Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1975, p. 415.

61. LA TEORÍA DE LA INSIGNIFICANCIA

El presente desarrollo quiere ser la aproximación a un tema polémico en la doctrina procesal. Se trata del análisis de aquellas situaciones reales que, en principio, tienen la calidad de casos justiciables, es decir, que si bien son conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica, se caracterizan porque su trascendencia es mínima desde la óptica de la importancia social del servicio de justicia. Nos estamos refiriendo a aquellas situaciones que si bien se encuadran dentro de los conceptos genéricos de conflicto de intereses intersubjetivos o incertidumbres, su tratamiento judicial y posterior solución van a tener una importancia reducida en el contexto social en el que se producen.

Como resulta evidente, la calificación de la importancia de un conflicto resulta ser una cuestión totalmente subjetiva y por eso discutible. A manera de ejemplo: la discusión sobre la propiedad de una computadora puede ser absolutamente esencial para una persona cuya ocupación y forma de vida es hacer trabajos con ella; sin embargo, puede ser absolutamente secundaria para quien no sólo tiene considerables medios económicos, sino que además no ha usado jamás una computadora.

A pesar de lo dicho, resulta más o menos evidente, también, que la calificación de la importancia del conflicto es una calificación social. No olvidemos que el servicio de justicia es público, en consecuencia, la importancia debe ser vista en atención al impacto social que la solución de conflictos produce.

Precisamente por tal razón, un criterio para apreciar la escasa trascendencia de un conflicto y, en consecuencia,

su falta de calidad intrínseca para ser caso justiciable, puede extraerse al realizar el análisis en torno de si el tiempo y el esfuerzo del servicio de justicia destinado para su tramitación y eventual solución serán para el sistema judicial una opción más onerosa –en términos de eficacia social– que lo que pueda significar su negativa a tramitarlo y resolverlo por considerarlo minusválido.

La conjetura planteada no es otra cosa que la aplicación de la llamada *teoría de la insignificancia* o de la *minusvalía fáctica* propuesta por Claus ROXIN, tesis que ha tenido considerable auge en el proceso penal. Por lo demás, no se trata de un tema jurídico de desarrollo reciente, ya de antiguo se cita el brocardo: *de minimis non curat praetor*, que significa poco más o menos: *lo menudo no lo resuelve el pretor*, es decir, que no corresponde al juez el trámite y la solución de los casos de mínima o escasa importancia.

Adviértase, para terminar con el tema, que no se trata de desproteger los conflictos de importancia patrimonial reducida, sino de evitar que las afectaciones exiguas desde la perspectiva del valor social de los bienes, se incorporen al tráfigo judicial y traigan consigo más perjuicio que beneficio social, como podría ocurrir si el servicio de justicia se complica, enreda y finalmente se anula, al no poder atender una demanda masiva de justicia para situaciones en las que no puede advertirse la trascendencia de la paz social como fin del proceso.

Nos parece que PERELMAN, citando un caso tomado de la Corte de Casación alemana, hace referencia indirecta a lo que entendemos es una aplicación de la Teoría de la Insignificancia:

«No se admitirá ninguna acción de resarcimiento, que pueda reproducirse hasta el infinito. Por esta razón, los tribunales alemanes rehusaron acoger una demanda de daños contra un vecino fundada en consideraciones de estética»³²⁰.

Si bien la Corte no lo expresa literalmente, resulta evidente que en su opinión las apreciaciones estéticas de las personas carecen de relevancia sociojurídica, a tal punto que no son suficientes para sustentar una pretensión indemnizatoria. Se trata, pues, de una pretensión insignificante en términos de realidad social. Por otro lado, es probable que la Corte haya tenido en cuenta, también, que la admisión de la demanda hubiera podido producir una exigencia masiva de pretensiones similares y haya generado un desquiciamiento del servicio de justicia y, con ello, un grave trastorno social, dado que las demandas podrían reproducirse indefinidamente³²¹.

62. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Es bueno reiterar que la necesidad de que el conflicto y la incertidumbre tengan acojo genérico en el sistema jurídico para que sean casos justiciables no debe ser interpretada

320 PERELMAN, Chaim. Cit., p. 127.

321 «En primer término, nos parece palmario que existe una política judicial inspirada por la realidad que, muchas veces, influye decididamente en las decisiones de los magistrados. Muestra de dicha 'política judicial' es aquella según la cual los tribunales son renuentes a admitir el progreso de demandas que puedan repetirse al infinito, con el consiguiente abarrotamiento de los estrados judiciales y el anejo deterioro del buen Servicio de Justicia». PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O.. *El Proceso Atípico. Parte Tercera*. Buenos Aires. Universidad. 1985, p. 157.

en sentido literal o restrictivo. La aptitud del abogado para encontrar el nexo entre el conflicto con el caso justiciable –es decir, de adecuar el conflicto a la norma jurídica– a partir de una interpretación del derecho objetivo, es una de las expresiones más enriquecedoras del ejercicio forense.

En definitiva, aquellos conflictos o incertidumbres que tengan un reconocimiento –expreso o tácito– en el sistema jurídico serán susceptibles de ser convertidos en casos justiciables. En este extremo, debe indicarse que el Código Procesal Civil peruano omite en su artículo 427³²² –cuya sumilla reza: *Improcedencia de la demanda*– referencia a la causal de *Falta de fundamentación jurídica de la pretensión*. Sin embargo, debe advertirse también que en el mismo artículo, el inciso 6 parece hacer mención, aunque indirectamente, al tema del caso justiciable.

322 «Artículo 427.- Improcedencia de la demanda.- El Juez declarará improcedente la demanda cuando:

1. El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar;
2. El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar;
3. Advierta la caducidad del derecho;
4. Carezca de competencia;
5. No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio;
6. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible; o
7. Contenga una indebida acumulación de pretensiones.

Si el Juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos.

Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes».

Se ha querido en este capítulo describir esa zona intermedia que existe entre la realidad como fuente material en donde se producen los conflictos de intereses o incertidumbres con relevancias jurídicas, y el tratamiento jurídico-procesal que estas situaciones reciben.

Adviértase que lo desarrollado no está ligado al tratamiento procesal propiamente dicho, sino simplemente a su estadio liminar, concretamente a la matriz social que proporciona temas al proceso, a la calificación jurídica que reciben las fuentes materiales, a su admisión como temas merecedores de tratamiento judicial y, por cierto, a las razones específicas para que tal admisión se produzca o no.

El resultado de tal análisis no puede ser otro que corroborar la extraordinaria importancia social que tiene la función jurisdiccional y, dentro de ella el proceso, como instrumento para consolidar un sistema social sin injusticias, con seguridad jurídica y, por cierto, con paz social.

Capítulo IX

Jurisdicción

SUMARIO: 63. IMPORTANCIA DE SU ESTUDIO. 64. ACEPCIONES DE LA PALABRA JURISDICCIÓN. 65. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA JURISDICCIÓN. 65.1 TEORÍA ORGANICISTA. 65.2. TEORÍA SUBJETIVA. 65.3. TEORÍA OBJETIVA; 65.3.1. TEORÍA OBJETIVA SEGÚN CARNELUTTI; 65.3.2. LA TEORÍA OBJETIVA SEGÚN REDENTI; 65.3.3. LA TEORÍA OBJETIVA SEGÚN CALAMANDREI. 65.4. TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN; 65.4.1. LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN SEGÚN SEGNI; 65.4.2. LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN SEGÚN SATTA. 66. RELATIVIDAD DEL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN. 67. HACIA UNA DEFINICIÓN DE JURISDICCIÓN. 67.1. LA JURISDICCIÓN COMO PODER-DEBER DEL ESTADO. 67.2. LA JURISDICCIÓN COMO INSTRUMENTO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS INTERSUBJETIVOS Y DE CONTROL DE LAS CONDUCTAS ANTISOCIALES Y DE LA CONSTITUCIONALIDAD NORMATIVA. 67.3. LA JURISDICCIÓN COMO INSTRUMENTO DE ACTUACIÓN O DE APLICACIÓN DEL DERECHO AL CASO CONCRETO. 67.4. EL CARÁCTER DEFINITIVO DE LAS DECISIONES DE LA JURISDICCIÓN. 67.5. LA JURISDICCIÓN COMO EXPRESIÓN DEL IMPERIO DEL ESTADO. 68. JURISDICCIÓN Y ADMINISTRACIÓN. 68.1. CONSIDERACIONES GENERALES. 68.2. LA RELACIÓN ENTRE JURISDICCIÓN Y ADMINISTRACIÓN. 69. CONCLUSIONES SOBRE LA JURISDICCIÓN. 70. LA JURISDICCIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO. 71. LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. 71.1. CONSIDERACIONES GENERALES. 71.2. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LLAMADA "JURISDICCIÓN VOLUNTARIA"; 71.2.1. TEORÍA DE LA FUNCIÓN ESPECIAL; 71.2.2. TEORÍA DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL; 71.2.3. TEORÍA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA. 71.3. UN INTENTO DE EXPLICACIÓN. 71.4. CASOS ESPECIALES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA; 71.4.1. LOS JUICIOS UNIVERSALES; 71.4.2. LA INTERDICCIÓN O DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD; 71.4.3. LA SEPARACIÓN CONYUGAL CONVENCIONAL; 71.4.4. EL RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES JUDICIALES O LAUDOS EXPEDIDOS EN EL EXTRANJERO. 71.5. A MANERA DE RESUMEN. 71.6. EL CASO PERUANO.

63. IMPORTANCIA DE SU ESTUDIO

Los estudios científicos del proceso han conocido en este siglo su origen, su auge y también su crisis, en relativamente poco tiempo. Sobre los dos primeros mo-

mentos se ha escrito mucho, de hecho este libro se refiere a ellos. Sobre la crisis, en cambio, la bibliografía es escasa. Apuntando algo sobre ésta, creemos que la principal causa fue el crecimiento desmesurado de los estudios procesales en el plano teórico, sin que tal abundancia de ideas y teorías –regularmente originales y casi siempre expresadas en contraposición a otras desarrolladas previamente– tuviera como destino su utilidad social.

Las tendencias innovadoras en la casi inexplorada materia procesal hicieron olvidar al jurista que tenía en sus manos el instrumento más efectivo para establecer y dinamizar el nexo entre el derecho y la sociedad, lugar en que aquel se concreta o aplica. Cada concepción sobre una institución procesal se convirtió en una cadena interminable de argumentos –a favor o en contra– los que regularmente quedaban suspendidos en el éter de las abstracciones, condenados a su vez, a ser el sustento de nuevas polémicas sin más sentido de la divagación infinita.

A pesar del relativo significado que tiene el último medio siglo para evaluar los sucesos históricos, podemos afirmar que en tal período la crisis de la ciencia procesal ha sido superada. Ha habido razones concretas para que tal reivindicación se produzca. Anotaremos algunas de ellas:

1. La considerable importancia que empezó a tener en las sociedades contemporáneas la vigencia real de los derechos constitucionales tuvo como consecuencia que recuperaran interés los estudios procesales, a efectos de producir medios idóneos que permitieran cumplir encargo tan trascendente para la sociedad. A esta disci-

plina en auge suele denominársele *justicia constitucional*, *jurisdiccional constitucional*, aunque es más común llamarla derecho procesal constitucional³²³.

2. La necesidad de contar con medios procesales que permitieran –en sede civil– plantear exigencias o pretensiones trascendentes para la sociedad –específicamente para sectores indeterminados de ella– y no solo para el individuo, la que genera lo que se ha llamado *la tutela judicial de los intereses difusos*.

3. Finalmente, la necesidad de que el servicio de justicia se democratice, esto es, que se preste con igualdad de posibilidades a toda la sociedad –especialmente para los desvalidos o marginados–, constituyó un tema que también coadyuvó a recuperar la importancia de los estudios procesales.

Nótese que los datos históricos descritos tienen como rasgo común ser expresión de un cambio en la finalidad del proceso. Durante casi todo su período fundacional, la ciencia del proceso se caracterizó por el sobredimensionamiento de las elaboraciones abstractas –como ya se

323 «Aún cuando el concepto de justicia constitucional debe considerarse más extenso que el de derecho procesal constitucional, ya que el primero comprende instrumentos que no son de carácter estrictamente jurisdiccional, como algunos de carácter político o bien de naturaleza para judicial, sin embargo, el segundo término se ha impuesto con firmeza para comprender el análisis de todos los medios de resolución de controversias de carácter constitucional y de tutela de los derechos fundamentales, aun cuando no sean estrictamente procesales como ocurre, por ejemplo con el *ombudsman*». FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional*. en: *Ius et Veritas*. Lima. Año V, núm. 8. 1994, p. 94.

anotó- y esta fue la razón de su crisis. En tal situación, la única posibilidad que la ciencia procesal tenía de salir del marasmo en el que se encontraba era reivindicar su utilidad social, su eficacia para la sociedad. Las razones anotadas son una prueba de que el cambio se produjo.

Los estudios procesales científicos del período clásico -nos referimos a aquellos en los que abundaban las abstracciones teóricas- se caracterizaron por ser en muchos casos repetitivos. Regularmente se realizaban teniendo como punto de partida la investigación de una de estas tres instituciones: *la jurisdicción, la acción o el proceso*. El ingreso por alguna de estas significó el otorgamiento de un determinado acento en la investigación y en el conocimiento del proceso.

Inclusive solía presentarse un hecho muy curioso: la opción por empezar el estudio concediéndole primacía a una de las instituciones señaladas significó que, llegado el momento de investigar alguna de las otras, se produjera una repetición en el estudio de los conceptos ya trabajados, es decir, se revisaban los mismo problemas pero con distintas soluciones. Entonces, la "crisis" del proceso consistió en que los juristas reiteraban y se contradecían investigando los mismos temas, simplemente alterando la ruta de acceso en que los estudiaban.

Por otro lado, ya en el período de la revalorización de los estudios procesales, el compromiso del proceso con la vigencia de la Constitución, significó por extensión un compromiso con las ideas políticas predominantes en la sociedad. Desde esta perspectiva, muy pronto el punto de partida de los estudios procesales empezó a tener como referencia el análisis de las instituciones ligadas al Estado y a su funcionamiento.

En el caso concreto de las tres instituciones antes anotadas, no queda duda de que la más cercada a este compromiso jurídico-político de la ciencia procesal con la sociedad es la *jurisdicción*. Además, es sabido que algunos procesalistas –como ya se expresó anteriormente– consideran que más que referirse al derecho procesal, se debe hablar de *derecho jurisdiccional*³²⁴. Al margen de compartir o no tal tesis, está fuera de toda duda que los renovados estudios procesales exigen contar prioritariamente con un panorama claro respecto a la naturaleza jurídica de la *jurisdicción*.

El auge de los estudios sobre la *jurisdicción*, ha determinado que sean varias las disciplinas jurídicas que han asumido para sí el encargo de su investigación. El derecho constitucional, el derecho administrativo y la ciencia política son ejemplos de ellas. Y no deja de tener consistencia tal visión del análisis. Nos parece que el estudio de la *jurisdicción* debe consistir en una investigación multidisciplinaria, donde el derecho procesal no debe estar al margen como algunos consideran, sino al contrario, debe ser el protagonista más importante de este esfuerzo por identificar su esencia.

64. ACEPCIONES DE LA PALABRA *JURISDICCIÓN*

No sólo en los usos jurídicos, sino también en el lenguaje coloquial, el concepto de estudio suele tener diver-

324 FENECH, Miguel. *Notas previas al estudio del derecho procesal*, en: FENECH-CARRERAS. *Estudios de derecho procesal*. Barcelona, 1962, p. 50, y MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al derecho procesal*. Madrid. Tecnos. 1976, p. 288.

sas acepciones. Esto significa que a los distintos grados de dificultad que supone la identificación de la esencia de la *jurisdicción* en el plano jurídico, debe sumarse el hecho de que esta tiene un uso diversificado en el lenguaje popular, tanto que sin una precisión del mensaje, emisor y receptor pueden tener con la misma palabra un diálogo incomprensible.

A continuación describiremos las acepciones más comunes de la palabra *jurisdicción*, a efectos de ir perfilando la que, provisionalmente, nos parece es su definición más idónea en el contexto de una teoría del proceso.

1. Prescindiendo de si se trata de órganos jurisdiccionales, administrativos o legislativos, suele considerarse –y algunos dispositivos legales así lo confirman– que cada uno de estos tiene un ámbito territorial de vigencia, de tal suerte que dentro de ese contexto sus funciones son plenamente válidas y eficaces. En el caso peruano, por ejemplo, si nos acercamos a una dependencia de la policía nacional a denunciar un hecho, es posible que el encargado de atendernos nos diga que no puede registrar nuestra denuncia, porque el hecho ha ocurrido “*fuera de su jurisdicción*”.

Sin perjuicio de la claridad del mensaje, no cabe duda de que se trata de una acepción jurídicamente equivocada. Lo que se da en llamar *jurisdicción* en este caso no es otra cosa que la *competencia territorial* de un órgano estatal. En los órganos jurisdiccionales también se presenta dicha competencia³²⁵.

325 La competencia territorial determina el área geográfica en la que un órgano jurisdiccional cumple válidamente su función.

2. También se usa el concepto en estudio para identificar la materia o la naturaleza del contenido del caso específico, la que sirve a su vez para individualizar al órgano jurisdiccional que se debe encargar de su trámite. Así, por ejemplo, cuando se está ante un delito, se afirma que su procesamiento corresponde a la "jurisdicción" penal. Aquí el error, además de evidente, es repetitivo de la anterior acepción, dado que, en estricto, aquello que se denomina *jurisdicción penal*, no es otra cosa que la *competencia material*³²⁶.

3. Una acepción bastante común del concepto, consiste en referirse a la *jurisdicción* como el poder genérico que un órgano del Estado, sea jurisdiccional, legislativo o administrativo, ejerce sobre el individuo. Se dice, por ejemplo, que mientras el ciudadano extranjero no abandone el territorio nacional, se encuentra bajo la "jurisdicción" de las leyes peruanas. Nótese que en este caso la acepción utilizada, en nuestra opinión, corresponde a una expresión de la soberanía del Estado, esto es, se trata de la "jurisdicción" como mandato supremo de la organización política más importante de la sociedad. En el ejemplo, la "jurisdicción" expresa la afirmación de la vigencia del sistema legal del Estado.

4. Finalmente, suele decirse que la *jurisdicción* es el poder específico que algunos órganos estatales tienen para resolver los conflictos de intereses que les propongan. Esta acepción se encuentra considerablemente emparentada con nuestro concepto, sin embargo, tal como ha sido

326 La competencia material determina al órgano jurisdiccional encargado de conocer un caso teniendo en cuenta la naturaleza del derecho material discutido.

descrita, constituye una expresión gruesa del tema que requiere, en consecuencia, afinamiento.

Así, dentro de los órganos legislativos pueden existir algunos que tengan entre sus deberes resolver conflictos de intereses producidos entre personas que desempeñen funciones en estos. El órgano disciplinario del poder legislativo, por ejemplo. Esta posibilidad de realizar actividad de naturaleza jurisdiccional se presenta de manera más evidente en el caso de algunos órganos administrativos. Así, hay órganos creados específicamente para resolver conflictos de intereses. Es el caso del Tribunal Fiscal, encargado en el Perú de resolver en última instancia administrativa los reclamos de los particulares sobre aspectos tributarios. Finalmente, también encontramos en la vereda opuesta órganos pertenecientes a la estructura judicial del Estado que no resuelven conflictos de intereses, sino que se dedican a realizar actividades de distinta naturaleza, en el Perú, es el caso del Consejo Ejecutivo del poder judicial.

65. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA JURISDICCIÓN

Lo expresado en el primer capítulo sobre el origen del proceso es, de alguna manera, útil también para explicar el origen de la jurisdicción. El método de elección de un tercero para que se encargue de resolver conflictos de intereses intersubjetivos; la necesidad de encontrar a la persona o a la institución más idónea para encargarse de realizar esta trascendente función dentro del grupo social; la exigencia de desconcentrar la actividad antes

descrita en órganos distintos del poder central –aunque dependientes de este por razones de densidad demográfica– y, finalmente, la concreción de la de la referida actividad en el Estado, adquiriendo esta la calidad de función pública, son expresiones históricas de la evolución de la jurisdicción.

A continuación presentaremos una descripción de las teorías más reconocidas, concebidas para explicar la naturaleza jurídica de la *jurisdicción*.

65.1. Teoría organicista

Si bien esta teoría es en el fondo una variante de lo que más adelante se desarrollará con el nombre de teoría subjetiva, le concedemos un tratamiento aparte debido a que tiene básicamente un valor histórico.

La teoría organicista carece de cultores o defensores en los estudios científicos del proceso, aunque se le reconoce un mérito: su cuestionamiento sirvió para enriquecer la temática de la jurisdicción. Se sustenta en una concepción rígida –ni siquiera propuesta así por sus gestores– de la teoría de la separación de los poderes del Estado. Así, considera que la naturaleza de los actos depende de los órganos que la realizan, por tanto, serán actos jurisdiccionales aquellos que emanan del poder judicial, más específicamente de sus órganos.

Como resulta evidente, la teoría no resiste el más elemental análisis. Así, bien sabemos que los órganos jurisdiccionales no concretan únicamente actos jurisdiccionales, sino que en muchos casos autorregulan su funcionamiento realizando actos administrativos. Inclusive hay algunos actos realizados por órganos que forman

parte del poder judicial, como el ejemplo antes dado del Consejo Ejecutivo del poder judicial, que expide sólo resoluciones administrativas. Por otro lado, hay órganos que no pertenecen al poder judicial, pero realizan actos destinados a tramitar y solucionar conflictos –como el Tribunal Fiscal antes descrito– llevando a cabo una actividad que podría ser calificada de jurisdiccional.

Refiriéndose a esta teoría HOYOS HENRECHSON afirma:

“La teoría organicista es de un simplismo inadmisibile y, por consiguiente, no es de extrañar que ella sea reputada absolutamente insuficiente para satisfacer las necesidades teórico-prácticas. En verdad, con ella se hace difícil, si no imposible, distinguir los actos jurisdiccionales, por una parte, de los actos legislativos y de los actos administrativos, por otra”³²⁷.

65.2. Teoría subjetiva

El punto de partida de esta teoría es la consideración de que la jurisdicción tiene como objeto la tutela de los derechos subjetivos de los particulares, mediante la aplicación de la norma general al caso concreto. A esta teoría, que MONROY CABRA la atribuye a GERBER y HELLWIG, se le imputa la imposibilidad de explicar los casos en los que hay actividad jurisdiccional sin que haya derecho subjetivo violado, como por ejemplo en los casos en que se resuelve una incertidumbre jurídica, los que, como sabemos, concluyen en una declaración de mera certeza³²⁸.

Por otro lado, dado que el derecho subjetivo no es otra cosa que un interés individual con protección jurídica

327 HOYOS HENRECHSON, Francisco. Cit., p. 24

328 MONROY CABRA, Marco Gerardo. Cit., p. 91.

–esta calidad es parte nuclear de su estructura jurídica– la afirmación de esta teoría nos conduciría a una conclusión tautológica: la jurisdicción sería la tutela de la tutela, o expresándonos de otra manera, sería el derecho subjetivo de los derechos subjetivos.

Asimismo, según esta teoría la función jurisdiccional carece de contenido propio: sólo está conformada por aspectos formales, razón por la cual se distingue por la calidad (o cualidad) del órgano estatal que la actúa. Sin embargo, cuando anteriormente cuestionamos la teoría organicista –que reiteramos, sólo es una variante de la que comentamos– descartamos con variados ejemplos la tesis de que es el órgano quien determina la función, porque son precisamente los rasgos particulares de estos los que califican a aquel.

65.3. Teoría objetiva

Como es fácilmente comprensible, en contraste con la teoría antes desarrollada, la teoría objetiva parte de la consideración de que la jurisdicción tiene por fin la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, a efectos de asegurar su vigencia.

Una de las críticas más severas que se hace a esta teoría, es su incapacidad para lograr un discernimiento entre el acto jurisdiccional y el acto administrativo, dado que este último, como sabemos, también supone la actuación del derecho objetivo a casos concretos.

Otra crítica severa –esta vez de parte de procesalistas autorizados como WACH, MICHELL, LIEBMAN, entre otros– es que a través de ella no se puede explicar por qué si siendo el fin de la jurisdicción la actuación del derecho objetivo,

el inicio de su actividad solo ocurre excepcionalmente de oficio y requiere regularmente la petición de un justiciable. Propongamos la objeción como pregunta: ¿cómo puede concebirse que un órgano estatal no pueda cumplir este cometido espontáneamente, sino sólo cuando se lo exige un particular?

65.3.1. *La teoría objetiva según Canelutti.*

En opinión de CARNELUTTI, la jurisdicción tiene como función la justa composición de la *litis*. Entendido este concepto como el conflicto de intereses puesto a consideración del órgano jurisdiccional para recibir de él una solución definitiva –o *composición* como la denomina el genio de Udine– a través de la actuación del derecho objetivo que corresponde al conflicto específico.

Tal vez la dificultad que encontramos en la teoría del gran maestro es ese vínculo subjetivo que establece en su definición cuando incorpora el concepto de *justa* a la composición de la *litis*. De alguna manera, parecería que la teoría desconoce el carácter jurisdiccional de aquellos actos en los que se declara el derecho pero con ausencia del valor justicia. Como no se puede aspirar a que los órganos jurisdiccionales siempre acierten –no debemos olvidar que están compuestos simplemente por seres humanos, después de todo–, habría que admitir, siguiendo a CARNELUTTI, que algunos actos, a pesar de contener decisiones de un órgano jurisdiccional, no son actos jurisdiccionales, al carecer de la calidad de justos. Así, por ejemplo, se le estaría negando naturaleza jurisdiccional a una sentencia que posteriormente es revocada por un órgano jurisdiccional superior atendiendo a su notoria injusticia.

65.3.2. *La teoría objetiva según Redenti.*

Suele decirse que la estructura interna de una norma jurídica contiene dos partes: un precepto y una sanción. La primera es una hipótesis de hecho; cumplida o incumplida esta, se presenta la segunda parte que es la sanción. A partir de esta concepción, Enrico REDENTI afirma que la jurisdicción es una función que tiene por objeto la aplicación de sanciones.

Como se advierte, esta es una variante de la teoría objetiva clásica. La crítica que se le hace a REDENTI es que, al explicar su planteamiento, no se detiene a precisar los alcances de una categoría que es definitiva para entender su teoría: el concepto *sanción*. Por nuestro lado, nos parece que la reserva en precisar los límites de la acepción del concepto es un acto intencional del autor, dado que a fin de justificar la teoría es necesario ampliar el concepto de *sanción* a situaciones totalmente ajenas a su acepción jurídica más común.

65.3.3. *La teoría objetiva según Calamandrei.*

Tratando de superar las dificultades de la teoría de REDENTI, CALAMANDREI considera que la jurisdicción tiene como función garantizar el cumplimiento de las normas jurídicas vigentes en un Estado. El planteamiento es el siguiente: las normas jurídicas son regularmente cumplidas en una sociedad, asegurándose así la vigencia de un Estado de derecho. Sin embargo, en las ocasiones en que este cumplimiento no ocurre, es indispensable contar con una actividad que asegure la vigencia de la norma, dado que está en juego el destino de la sociedad: ésta es la función jurisdiccional.

Por esta razón, CALAMANDREI considera que la función jurisdiccional es complementaria a la función legislativa, en tanto integra el proceso de producción jurídica. En términos más simples: las normas jurídicas son creadas para ser cumplidas, si tal acto no ocurre, la norma sería inútil. Para que ello no se presente –hecho que puede pasar porque la norma es oscura, ha sido violada o es incierta–, es indispensable que se actúe la norma indefectiblemente y es necesario utilizar la función jurisdiccional.

Participamos en gran medida de la teoría del maestro de Florencia. Sin embargo, nos parece que más que una variante de la teoría objetiva, la tesis de CALAMANDREI debe explicarse también en el sentido de que complementa y actualiza la teoría de la sustitución propuesta por su maestro CHIOVENDA, la que explicaremos enseguida.

65.4. Teoría de la sustitución

Según CHIOVENDA, la jurisdicción es una “(...) función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva”³²⁹. Con esta frase, el maestro de Bolonia separa, identifica y convierte en trascendente el perfil sustitutivo del acto jurisdiccional.

La teoría de la sustitución parte de un supuesto sólido: la jurisdicción, en su aspecto funcional, consiste en

329 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones...*, cit., p. 2.

la aplicación de la norma de derecho para la solución del conflicto de intereses, en tanto éste es puesto a la consideración de un órgano jurisdiccional determinado, debido a que quien debió cumplirla espontáneamente no lo hizo. Siendo así, lo que la jurisdicción hace es reemplazar *-sustituir-* la actividad que regularmente deben realizar los particulares, en su calidad de sujetos pasivos de la norma jurídica. En la práctica, la sustitución propuesta por CHIOVENDA es la del juez por el particular.

65.4.1. La teoría de la sustitución según Segni.

Las distintas apreciaciones respecto de los que es materia de la sustitución determinaron la existencia de algunas variantes al interior de la misma doctrina. Así, según SEGNI, la sustitución que se presenta es la del ordenamiento material por el ordenamiento procesal. Existiendo una diferencia muy clara entre una y otra norma jurídica y, asimismo, siendo el proceso un medio para solucionar los conflictos de intereses, según la teoría de SEGNI, en realidad lo que se lleva al proceso bajo la forma de conflicto es el derecho material, el cual queda sustituido por la facultad que tiene el derecho procesal de restablecer el derecho violado.

La crítica más severa que recibe la teoría de SEGNI es que se sustenta en la división arbitraria de un objeto que por naturaleza es unitario: el ordenamiento jurídico. Por nuestro lado, nos parece que la teoría carece de eficacia práctica, en tanto no es posible trazar un límite indiscutible, impecable y de reconocimiento universal entre el derecho material y el derecho procesal. En dicho tema, como bien sabemos, todo es aproximativo.

65.4.2. *La teoría de la sustitución según Satta.*

Otra variante de la teoría de la sustitución ha sido propuesta por Salvatore SATTA, tal vez uno de los procesalistas más heterodoxos de la Escuela Italiana de derecho procesal. Según el profesor de la Universidad de Roma, la sustitución se presenta en la relación entre el ordenamiento jurídico y el juez, siendo el segundo quien sustituye al primero. Esta teoría parte del supuesto de que la necesidad de convivencia social exige que el ordenamiento jurídico sea cumplido y precisamente es la actividad jurisdiccional la encargada de hacer realidad la eficacia de dicho ordenamiento.

Con distintos matices, tal como hemos apreciado, la teoría de la sustitución es la más exitosa explicación –en términos de reconocimiento científico– sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción. En realidad, esta teoría se complementa enseñando que la jurisdicción no sólo sustituye la actividad o inactividad del demandado que presuntamente incumplió la norma, sino que el reemplazo es extensivo a ambos partícipes. Al resolver el conflicto, el órgano jurisdiccional precisa a ambas partes cuál es su situación jurídica y la conducta que deben observar una frente a otra, atendiendo a la norma jurídica declarada para el caso concreto.

Por cierto, la sustitución reviste caracteres especiales cuando la decisión judicial contiene una condena, pues además de la declaración del derecho que corresponda, la sustitución alcanza a exigir el cumplimiento de la prestación declarada, aun contra la voluntad del obligado si es necesario.

Es cuestionable el hecho de que la explicación de esta teoría sólo es aceptable en sede civil, pero no en sede pe-

nal, en donde no es posible entender cómo se produce la sustitución en la ejecución de la sentencia. Asimismo, en aquellos procesos penales donde no hay un denunciante o querellante en el punto de partida de la actividad jurisdiccional, la extraordinaria afinidad –en algunos ordenamientos son casi idénticos– que existe entre la actividad de los órganos jurisdiccionales y la del ministerio público reduce a expresiones mínimas la mentada sustitución.

66. RELATIVIDAD DEL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN

Suele aceptarse pacíficamente que el concepto jurisdicción es absolutamente relativo. Así opinan, entre otros, DI IORIO³³⁰ y HOYOS HENRECHSON³³¹. De hecho, las especulaciones teóricas que se hacen sobre el concepto hacen encallar

330 «Es tradicional la consideración de la jurisdicción como un concepto relativo del cual no se puede dar una definición absoluta, válida para todos los tiempos y para todos los pueblos. Así se ha dicho que no sólo las formas externas, por medio de las cuales se desarrolla la administración de la justicia, sino también los métodos lógicos del juzgar, tienen un valor contingente, que no pueden ser determinados sino en relación a un «momento dado». DI IORIO, Alfredo J. *Temas de derecho procesal*. Buenos Aires. Depalma. 1985, pp. 7 y 8.

331 «Aunque el concepto de jurisdicción no puede ser perfilado de una vez y para siempre, ya que su predicada relatividad arranca de la contingencia de sus elementos de forma y fondo, así como de su propio contenido, extraordinariamente variables a través del tiempo y del espacio, es indiscutible que el mismo está indisolublemente ligado, al menos en los países modernos, regidos por Estados de derecho, especialmente en los que conforman la así denominada «cultura occidental» al sistema de la legalidad». HOYOS HENRECHSON, Francisco. Cit., p. 6.

cualquier intento unitario, el que por lo demás se ve obstaculizado por dos factores: el desarrollo normativo que cada sistema jurídico realiza y las interpretaciones condicionadas por los cambios económicos, políticos y sociales que se presentan dinámicamente dentro de una sociedad.

Por esta razón consideramos que la validez y utilidad del concepto *jurisdicción* debe ser apreciada en el espectro de un determinado sistema jurídico, es decir, hay que evitar la búsqueda de un concepto abstracto y universalmente válido de jurisdicción, porque será el derecho objetivo de cada Estado el que contribuirá a darle su perfil definitivo en un momento histórico determinado.

Por lo demás, la jurisdicción y su realización están condicionadas por las circunstancias sociales en las que su desarrollo concreto se produce. La jurisdicción es expresión de lo que la comunidad sienta, perciba, desprecia, necesita, etc. BARILE expresa esta idea de la siguiente manera:

*"(...) la independencia que el poder judicial goza respecto a los otros poderes fundamentales del Estado, y que generalmente está garantizada a nivel constitucional, no conlleva (o por lo menos no debería conllevar) a encerrarlo en una torre de marfil, con la consecuencia de un gouvernement des juges. De todos modos, en cada caso, el juez es, y así permanece, expresión de la sociedad de su tiempo, y por tanto es objeto de poderosas y determinantes influencias del ambiente, en modo especial de aquel que lo rodea más directamente y del cual él proviene y es parte integrantes; pero en general de toda la sociedad en la cual vive. Esta sociedad está hoy en una crisis grave, y descarga sobre él toda su conflictualidad"*³³².

332 BARILE, Paolo. *Poder judicial y sociedad civil en las democracias occidentales contemporáneas*, en: *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*. México, 1977, p. 77.

67. HACIA UNA DEFINICIÓN DE JURISDICCIÓN

Siendo imprescindible para continuar con nuestro análisis intelectual contar con un concepto operativo, que permita desarrollar otros que sostengan y a la vez se articulen al interior de una teoría general del proceso, consideramos que la llamada *función jurisdiccional* o más específicamente *jurisdicción*, es el *poder-deber del Estado, previsto para solucionar conflictos de intereses intersubjetivos, controlar las conductas antisociales (faltas o delitos) y también la constitucionalidad normativa, en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto, utilizando su imperio para que sus decisiones se cumplan de manera ineludible, y promoviendo a través de ellas una sociedad con paz social en justicia.*

Adviértase que estamos utilizando simultáneamente los conceptos *poder-deber* y *función* para referirnos a la jurisdicción, sin que tal empleo constituya una contradicción. Lo que ocurre es que ambos conceptos constituyen dos planos de apreciación distintos del mismo fenómeno. Cuando nos referimos a la jurisdicción como *poder-deber*, estamos privilegiando en nuestro análisis a la persona u órgano que realiza la actividad. En cambio, cuando nos referimos a la *función*, estamos privilegiando la actividad realizada en ejercicio de la jurisdicción.

Por otro lado, y para evitar confusiones, apréciase la diferencia que existe entre los conceptos *función jurisdiccional* y *función judicial*. La segunda suele estar subsumida dentro de la primera, sin embargo, ésta no es precisamente una regla definitiva, dado que en mucho depende del sistema jurídico específico que se investigue. En nuestra opinión, si la primera está referida a la solución de conflic-

tos de intereses intersubjetivos, y la segunda a la actividad realizada por los órganos jurisdiccionales, advertiremos que cuando el juez tramite un proceso no contencioso, está realizando función judicial pero no precisamente función jurisdiccional.

A efectos de explicar la definición propuesta, a continuación se desarrollarán separadamente sus aspectos más trascendentes.

67.1. La jurisdicción como poder-deber del Estado

Una breve explicación sobre dos aspectos en apariencia contradictorios pero en realidad complementarios de la definición dada. La jurisdicción es un *poder* porque es exclusiva: no hay otro órgano estatal ni mucho menos particular encargado de tal tarea. El Estado ejerce de tal forma esta exclusividad, que los textos constitucionales suelen referirse al *monopolio jurisdiccional del Estado*. Resulta evidente que el origen de ese *poder* se encuentra en la aceptación de que la función jurisdiccional es una manifestación de superioridad de quien la ejerce. Superioridad y autoridad que, a su vez, se explican en que ambas constituyen una emanación de la soberanía del Estado.

En esta línea de argumentación, GIMENO SENDRA expresa:

"(...) el contenido de la mencionada potestad viene determinada por una fuerza de mando jurídicamente vinculante a terceros, como consecuencia de esa potencia de mandar, que encierra, destinada a la protección de los intereses de los otros. Ese imperio, energía o fuerza ética y física que contiene la potestad jurisdiccional es la que garantiza la supremacía

o superioridad del órgano jurisdiccional frente a las partes y la que hace eficaz, en definitiva, el cumplimiento ulterior de sus decisiones"³³³.

Otra manera de sustentar la calidad de *poder* de la jurisdicción es afirmar que es el medio a través del cual el Estado asegura que su facultad legislatora –también exclusiva– va a ser respetada a través de la eficacia del ordenamiento legal que él mismo provee a la sociedad. Sustentando esta posición, de REZENDE Filho dice:

*"En el régimen de legalidad, la misión conspicua del Estado consiste en mantener la autoridad y el prestigio de la ley. Mediante sus jueces y tribunales, el Estado se confirma así mismo, haciendo con su autoridad que el imperio de las leyes abstractas llegue al nivel de las vicisitudes humanas, y regule eficazmente la conducta de los individuos: el Estado defiende con la jurisdicción su autoridad de legislador"*³³⁴.

Un tema ligado a la calidad de poder de la jurisdicción es la identificación de la fuente matriz de este poder, es decir, qué institución, persona o ente le otorga a la actividad jurisdiccional tal calidad excepcional; de quién le viene delegada tal función, o en nombre de quién se imparte justicia, como suele decirse. Las respuestas suelen ser numerosas y está ligadas a la concepción ideo-política acogida en una determinada sociedad organizada. Así, se imparte justicia en nombre del rey, de Dios, del jefe de Estado, del *pueblo*, del Estado, de la Nación, de la República, del Reino. En el caso peruano, la

333 GIMENO SENDRA, Vicente. *Fundamentos de derecho procesal*. Madrid. Civitas. 1981, p. 32.

334 DE REZENDE, Gabriel José Rodrigues, Filho. *Curso de direito processual civil*, vol. I, p. 107.

Constitución vigente resuelve, con claridad meridiana, el tema precisando que es el *pueblo* la fuente de poder del servicio de justicia³³⁵.

Sin embargo, lo expresado no descarta el hecho de que la jurisdicción sea también un *deber*. Este rasgo se expresa de diferentes maneras. Así, el poder jurisdiccional al que nos referimos anteriormente no es en ningún caso discrecional, vale decir, ilimitado. Así, el otorgamiento de la función jurisdiccional tiene casi siempre origen en el pedido del interesado. Es precisamente a partir de tal solicitud que el órgano jurisdiccional actúa. Así, el citado órgano lo hace cumpliendo con un deber a tal extremo que no está facultad a rechazar el pedido sin que haya un fundamento manifiesto y evidente que así lo determine. Este fundamento, además, tiene el deber de expresarlo.

Por otro lado, en aquellos casos extraordinarios –sobre todo, en sede penal– en donde cabe su actuación de oficio, al ser esta impuesta por el ordenamiento jurídico, la función jurisdiccional se reafirma como deber, es decir, aún en los casos en que aparentemente el inicio del proceso depende de la decisión de sus órganos, ésta es exigida por la norma positiva.

335 «Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el poder judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior».

67.2. La jurisdicción como instrumento de solución de conflictos intersubjetivos y de control de las conductas antisociales y de la constitucionalidad normativa

Nos parece que éste es el eje en torno del cual gira la singularidad de la jurisdicción. Si ésta es intrínsecamente expresión de poder, entonces es necesario identificar el uso que se le debe dar a tal potestad, y en este caso la respuesta es determinante: el poder sirve para resolver conflictos de intereses intersubjetivos, controlar las conductas antisociales y ejercer también el control difuso de la constitucionalidad normativa. Lo expresado es a tal punto trascendente que podemos afirmar que en aquel acto estatal en el que no se pretenda conseguir alguno de estos objetivos, no se estará ante actividad jurisdiccional³³⁶.

El tema es aparentemente pacífico. Sin embargo, hay por lo menos dos situaciones relacionadas con el objetivo de solucionar conflictos de intereses que requieren explicación, dado que complican y confunden lo expresado en el párrafo anterior. Analicemos cada una de ellas.

La primera tiene que ver con la actividad que realizan los órganos jurisdiccionales en casos que precisamente se caracterizan por no tener como presupuesto conflictos de intereses, son los llamados "procesos" *no contenciosos* o de *jurisdicción voluntaria*. Siendo un tema tratado minuciosa-

336 Atendiendo a la especialidad de la obra, durante su desarrollo se privilegia, el objetivo jurisdiccional de la solución de conflictos de intereses intersubjetivos con relevancia jurídica, sin que tal hecho exprese una negación de los otros objetivos.

mente en las siguientes páginas, nos remitimos a lo que en ellas se expresa, sin embargo, aquí sólo manifestamos que, en nuestra opinión la actividad que se realiza durante el trámite de los procedimientos no contenciosos no es *jurisdiccional* –precisamente porque no hay conflicto de intereses que resolver– y tampoco es *voluntaria* porque el juez está obligado a tramitarla y, por otro lado, cuando el justiciable la utiliza es porque regularmente no tiene otra alternativa.

La segunda tiene que ver con aquellos casos en los que, a pesar de que el demandante proponga al órgano jurisdiccional la existencia de un conflicto de intereses para su solución, éste no es aceptado como conflicto por el demandado expresa o tácitamente, sea porque se allana al petitorio, reconoce la pretensión o deja pasar el plazo para contestar la demanda, e incurre así en rebeldía.

Esta oposición del demandado a considerar la existencia de un conflicto de intereses, no desconoce su existencia como elemento central de un proceso judicial regular. Como ya se ha desarrollado³³⁷, creemos que el error está en no advertir la diferencia entre conflicto y controversia. El primer concepto ni siquiera requiere factibilidad para ser reconocido como presupuesto material de un proceso, sólo es necesario que el demandante afirme su existencia en la demanda. El segundo, en cambio, supone la discusión judicial del conflicto. En consecuencia, en un proceso en el cual el demandado no discute la pretensión dirigida contra él, tal conducta no descarta la existencia del conflicto de intereses como

337 *Infra*, núm. 55.

presupuesto de la actividad jurisdiccional, aun cuando no se haya presentado la controversia.

Esta diferencia entre conflicto y controversia sirve también para explicar lo que ocurre en el proceso penal. En este puede actuarse la confesión del inculpado como un equivalente al allanamiento del demandado en el proceso civil, sin embargo, la admisión de los hechos no otorga certeza definitiva al resultado, por lo que tampoco elimina la existencia de conflicto.

Igual se puede decir de la fase instructiva o investigatoria en sede penal. Si bien en esta puede no estar determinada la identidad del investigado ni siquiera cuando la etapa instructiva acabe, es evidente que la denuncia, la querrela, la prevención o cualquier otra forma de inicio del proceso suponen la propuesta de una exigencia –pública o privada– a fin de que el órgano jurisdiccional investigue la existencia de un delito y quién o quiénes lo cometieron. Tales actos instructivos, al tener como punto de partida la *afirmación* de la existencia de la comisión de un delito, constituyen sin duda actividad jurisdiccional, reiteramos, hasta con prescindencia de si se llega a identificar al autor; en tal caso, por lo demás, habrá faltado controversia pero en ningún caso conflicto.

Finalmente, en cualquiera de ambos casos, lo destacado en sede penal no es la identificación del conflicto y sus partícipes, dado que su calidad jurisdiccional está otorgada por tratarse del control de conductas antisociales.

El tercer objetivo exclusivo de la jurisdicción es consecuencia de la influencia del *common law* en nuestro derecho, específicamente de la institución conocida como revisión judicial de la constitucionalidad de las normas

(*Judicial Review*). Es probable que en las sociedades contemporáneas esta sea la finalidad más trascendente de la función jurisdiccional y también el ámbito en donde mejor se aprecie su importancia capital para la evolución de una sociedad³³⁸.

67.3. La jurisdicción como instrumento de actuación o de aplicación del derecho al caso concreto

La primera dificultad del tema es esclarecer cuál es el derecho que, por vía de actuación o aplicación, es protegido a través de la *jurisdicción*.

Algunas posiciones clásicas en la doctrina –como ya se desarrolló– afirman que el derecho cuya eficacia se garantiza es el *subjetivo*. En realidad, casi no es posible defender un derecho en sede jurisdiccional que no tenga, directa o indirectamente, sustento en un derecho subjetivo, por lo menos si tiene naturaleza civil. Sin embargo, la tesis se desmorona en el caso del proceso penal, en donde, como es evidente, se trata de derechos objetivos concretos previstos con precisión y rigurosidad en la norma penal.

Por otro lado, los defensores de la tesis según la cual la finalidad de la jurisdicción es la protección de los de-

338 «(...) el poder judicial ha dejado de moverse dentro del esquema histórico tradicional para convertirse, en estos tiempos, con un salto espectacular en la coreografía del Estado moderno en el tercer gigante. En una asunción de roles y funciones imprescindibles para controlar al 'mastodonte legislador y al Leviatán administrador'». MORELLO, Augusto M. *La Corte Suprema. El aumento de su poder a través de nuevos e imprescindibles roles*. Citado en: GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo y otros. *Recursos judiciales*. Buenos Aires. EDIAR. 1993, p. 200.

rechos *objetivos* –como también ya fue analizado– tienen dificultades para explicar cómo, si así fuera, la jurisdicción no actúa de oficio en todos los casos en que el derecho objetivo sea violado prescindiendo de si son disponibles o no. La respuesta suele ser que siendo el fin de la jurisdicción el logro de la paz social en justicia, si la tranquilidad de la sociedad no es afectada por el incumplimiento de un derecho objetivo –el agraviado no reclama– entonces no tiene sentido la actuación jurisdiccional, salvo que tal perjuicio afecte el orden público o las buenas costumbres.

Lo que ocurre en la práctica es algo más complejo. Si bien la actuación jurisdiccional esencial del juez consiste en aplicar la norma jurídica que corresponde a la solución del conflicto de intereses en el caso concreto, cuando realiza tal acto, lo que está haciendo intrínsecamente es crear una norma para su aplicación al caso específico.

Como se sabe, una característica esencial de las normas que el juez aplica es que son *genéricas*, es decir, no contemplan una hipótesis fáctica en especial, no se refieren a situaciones singulares que la realidad precisa e individualiza con posterioridad a su postulación. Las normas prevén situaciones abstractas. El proceso lógico-jurídico por el cual el juez aplica la norma genérica al caso concreto, contiene un singular acto creativo: el juez produce una norma específica, única, propia, de aplicación exclusiva al caso que está resolviendo. Esta es una característica esencial de la *jurisdicción*.

Desde esta perspectiva, se puede decir que la *jurisdicción* provee la defensa del derecho objetivo en una sociedad y provoca que sus fallos uniformicen la interpretación de la norma, el respeto por su auténtico mensaje,

así como por su jerarquía –aspecto que implica además el cumplimiento de una exigencia constitucional– y evita el caos social.

Suele decirse que la evolución de los sistemas de solución de conflictos ha consistido en un tránsito de la *jurisdicción de equidad* a la *jurisdicción de derecho*. La primera es aquella propia de los estados primitivos del hombre, en los que el encargado de resolver el conflicto lo hacía considerando la solución desde una perspectiva personal, es decir, sin otro parámetro que su concepción de lo justo. De alguna manera, el juez primitivo también creaba la norma para su aplicación al caso concreto.

La evolución de la *jurisdicción de equidad* a la *jurisdicción de derecho*³³⁹ supone un cambio sustancial: en esta última, los supuestos de cumplimiento debido preexisten al conflicto, esto es, hay un elenco de normas que describen anticipadamente cuáles son las conductas que la organización social protege y alienta, así como cuáles son las que abandona y sanciona. Dado que se trata de normas genéricas, la función del juez consiste en identificarlas, deducirlas lógicamente a fin de que sean útiles al caso concreto, sacarlas de su abstracción y convertirlas en una norma concreta de uso específico y único para el caso que está resolviendo.

339 «(...) todos los sistemas de producción del derecho, los mecanismos, por decirlo así, a través de los cuales el derecho (cualquiera que sea el orden filosófico, su origen ideal y su justificación racional) aflora y se revela a los hombres, se pueden, simplificando, reducir a dos: el que se puede llamar de la formulación para el caso singular y el que se puede llamar de la formulación por clases o también de la formulación legal». CALAMANDREI, Piero. *Instituciones...*, cit., vol. I, p. 115.

Como resulta evidente, la jurisdicción de derecho es nuestro tema de estudio, inclusive con rigor conceptual podemos afirmar que la de equidad no es jurisdicción, Hoyos refiriéndose a ambas afirma lo siguiente:

“Entre ambos sistemas de formulación del derecho existe una sensible diferencia: al paso que, en el supuesto de la jurisdicción de equidad, el juez es tal y, además (permítasenos la licencia en obsequio a la claridad de la exposición), legislador que pone la norma para la resolución del caso específico puesto para su decisión, en el sistema del derecho legislado se formulan mandatos abstractos, destinados indeterminadamente a todos quienes, en el futuro, pudieren eventualmente encontrarse, en la realidad de la vida, en algunas de las hipótesis o categorías descritas por el legislador”³⁴⁰.

67.4.El carácter definitivo de las decisiones de la jurisdicción

La actividad jurisdiccional se concreta en una sucesión de actos que se realizan entre los sujetos que contienen respecto del conflicto de intereses, y también entre estos y el órgano jurisdiccional encargado del caso. Este conjunto de actos conforma una relación jurídica especial llamada *proceso*. El mismo nombre sugiere algo evidente: la progresión de esos actos en el tiempo con destino a fines determinados.

Estos fines –la solución del conflicto de intereses y la paz social en justicia– sólo podrán ser logrados en un proceso siempre que éste alcance un momento en el cual –de una vez y para siempre– concluya. Es inimaginable

340 HOYOS HENRECHSON, Francisco. *Cit.*, pp. 7 y 8.

que un conflicto de intereses se solucione, si el trámite para lograrlo es ilimitado, al contrario, esta sería la mejor expresión de que el fin jamás se va a lograr. Por cierto, la predicción es válida también para el otro fin, ¿qué paz social en justicia se puede lograr en un proceso infinito, es decir, sin límite en el tiempo? Sin duda, ninguno.

Esta es la razón por la cual una tendencia intrínseca de la jurisdicción es que –presentados determinados requisitos– se llegue al estado en el cual de la decisión judicial habrá obtenido con carácter definitivo, irrevocable, inmutable y permanente el objetivo propuesto (la solución del conflicto de intereses por ejemplo). Esta calidad de las decisiones judiciales recibe el nombre de *cosa juzgada*. Son varios los autores³⁴¹ que considera a este rasgo como el distintivo de la jurisdicción.

La importancia social de la cosa juzgada es de tal magnitud, que en aquellos casos en los que no se resuelve el conflicto, sino que se expide un pronunciamiento que se refiere sólo a aspectos formales del proceso, tal decisión carece de la autoridad de la cosa juzgada. Siendo así, el conflicto permanece, la paz social sigue afectada, y no debe olvidarse que cuando el sistema de solución de conflictos fracasa, la violencia o *acción directa* como se le denominó en el primer capítulo recobra plena vigencia.

La jurisdicción, entonces, sirve para resolver el conflicto de manera definitiva. Es esta la búsqueda última

341 Enrico ALLORIO, *Ensayo polémico sobre la «jurisdicción» voluntaria*, en: *Problemas de derecho procesal*. T. II. Buenos Aires. EJE. 1963, p. 26; COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos...*, cit., p. 43.

de la jurisdicción: el tema de si la decisión final es justa o no resulta accesorio en relación a la esencia de la jurisdicción. Sin embargo, nada de lo expresado permite soslayar el hecho de que la importancia concedida a la cosa juzgada llevó a algún sector de la doctrina a afirmar algunos excesos como negarle calidad jurisdiccional a la parte instructiva del proceso penal, dado que durante él no se producía *cosa juzgada*.

67.5. La jurisdicción como expresión del imperio del Estado

La inalterabilidad e inmutabilidad de las decisiones judiciales significan que la propia organización judicial, en la necesidad de cumplir con los fines para los que fue prevista, debe asegurarse de que el conflicto se considere resuelto definitivamente. Sin embargo, esta afirmación –más allá de su contundencia– tiene vigencia en un plano estrictamente teórico, es decir, cualquier ciudadano es más o menos conciente de que los procesos judiciales concluyen alguna vez. Sin embargo, el reconocimiento de lo imperativo del mandato no es necesariamente lo mismo que el cumplimiento de este en el plano de la realidad.

Como resulta evidente, el reconocimiento teórico de la autoridad del mandato judicial pero acompañado de su desobediencia práctica convertirían a la jurisdicción en una actividad inútil y absurda. El prestigio social de la jurisdicción se debe, en considerable medida, al hecho de que sus decisiones deben ser obedecidas por el ciudadano u órgano obligado a ellas. Y no se trata simplemente de un mandato moral, sino que vinculado a él se encuentra la fuerza material del Estado, su imperio expresado en la

posibilidad de utilizar algunas de sus instituciones como instrumentos coercitivos a fin de hacer cumplir el mandato judicial que ha alcanzado la calidad de definitivo o de todo aquel que requiera ejecución, según decisión del órgano jurisdiccional.

Es tal la importancia del respeto al cumplimiento de las decisiones judiciales que, en algunos casos, como por ejemplo aquellos en los que el obligado es un órgano estatal, en la obediencia al mandato se expresa el grado de libertad que tienen los particulares en una sociedad.

68. JURISDICCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

68.1. Consideraciones generales

Establecer con algún nivel de precisión tanto los contenidos como el límite entre la jurisdicción y la administración es, en mucho, algo más que una disquisición académica. La determinación de estas áreas está directamente relacionada con la organización jurídica de una sociedad, y sobre todo, es de considerable trascendencia para establecer los mecanismos de realización del ejercicio del poder, así como su extensión, posibilidades y límites.

Asimismo, tener claros los alcances de la jurisdicción y la administración implica, además, marcar las fronteras de actuación establecidas para lograr que la *eficacia gubernativa* se concrete sin afectar la *seguridad individual*. Es decir, el tema de las garantías esenciales del individuo en su relación con el Estado es discutido directa o indirectamente cuando se intenta precisar los alcances del ejercicio de la administración estatal y los parámetros que a tal actividad le impone la función jurisdiccional.

Si la teoría de MONTESQUIEU sobre la separación de poderes alcanzó considerable éxito en las sociedades modernas, fue debido a que enfrentó con agudeza el delicado problema del control simultáneo y recíproco de las distintas expresiones del poder. Refiriéndose a dicha teoría, DE LA RÚA expresa:

*"En virtud de ella es que, por principio, quien hace las leyes no las aplica ni ejecuta; quien las ejecuta ni las hace ni las juzga; y el que juzga no las ejecuta ni las hace"*³⁴².

Por cierto, la teoría de MONTESQUIEU ha sido y es la más exitosa, pero no se podría citar una experiencia histórica en la que se haya concretado la separación de poderes de manera impecable. Para la humanidad se trata de un reto que se ha convertido en utopía. Hemos asumido una concepción de la organización del Estado sin ser conscientes de la relativa posibilidad que tenemos de realizarla.

Por otro lado, ya en el ámbito del derecho, el reto más grande del jurista del siglo XX es luchar por adecuar éste a los bruscos y profundos cambios que le impone una sociedad en constante y permanente crisis. Acostumbrados –por la influencia del derecho romano– a considerar que el Derecho se reduce al derecho privado, los juristas de este siglo se han encontrado bruscamente con un hecho imprevisto que se ha convertido en una constante histórica: en la escena contemporánea son más importantes las relaciones entre el Estado y el individuo que entre los individuos.

342 DE LA RÚA, Fernando. *Jurisdicción y administración. Relaciones, límites y controles. Recursos judiciales*, Buenos Aires, Lerner, 1979, p. 2.

Por ejemplo, sin poder siquiera discutirlo, muy pronto se encontraron con el hecho de que los desarrollos teóricos sobre la voluntad privada y sus manifestaciones jurídicas no eran suficientes para explicar o interpretar las nuevas figuras contractuales que la realidad reclamaba. Previstas las clásicas reglas contractuales para su aplicación a una esfera privada, de pronto fueron sacudidas por la intervención del Estado, la que empezó a ser necesaria y quebró así principios jurídicos enseñados como inmutables.

El privilegio de la relación Estado-individuo sobre la relación individuo-individuo no sólo transformó el derecho, sino que, de paso, significó el auge de la Administración. El mismo DE LA RÚA, citado anteriormente, expresa esta idea de manera admirable:

“Puede afirmarse que en los tiempos actuales, signados por un desarrollo explosivo de la civilización, ha variado la vieja y tradicional perspectiva del derecho. Aquella imagen del jurista discurriendo sobre el conflicto entre acreedor y deudor, entre poseedor y propietario; la concepción abstracta del contrato, la regulación prolija de la obligación, son ya insuficientes para comprender el mundo jurídico de este siglo. Una realidad diversa se ha abierto camino bajo el impulso de la eclosión demográfica, la abreviación de las distancias, el desarrollo urbano y tantos otros factores que hicieron que la estructura monumental de los códigos civiles y comerciales sea hoy apenas un indicio para percibir la vida jurídica de un pueblo. El cambio lleva la marca de la presencia cada vez más intensa del Estado en todas las manifestaciones de la actividad del hombre en sociedad. La libre voluntad de los contratantes no es ya lo único que importa al celebrar una convención: será preciso plantearse, además, qué intervención o influencia tendrá sobre ella el poder administrador, ya por vía de impuestos, gabelas

o contribuciones, ya por vía de reglamentaciones restrictivas o condicionantes"³⁴³.

Esta misma idea es llevada al campo del derecho procesal por José Olympio de CASTRO Filho:

"Y mientras el proceso, sobre todo el civil, al igual de lo que ocurría con el derecho civil y el mercantil, se preocupaba casi exclusivamente del tratamiento en juicio de los derechos individuales, tal como sucedió en el derecho romano, formulando teorías y sistemas que volvieron inmortales a MORTARA, CHIOVENDA, CARNELUTTI, WACH, GOLDSCHMIDT, COUTURE y a tantos otros, a partir del siglo XX la acción avasalladora del Estado penetró e interfirió cada día más en la vida de los ciudadanos, de tal forma que los conflictos entre el Estado y los individuos vinieron a rebasar, en número e importancia, a aquellos que constituían la materia prima de la ciencia procesal anterior. Este es un hecho innegable en nuestros días. Cada abogado, sobre todo en las grandes ciudades, cada profesor o jurista, cada magistrado, siente eso en su escritorio, o en su sala de estudio, en el aula o en la audiencia, pues a todo momento se ve interrogado, ocupado o preocupado por causas o problemas de dicha naturaleza"³⁴⁴.

La sociedad contemporánea es, entonces, el ambiente en donde la jurisdicción y la administración reivindican su importancia social, su predominio. Lo grave es que el auge de la segunda ha implicado en la práctica, una intromisión profunda en el ámbito, hasta hace poco exclusivo, de la primera. ¿En qué medida tal intromisión es

343 DE LA RÚA, Fernando. *Unidad de jurisdicción y justicia administrativa*. Ponencia argentina al V Congreso Internacional de Derecho Procesal, México D.F., 1972.

344 DE CASTRO, José Olympio, Filho, *Unidad de jurisdicción y justicia administrativa*. Ponencia General al V Congreso Internacional de Derecho Procesal, México D.F., 1972.

una necesidad de los tiempos o acaso es una exageración? Las respuestas a dichas preguntas son temas que deben ser precisados.

Una notable diferencia entre la función administrativa y la jurisdiccional está dada por el efecto primario y el secundario que producen respectivamente en el ámbito de las relaciones sociales. La actividad administrativa es *primaria* en tanto está prevista para ser cumplida de manera inmediata y directa respecto de los ciudadanos; en cambio, la actividad jurisdiccional es *secundaria*, es decir, sólo se presenta cuando las normas jurídicas, previstas para ser cumplidas espontáneamente –entre ellas, las normas administrativas– son rechazadas en su actuación por los ciudadanos y es necesario un mecanismo que asegure voluntaria o forzosamente su eficacia o cumplimiento.

El auge de la administración ha significado que se produzca en la sociedad una pugna entre los derechos del individuo y el poder administrador del Estado. Por eso, es imprescindible que este último deba ser necesariamente regulado por la ley.

Sin embargo, como se ha advertido en párrafos anteriores, esta ley puede ser violentada por ese poder que quiere extenderse más allá de los límites previstos. En estos casos, la función jurisdiccional cumple un rol excepcional: controla el poder administrativo y, en cumplimiento de tal encargo, *asegura la vigencia de las libertades individuales*.

68.2. La relación entre jurisdicción y administración

Partiendo del hecho de que debía atenderse al órgano del cual emana el acto que se quiere clasificar, la teoría organicista de la jurisdicción, tal como se explicó

anteriormente, consideró simplemente que los actos jurisdiccionales son aquellos realizados por los jueces. Esta teoría –como también se explicó– nada nuevo aportó a lo ya sabido. El dilema de la jurisdicción no es quién la ejerce o personifica, sino fundamentalmente qué es.

Los innumerables cuestionamientos que recibió esta teoría determinaron una sucesión interminable de tesis alternativas sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción, las que se caracterizaron porque se fueron alejando de la propuesta original de CARRÉ DE MALBERG (jurisdicción es el poder que ejerce el juez). Entonces, la palabra *jurisdicción* se convirtió en un sujeto que empezó a admitir casi cualquier predicado. Así, se empezó a afirmar la exigencia de una “jurisdicción administrativa” y se le otorgó función jurisdiccional a un órgano administrativo.

Esta mezcla, producida por el auge de la administración y la distorsión doctrinal del tema, condujo a la necesidad, no sólo de precisar los límites entre la Jurisdicción y la Administración, sino de establecer las relaciones, a veces confusas, que se presentan entre éstas. Dejamos establecido, desde ahora, que el tema no está resuelto con precisión. La doctrina admite pacíficamente la existencia de zonas grises³⁴⁵, es decir, temas en donde la separación entre la jurisdicción y la administración es imprecisable.

345 «De otro lado y siempre dentro del tema que nos ocupa, están las denominadas «zonas grises» por los especialistas; territorios jurídicos de nadie, cuyos deslindes son casi imperceptibles, induciendo a errores de calificación jurídica entre lo administrativo y lo jurisdiccional». FRANCISCO HOYOS HENRECHSON, cit., p. 11.

Una de las primeras propuestas para establecer la diferencia entre Jurisdicción y Administración es la de SCIALOJA. En su opinión, en ambas actividades los encargados de aplicarla usan la lógica y la voluntad. Sin embargo, SCIALOJA considera que la diferencia está en el predominio de la primera en el caso de la jurisdicción y de la voluntad en el caso de la administración. Citamos esta teoría en tanto viene a ser un antecedente histórico de los estudios sobre el tema sin mayor importancia científica dado que no resuelve el asunto polémico sobresaliente: la identificación de la naturaleza jurídica de los actos que conforman las "zonas grises".

Los alcances de la actuación de la administración, nos parece, se caracterizan por encontrarse limitados legalmente³⁴⁶. Sin embargo, intentando describirla, podemos decir que la administración actúa sobre aquello en lo que hay que proteger necesidades colectivas o intereses públicos –razón por la que se ha dado en denominar a tal ámbito *interés administrativo*– que, a su vez, no sean de interés exclusivo de los poderes legislativo o jurisdiccional. Por oposición, afirmamos que constituyen temas propios de la administración aquellos en donde no se afecta interés, derecho o garantías particulares. Asimismo, tampoco lo son aquellos que corresponden al exclusivo poder político del ejecutivo, la llamada *cuestión política* que, por cierto, tampoco puede ser materia jurisdiccional.

346 «En efecto, quien despliega actividades administrativas aplica el derecho que el legislador le ha destinado como regla de su actuación, sin perjuicio de crear también derecho, si se recuerda que el acto administrativa, una vez perfeccionado, establece la *lex specialis*, que no es otra cosa que el derecho abstracto aplicado al caso concreto». FRANCISCO HOYOS HENRECHSON. *Ibíd.*, p. 13.

Otro rasgo peculiar de la administración es que se trata de un poder predominantemente sometido. Con esta afirmación deseamos mostrar que las distintas manifestaciones de la administración dependen de una eventual declaración de ineficacia o nulidad por parte del poder legislativo o del poder jurisdiccional. Sin embargo, lo expresado no puede conducir a afirmar que toda la actividad de la administración padece tal sumisión. Las políticas administrativas, vale decir, la opción que los órganos administrativos tomen respecto de temas que les pertenecen con exclusividad, constituye el ejercicio del poder discrecional de la administración, y respecto de ella, no hay control jurisdiccional posible.

La jurisdicción, al igual que la administración, tiene un ámbito propio y exclusivo, podemos precisar que dentro de él se encuentran preferentemente: el control de las conductas antisociales (faltas o delitos), la solución de los conflictos de intereses intersubjetivos con relevancia jurídica y el control difuso de la constitucionalidad legislativa.

Entre otras expresiones exclusivas de la jurisdicción, podemos citar –a propósito del tema– el control de la administración respecto de si el tema que ha hecho suyo es administrativo (necesidades colectivas o intereses públicos), es decir, la identificación de los casos de competencia administrativa. Esta actividad, como se advierte, tiene todas las características de una función de revisión de los actos de la administración.

Otro tema en donde la jurisdicción y la administración se relacionan, aun cuando tal nexo sirva a su vez para diferenciarlas, se presenta cuando se produce un conflicto respecto de si hubo exceso en el ejercicio del

poder administrativo. Esta es, sin duda, materia jurisdiccional. Inclusive con jerarquía superior a lo resuelto por la competencia administrativa, son temas jurisdiccionales los referidos al examen de la legitimidad o validez formal del acto administrativo, o también el relacionado a su eficacia sustancial. Finalmente, aunque pueda resultar una situación extraordinaria, los actos administrativos realizados por los órganos jurisdiccionales están sometidos al control jurisdiccional, siguiendo la fórmula *custode ipso custodes*, según la cual, todos los poderes deben estar controlados y ser responsables de sus actos³⁴⁷.

Sin embargo, ni el control de la constitucionalidad legislativa ni el de la legalidad administrativa le conceden a los órganos jurisdiccionales la posibilidad de injerir directa o indirectamente en el diseño y aprobación de las políticas de ejercicio gubernativo que les corresponden a otros poderes. Respecto de esta situación se pronuncia VANOSI³⁴⁸.

347 «Además, este «modelo» recoge la idea principal del sistema democrático de gobierno, frecuentemente denominada «poder compensatorio», por lo que nada es incontrolado ni nadie es irresponsable. De esta manera, con distintas palabras, se ha tratado de contestar, jurídicamente traducida, la famosa pregunta de JUVENAL: «¿Quién juzga a los juzgadores?». CAPPELLETTI, Mauro. *La responsabilidad civil de los jueces*. La Plata. Jus, Fundación para el estudio de las Ciencias Jurídicas. 1988, p. 98).

Nota del autor: La pregunta original de Juvenal es: «¿Quis custodes ipsos custodes?». Satori (Sátiras), VI 347.

348 «(...) existe el riesgo que «de la plena justiciabilidad se pase a un activismo ideológico en virtud del cual toda la actividad política del Estado quede subordinada a las valoraciones de los jueces» que «incluirían en sus potestades la función misional de impedir o retardar el avance de las tendencias legislativas transformadoras

La jurisdicción –y en esto su distinción de la administración es notoria– también cumple otras funciones recibidas por designación legal y se permite así una ampliación de su área de influencia, sin afectar su esencia. Así, por ejemplo, la jurisdicción puede asumir el encargo de tramitar y resolver los procesos de justicia constitucional destinados al control directo y específico de los derechos constitucionales, cuando en un Estado no se ha dispuesto la creación de órganos exclusivos para cumplir tal función. También recibe muchas veces el encargo de crear condiciones para asegurar la actuación de medios probatorios con el fin de ser usados en un futuro proceso, es el caso de la llamada *jurisdicción voluntaria* que será desarrollada más adelante.

Una diferencia sustancial entre la jurisdicción y la administración se advierte en el hecho de que cuando la primera se expresa en ejercicio de su función, lo hace a través de resoluciones respecto de las cuales es absolutamente ajena a sus efectos. En cambio, el caso de la administración es distinto. Cuando esta se expresa –por medio de un acto administrativo– se encuentra involucrada en su decisión; para decirlo en términos jurisdiccionales, la administración, es “parte” en sus decisiones. Bien sabemos que tal situación sería inimaginable en sede jurisdiccional.

que a su juicio podrían ser peligrosas para la supervivencia de las estructuras existentes» lo que conduciría a la situación designada por LAMBERT como de «gobierno de los jueces» cuyo temor hizo que la Francia revolucionaria les sustrajera el poder de interpretar la ley (lo que también había hecho Justiniano: Proemio, Constitución, Tanta, 21)». VANOSSI, Jorge R. *Teoría constitucional*, T. II, Buenos Aires, 1976, p. 187.

Aun cuando se refiere a otro tema –la teoría que considera a la llamada *jurisdicción voluntaria* como actividad administrativa– CASARINO VITERBO comparte también esta diferencia:

“El tribunal al dictar una resolución no contenciosa también queda al margen de la relación que con ella puede crearse. No liga prácticamente al tribunal con solicitante que es lo que caracteriza principalmente al acto administrativo en el sentido estricto de la palabra”³⁴⁹.

En este sumario de temas en donde se ha descrito la relación entre la jurisdicción y la administración, desarrollamos uno que siempre ha tenido un tono polémico. Se trata del empleo de la coerción de la jurisdicción para el cumplimiento de sus decisiones, cuando éstas se refieren al control de la Administración. El problema se centra en aquellos casos en que son órganos administrativos los compelidos a cumplir el mandato jurisdiccional. Sin duda, se complica la actuación forzada de la jurisdicción cuando es el propio órgano administrativo (estatal) el que debe ser sometido al cumplimiento coactivo. Sin embargo, la doctrina, de alguna manera como reflejo de la práctica, ha ideado una salida a esta situación. Esta consiste en considerar al funcionario en ejercicio y no al órgano administrativo como pasible de ser sometido a la presión de la autoridad pública para el cumplimiento de las decisiones judiciales.

349 CASARINO VITERBO, Mario. *La jurisdicción voluntaria ante la doctrina*, en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, EDIAR, Año IV, núm. IV. Cuarto trimestre, 1948, p. 349.

69. CONCLUSIONES SOBRE LA JURISDICCIÓN

1. Resulta un presupuesto para el estudio de la jurisdicción admitir que se trata de una categoría procesal de naturaleza jurídica relativa. Lo que de ella se exprese depende del tratamiento que le otorgue el sistema jurídico de cada país. Asimismo, su relatividad se manifiesta en el hecho de que es un concepto multidisciplinario, es decir, son muchas las opciones científicas desde las cuales puede ser investigada, lo que como es natural conduce a conclusiones regularmente diversas.

2. Por las razones ya desarrolladas, la jurisdicción es un poder-deber del Estado. En su ejercicio se expresa de manera contundente la potestad del Estado sobre los ciudadanos: la función jurisdiccional reafirma al Estado como la organización política más importante de una sociedad, por eso éste propone el derecho que debe ser cumplido (función primaria) y, a través de la jurisdicción, impone el cumplimiento de éste (función secundaria).

Pero a su vez, al Estado le está vedada la posibilidad de negar a un ciudadano tutela jurisdiccional. Al margen del cumplimiento de requisitos básicos –comunes a todo sujeto de derechos– todos estamos facultados a exigirle al Estado nos conceda tutela jurisdiccional, es decir, que tramite un proceso civil, por ejemplo, y se pronuncie dentro de él sobre nuestros conflictos de intereses, inclusive sin considerar si estos existen o si sólo son declaraciones –desprovistas de realidad pero posibles– contenidas en los escritos judiciales respectivos.

3. Si necesitáramos identificar los fines de la jurisdicción, tendríamos que decir que estos son: solucionar conflictos de intereses intersubjetivos con relevancia

jurídica, controlar las conductas antisociales y también controlar la constitucionalidad normativa.

A través del cumplimiento regular y sostenido de tales encargos, el Estado se puede acercar a su gran objetivo: la construcción de una sociedad con paz y justicia.

4. Para lograr el objetivo propuesto, los órganos jurisdiccionales, esto es, los encargados de hacer efectiva la jurisdicción, se sirven de la aplicación del derecho -propuesto a la sociedad por el mismo Estado- al caso concreto sometido a su función.

Sin perjuicio de considerar el uso de la función jurisdiccional para la solución de conflictos y control de las conductas antisociales y de la constitucionalidad normativa como su rasgo instrumental, debe advertirse que, desde una perspectiva pública, alguna teoría considera que uno de los fines de la jurisdicción es lograr la eficacia de la norma jurídica, como medio para concretar la seguridad jurídica y el bienestar social. Es decir, esta teoría sustituye el rasgo instrumental de la función jurisdiccional por una concepción teleológica de esta misma actividad.

5. La solución de conflictos y los otros objetivos encargados a la jurisdicción sólo empezarán a concretarse cuando las decisiones judiciales sean inmodificables, irrevocables, es decir, cuando transiten de la precariedad temporal a poseer la autoridad de la cosa juzgada.

6. Finalmente, el que entendemos es el rasgo en donde mejor se expresa la naturaleza singular de la jurisdicción es el de la posibilidad de que el Estado pueda utilizar su fuerza para que las decisiones que hayan adquirido la autoridad de cosa juzgada se cumplan, vale decir, tengan eficacia en el plano de los fenómenos concretos.

Entonces, no es eficaz la jurisdicción cuando soluciona el conflicto aplicando el derecho que corresponde al caso concreto, sino que para acceder a tal grado, es imprescindible, a nuestro entender, que quien participa en un proceso judicial o quien eventualmente, por voluntad propia o ajena, es conducido a él, tenga conciencia de que lo que se decida en definitiva en dicho proceso se va a cumplir, con su aprobación o sin ella.

Si el órgano jurisdiccional pertenece al Estado, entonces las declaraciones de voluntad que aquel exprese las hace en representación de éste –que a su vez ejerce la representación popular–, por tanto, está plenamente facultado a imponerlas, inclusive por la fuerza a quienes no las obedezcan. Esto es, en estricto, jurisdicción. Otras instituciones se le asemejan en alguno de los rasgos descritos, sin embargo, insistimos en que su *coercitividad* –como expresión final del conjunto– le da el sello indeleble de una actividad estatal trascendente y única.

Este es el rasgo que explica, además, por qué otros órganos estatales no jurisdiccionales, procesan y resuelven conflictos de intereses –de una naturaleza particular o específica pero conflictos al fin– a pesar de lo cual no realizan función jurisdiccional en el sentido estricto del concepto. No sólo carecen de coercitividad, sino también de definitividad, salvo los casos excepcionales de algunos órganos constitucionales autónomos en los que –por razones de seguridad jurídica– es imprescindible que sus decisiones no sean impugnables, como el caso de las instituciones encargadas de la administración, control y supervisión de los procesos electorales para elegir autoridades políticas nacionales y locales.

70. LA JURISDICCIÓN EN EL SISTEMA JURIDICO PERUANO

Tal vez el aspecto más saltante del tema en el Perú es que nuestra doctrina es dependiente, casi totalmente, del dato legislativo. Se describe la jurisdicción a partir de lo que la constitución vigente expresa y, por cierto, de lo que las leyes inferiores ratifican. Los estudios nacionales sobre la jurisdicción, entonces, padecen comúnmente de "consecuencia normativa crónica".

Tomando como referencia la definición de jurisdicción que hemos asumido y cuyos elementos se han descrito, comentemos el tratamiento contenido en la constitución vigente desde el 31 de diciembre de 1993, dado que ésta explica, en considerable medida, el concepto de jurisdicción que se asume en el país.

En principio, el artículo 138³⁵⁰ se refiere a la *función jurisdiccional* denominándola "potestad de administrar justicia". En comunidad de ideas con FIX-ZAMUDIO³⁵¹ nos

350 «Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el poder judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

«En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior».

351 Por otra parte, resulta preferible utilizar la denominación de 'administración de justicia'. No se trata de un simple problema semántico, sino que, como lo señala un sector de la doctrina, esta última denominación posee una connotación liberal e individualista derivada de la concepción de los revolucionarios franceses, los cuales consideraban de carácter secundario a la función jurisdiccional, específicamente en relación con el órgano legislativo, de manera que resaltaban los aspectos administrativos de la

parece que el concepto de "administración de justicia" no sólo es anacrónico, sino que, además, pervierte y encubre la verdadera importancia que tiene el servicio de justicia para una sociedad.

Al disponer la Constitución que la *función jurisdiccional* es ejercida por el poder judicial, coloca al Estado como titular de tal potestad. De esta manera, podría afirmarse que el concepto de jurisdicción desarrollado en este trabajo es el acogido en la Constitución. Sin embargo, el análisis de las normas posteriores pone en cuestión tal conclusión.

El artículo 139 enumera los principios y derechos que orientan la función jurisdiccional. El inciso 1³⁵² hace referencia a la unidad y exclusividad de la *función jurisdiccional*. Sin embargo, en su segundo párrafo, el mismo inciso, luego de reiterar que no existe ni se puede establecer *jurisdicción* independiente, admite como excepción a la *militar* y a la *arbitral*.

Como no es posible asegurar que el constituyente haya sido pulcro en el uso de las categorías jurídicas, no podemos afirmar que los conceptos *función jurisdiccional* y *jurisdicción* estén siendo utilizados en sentido distinto.

función jurisdiccional, que en la actualidad se refieren de manera esencial al gobierno y administración de la judicatura». FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La problemática contemporánea...*, cit., p. 89.

352 «Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación».

Por tanto, es factible considerar que el constituyente se ha contradicho cuando declara la unidad y exclusividad de la *función jurisdiccional* y a continuación admite la *jurisdicción militar y arbitral*.

Desde la óptica desarrollada en esta obra, consideramos que la unidad exclusividad destacadas como rasgos de la *función jurisdiccional* se refieren por cierto al concepto de *jurisdicción* como función del Estado, que es precisamente la que hemos hecho nuestra. En consecuencia, consideramos que la acepción *jurisdicción*, utilizada para nombrar a la actividad en el fuero militar y en el arbitral, no se ajusta al concepto que compartimos, es decir, nos parece que se trata de un uso incorrecto del concepto. Afirmamos que las llamadas *jurisdicción militar y arbitral* son, en estricto, expresiones de una *competencia material exclusiva* la primera y de un *procedimiento de heterocomposición privada*, la segunda.

Como se advierte, la carta magna peruana no es definitiva en cuanto al tema, como tampoco lo era la anterior, con lo cual el desarrollo del concepto en estudio en la doctrina nacional no se ha afirmado en el rumbo de una tesis definida.

El artículo 1³⁵³ del Código Procesal Civil, en la línea propuesta por el artículo 138 de la Constitución, asume la exclusividad estatal de la función jurisdiccional, así como su indelegabilidad.

353 «Artículo 1.- Órganos y alcances de la potestad jurisdiccional. La potestad jurisdiccional del Estado en materia civil, la ejerce el poder judicial con exclusividad. La función jurisdiccional es indelegable y su ámbito abarca todo el territorio de la República».

71. LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

71.1. Consideraciones generales

Ya en el derecho romano se usaba este concepto para describir aquellos actos en lo que participaba el juez, no para resolver un conflicto entre las partes, sino para protocolarizar un acuerdo entre éstos. Actividad judicial *inter volentes* la denomina CARAVANTES³⁵⁴, por oposición a su actuación *inter nolentes*, la que ocurría cuando resolvía conflictos.

Sin embargo, de acuerdo con la definición de jurisdicción anteriormente desarrollada, se muestra su relación intrínseca con la solución de conflictos, tanto que podríamos afirmar que la jurisdicción o es contenciosa o no es. Esta es la razón por la que ha adquirido caracteres de aforismo la frase según la cual la *jurisdicción voluntaria* “ni es jurisdicción ni es voluntaria”. Se dice que no es jurisdicción porque no resuelve conflictos intersubjetivos y que no es voluntaria porque no depende del interesado utilizarla o no. De hecho, este es uno de los pocos temas en los que la doctrina está de acuerdo: el nombre *jurisdicción voluntaria* es inadecuado.

Refiriéndose al concepto discutido, EISNER afirmar:

“La enorme variedad de los actos y su tan distinta fisonomía es una de las causas que más dificulta la conceptualización teórica de esta actividad que por estar en manos de los jueces –y no tanto por su propia naturaleza– se ha calificado de jurisdicción; y por

354 DE VICENTE Y CARAVANTES, José. *Tratado histórico, crítico, filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, t. IV, Madrid, Gaspar y Roig Editores, 1858, p. 296.

*la falta de partes en conflicto –y no porque sea precisamente libre– se ha adjetivado de ‘voluntaria’*³⁵⁵.

En la misma línea, aunque con cierta ironía, SENTÍS MELENDO expresa:

*“No constituye ninguna confesión atrevida ni desfachatada el decir que yo no sé con claridad lo que es jurisdicción voluntaria. Muchos de los que no lo confiesan, y hasta dan una definición en sus libros, lo hacen así porque no se han detenido a pensar en el problema”*³⁵⁶.

En el siglo pasado, CARAVANTES definía de la siguiente manera nuestro tema en estudio:

*“Entiéndase por jurisdicción voluntaria la que ejerce el juez en actos o asuntos que, o por su naturaleza o por el estado en que se hallan, no admiten contradicción de parte, emanando su parte intrínseca de los mismos interesados, que acuden ante la autoridad judicial, la cual se limita a dar fuerza y valor legal a aquellos actos por medio de su intervención o de sus providencias, procediendo sin las formalidades esenciales de los juicios”*³⁵⁷.

Tentativamente podemos afirmar que se denomina jurisdicción voluntaria a la actividad judicial realizada con el propósito de integrar, constituir o dar eficacia a ciertos actos jurídicos privados. En estricto, el juez interviene para acreditar el cumplimiento de ciertos requisitos que pretenden la constitución o protocolarización de un nuevo estado jurídico. Un rasgo típico de esta actividad judicial es que está desprovista de la autoridad de la cosa

355 EISNER, Isidoro. Cit., p. 3.

356 SENTÍS MELENDO, Santiago. *El proceso civil. Estudio de la reforma procesal argentina*, Buenos Aires. EJE. 1957, pp. 360 y 361.

357 DE VICENTE Y CARAVANTES, José. Cit., t. IV, p. 295.

juzgada, aunque más que una característica, nos parece que es consecuencia del hecho de no ser útil para resolver conflictos de intereses.

Beatriz QUINTERO y Eugenio PRIETO afirman:

*"La jurisdicción voluntaria no juzga, fiscaliza. Comprueba lo que afirma el petente. En algunos de sus asuntos se puede hasta llegar a constituir estados jurídicos nuevos, por ejemplo, el divorcio de común acuerdo, pero no hay en ellos un bien garantizado a una parte con otra"*³⁵⁸.

Tema difícil el referido a la precisión de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, llamada también *jurisdicción honoraria o graciosa*. Una primera razón de su complejidad puede estar en el hecho de que reconoce como origen una frase de MARCIANO³⁵⁹, cuya autenticidad ha sido puesta en duda por muchos romanistas. Refiriéndose a dicha frase, COUTURE expresa:

*"Un texto antiguo con más fortuna de la merecida, denominó jurisdicción voluntaria a los procedimientos judiciales seguidos sin oposición de partes y en los cuales la decisión que el juez profiere no causa perjuicio a persona conocida"*³⁶⁰.

358 QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría general del proceso*. T. I. Bogotá. Temis. 1992, p. 180.

359 «*Omnes procónsules statim quam urbem egressi fuerint habent jurisdictionem, sed non contentiosam, sed voluntariam: ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi quam servi et adoptiones fieri. 1. Apud legatum vero proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet jurisdictionem talem*» (Digesto, De offi proc. I, 16, 2). («Todos los procónsules apenas salgan de Roma tienen ya jurisdicción, si bien no en forma contenciosa, sino voluntaria: para que por ejemplo los manumitidos puedan ante ellos adoptar a personas libres o esclavas. Sin embargo, ante un delgado del procónsul ninguno puede manumitir, porque no tiene tal jurisdicción»).

360 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos...*, cit., p. 45.

En una posición distinta e inclusive comprensiva de la frase encontramos a EISNER, quien afirma:

"Se recuerda que cuando la plebe fue admitida al consulado, hacia fines del siglo IV, los patricios obtuvieron que la jurisdicción civil fuera desmembrada de las demás funciones consulares y se confiara de manera específica a la pretura que los patricios reservaron para sí. Pero el consulado mantenía el ejercicio de la jurisdicción voluntaria o graciosa.

*También se ha señalado que el magistrado romano no estaba facultado para realizar actos de jurisdicción contenciosa –judicare– sino sólo dentro del perímetro de su competencia territorial y en su tribunal –pro-tribunali– pero en cambio podía realizar en cualquier lugar que fuese, actos de jurisdicción voluntaria"*³⁶¹.

Tratando de precisar su naturaleza de manera negativa, es decir a partir de lo que no es, puede afirmarse que en ella no se reconocen derechos ni se imponen prestaciones. En la jurisdicción voluntaria sólo se constatan hechos o se perfeccionan actos, en todo caso, se investiga pero no se decide. Un sector de la doctrina se refiere a ésta diciendo que son *actos de competencia necesaria*, refiriéndose al hecho de que son judiciales no por su naturaleza, sino porque una ley así lo dispone y, además, porque son ineludibles, es decir, porque hay situaciones jurídicas que sólo pueden definirse a través de un proceso de "jurisdicción voluntaria".

Otro elemento de confusión está dado porque en su explicación se suelen usar categorías que son propias de la jurisdicción contenciosa (o jurisdicción propiamente

361 EISNER, Isidoro. Cit., p. 6.

dicha). Así, se hace referencia a la *demanda* en donde sólo hay *solicitud*; a *proceso* en donde sólo hay *procedimiento*; se dice *demandante* en donde sólo hay *solicitante*; *sentencia* en donde sólo hay *auto*. Finalmente, en nuestra opinión, la dificultad más severa que existe para identificar la naturaleza del instituto que estudiamos es el hecho de que forman parte de su contenido –nos referimos a su tratamiento legislativo– solicitudes heterogéneas y ajenas entre sí.

71.2. Teorías sobre la naturaleza jurídica de la llamada “jurisdicción voluntaria”

Las teorías sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria se pueden agrupar así:

1. *Teoría de la función especial*. Compartida básicamente por FAZZALARI y GELSI BIDART. Se le denomina especial porque descarta tanto su naturaleza jurisdiccional como administrativa. Esta tesis considera que la jurisdicción voluntaria es una actividad estatal distinta de las tradicionales, es decir, se trata de una nueva actividad del Estado.

2. *Teoría de la jurisdicción especial*. Como se advierte, esta teoría reconoce el carácter jurisdiccional del tema en estudio. Para ello, amplía el ámbito material de la jurisdicción afirmando que esta no sólo sirve para resolver conflictos, sino también para evitarlos o prevenirlos. Participan de esta concepción: CARNELUTTI, MICHELI y CAPPELLETTI.

Según CARNELUTTI, en los procesos de jurisdicción voluntaria, el juez actúa “(...) para la satisfacción de un

interés público, que tiene por objeto la buena administración de los intereses privados"³⁶².

3. *Teoría de la función administrativa*. Esta es ciertamente la posición más firme y extendida en la doctrina. Esta tesis tiene un sustento plenamente procesal. Así, se parte del hecho de que el concepto de cosa juzgada es intrínseco a la jurisdicción, de tal suerte que lo que carece de cosa juzgada no puede ser jurisdicción. Siendo así, la llamada *jurisdicción voluntaria* no es jurisdicción, sino administración. Ésta es la posición de juristas como CHIOVENDA, REDENTI, CALAMANDREI, LIEBMAN, ROCCO y COUTURE, entre otros.

Describiendo la tesis, CHIOVENDA define la jurisdicción voluntaria así:

*"(...) una forma particular de actividad del Estado, ejercida en parte por los órganos judiciales, en parte por los administrativos y que pertenece a la función administrativa, diferenciándose, sin embargo, de la generalidad de los actos administrativos por ciertas características particulares"*³⁶³.

Sin embargo, la tesis descrita –a pesar de las autoridades que la prestigian– no resuelve el fondo del problema. Así, el concepto *administración* es lo suficientemente lato como para convertirse, respecto del tema en estudio, en un concepto genérico e impreciso. Más bien esta teoría devuelve otro problema al jurista: el de la separación entre la jurisdicción y la administración, tema arduo y polémico tal como ya fue desarrollado.

362 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema...*, cit., T. I, p. 279.

363 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones...*, cit., T. II, p. 17.

71.3. Un intento de explicación

No asumimos categóricamente ninguna de las teorías descritas, por lo menos en oposición a las otras, aunque reconocemos que la propuesta por CARNELUTTI nos es altamente sugestiva. En nuestra opinión, el estudio de la llamada *jurisdicción voluntaria* se ha visto dificultada por dos severos prejuicios y una apreciación que juzgamos incorrecta. Describamos estas tres cuestiones previas.

El primero ha consistido en la aproximación apriorística que buena parte de la doctrina ha utilizado como método de investigación. Nos explicamos: se ha partido de un determinado postulado teórico y luego se ha querido que la realidad encaje dentro de él. El segundo prejuicio está dado por el enfoque nacionalista del tema. Así, los procesalistas suelen elaborar su tesis sobre la base de su legislación patria, pretendiendo que la teoría se adecúe a la legislación vigente. Con este método, lo adventicio se convierte en el núcleo de la argumentación.

En cuanto al error, nos parece que éste ha consistido en considerar como conceptos idénticos la *contenciosidad* y la *controversia*, a pesar de que la realidad nos demuestra que se trata de dos categorías distintas. Cuando en un proceso se produce allanamiento, aquel no ha dejado de ser contencioso, aun cuando no haya habido controversia, como antes se explicó³⁶⁴. Por otro lado, cuando en un procedimiento de sucesión intestada se produce una oposición, estamos ante un caso en el que hay controversia sin contenciosidad. Tal vez aquí esté la razón del nombre equívoco: se ha considerado que la contenciosi-

364 *Infra*, núm. 55.

dad depende de la voluntad del emplazado y no de la naturaleza del proceso; se confunde contenciosidad con controversia.

Un análisis científico y que además prenda ser útil sobre el tema empieza, nos parece, por identificar a qué situaciones o casos se les reconoce correctamente la calidad de temas de jurisdicción voluntaria y, por lógica consecuencia, cuáles deben ser descartados de tal tratamiento. Inclusive nos parece necesario establecer criterios clasificatorios dentro de dicho espectro. Este apoyo metodológico nos permitirá decidir cuáles deben mantenerse como casos típicos de la materia en estudio y cuáles deben abandonar tal categoría.

1. Atendiendo a la taxonomía propuesta por Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO³⁶⁵ encontramos un criterio de agrupación de los procedimientos de jurisdicción voluntaria.

Existe un *primer grupo* de procedimientos a través de los cuales se pretende preparar las condiciones jurídicas para garantizar un proceso o actuación judicial idónea y útil, como por ejemplo la actuación anticipada de un medio probatorio, aun cuando el contencioso no se llegue necesariamente a concretar.

Un *segundo grupo* está formado, según ALCALÁ-ZAMORA, por aquellos procedimientos que se siguen a efectos de obtener una formalidad o protocolarización de la

365 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria*, en: *Revista de Derecho Procesal*. Dirigida por Hugo ALSINA. Buenos Aires. EDIAR. Cuarto trimestre de 1949, 1950, p. 297.

más elevada claridad, pues el resultado es una especie de fe judicial (no jurisdiccional) dada por el funcionario público más importante de un Estado: el juez. Es el caso, por ejemplo, de la declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta.

Un *tercer grupo* estaría conformado por aquellos procedimientos en los cuales la labora del juez consiste en sustituir una actividad administrativa no realizada oportunamente o realizada oportuna pero defectuosamente. Como se advierte, se trata de un encargo que puede perfectamente ser ejecutado por cualquier otro funcionario o fedatario público, dado que no existe razón que sustente su permanencia en sede judicial. Es el caso, por ejemplo, de la inscripción o rectificación de partidas de estado civil.

El primer grupo, conformado por los actos preparatorios de una actividad judicial, nos parece –por razones de seguridad jurídica– debería tener una naturaleza afín a su posterior desarrollo, por lo que ALCALÁ-ZAMORA aboga por su permanencia en sede jurisdiccional, opinión que compartimos. Las instituciones jurídicas no pueden ser lo que fueron siempre, sino lo que necesitamos sean aquí y ahora. Por eso, los casos que conforman este primer grupo, si bien no resuelven un conflicto de intereses real y concreto, pertenecen –en nuestra opinión– a lo que podríamos denominar tentativamente *jurisdicción preventiva*, en tanto ponen fin a una incertidumbre jurídica que, después de todo, contiene implícitamente un conflicto de intereses. En tal contexto, es indispensable abrir el panorama de la jurisdicción tradicional y propia –entiéndase la contenciosa– a aquellos casos en que es indispensable el desempeño del juez para deflacionar un eventual con-

flicto que podría conducir a un proceso, o tal vez, para prepararlo o garantizar la eficacia de su resultado, debido a que su inicio es inminente e inevitable.

En el caso del segundo grupo nos parece que la situación es más compleja. Aquí el legislador debe utilizar su criba intelectual para separar aquello que sólo mantiene un interés privado respecto de lo que realmente necesita un tratamiento judicial. En cualquier caso, no nos parece que aquellos casos que aprueben la necesidad de actuación judicial deban regularse en el apéndice de un ordenamiento procesal o en una ley distinta, tal como lo sugiere ALCALÁ-ZAMORA en el trabajo citado anteriormente.

Finalmente, nos parece carente de sentido que los casos que conforman el tercer grupo formen parte de la función judicial, por lo que bien pueden pasar a conformar la actividad de cualquier otro funcionario público.

2. Un criterio para discernir los temas que deben formar parte de la llamada *jurisdicción voluntaria*, con el que guardamos mayor concordancia, es el propuesto por Ugo Rocco³⁶⁶. Según este autor, uno de los más importantes vínculos del derecho con la realidad está dado por el reconocimiento que éste le otorga a la *manifestación de voluntad privada*. Si ésta finalmente produce eficacia en el mundo real es porque el derecho le ha otorgado la calidad de generar tales efectos. Para concederle tal importancia, el derecho suele exigirle a la voluntad privada el cumplimiento de ciertos requisitos, los que regularmente son de

366 Ugo Rocco, *Tratado...*, cit., parte general, T. I, sec. II, cap. I, núm. 5, pp. 121-128.

tiempo y de forma. En ocasiones, la exigencia jurídica que debe soportar la voluntad privada consiste en la intervención de un órgano estatal. Las distintas situaciones que esta intervención origina se pueden agrupar en cuatro.

Así, la exigencia puede simplemente consistir en el hecho de que la voluntad privada esté *documentada* por un órgano estatal como, por ejemplo, un registrador del estado civil. En otras ocasiones, el sistema jurídico le otorgará eficacia a la voluntad privada, sólo si ésta es *recibida y depositada* en una oficina pública, la que puede ser la secretaría de un juzgado o las instalaciones de una notaría. Sería el caso del otorgamiento de testamento por documento público. Asimismo, el derecho positivo de un país puede requerir de un *examen formal y sustancial* de la voluntad privada por parte del órgano estatal. Un ejemplo de este tipo podría ser la comprobación de testamento contenido en documento privado. Finalmente, la exigencia puede consistir en el hecho de que la manifestación de voluntad privada debe ser *examinada* por un órgano estatal, el que además debe *apreciar la conveniencia jurídica de otorgarle eficacia jurídica* al contenido de la manifestación, procurando que el efecto querido por la ley sea equivalente al interés de aquel que va a recibir los efectos de la declaración, quien no necesariamente es el solicitante de la intervención del órgano estatal. Un típico caso es la declaración de interdicción. Allí no siempre el interés del solicitante es congruente con el interés del presunto interdicto, por lo que la tutela de éste debe ser ejercida por el órgano estatal que, adelantando nuestra opinión, nos parece debe ser siempre un juez.

Toda esta actividad suele regularse globalmente bajo el membrete de *jurisdicción voluntaria*, lo que produce una

serie de situaciones irregulares que, en el caso peruano por ejemplo, se manifiesta en un congestionamiento de las oficinas judiciales, que a su vez determina una perturbación de los objetivos propios de la función jurisdiccional, sobre todo en sede civil.

Con lo expuesto, parecería entonces que dentro de la llamada *jurisdicción voluntaria* hay actividad judicial y extrajudicial. La primera, aun cuando es excepcional, debe permanecer en la esfera de la actividad del juzgado; la segunda, en cambio, debe ser trasladada a la actividad de otros funcionarios públicos como los notarios, por ejemplo. Sin embargo, nos parece que la elección de aquello que debe permanecer o ser retirado de la actividad jurisdiccional debe realizarse sobre la base de criterios sólidos que comprendan el análisis de aspectos de política jurídica, y también que se aprecie el problema desde la perspectiva del consumidor jurídico, es decir, de la comunidad. Para ello, temas como la proporcionalidad entre el número de funcionarios a quienes pasarían algunos casos hoy día en sede jurisdiccional y su eventual demanda, el costo de su servicio, la seguridad que otorguen, entre otros, constituyen elementos esenciales que una reforma legislativa debe tener en cuenta.

71.4. Casos especiales de jurisdicción voluntaria

A pesar de la aparente rigurosidad que parecen tener los desarrollos teóricos, como las clasificaciones antes propuestas, la casuística suele presentar situaciones en las que no es posible definir categóricamente el grupo al que pertenece el caso concreto. Apreciemos algunos ejemplos, atendiendo a que son precisamente estas situa-

ciones fronterizas las que deben quedar precisadas como comprobación de la bondad de la tesis que se opte.

71.4.1. Los juicios universales.

Suelen llamarse *juicios universales* a aquellos que, en contraposición a los singulares, están referidos a una masa de bienes con personalidad procesal propia. Son los casos de los procesos concursales –sea concurso o quiebra, dado que en el fondo la distinción es más artificial que real– y de los procesos sucesorios, sea en este último caso, tanto la sucesión intestada como la testamentaria. Tal como lo vamos acreditar, la calidad de casos de jurisdicción voluntaria de los procesos citados carece totalmente de contundencia y no es en la práctica otra cosa que la adopción de un criterio legislativo precario.

Así, en el caso de los procesos concursales, se dice que son casos de jurisdicción voluntaria porque, a diferencia de las ejecuciones singulares en donde el deudor *puede* cumplir pero no *quiere*, en los concursales el deudor *quiere* cumplir pero no *puede*. Sin embargo, es una constante de los tiempos modernos que los procesos concursales estén cada vez más ligados a las políticas económicas de un Estado, y con precisión, que estén relacionados con los diseños macro económicos de fomento de la inversión privada y determinan que su tratamiento se dé en el plano administrativo antes que en el judicial. En el caso peruano, por ejemplo, la derogación de la Ley Procesal de Quiebras ha determinado que una institución administrativa, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), se haga cargo del trámite de la declaración de insolvencia

y posterior reestructuración, liquidación o quiebra de las empresas insolventes.

En el caso de los procesos sucesorios, también confortantes de los llamados *juicios universales*, adviértase que la tramitación procesal de la testamentaria –nos referimos por extensión también a la apertura y a la protocolarización de testamentos– tiene un tratamiento extrajudicial en países como España, Argentina y México, sin que tal hecho haya afectado la seguridad jurídica. Este es un caso que perfectamente lo podemos ubicar en el tercer grupo de la propuesta de ALCALÁ-ZAMORA, es decir, aquellos que no necesitan intervención judicial. Por cierto, si durante su tramitación extrajudicial apareciesen conflictos, éstos deberán resolverse en sede jurisdiccional atendiendo a su naturaleza y cuantía.

En el caso de la sucesión intestada, se trata claramente de una homologación del derecho que se aduce tener. Si no hay pugna, se dice, se está ante un caso de jurisdicción voluntaria; obviamente la presencia de un conflicto nos conduce a un caso de jurisdicción contenciosa³⁶⁷. Sin embargo, tal situación no es sustento para regularla en sus dos formas, de hecho ni siquiera de una. Nos parece que se trata de un caso en donde la intervención judicial es innecesaria, por lo menos en su inicio, dado que el elemento más importante de este procedimiento, la publicidad, puede perfectamente ser provista por otro órgano, como un notario

367 Asumimos el concepto jurisdicción contenciosa a pesar de su rasgo tautológico, porque nos parece una licencia necesaria para la comprensión del tema. Asimismo, consideramos artificial y vacío el concepto jurisdicción voluntaria, pero lo usamos, como el anterior, despojado de su sentido semántico.

público, por ejemplo. Este caso se ubicaría en el segundo grupo del criterio clasificatorio propuesto por Ugo Rocco. El nuevo ordenamiento procesal peruano le concede el trámite de un procedimiento no contencioso³⁶⁸.

71.4.2. La interdicción o declaración de incapacidad.

Otro caso igualmente importante es el de la interdicción o declaración de incapacidad. Suele decirse que es un caso de jurisdicción voluntaria debido a que el peticionante no lo hace en *interés propio*, sino en *interés ajeno*, concretamente en interés del presunto incapacitado. Sin embargo, la experiencia nos demuestra que son muchos los casos en que la ambición familiar o alguna otra motivación personal constituyen el impulso que lleva al peticionante a querer conseguir la declaración de interdicción. En consecuencia, es más o menos usual que se trate de un caso de interés propio, el que muchas veces es opuesto al del presunto incapaz.

En nuestra opinión, se trata de un caso típico de jurisdicción contenciosa, por tanto debe ser un proceso en forma, en donde inclusive debe ser emplazado el presunto incapaz, a efectos de garantizarle un debido proceso o, en todo caso, para acreditar que su situación le impide ejercer sus derechos subjetivos esenciales. Esta es la opción que ha tomado el Código Procesal Civil del Perú³⁶⁹.

368 Los artículos 830 al 836 conforman el Subcapítulo 10, denominado *Sucesión intestada*, que a su vez forma parte de la Sección Sexta del Código Procesal Civil denominada *procesos no contenciosos*.

369 Los artículos 581 al 584 conforman el Subcapítulo 3, denominado *Interdicción*, el que forma parte del Título III de la Sección Quinta

71.4.3. *La separación conyugal convencional.*

Otro caso merecedor de un desarrollo particular es de la separación conyugal convencional. Como resulta evidente, lo que los cónyuges presentan al juez es una solicitud de disolución. Este, por otro lado, tiene como opciones: intentar la reconciliación, o, si esto no es posible, proceder a homologar el acuerdo de los cónyuges solicitantes.

Sólo el interés público en la familia como célula básica de la sociedad y asimismo el aseguramiento de los derechos de los menores justifica la participación de los órganos jurisdiccionales en la materia. Así lo expresa ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO:

*"(...) como una especial garantía de autenticidad y publicidad, por hallarse en juego algo más que el interés privado e individual de los cónyuges, a saber: el público y social en cuanto a las consecuencias de la disolución del matrimonio (situación de los hijos, ulteriores nupcias, régimen de bienes, contratación, etc.)"*³⁷⁰.

Sin perjuicio de reconocer que son muchos los países en donde este caso ha salido de la esfera judicial y ha pasado a ser un trámite administrativo, nos parece que se trata de un caso típico que debe permanecer dentro del ámbito de la actividad jurisdiccional, aunque desprovista de naturaleza contenciosa. Si bien es excepcional que devengue en conflicto, se trata de un tema que por su trascendencia social debe ser de conocimiento de un juez.

del Código Procesal Civil, denominados *proceso sumarísimo* y *procesos contenciosos*, respectivamente.

370 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición...*, cit., p. 181.

A pesar de lo dicho, el legislador del nuevo Código Procesal peruano, tal vez deseando mantener una tradición secular, reguló la separación convencional como un proceso contencioso, utilizando la ficción de considerar que los cónyuges son –en conjunto– una parte, y que la otra es el ministerio público³⁷¹.

71.4.4. El reconocimiento de resoluciones judiciales o laudos expedidos en el extranjero.

Finalmente, otro caso que por su naturaleza amerita un tratamiento separado es el del reconocimiento de resoluciones judiciales o laudos expedidos en el extranjero. Si bien puede existir controversia en lo que respecta al trámite del exequátur, esta no alcanza al asunto de fondo, sino únicamente al cumplimiento de los requisitos para determinar su ejecutabilidad en sede nacional. En tal virtud, nos parece que se trata de un caso típico de jurisdicción voluntaria del primer grupo siguiendo la tesis de ALCALÁ-ZAMORA o del tercero en el criterio propuesto por Ugo ROCCO, por lo que consideramos debe permanecer en sede judicial, en tanto es un acto homologatorio de una actuación judicial o arbitral anterior.

Adviértase que la decisión contenida en el auto judicial que concede la actuación de la resolución o laudo extranjero en territorio nacional no es en estricto un acto

371 Los artículos 573 al 580 conforman el Subcapítulo 2, denominado Separación convencional y divorcio ulterior, el que forma parte del Título III de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, denominados *proceso sumarísimo y procesos contenciosos*, respectivamente.

jurisdiccional (no resuelve conflicto, ni controla conducta antisocial o constitucionalidad normativa alguna), sin embargo, es innegable que tal decisión solo puede tener un origen judicial. Refiriéndose a la resolución autoritativa, expresa REDENTI:

*"(...) acto de fe (desde ese momento, ciega) en una decisión de otra fuente; investidura mecánica que pierde en dicho punto los caracteres de la jurisdicción en el sentido propio y pleno de la palabra"*³⁷².

71.5.A manera de resumen

Las propuestas de ALCALÁ-ZAMORA y de ROCCO antes descritas, como ya expresamos, son sólo el desarrollo de métodos que nos parecen adecuados para conocer la naturaleza jurídica de la llamada *jurisdicción voluntaria* y también para intentar adecuar la realidad legislativa que tenemos a pautas científicas y no antecedentes legislativos, regularmente ajenos o desprovistos de un análisis riguroso del tema. Los métodos, como se aprecia, consisten básicamente de intentar descubrir criterios clasificatorios –sea por su objeto, su naturaleza o su finalidad– de los distintos casos que se refunden dentro del concepto genérico de jurisdicción voluntaria. Sólo conociendo qué contiene este concepto podremos identificar sus rasgos esenciales y con ello descubrir su auténtica naturaleza jurídica.

Tal vez una regla para comprender el problema pasa por afirmar que en la jurisdicción contenciosa el *conflicto*

372 REDENTI, Enrico. *Profili*, pp. 214 y 215 (Citado por Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Premisas...*, cit., p. 314).

está siempre presente, a diferencia de la voluntaria en donde regularmente éste *no existe*, aunque en algunos casos podemos admitir que se encuentra *latente*³⁷³. Precisamente serán estos casos en donde la intervención judicial será necesaria, como también nos parece deberá ocurrir en aquellos en los cuales el juez debe cumplir una función tutelar del interés del afectado por la manifestación de voluntad, pero que no interviene directa y plenamente en su perfeccionamiento por razones de incapacidad, como los menores, por ejemplo.

Finalmente, en atención a lo expuesto anteriormente sobre jurisdicción, resulta evidente que la denominada *jurisdicción voluntaria* carece –en la mayoría de los casos en que es utilizada– de los elementos básicos para ser jurisdicción en el sentido pleno y científico del concepto. En estricto, esta está conformada por un conjunto de procedimientos que tienen como objetivo la constitución de estados jurídicos de distinta naturaleza, cuya dirección del trámite ha sido atribuida legislativamente a los órganos jurisdiccionales, los que puestos en tal cumplimiento, no actúan como tales, dado que no hay conflicto y, en consecuencia, tampoco hay proceso.

373 «Puede suceder, eso sí, que en un procedimiento de jurisdicción voluntaria se produzcan: a) incidentes contenciosos autónomos; b) discrepancias e impugnación de apreciaciones técnicas; c) oposición frente a ciertos acuerdos, y d) transformación del expediente voluntario en contencioso, al suscitarse controversia en aquel; pero ninguna de estas contingencias implica discusión de una pretensión litigiosa en vía voluntaria: la primera y la cuarta, porque de manera incidental la una y principal la otra se traducen en desviación o sustitución contenciosa, y la segunda y la tercera, porque no se niega en plan de antagonismo un mismo derecho». ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Ibidem*, pp. 332 y 333.

Lo expresado no descarta el hecho de que algunas de esas actividades desviadas a los órganos jurisdiccionales requieran verdaderamente de actuación judicial, en atención a valores tan disímiles como la seguridad jurídica o el prestigio social del órgano jurisdiccional. A este elenco de actos desprovistos de conflictos, los denominados *procedimientos no contenciosos*.

71.6. El caso peruano

Para los países hispanoamericanos, el antecedente legislativo más remoto es la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1855³⁷⁴, la que utilizó precisamente la diferencia entre jurisdicción contenciosa y voluntaria para distribuir las materias. Siendo éste el antecedente directo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1881, de la que han recibido influencia directa casi todos los códigos sudamericanos de la primera mitad de este siglo, la relación causal con lo que hemos tenido en el país es directa³⁷⁵. Esta última es una ley caracterizada por contener una impresionante diversidad procedimental,

374 El artículo 1207 de esta ley contiene una redacción curiosa: «Se consideran actos de jurisdicción *voluntaria* todos aquellos en que sea *necesaria* o se solicite la intervención del juez, sin estar empenada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas» (Las cursivas son nuestras).

Como se puede apreciar, el artículo define la *voluntariedad* de la jurisdicción a partir de aquellos casos en que es *necesaria* (?) la intervención del juez.

375 El Código de Procedimientos Civiles del Perú de 1912, redactado por una Comisión de Reforma Procesal entre 1904 y 1908, recibió una fuerte influencia –casi definitiva– de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1881.

tanto que Francisco BECEÑA llegó a calificarla como el arca de Noé³⁷⁶.

Respecto de la reciente normativa procesal peruana, el primer dato que se debe considerar es que el nuevo Código –como el anterior– descarta el uso del concepto de *jurisdicción voluntaria*, sin embargo, utiliza el criterio de la ausencia de conflicto de intereses, para dividir los procesos en contenciosos y no contenciosos³⁷⁷.

La elección de los casos regulados por la llamada *jurisdicción voluntaria* en el panorama peruano no ha seguido una dirección o criterio que, equivocado o no, podamos identificar. Por el contrario, se han incorporado al Código asuntos que conforman cualquiera de los criterios utilizados por ALCALÁ-ZAMORA o ROCCO. Tal parece que en muchos casos primó la tradición.

Sin embargo, esta aparente deficiencia del legislador se explica por el hecho de que la alternativa para retirar la actividad que puede calificarse de puramente administrativa de la actividad judicial, habría pasado por darles el encargo a determinados funcionarios públicos, casi específicamente a los notarios. Lamentablemente, el reducido número de estos funcionarios, así como el costo elevado de su servicio, habrían convertido en antisocial la posibilidad de producir su traslado.

376 BECEÑA, FRANCISCO. *Caracteres generales del proceso civil en España*, en: *Estudios de derecho procesal en honor de Giuseppe Chiovenda*, Padua, 1927, p. 19. Citado por ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Premisas...*, cit., p. 288.

377 En estricto, el Código Procesal Civil debió referirse a los procedimientos no contenciosos y no a los procesos, para ser consecuentes con el hecho de que el conflicto es un concepto intrínseco al proceso judicial.

Posteriormente a la vigencia del Código, algunas disposiciones legales parecen tender a modificar el estado de déficit cuantitativo de la actividad notarial, situación anómala que ha determinado también su percepción elitista en el escenario nacional. Lamentablemente las propuestas legislativas están vigentes pero aún no se cumplen. Mientras ello no ocurra, la transferencia de los casos que así se determinen constituirá una decisión apresurada y perjudicial.

En definitiva, la llamada *jurisdicción voluntaria* supone, desde la óptica histórica, la asunción de actividades que no son jurisdiccionales, entendido este concepto en su acepción estricta. Sin embargo, reconocemos la existencia de una actividad jurisdiccional que sin ser notoriamente contenciosa cumple una función preventiva y, en ese contexto, los antecedentes de una distorsión histórica –que no es otra cosa el concepto de *jurisdicción voluntaria*– bien podrían utilizarse como cauce para esta otra finalidad (preventiva) de la jurisdicción, cuya importancia contemporánea es considerable.

Si además de esta función preventiva, apreciamos que el juez también puede cumplir un rol asistencialista de los incapaces en los casos en que estos se encuentren desvalidos y, finalmente, si reconocemos que en los actos preliminares de un futuro proceso, debe haber una intervención judicial para ser consecuentes con su posterior utilidad, parece que provisionalmente estamos en condición de asegurar que los procedimientos no contenciosos deben seguir existiendo en los ordenamientos procesales, aunque en número reducido. Anotamos que lo expresado se sustenta en una perspectiva teórica, es decir, sin desconocer las razones de política jurídica citadas anteriormente.

Capítulo X

El derecho a la tutela jurisdiccional

SUMARIO: 72. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL. 73. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL ANTES Y DURANTE EL PROCESO. 74. MANIFESTACIONES PROCESALES DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL. 74.1. EL DERECHO DE ACCIÓN. 74.1.1. ACEPTACIONES DE LA PALABRA ACCIÓN. 74.1.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE ACCIÓN. 74.1.2.1. LA ACCIÓN EN EL DERECHO ROMANO. 74.1.2.2. LA POLÉMICA ENTRE BERNARD WINDSCHEID Y TEODOR MUTHER. 74.1.2.3. EL DERECHO DE ACCIÓN SEGÚN OSKAR VON BÜLOW. 74.1.2.4. LAS TEORÍAS DE KÖHLER Y DEGENKOLB SOBRE EL DERECHO DE ACCIÓN. 74.1.2.5. ADOLFO WACH Y LA ACCIÓN COMO DERECHO A LA TUTELA JURÍDICA. 74.1.2.6. CHIOVENDA Y EL DERECHO DE ACCIÓN. 74.1.2.7. EL DERECHO DE ACCIÓN EN CALAMANDREI. LA RECTIFICACIÓN TÁCITA DE CALAMANDREI. 74.1.2.8. CARNELUTTI Y LA CONCEPCIÓN CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO DE ACCIÓN. 74.1.2.9. LA TEORÍA DE LA ACCIÓN EN EDUARDO J. COUTURE. 74.1.2.10. LA TEORÍA DE LA ACCIÓN DE VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN. 74.1.2.11. LA ESCUELA DEL RÍO DE LA PLATA Y EL DERECHO DE ACCIÓN. 74.1.2.12. EL DERECHO DE ACCIÓN EN LA DOCTRINA PERUANA. 74.1.3. NUESTRA OPINIÓN SOBRE EL DERECHO DE ACCIÓN. 74.1.4. LA PRETENSión MATERIAL Y LA PRETENSión PROCESAL. 74.1.5. LA ESTRUCTURA INTERNA DE LA PRETENSión PROCESAL. 74.1.6. LA DEMANDA Y EL EMPLAZAMIENTO. 74.1.7. LA RECONVENCIÓN Y LA CONTRAPRETENSión. 74.1.8. EL FUNDAMENTO DE LA RECONVENCIÓN. 74.1.9. DISTINTAS DEFINICIONES DE RECONVENCIÓN. 74.1.10. NUESTRA OPINIÓN SOBRE LA RECONVENCIÓN. 74.1.11. ALGUNOS TEMAS POLÉMICOS EN MATERIA RECONVENCIONAL. 74.2. EL DERECHO DE CONTRADICCIÓN.

72. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL

Como se expresó en el capítulo anterior, la jurisdicción es un poder, pero también un *deber*. Esto último es así porque el Estado no puede sustraerse a su cumplimiento. Basta que un sujeto de derechos lo solicite o

exija, para que el Estado se encuentre obligado a otorgarle tutela jurídica.

Por eso se dice, nos parece que con certeza, que la *jurisdicción* tiene como contrapartida el *derecho a la tutela jurisdiccional*. Se considera que éste es el que tiene todo sujeto de derechos –sólo por el hecho de serlo– y que lo titula para exigir al Estado haga efectiva su función jurisdiccional. Así lo regula el Artículo I³⁷⁸ del Título Preliminar del Código Procesal Civil peruano.

73. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL ANTES Y DURANTE EL PROCESO

El derecho a la tutela jurisdiccional, en tanto derecho público y subjetivo, tiene dos planos de existencia. Usando las categorías aristotélicas de *potencia* y *acto*, nos parece factible ubicar el derecho a la tutela jurisdiccional antes y durante el proceso, respectivamente.

A) En el primer caso, el *derecho a la tutela jurisdiccional antes del proceso* consiste en aquel derecho que tiene toda persona, en tanto es sujeto de derechos, de exigir al Estado provea a la sociedad de los requisitos o presupuestos materiales y jurídicos indispensables para solventar un proceso judicial en condiciones satisfactorias. Resulta absolutamente irrelevante si esa estructura material y jurídica que debe sostener el Estado va a ser usada o

378 «Artículo I.- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.- Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso».

no. Lo trascendente es, única y exclusivamente, que ese andamiaje destinado a solucionar conflictos aplicando el derecho que corresponde al caso concreto debe estar siempre en aptitud de conceder a los ciudadanos la posibilidad de un tratamiento certero, eficaz y homogéneo a su exigencia de justicia.

Horacio D. ROSATTI –profesor argentino que ha estudiado esta temática– expresa al respecto:

«El derecho a la jurisdicción antes del proceso es el derecho a exigir del Estado –monopolizador del servicio de administración de justicia– el cumplimiento de los presupuestos jurídicos y fácticos necesarios para satisfacer el cometido jurisdiccional ante la eventualidad de una litis concreta»³⁷⁹.

Es de opinión similar el apreciado constitucionalista Germán J. BIDART CAMPOS:

«El derecho a la jurisdicción es un supuesto de la actividad procesal que, en su primera etapa, aparece como previo al proceso, pero que, no agotándose con el acceso al órgano judicial se desenvuelve al hilo del proceso hasta la sentencia firme»³⁸⁰.

Como se advierte, el deber estatal de asegurar tutela jurídica a sus ciudadanos tiene exigencias que son previas al inicio de un proceso en concreto. Así, es imprescindible la existencia de un órgano estatal –autónomo, capaz y objetivo– encargado con exclusividad de la resolución de conflictos. Asimismo, es deber del Estado contar con pautas reguladoras de la actividad a realizarse al interior

379 ROSATTI, Horacio D. *El Derecho a la Jurisdicción antes del Proceso*. Buenos Aires. Depalma. 1984, p. 47.

380 BIDART CAMPOS, Germán J. *Régimen legal y jurisprudencia del amparo*. Buenos Aires. EDIAR. 1969, p. 17.

de un eventual proceso, es decir, debe proveer con anticipación la vigencia de normas procesales que aseguren un tratamiento social sencillo, didáctico y expeditivo del eventual conflicto que se pueda producir. Igualmente, el Estado debe proveer a la comunidad de una infraestructura adecuada a fin de que el servicio de justicia sea brindado en condiciones satisfactorias, cuando sea requerido.

Se trata, para expresarlo de otra manera, de que el Estado se comporte como lo haría una empresa de seguros respecto de sus asegurados. Es decir, teniendo y manteniendo las condiciones necesarias para dar atención inmediata al asegurado en el caso de que lo requiera, prescindiendo absolutamente de si el supuesto material generador de la atención –el siniestro– pudiera jamás presentarse.

Resulta irrelevante si todas o ciertas personas van a litigar alguna vez, el derecho a la tutela jurisdiccional antes del proceso le impone al Estado el deber de proveer a la comunidad de los elementos indispensables para que su pretensión sea procesalizada de la manera más idónea.

B) *El derecho a la tutela jurisdiccional durante el proceso*, en cambio, contiene el haz de derechos esenciales que el Estado debe proveer a todo justiciable que participe en un proceso judicial. Este mismo derecho puede desdoblarse –teniendo en cuenta su contenido y momento de su exigibilidad– en *derecho al proceso* y *derecho en el proceso*.

La historia guarda el 17 de junio de 1215 como la fecha en la que los barones ingleses arrancaron al Rey Juan sin Tierra –en las praderas de Runnymede– algunos derechos básicos que les aseguraran un «juicio correcto».

Lejos estaban los barones de saber que los derechos que reivindicaron aquel día iban con el tiempo a desarrollarse y consolidarse como un grupo de derechos esenciales e inalienables que, en cualquier sociedad contemporánea, son el fundamento supremo y la razón esencial para que los derechos y la libertad de un individuo no sean agraviados en un proceso, sea por el Estado sea por cualquiera que pretenda hacer un uso abusivo de aquél.

Refiriéndose a la trascendencia de estos derechos, cuyo reconocimiento constitucional es la mejor expresión de su destacada importancia, la profesora Ada PELLEGRINI GRINOVER nos dice:

«El Estado de derecho sólo puede asumir su real estructura a través de estos instrumentos procesales-constitucionales que tutelan los derechos fundamentales del hombre. Se trata, siguiendo a COUTURE, de hacer que el derecho no quede a merced del proceso, ni que sucumba por ausencia o insuficiencia de éste; ya que no hay libertades públicas sino cuando se dispone de los medios jurídicos que imponen su respeto; y fundamentalmente, esos medios, sabemos, se ejercen a través de la función jurisdiccional»³⁸¹.

Este *derecho al proceso* empezó a manifestarse hace más de siete siglos –en el episodio histórico que antes describimos– y fue en principio el derecho de todo ciudadano a no ser condenado sin que medie un *juicio previo*.

Durante siglos de constante y permanente evolución, este concepto se fue enriqueciendo. Así, de *juicio previo* pasó con el tiempo a ser *previo juicio* y,

381 PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Proceso y régimen constitucional*. Trad. de Julio O. Chiappini y Jorge W. Peyrano. En: *Juris*. 22 de mayo de 1982, p. 4.

más adelante, lo que hoy conocemos con el nombre de *debido proceso legal*, concepto que implica no sólo que nadie puede ser «sorprendido» con los resultados de un proceso que no conoció, sino también que debe proveérsele de un plexo de derechos esenciales durante el desarrollo de éste.

Lo expresado al final del párrafo anterior es lo que denominamos *derecho en el proceso*. Una vez que un ciudadano empieza a involucrarse en un proceso, voluntaria u obligatoriamente, el Estado debe asegurarle que durante su tramitación no se encuentre en desventaja para expresar su posición jurídica, sea probando su derecho, alegando, impugnando y asegurando la ejecución de lo decidido en definitiva. Lo señalado es aplicable prescindiendo de la naturaleza de la materia jurídica (civil, penal, comercial, etc.).

El Estado, asimismo, ha provisto anticipadamente, a los sujetos que participan en un conflicto, de un ordenamiento procesal compuesto por normas, regularmente imperativas, respecto de su conducta al interior de un proceso judicial. Precisamente, su cumplimiento debe asegurar el derecho de participación de todos los sujetos en condiciones plenas.

El derecho en el proceso, llamado también *debido proceso objetivo o garantía de defensa en juicio*, es en realidad el derecho a recibir del Estado prestación de justicia al caso concreto. Para expresarlo de manera distinta, es el derecho a que un juez natural (competente) resuelva un conflicto con conocimiento, imparcialidad, aplicando el derecho que corresponda al caso concreto y cumpliendo con el procedimiento establecido.

Si a lo expresado sobre el derecho al proceso le agregamos lo descrito sobre el derecho en el proceso, nos encontramos con un conjunto de derechos esenciales a la persona humana, los que a su vez han configurado, luego de una lenta pero exitosa evolución histórica, una suerte de megaderecho que contemporáneamente ha recibido el nombre de debido proceso legal o *due process of law*³⁸². En nuestra opinión, entre el derecho a la tutela jurisdiccional y el derecho a un debido proceso, existe la misma relación que se presenta entre la anatomía y la fisiología cuando se estudia un órgano vivo, es decir, la diferencia sólo reside en la visión estática y dinámica de cada dis-

382 «Es un derecho fundamental, natural o humano que tiene toda persona que le faculta a exigir del Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez responsable, competente e independiente; pues el Estado no sólo está obligado a proveer la prestación jurisdiccional (cuando se ejercitan los derechos de acción y contradicción) sino a proveerlas bajo determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo; por consiguiente, es un derecho esencial que tiene no solamente un contenido procesal y constitucional, sino también un contenido humano de acceder libre y permanente a un sistema judicial imparcial». TICONA POSTIGO, Víctor. *Análisis y Comentarios del Código Procesal Civil*. Lima. Grijley. 1995. T. I, p. 8.

Nota del Autor: Más adelante, en la misma obra, se enumeran los elementos que conforman el derecho a un debido proceso y se cita: Intervención de un Juez independiente, responsable y competente, la realización de un emplazamiento válido, el derecho a ser oído o derecho a audiencia, la oportunidad probatoria, la fundamentación del fallo, el control constitucional del proceso y la doble instancia. Por nuestra parte podríamos agregar: la defensa y asistencia de letrado, el derecho a ser informado de la acusación o la pretensión formulada, el uso del propio idioma, la publicidad del proceso, su duración razonable, entre otros. TICONA POSTIGO, Ver. *Ibíd*em, pp. 9 y 10.

ciplina, respectivamente. El primero es el postulado, la abstracción; en cambio, el segundo es la manifestación concreta del primero, es su actuación.

74. MANIFESTACIONES PROCESALES DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL

El derecho a la tutela jurisdiccional, descrito anteriormente desde la perspectiva del derecho constitucional, es decir, como expresión de uno de los derechos esenciales del hombre, tiene manifestaciones concretas dentro del proceso desde la mira del justiciable, vale decir del requerido de tutela jurisdiccional. Así, encontramos que tal derecho se empieza a materializar en el proceso a través del *derecho de acción* y del *derecho de contradicción*.

74.1.El derecho de acción

Cuando anteriormente se hizo referencia a la trilogía en torno de la cual se desenvuelven los estudios procesales, se empezó a advertir la importancia del derecho de acción. De la misma manera que la jurisdicción -cuyo estudio, como ya se expresó también, está comprometido con otras disciplinas- el derecho de acción no tiene una naturaleza puramente procesal. Si bien ésta es su expresión concreta, se trata de un derecho tan estrechamente vinculado al ser de un sujeto de derechos, que su naturaleza es constitucional. El derecho de acción forma parte del elenco de derechos que son configurativos de los derechos humanos básicos.

Resulta de considerable importancia describir la evolución de los estudios sobre el derecho de acción. De

hecho, el tránsito de la etapa precientífica a la científica de los estudios procesales ha sido, en buena medida, la evolución de los conceptos y las teorías acerca de la naturaleza jurídica del derecho de *acción*. Asimismo, cualquiera que sea la definición de derecho de acción que se asuma estará directamente ligada con la concepción del derecho y con la ideología jurídica que se tenga. En el plano concreto del proceso, el concepto de *acción* que se acoja será parte del sustento para la explicación de la naturaleza jurídica de las instituciones más importantes del derecho procesal.

A pesar de su trascendencia, el derecho de acción ha sido –y creemos que no ha dejado de serlo– uno de los conceptos más difíciles y complicados de ser definidos en la historia del derecho contemporáneo. Hay una frase muy conocida de Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO que ilustra, con claridad insuperable, la complejidad del concepto de *acción*:

*«La jurisdicción se sabe qué es, pero no se sabe dónde está; el proceso se sabe dónde está, pero no se sabe qué es; la acción no se sabe qué es ni dónde está»*³⁸³.

En la misma línea de ALCALÁ-ZAMORA se pronuncia el profesor argentino Amílcar MERCADER³⁸⁴.

383 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición...*, cit., p. 99.

384 «Es una verdadera estantigua mal pergeñada en las páginas narrativas de la literatura del derecho, que pasa como una sombra huidiza tras de la que se arrastran los más diversos predicados». Amílcar A. MERCADER. *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico*. Buenos Aires. Depalma. 1944, p. 167.

74.1.1. Aceptaciones de la palabra acción

Sin salirnos del campo jurídico, es perfectamente factible encontrar distintas acepciones en las que suele ser utilizado el vocablo *acción*. A efectos de no afectar el sentido, transcribimos las acepciones que COUTURE ha encontrado:

«De acción en sentido procesal se puede hablar, cuando menos, en tres acepciones distintas:

a) Como sinónimo de derecho; es el sentido que tiene el vocablo cuando se dice 'el actor carece de acción', o se hace valer la exceptio sine actione agit, lo que significa que el actor carece de un derecho efectivo que el juicio deba tutelar.

b) Como sinónimo de pretensión; es este el sentido más usual del vocablo, en doctrina y en legislación; se halla recogido con frecuencia en los textos legislativos del siglo XIX que mantienen su vigencia aún en nuestros días; se habla, entonces, de 'acción fundada y acción infundada', de 'acción real y acción personal', de 'acción civil y acción penal', de 'acción triunfante y acción desechada'. En estos vocablos, la acción es la pretensión de que se tiene un derecho válido y en nombre del cual se promueve la demanda respectiva. En cierto modo, ésta aceptación de la acción, como pretensión, se proyecta sobre la demanda en sentido sustancial y se podría utilizar indistintamente diciendo 'demanda fundada e infundada', 'demanda (de tutela) de un derecho real o personal', etc. Es, decimos, el lenguaje habitual del foro y de la escuela de muchos países.

c) Como sinónimo de facultad de provocar la actividad de la jurisdicción; se habla, entonces, de un poder jurídico que tiene todo individuo como tal, y en nombre del cual le es posible acudir ante los jueces en demanda de amparo a su pretensión. El hecho de que esta pretensión sea fundada o infundada no afecta la naturaleza del poder jurídico de accionar; pueden promover sus acciones en justicia aún aquellos que erróneamente se consideran asistidos de razón»³⁸⁵.

385 Eduardo J. COUTURE. *Fundamentos...*, cit., pp. 60 y 61.

Sin perjuicio de desarrollarse más adelante el concepto de acción que hace suyo el insigne maestro uruguayo, agregamos una acepción a las descritas. Se trata del concepto de acción como *procedimiento*, tal como suele utilizarse especialmente en los casos de justicia constitucional. Así, cuando se hace referencia a la acción de habeas corpus, acción de amparo o acción de inconstitucionalidad, en realidad no se está nombrando al *derecho*, tampoco a la *pretensión* y, por cierto, mucho menos al *poder jurídico de pedir tutela jurídica*. En realidad sólo se trata de la denominación que se le otorga a la actividad judicial realizada para la obtención de una declaración referida a la protección de un derecho constitucional determinado, en tal sentido, se está usando el concepto *acción* en reemplazo de la *vía procedimental utilizada*.

Estas distintas acepciones trajeron consigo situaciones a veces contradictorias y otras absurdas, como el famoso retruécano de REDENTI³⁸⁶ (cuando el concepto usado en una proposición se invierte en la siguiente, a fin de que el sentido de la última sea contrario a la primera).

Estas imprecisiones conceptuales dieron lugar a un comentario de DEVIS ECHANDÍA³⁸⁷, que si bien se refiere al

386 «Con la acción (actividad procesal) se propone al juez la acción (pretensión), y él dirá si existe la acción (derecho)». REDENTI, Enrico. Cit., T. I, p. 52.

387 «Nuestro Código utiliza el término *acción* muy inapropiadamente, pues confunde la acción con la pretensión contenida en la demanda, como cuando se refiere a las acciones contenidas en ella y a la acumulación de acciones, a la competencia por la cuantía o valor de la acción y a las acciones de mayor o menor cuantía (art. 196), y cuando dice que el demandado es la persona contra quien se dirige la acción (art. 227). Otras veces usa el término en un sentido

ordenamiento procesal civil de su país a la fecha ya derogado, es útil para explicar el caos en el que se ha venido tratando el tema. Por lo demás, la frase transcrita es de plena aplicación al ordenamiento procesal civil peruano que estuvo vigente entre 1912 y 1993 y, en consecuencia, causa directa del lamentable uso que se ha hecho y aún se hace del instituto en estudio en el Perú.

Reiterando lo expresado a propósito de la evolución del concepto de acción, manifestamos que ésta es, a su vez, la historia del tránsito del procedimentalismo al procesalismo, vale decir, de la concepción tradicional y minusválida de la actividad procesal a su estudio científico. Sin embargo, la historia del derecho de acción es también el recuento de la evolución de los estudios científicos del proceso –desde sus albores, su crisis, hasta su reivindicación– concebido éste como instrumento para asegurar la vigencia de los derechos al interior de un Estado, pasando inclusive por su crisis originada en el exceso de disquisiciones teóricas.

Lo expresado en el párrafo anterior justifica que a continuación describamos las teorías más importantes respecto de la naturaleza jurídica del derecho de acción, empezando por aquéllas vigentes desde antes de su desarrollo científico hasta llegar a las contemporáneas.

material y no procesal, para distinguir la clase de pretensión o de litigio planteado en la demanda, y así dice que la acción es real, en el sentido de que el demandante persigue un determinado bien mueble o inmueble (art. 152, ord. 7º) y de que hay acción de nulidad cuando se pide la nulidad de un acto o contrato (art. 477)». DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Tratado de derecho...*, cit., T. I, p. 389.

74.1.2. Evolución histórica del concepto de acción

74.1.2.1. La acción en el derecho romano

No es novedad que aún a la fecha, en los estrados judiciales se utiliza el concepto *acción* en la acepción vigente en el derecho romano. Sin embargo, adviértase que en la etapa germinal de este derecho, la acción se encontraba emparentada con el ejercicio de la fuerza bruta, aquello que en el primer capítulo denominamos *acción directa*. J.M. URÍA describe así esta situación:

«(...) la actio, en los tiempos primitivos del Status Civitas, constituyó el acto de guerra con que una gens reaccionaba contra la violación de un derecho suyo, cierto y auténtico perpetrada por otra gens, para el efecto de recuperar, por la fuerza física o material, el territorio u otras cosas propias, de que se apoderó el Fur»³⁸⁸.

Sin embargo, casi desde la aparición del proceso en el derecho romano, concretamente en el *procedimiento de las acciones de la ley*, el concepto de acción adquiere un contenido distinto, concretamente se trata del conjunto de ritos –entiéndase formalidades– que se deben cumplir para iniciar y proseguir un proceso.

Gayo cita un caso que se ha hecho famoso como ejemplo del excesivo formalismo al que se adhirió el procedimiento durante esta etapa³⁸⁹. Una persona demandó a su

388 URÍA, J.M. *Derecho romano*. Bogotá. Imprenta del Corazón de Jesús, p. 469.

389 «Unde eum qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, cum debuisset arbores nominare eo, quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur». (Por lo que se ha respondido que quien hubiere accionado acerca de vides cortadas

vecino por haber cortado unas *vides* de su propiedad. Sin embargo, al hacer valer su derecho ante el magistrado, expresó que reclamaba por las *vides*, cuando la ley de las XII Tablas concedía acción respecto de la palabra *árboles* en sentido genérico. Este error motivó que perdiera el «juicio».

Después, durante el *procedimiento formulario*, el derecho de acción pasa a ser el derecho material en camino a convertirse en una fórmula, a efectos de obtener una declaración judicial que lo reconozca. En aquella época, a cada derecho le correspondió una acción y una fórmula específica. Así, a una demanda sobre la propiedad de un bien, correspondía una *acción reivindicatoria*; para un conflicto sobre la posesión de un bien, correspondía una *acción posesoria*. A esto se refiere ARANGIO RUIZ³⁹⁰.

La diferencia sustancial que podemos encontrar entre el concepto de acción durante el procedimiento de

en forma que en la acción hubiese dicho precisamente vides y no árboles, habría perdido la causa; porque la ley de las XII Tablas que es en donde le competería la acción por las vides cortadas, hablaba en general de árboles). (GAYO. *Institutas*. IV, & 11).

390 «En el sistema de las acciones de la ley, la acción era aquella especie de monólogo o diálogo ritual que era preciso recitar ante el magistrado. En la terminología clásica, que se inspira en el procedimiento formulario, la acción es el trazo de unión entre el derecho subjetivo y el procedimiento que sirve a realizarle, la relación material de derecho privado en trance de traducirse en fórmula, en suma, el derecho mismo que combate por hacerse valer en justicia.

Existen tantas acciones como derechos subjetivos reconocidos, y unos y otros son enumerados y definidos por las fórmulas que se encuentran expuestas en el Edicto del pretor». ARANGIO RUIZ, V. Cit., p. 60).

las acciones de la ley y el formulario, está dada por la reducción del formalismo y también por la ampliación de las facultades del juez en el segundo. Ésa es también la opinión de ARIAS³⁹¹. Debemos recordar, para ubicar la evolución del pensamiento jurídico romano, que la vigencia del procedimiento formulario –desde Augusto hasta Diocleciano, es decir, desde el siglo II a.C. hasta el siglo III d.C.– es contemporánea con la época de oro del derecho civil romano.

Como ya se expresó en el capítulo correspondiente, al procedimiento formulario le sucedió el *procedimiento extraordinario*, caracterizado por la concentración de la actividad en el juez y también por la reducción y en algunos casos eliminación de los ritos sagrados y las fórmulas. Así lo advierte CUENCA³⁹².

En esta etapa se reproduce –específicamente en las *Institutas* de JUSTINIANO– la definición de acción extraída de los *Digestos* de CELSO, expresada siglos antes. Según este último, acción es: «(...) el derecho de perseguir en

391 «La ventaja del nuevo procedimiento es que deja al magistrado una libertad casi ilimitada en la creación de fórmulas nuevas para todos los casos posibles. Y, algo más importante: puede negar o acordar la acción. En adelante, el pretor no será un mero testigo como lo fue –pese a las opiniones en contrario– en el antiguo sistema procesal». ARIAS, José. *Manual de derecho romano*. Buenos Aires. Guillermo Kraft, p. 526.

392 «El proceso es menos formal, por ello, más elástico; tiene más calor de sosegada humanidad, ya no huele a incendio, a sacrificios, ni a fieras de circo; ahora, bajo las cúpulas de Santa Sofía y entre salas y jardines helénicos, adquiere esa heterogénea y abigarrada, pero enorme consistencia, esa potente vitalidad que proporcionan las culturas emulsionadas». CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano*. Buenos Aires. EJEa. 1957, p. 187.

juicio lo que a uno se le debe» (*actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur*). Nótese que esta definición identifica a la acción con el derecho material que se discute, de tal suerte que quien tenía acción tenía derecho y, a su vez, quien tenía derecho tenía acción.

La definición expresada no tiene mayor relación, como resulta evidente, con el concepto de acción vigente en el proceso contemporáneo. El derecho romano más que un sistema de derechos fue en realidad un sistema de acciones, es decir, más que privilegiar los derechos subjetivos, le dio considerable importancia a su discusión judicial. Sin embargo, a pesar de la considerable trascendencia que tuvo la actividad judicial, el concepto de acción del derecho romano es irrelevante desde una perspectiva científica del proceso.

Es decir, el recuento no impide reconocer que la concepción de la acción en el derecho romano es una creencia equívoca y antigua, aunque contradictoriamente vigente. Así, el Código Civil peruano³⁹³, por ejemplo, utiliza de manera reiterada el término *acción* como sinónimo de *derecho material* que se discute en el proceso. También es común que en el ejercicio profesional actual se suelen

393 «Art. 373. El hijo puede pedir que se declare su filiación. Esta acción es imprescriptible y se intentará conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos».

«Art. 1892. El fiador no tiene acción contra el deudor si, por haber omitido comunicarle el pago efectuado, éste ha cancelado igualmente la deuda.

Lo expuesto es sin perjuicio del derecho de repetición del fiador contra el acreedor».

incorporar cláusulas contractuales en las que se expresa que se transmiten «los derechos y acciones», sin advertir que, desde una perspectiva contemporánea y científica, el derecho de acción es inalienable, intransmisible, irrenunciable, esto es, *indisponible*.

74.1.2.2. La polémica entre Bernard Windscheid y Teodor Muther

En 1856 se suscitó una polémica que, apreciada en perspectiva, es trascendente en la historia del derecho procesal y específicamente en la historia del derecho de acción. Hasta antes del año citado, la tesis romana sobre el derecho de acción mantuvo considerable acogida. Así, se le confundía con el derecho material que a través de ella se pretendía hacer valer. En dicho año el pandectista Bernard WINDSCHEID –profesor de la Universidad de Greifswold– en su obra *La acción del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual*, ratificó la tesis clásica según la cual se identifica la *actio* romana con el derecho subjetivo material. Sin embargo, la confirmación de la tesis romana por parte de WINDSCHEID fomentó la investigación sobre el tema y dio como resultado conclusiones preliminares que empezaron a poner en tela de juicio la teoría romana clásica de la acción.

Teodor MUTHER –profesor de la Universidad de Königsberg– replicó la tesis de WINDSCHEID: concibió el derecho de acción como uno absolutamente independiente del derecho subjetivo material, el que además está dirigido al Estado, a efectos de que éste le conceda tutela jurídica a través de una sentencia favorable.

Adviértase que la tesis de MUTHER –seguidor de SAVIGNY– considera que sólo tiene acción aquella persona a quien le asiste la razón, con más precisión, tiene acción aquél que tiene un derecho subjetivo material, el que además ha sido violado. Esto es, en la tesis de MUTHER, el derecho de acción es *concreto*.

Comentando la polémica, CASTILLO Y DE PINA afirman:

«WINDSCHEID sostenía la identidad de la actio romana con el derecho subjetivo. MUTHER, por su parte, llega a construir el derecho de acción como independiente del derecho subjetivo, pero condicionado a la existencia del derecho subjetivo mismo (derecho concreto de acción); quien tiene un derecho insatisfecho tiene también el derecho de obtener una sentencia favorable, esto es, el derecho de acción, independiente del derecho subjetivo, pero condicionado a la existencia de éste.

MUTHER consideraba, pues, a la acción como un derecho subjetivo público, que corresponde a quien le asiste la razón para que el Estado le conceda tutela jurídica, mediante sentencia favorable, ejecución, etc. Este derecho público subjetivo tiene por presupuesto un derecho privado y su violación. El derecho de obrar es diferente del derecho privado lesionado»³⁹⁴.

74.1.2.3. El derecho de acción según Oskar von Bülow

Tal vez el aporte más importante de BÜLOW haya consistido en desarrollar la tesis del proceso como una relación jurídica de derecho público, absolutamente independiente de la relación de derecho privada que se

394 CASTILLO LARRAÑAGA, José y DE PINA, Rafael. Cit., p. 124.

presenta entre las personas protagonistas del conflicto de intereses, en momento anterior a la antes citada relación procesal³⁹⁵.

Por cierto, esta concepción pública del proceso atribuye a la acción también una naturaleza publicística, es decir, en consideración de BÜLOW, el derecho de acción no relaciona a las partes sino a una de ellas, al demandante, con el Estado.

Como resulta evidente, el pensamiento de BÜLOW es fundacional respecto de las teorías contemporáneas sobre las más importantes instituciones procesales. Si hoy día es una posición pacífica la concepción pública del proceso, es porque en 1868 este auténtico maestro del derecho procesal planteó y desarrolló sus aspectos básicos. Adviértase el considerable desarrollo teórico que a partir de él alcanzó el estudio de los Presupuestos

395 «Nunca se ha dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se ha afirmado, también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, de una relación jurídica.

Esta simple, pero, para el derecho científico, realidad importantísima, desde todo punto de vista, no ha sido hasta ahora debidamente apreciada ni siquiera claramente entendida. Se acostumbra hablar, tan solo, de relaciones de derecho privado. A estas, sin embargo, no puede estar referido el proceso. Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se les toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública». VON BÜLOW, Oskar. Cit., pp. 1 y 2).

Procesales, así como la importancia de tal instituto en el moderno derecho procesal. A este notable aporte se refiere GOLDSCHMIDT³⁹⁶.

En cuanto al tema específico del derecho de acción, BÜLOW, además de afirmar su carácter público, concibe su carácter abstracto. En su opinión, antes de iniciarse un proceso no hay acción: éste sólo existe cuando se interpone una demanda. Allí aparece recién el derecho a obtener una sentencia justa. Tal concepción –seguida por KÖHLER y DEGENKOLB– es criticada severamente por CHIOVENDA³⁹⁷.

396 «(...) el primero que abrió el camino para crear una ciencia constructiva del proceso, fue Oskar Bülow. Su libro *La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales*, que apareció en 1868, llegó a ser fundamental». GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General...*, cit., p. 14.

Nota del Autor: Nótese que GOLDSCHMIDT al citar el nombre de la obra de BÜLOW dice *excepciones dilatorias* y no *excepciones procesales* como lo hace la traducción argentina de la obra. No se trata de un error, lo que ocurre es que la teoría de BÜLOW consistió precisamente en cuestionar el concepto de *excepciones dilatorias* como manifestación de defensa exclusiva del demandado y también como sinónimo de *excepciones procesales* que, en su opinión –a diferencia de la primera que tuvo un origen romano– es un concepto propio del derecho germano. BÜLOW, dice GOLDSCHMIDT, «demostró más adelante que las excepciones procesales no tienen nada que ver con las excepciones dilatorias, y sobre todo que de la mayor parte de los defectos procesales que el demandado hace valer, el juez ha de conocer de oficio. Por este camino BÜLOW llegó a sustituir el concepto de las ‘excepciones dilatorias’ por el de los ‘presupuestos procesales’». GOLDSCHMIDT, James. *Ibidem*, p. 16).

397 «Según este autor, no pudiéndose conocer precisamente el resultado de la sentencia, no se puede hablar de un derecho a la sentencia favorable, ni se puede hablar de él fundándose en hechos anteriores al proceso, porque la sentencia se funda en la convicción del juez, que puede no corresponder a la realidad de los

74.1.2.4. Las teorías de Köhler y Degenkolb sobre el derecho de acción

En la concepción de KÖHLER sobre el derecho de acción, se destacan su elemento subjetivo y el abstracto. KÖHLER considera que la acción es un elemento intrínseco a la personalidad humana, que permite pedir tutela jurídica.

FAIRÉN GUILLÉN, quien acoge en parte la tesis de KÖHLER, comenta sobre la tesis de éste lo siguiente:

«(...) la acción no es una emanación de pretensión precedente, pues sobre si es o no fundada se ha de resolver en la sentencia. Tampoco es la expresión de un derecho público general de accionar; es, sobre todo, emanación de los derechos de la personalidad, pero sólo en la misma medida en que lo son los demás actos jurídicos; el accionar es un derecho individual, como lo es el andar, comerciar, etc.»³⁹⁸.

Un elemento destacable de la tesis de KÖHLER, como se advierte, es que rechaza la identificación que se venía haciendo entre el derecho subjetivo material que se discute y el derecho de acción. Por lo tanto, es desde KÖHLER que se afirma, en la evolución de los estudios procesales, la tesis de que se tiene derecho de acción aun cuando no se tenga derecho material.

hechos. A la doctrina de BÜLOW se han adherido KÖHLER y después DEGENKOLB, quien mantiene su idea de un *derecho a ser oído*, pero como derecho meramente procesal, es decir, nacido del proceso. Esta, más que una teoría sobre la acción, es la negación de la acción y del mismo derecho subjetivo». CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios...*, cit., T. I, p. 80).

398 FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Estudios de derecho procesal*. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1955, p. 87.

Tal vez se puede colocar en el pasivo de la tesis de KÖHLER que al destacar el rasgo abstracto del derecho de acción lo exagera al punto de considerar equivalente el ejercicio del derecho de acción –negocio jurídico procesal en tanto manifestación de voluntad querida por el titular– con un hecho material cualquiera, como caminar, por ejemplo. Finalmente, extiende tanto la abstracción del concepto que, cuando dice que la acción es una expresión de la personalidad, lo reduce a una simple facultad o manifestación del espíritu humano. Por cierto, no compartimos tal aserto. Nos parece que el derecho de acción es específicamente un derecho humano a pedir justicia pero con características especiales.

Con relación a DEGENKOLB, puede anotarse en su palmarés el hecho de ser el primer procesalista que definió al derecho de acción como *subjetivo* y a la vez *público*. Sin embargo, debe anotarse también, esta vez en su pasivo, que ésta fue una idea que posteriormente abandonó. Esto se debió a las severas críticas que recibió su tesis –compartida con el húngaro Sandor PLOSZ– según la cual tienen derecho de acción inclusive quienes no tienen la razón. Que lejos estaban DEGENKOLB y PLOSZ de advertir que su tesis inicial fuera a tener en el futuro tanto éxito.

Refiriéndose a DEGENKOLB, COUTURE afirma:

«Este escritor nos ha mostrado de qué manera la acción civil, autónoma con relación al derecho, puede carecer de fundamento. Cuando el demandante promueve su demanda ante el tribunal, puede no tener razón, y sin embargo nadie habrá de discutirle su derecho a dirigirse al tribunal pidiéndole una sentencia favorable. Lo que el demandado le podrá negar es su derecho a obtener una sentencia favorable, pero nunca su derecho a comparecer ante el tribunal. Este es un derecho que pertenece aún a los que no tienen razón.»

(...)

Muchos años después de publicado su primer libro, DEGENKOLB modificó su criterio exigiendo al demandante, para que tuviera acción, que se creyera sinceramente asistido de derecho. Pero estas vacilaciones no eran necesarias, y su pensamiento perdió claridad luego de ellas. También el actor malicioso, el 'improbis litigator', aquel que sabe bien que no tiene razón, puede acudir al tribunal por su cuenta y riesgo, sometién dose a las responsabilidades que le imponga su abuso del derecho»³⁹⁹.

74.1.2.5. Adolfo Wach y la acción como derecho a la tutela jurídica

Siguiendo la línea trazada por MUTHER, Adolfo WACH considera que la acción tiene una orientación bidireccional, en tanto su titular la dirige hacia el Estado a efectos de que le conceda tutela jurídica y contra el demandado con el fin de que le dé cumplimiento.⁴⁰⁰

El desarrollo del pensamiento de WACH es estelar en la evolución de los estudios procesales. En nuestra opinión, marca el punto de imposible retorno respecto de la autonomía científica del derecho procesal, precisamente a partir de la concepción autónoma del derecho de acción. Si bien su concepto de acción, a diferencia del de Degenkolb es el de un derecho *concreto*, es decir concedido

399 COUTURE, Eduardo J. *Introducción...*, cit., pp. 12 y 13.

400 «La pretensión de protección del derecho es de naturaleza publicística y se dirige, por un lado, contra el Estado, y por el otro, contra la parte contraria. Aquel debe otorgar la protección del derecho, el acto de administración de justicia, mientras que ésta deberá tolerarlo». Adolfo WACH. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires. EJE. 1962, p. 59.

sólo a aquél que tiene un derecho que debe ser protegido, el pensamiento del maestro alemán es, reiteramos, determinante para la ciencia procesal civil.

Refiriéndose a la importancia de WACH, COUTURE comenta:

«Cuando WACH en 1885 publica su Manual⁴⁰¹, formando parte de la famosa serie dirigida por BINDING, la idea de acción en justicia reviste un carácter netamente definido. Se habla entonces de la acción como derecho autónomo, separado del derecho que acostumbramos llamar sustancial o material. 'La pretensión de la tutela jurídica -exclama WACH- no es una función del derecho subjetivo; la pretensión de la tutela jurídica es el medio que permite hacer valer el derecho, pero no es el derecho mismo'. Y al pie de la página, con humildad científica, agrega: 'Con esto abandono mi anterior concepción'.

Para la ciencia del proceso, la disociación del derecho y de la acción es algo semejante a lo que ha representado para la física la disociación del átomo. Transformada la acción en un derecho autónomo, no sólo se consagra su separación, sino la autonomía de toda esta rama del derecho que nosotros acostumbramos llamar, con palabras no totalmente difundidas aún en la escuela francesa, derecho procesal.

Pero en el pensamiento de WACH, la idea de la autonomía de la acción no ha recorrido aún todo su camino»⁴⁰².

Precisamente, atendiendo a lo expresado al final por COUTURE, si bien la presencia de WACH es trascendente en la evolución del proceso civil, su pensamiento debe ser apreciado en el contexto histórico en que se expresó. WACH definió una polémica y lo hizo optando por la

401 Es una referencia a la obra *Manual de Derecho Procesal Civil* de WACH, Adolfo. Cit.,

402 COUTURE, Eduardo J. *Introducción...*, cit., pp. 11 y 12.

concepción autonómica del derecho de acción. En tal sentido, su mérito es excepcional. Sin embargo, algunas de sus ideas hoy no podrían ser acogidas. No participamos de su concepción *concreta* del derecho de acción, así como tampoco del predominio que le otorga al interés privado sobre el interés público al desarrollar su teoría de la acción, idea que será acogida décadas después por CALAMANDREI.

No está de más afirmar que el seguidor más conspicuo de WACH fue CHIOVENDA, quien reconoce haber hecho suyas las ideas básicas del pensador alemán⁴⁰³.

403 «A esta teoría, discutidísima en Alemania, corresponde el mérito de haber hecho resaltar la autonomía de la acción y particularmente de las acciones de declaración, tanto, que puede considerarse (junto con la teoría de Bülow sobre la relación procesal, de que trataremos más adelante) como el punto de partida de la moderna ciencia procesal, y de esta doctrina ha aceptado la nuestra la parte sustancial; pero *al fundamentar la esencia de la acción en la pretendida tutela jurídica contra el Estado*, la teoría de WACH es más conforme con la tradición germánica que con la latina. No negamos (como se ha visto), que existan relaciones jurídicas de carácter público entre el Estado y el ciudadano, ni se tendría acción si no existiese el Estado a quien dirigirse; pero en este caso la relación con el Estado no es más que un medio para obtener ciertos efectos *contra el adversario*. La tradición latina vio en la acción especialmente esta dirección contra el adversario e hizo de ella, como nosotros hacemos, un derecho privado en cuanto privado es también el interés; la tradición germánica puso sin duda la atención preferentemente en la relación hacia el Estado, como resultado del nombre de *Klagerecht* (derecho de queja). Pero puede ponerse en duda que exista un derecho a la tutela jurídica *contra* el Estado, lo cual supondría un conflicto de intereses entre el Estado y el ciudadano. mientras que conceder la razón a quien la tiene es interés del Estado mismo; y es un interés al que provee permanentemente con la institución de los jueces». CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios...*, cit., T. I, pp. 83 y 84).

74.1.2.6. Chiovenda y el derecho de acción

Sin desconocer la trascendencia del pensamiento de los doctrinarios alemanes cuyas ideas han sido desarrolladas, no queda duda de que la ciencia procesal civil reconoce como su creador a Giuseppe CHIOVENDA. Refiriéndose a él y a su protagonismo en el pensamiento jurídico, SENTÍS MELENDO expresa:

«Si las ciencias jurídicas tienen sus momentos estelares, como tal ha de considerarse el señalado con la fecha del 3 de febrero de 1903. En la histórica ciudad de Bolonia, un joven profesor se levanta a leer la prolucción al curso de derecho procesal civil. El título es sencillo: L'azione nel sistema dei diritti. Nada hace suponer que se va a producir una revolución en la ciencia del derecho; con ese mismo título, o con otro análogo, se han dicho o se dirán en lo sucesivo montañas ingentes de cosas anodinas. Pero en aquella aula, encerrada en las palabras del discurso potente y contenido, se hace público el manifiesto de la 'nueva escuela' (dice Carnelutti) o de la Primera Escuela (me atrevería a decir yo) del derecho procesal.

El tradicional concepto de acción, que lleva caminando dieciocho siglos por la historia del derecho, ha terminado su recorrido; desde hace cincuenta años se vienen poniendo obstáculos a su marcha; se le está considerando como una máquina cuyo funcionamiento no corresponde a las exigencias del momento; como objeto al que, sin negar formidable valor histórico, hay que buscar sustituto. Pero sólo en aquel día invernal se establece con absoluta claridad que la acción ya no es el derecho material. La dirección exegética y las teorías particulares ceden el paso a la teoría general del proceso de cognición. Y, por encima de todo ello, el procedimiento muere, y nace el proceso, y con él nace el derecho procesal»⁴⁰⁴.

404 SENTÍS MELENDO, Santiago. *Teoría y práctica del proceso*. Buenos Aires. EJE. 1959. T. I, pp. 230 y 231.

Como en los otros casos, no es posible estudiar el pensamiento de CHIOVENDA descuidando el momento y las circunstancias históricas en que lo expresó. Que algunas de sus teorías no tengan hoy reconocimiento, actualidad o eficacia, no disminuye un ápice su grandeza. Lo importante no es lo que las ideas de Chiovenda signifiquen ahora, sino lo que éstas iniciaron.

CHIOVENDA define la acción como «el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley». Dice además: «La acción es un poder que corresponde frente al adversario, respecto al cual se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley. El adversario no está obligado a ninguna cosa frente a este poder; está, simplemente, sujeto a él. La acción se agota con su ejercicio, sin que el adversario pueda hacer nada para impedirla, ni para satisfacerla. Tiene naturaleza privada o pública, según que la voluntad de la ley cuya actuación produce tenga naturaleza privada o pública»⁴⁰⁵.

En opinión de CHIOVENDA, entonces, el derecho de acción es potestativo y está dirigido contra el adversario. Nótese que su concepto de aquello que es *potestativo* no está referido a su acepción literal de derecho omnímodo, amplio y genérico. Lo que ocurre es que en su época se puso de moda una clasificación de los derechos, según la cual estos se dividen en aquéllos que facultan a una *prestación* y los *potestativos*. Los primeros facultan a alguien a realizar una conducta determinada; en cambio, los segundos son poderes a través de los cuales su titular puede influir sobre situaciones jurídicas mediante una

405 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones...*, cit., T. I, p. 26.

actividad unilateral propia, aun cuando algunas veces se exige la intervención del juez. En su opinión, el derecho de acción es potestativo dado que tiende a la producción de un efecto jurídico a favor de un sujeto y con cargo a otro, y además con la intervención de un tercero.

Al referirse a la calidad de potestativo del derecho de acción, CHIOVENDA afirma:

«Todos (se refiere a los derechos potestativos) tienen de común tender a la producción de un efecto jurídico a favor de un sujeto y con cargo a otro, el cual nada debe hacer, pero tampoco nada puede hacer para apartar de sí aquel efecto, quedando sujeto a su producción (...)»⁴⁰⁶.

Aquí hay un tema de discrepancia con el maestro CHIOVENDA. En primer lugar, la clasificación de los derechos que hizo suya se perdió en el panorama de la doctrina sin dejar huella de su paso, por ello, hoy es sólo un exquisito dato teórico. Por otro lado, si el derecho de acción está dirigido al adversario y por ser potestativo el demandado *no puede ni debe* hacer nada contra él, no entendemos entonces qué rol cumple el derecho de defensa y sus manifestaciones dentro del proceso.

Por otro lado, queda establecido que cuando CHIOVENDA se refiere «a la condición para la actuación de la ley», le está dando al derecho de acción un carácter *concreto*, es decir, sólo podrá ejercerla aquella persona que tiene un derecho agraviado sustentado en la ley, esto es, sólo puede usar su derecho de acción quien tiene razón. Inclusive nos parece que la tesis de CHIOVENDA va más allá, en tanto considera que el derecho de acción le

406 CHIOVENDA, Giuseppe. *Ibídem*, p. 15.

es concedido a quien vaya a obtener en el proceso una decisión favorable⁴⁰⁷.

Es relativamente fácil discrepar del profesor boloñés ahora cuando la calidad de abstracto del derecho de acción se encuentra más o menos asentada en la doctrina, sin embargo, es comprensible e importante su tesis si la cotejamos desde la óptica del contexto histórico-social en que la expresó.

Otra frase chiovendiana sobre el derecho de acción que no compartimos es la siguiente: «La acción, como en general los derechos, se cede y trasmite y es renunciable (...)»⁴⁰⁸. Tal afirmación es inexacta: el derecho de acción es inherente a la naturaleza de cada sujeto de derechos, éstos –los derechos materiales– sin duda pueden ser cedidos, aun cuando sabemos bien que tal facultad no alcanza necesariamente a todos los derechos. El derecho de acción está presente siempre en cualquier sujeto de derechos, aunque jamás requiera su uso. Es irrenunciable porque se vería severamente afectada la esencia de un sujeto de derechos, si éste decide por anticipado no ejercer su derecho a poder pedirle –en realidad, exigirle– alguna vez tutela jurídica al Estado.

407 «Pero si la doctrina de WACH contiene un gran fondo de verdad, en cuanto pone en evidencia la autonomía de la acción, deben, por el contrario, considerarse como una exageración no aceptable de esta idea de la autonomía de la acción, aquellas teorías que, de una manera o de otra, la confunden con el concepto del llamado *derecho abstracto de obrar*, entendiendo por tal la simple *posibilidad* jurídica de obrar, en juicio, independientemente de un resultado *favorable*». CHIOVENDA, Giuseppe. *Ibidem*, p. 25.

408 CHIOVENDA, Giuseppe. *Ibidem*, p. 33.

Asimismo, es notoria en la tesis de CHIOVENDA la afirmación de que el derecho de acción está dirigido contra el adversario y no contra el Estado. Tal concepción determina que el derecho en estudio tenga una naturaleza *privada*. Con esta teoría la evolución del concepto de acción parecería sufrir un retroceso. Nótese que desde BÜLOW –pasando por WACH a quien el mismo CHIOVENDA considera su maestro– se afirma la naturaleza pública del derecho de acción, dada su vinculación con el Estado.

En conclusión, se pueden objetar algunos aspectos del concepto de acción en CHIOVENDA. Sin embargo, nada obsta para que no se le reconozca el carácter fundacional de su pensamiento para la ciencia procesal.

74.1.2.7. El derecho de acción en Calamandrei

Es un hecho conocido que, de toda la pléyade de discípulos de CHIOVENDA, ninguno fue tan fiel a sus postulados como el ilustre procesalista florentino Piero CALAMANDREI. Inclusive es posible afirmar que éste reitera la tesis de CHIOVENDA sobre el derecho de acción, aún cuando, nos parece, la expresa de manera más sencilla y accesible.

CALAMANDREI define el derecho de acción:

«(...) como un derecho subjetivo autónomo (esto es, tal que puede existir por sí mismo, independientemente de la existencia de un derecho subjetivo sustancial) y concreto (esto es, dirigido a obtener una determinada providencia jurisdiccional, favorable a la petición del reclamante)»⁴⁰⁹.

409 CALAMANDREI, Piero. *Instituciones...*, cit., T. I, p.179.

La definición de CALAMANDREI está influida por el contexto histórico-político presente en Italia durante la década del cuarenta, especialmente por el concepto de acción acogido en el Código de Procedimientos Civiles de 1942. En su opinión, en la doctrina hay una pugna entre una concepción privatista del derecho de acción que privilegia el interés individualista del titular del derecho material afectado; y aquella otra que considera como preeminente el interés colectivo, expresado a través del interés del Estado en el proceso. En medio de dos posiciones divergentes y opuestas, además de deficientes en tanto rechazan la cuota de razonabilidad contenida en la contraria, considera CALAMANDREI que resulta destacada y completa la tesis chiovendiana de la acción como derecho potestativo, en la medida en que no desconoce los aportes y ventajas en el desarrollo teórico de las otras dos, sino que toma lo mejor de ellas.⁴¹⁰

Precisamente, la advertencia expresada en el párrafo anterior sirve para relativizar las críticas a la tesis de CALAMANDREI. Es decir, si su concepción sólo es pertinente al momento histórico que vivió Italia en la década del cuarenta, entonces parecería que el profesor de Florencia no quiso proponer una teoría científica sobre la acción –las teorías, como sabemos, son genéricas e integrales– sino

410 «Entre la acción entendida como sometimiento de la justicia al interés privado y la acción entendida como sometimiento de la iniciativa privada al interés público, la acción como derecho potestativo significa convergencia de dos intereses, en cuanto el particular, que busca en el proceso la satisfacción de su interés privado, da así ocasión al Estado de satisfacer, al administrar justicia, el interés colectivo». CALAMANDREI, Piero. *Ibidem*. T. I, p. 179.

simplemente quiso plantear una explicación sujeta a una situación determinada. Así se explica, entonces, su concepción concreta del derecho de acción que, en un procesalista contemporáneo como él, podría significar un retroceso respecto de la concepción abstracta, prevaleciente hoy en la ciencia procesal.

La rectificación tácita de Calamandrei.- CALAMANDREI fue muy agudo y crítico con la tesis *abstracta* del derecho de acción. Así, expresaba lo siguiente:

«El derecho subjetivo, del que en un tiempo la acción se presentaba como la escolta vigilante y armada, permanece, según esta teoría, apartado e inerte, puesto que la acción no se concibe ya como un instrumento para hacer vencer al que tiene razón, sino como un instrumento puesto igualmente al servicio de quien tiene razón y de quien no la tiene: de suerte que actualmente, en lugar de ser garantía del derecho subjetivo, se reduce a ser, como con agudeza se ha dicho, 'el derecho de no tener razón', mediante el cual el ciudadano puede darse el gusto, realmente muy platónico, de hacer declarar en contra suya la certeza del derecho subjetivo».

Más adelante agrega:

“En conclusión, pues, este derecho meramente abstracto de provocar una providencia contraria al propio interés, o no tiene sentido jurídico, o, si ha de tenerlo, no puede encontrarse más que bajo el perfil del ejercicio privado de una función pública»⁴¹¹.

Sin embargo, en 1952 CALAMANDREI dictó unas conferencias en la Universidad Nacional Autónoma de México. En una de ellas, refiriéndose a un mandato de la Constitución italiana expresó lo siguiente:

411 CALAMANDREI, Piero. *Estudios...*, pp. 150 y 151.

«En virtud de esta disposición, el derecho de acción, o sea, el derecho de dirigirse a los órganos judiciales para obtener justicia (el derecho de obrar en sentido abstracto), así como el derecho inviolable de defensa, entran directamente en el campo constitucional, entre los derechos fundamentales reconocidos a todos, o sea, no solamente a los ciudadanos, sino también, en determinadas condiciones, a los extranjeros. Constituye un rasgo típico de las más modernas constituciones democráticas esta constitucionalización, como podríamos llamarla, de las garantías de igualdad procesal»⁴¹².

Como se advierte, fiel a su apreciación relativizada en el tiempo y en el espacio de su concepto de acción, CALAMANDREI, casi sin avisar, renuncia a la tesis *concreta* del derecho de acción, años después de haber denostado con virulencia la tesis *abstracta*. Afirma que el derecho de acción es, simplemente, el derecho a pedir justicia y, sobre todo, considera que es común a *todos*.

Con CALAMANDREI se cierra el ciclo de la concepción *concreta* del derecho de acción. En adelante la concepción *abstracta* tendrá un reconocimiento pacífico en la doctrina.

74.1.2.8. Carnelutti y la concepción contemporánea del derecho de acción

«La intuición de que compete a las partes un derecho subjetivo de carácter estrictamente procesal, es antigua; a esa intuición respondió el nombre de acción (actio), con el cual se denota el obrar en juicio, es decir, el desplegar actividad para la tutela, mediante el proceso, del interés de la parte, como contenido

412 CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Trad. de José Casáis y Santaló. Buenos Aires. EJEa. 1960, p. 179.

del derecho mismo; antigua es, asimismo, la intuición de que, por un lado, la actio se distingue del ius, en el proceso hecho valer, pero de que, por el otro lado, es también ella un ius (ius persecuendi in iudicio quod sibi debetur). Pero antes de que esta intuición se hubiera podido resolver en una verdad científica, tuvieron que pasar decenas de siglos.

La dificultad estaba en distinguir el derecho que se hace valer en juicio (derecho subjetivo material) del derecho mediante el cual se hace valer aquel (derecho subjetivo procesal). Con cuánta lentitud y fatiga se haya superado esa dificultad, lo enseña la historia de la ciencia jurídica, que es una parte de la historia del derecho; uno de los capítulos más interesantes de ella, atañe al desarrollo del concepto autónomo de acción. Hoy este desarrollo está realizado. Por tanto, por acción se entiende el derecho subjetivo procesal de las partes (cursiva nuestra).

Tan lejos están de confundirse el derecho subjetivo procesal y el derecho subjetivo material, que el uno puede existir sin el otro; yo tengo derecho a obtener del juez una sentencia acerca de mi pretensión, aunque esa pretensión sea infundada. La distinción entre los dos derechos atañe tanto a su contenido como al sujeto pasivo de ellos: el derecho subjetivo material tiene por contenido la prevalencia del interés en litis, y por sujeto pasivo, a la otra parte; el derecho subjetivo procesal tiene por contenido la prevalencia del interés en la composición de la litis, y por sujeto pasivo, al juez o, en general, al miembro del oficio a quien corresponde proveer sobre la demanda propuesta por una parte»⁴¹³.

Como se advierte del párrafo transcrito, con CARNELUTTI llegan a su madurez los estudios científicos sobre el derecho de acción. A partir de él queda absolutamente esclarecido el carácter *autónomo* del derecho

413 CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones...*, cit., T. I, pp. 315 y 316.

de acción y con tal concepto, como bien sabemos, la naturaleza científica de los estudios procesales. Asimismo, CARNELUTTI acaba con la tormentosa disputa habida alrededor del carácter *concreto* o *abstracto* del derecho de acción. También sobrevivió hasta CARNELUTTI la polémica en torno del rasgo *público* o *privado* del derecho de acción, es decir, si su sujeto pasivo era el Estado o el adversario. Sin embargo, a partir de él se afirmó pacíficamente su carácter *público*. De ahora en adelante, el rasgo *subjetivo*, *autónomo* y *abstracto* serán el punto de partida de los análisis contemporáneos sobre el derecho de acción.

Un tema novedoso que CARNELUTTI desarrolla sobre el derecho de acción es el interés para su ejercicio, que él llama *interés de la acción*. En su opinión, no se debe confundir el interés en la composición del conflicto –que es el interés de la acción o como se le denominó después, *interés para obrar*– con el interés particular del demandante en la pretensión. Con ello, afirmamos que con Carnelutti también empieza a advertirse cada vez con mayor claridad la diferencia entre acción y pretensión.

Así y todo, la tesis de CARNELUTTI sobre la acción no canceló el tema, lo ordenó y sistematizó para el futuro, pero dejó vigentes algunos problemas y cuestionamientos. Así, a manera de ejemplo, se critica de la concepción de CARNELUTTI el hecho de que no coloque al Estado como sujeto pasivo del derecho de acción, sino al juez, despersonalizando y restándole significado al primero. En nuestra opinión, nos parece en efecto equivocada la tesis de CARNELUTTI, sin embargo, se trata de una objeción menos trascendente de lo que sus críticos suelen considerarla.

74.1.2.9. La teoría de la acción en Eduardo J. Couture

COUTURE es la más elevada expresión del aporte sudamericano al pensamiento procesal mundial. Si bien su teoría de la acción está inicialmente influida por la doctrina de CARNELUTTI, las ideas de COUTURE tienen un desarrollo original que las hace trascendentes en la escena contemporánea, tal como se exponen a continuación.

Según COUTURE, el derecho de acción es una expresión o subespecie del derecho de petición, al que considera como un derecho genérico, universal, presente en todas las constituciones de los pueblos civilizados, a través del cual se regula la relación entre el individuo con el Estado y le concede al primero el derecho de exigir al segundo el cumplimiento de los derechos básicos que configuran la vida en sociedad.

Cuando esta exigencia es realizada por el justiciable ante el Poder Judicial, se presenta lo que COUTURE denomina *acción civil*. Ésta se caracteriza porque tratándose del ejercicio de un poder, impone obligaciones tanto al demandado como al magistrado: al primero de comparecer a defenderse, porque de lo contrario sufrirá las consecuencias de un proceso en el que ha perdido, y al magistrado de tener que pronunciarse sobre la situación planteada; si no, incurriría en responsabilidad.

Ésta es la razón por la que COUTURE define al derecho de acción como:

«(...) el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión.

Este poder jurídico compete al individuo en cuanto tal, como un atributo de su personalidad. Tiene en ese aspecto un carácter rigurosamente privado. Pero, al mismo tiempo, en la efectividad

de ese ejercicio está interesada la comunidad, lo que le asigna carácter público. Mediante la acción se cumple la jurisdicción, vale decir, se realiza efectivamente el derecho, ya que, por tradicional principio que rige en materia civil, la jurisdicción no actúa sin la iniciativa individual: nemo iudex sine actore.

Es por esta circunstancia que en tanto el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignadas en la Constitución»⁴¹⁴.

Como se advierte, la teoría de COUTURE sobre el derecho de acción está menos ligada al conflicto que a través de él se pretende sea resuelto. Por el contrario, importa una cosmovisión del derecho de acción a partir de su importancia social. Si bien la teoría de COUTURE ha recibido algunas críticas, como la expresada por ALLORIO⁴¹⁵ en el sentido de que aligera demasiado el contenido del derecho de acción al punto de colocarlo «próximo a su disolución», tales cuestionamientos no mellan su relevancia.

Por lo demás, el gran mérito de COUTURE ha consistido en reafirmar las tesis carneluttianas sobre el carácter abstracto del derecho de acción, así como aquella sobre la diferencia entre acción y pretensión. Y, por otro lado, es de extraordinaria relevancia advertir que es a partir de Couture cuando empieza a tornarse evidente la relación intrínseca que existe entre los derechos procesales básicos y los derechos constitucionales esenciales a un sujeto de derechos.

414 COUTURE, Eduardo J.. *Fundamentos...*, cit., p. 57.

415 ALLORIO, Enrico. *Problemas de derecho procesal*. Buenos Aires. EJEa. 1963. T. I, p. 144.

74.1.2.10. La teoría de la acción de Víctor Fairén Guillén

Este prestigioso profesor español plantea algunas propuestas destacadas sobre el derecho de acción, aun cuando buena parte de ellas se sustentan en las tesis de CARNELUTTI y también en las de COUTURE. En opinión de FAIRÉN GUILLÉN, cuando hablamos de acción nos referimos al derecho de excitar la actividad jurisdiccional del Estado.

FAIRÉN GUILLÉN comparte con CARNELUTTI la tesis de que la legitimación no es una condición para la existencia del derecho de acción, sino de la pretensión⁴¹⁶. De COUTURE comparte el concepto de que el derecho de acción es una especie del derecho de petición, el que a su vez forma parte de los derechos de la personalidad.

Al definir CARNELUTTI la acción como derecho y COUTURE como poder, FAIRÉN GUILLÉN, de acuerdo con ambos, considera que la acción es un *poder* en tanto tiene un reconocimiento constitucional como expresión del *derecho* general de petición⁴¹⁷.

416 «El facultado para ejercitar la acción puede serlo cualquier ciudadano justificado, sin que le afecte la necesidad de la legitimación (que no afecta la acción, sino a la pretensión), de tal modo que la acción es válida siempre que el que la proponga esté comprendido dentro de determinados límites de capacidad». FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Estudios de derecho...*, cit., p. 76.

417 «De acuerdo con estas ideas, considerábamos y seguimos considerando a la acción como una manifestación típica del 'derecho de petición' reconocido en las Cartas Constitucionales. Es, en síntesis, el derecho -abstracto, bien entendido- de acudir a la autoridad jurisdiccional con el propósito de presentarle un conflicto inter-subjetivo y pedir que lo resuelva.

74.1.2.11. La Escuela del Río de la Plata y el derecho de acción

El más importante desarrollo de la ciencia procesal en Latinoamérica se dio en Argentina. De hecho, la labor de difusión realizada en dicho país fue determinante para que tal información llegase a las naciones vecinas, como por ejemplo el Perú. La calidad y cantidad de las propuestas germinadas en el hermano país permiten considerar la existencia de una escuela jurídica con pluralidad de maestros, multiplicidad de discípulos y, sobre todo, una considerable difusión de sus trabajos.

Por cierto, el concepto de escuela no insinúa una identidad entre las ideas de los maestros que la conforman. Ése es, por ejemplo, el caso de la escuela rioplatense en materia del derecho de acción, podríamos citar conceptos personales de J. Ramiro PODETTI, Eduardo B. CARLOS, Ricardo REIMUNDÍN, Alfredo VÉLEZ MARICONDE, entre otros.

Sin embargo, dado que no es el propósito de este capítulo describir todas las teorías propuestas sobre el derecho de acción, citaremos a manera de ejemplo lo que piensa uno de sus representantes más destacados, Hugo ALSINA. Éste considera, planteando una ligera variación respecto de la tesis de CARNELUTTI, que el Estado es el sujeto pasivo del derecho de acción. Se

(...)

Pese a definiciones positivas, si se considera a la acción como un poder genérico de derecho público, de garantía, otorgado por la Constitución, parece claro que la declaración hecha en ella reconociendo la posibilidad de 'pedir' a las autoridades, no es un derecho completo, sino un simple poder (...). FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Doctrina General...*, cit., p. 82).

separa, así, de la posición de CHIOVENDA, de quien en cambio participa de su idea de la acción como derecho concreto, es decir, de un derecho sólo presente en quienes tienen derecho material y van a recibir una sentencia favorable⁴¹⁸.

74.1.2.12. El derecho de acción en la doctrina peruana

Ochenta y un años (1912-1993) de vigencia de un código de procedimientos civiles con una concepción precientífica y, sobre todo, una enseñanza exegética que ha despojado al Derecho de una propuesta crítica y comprometida con su sociedad, han determinado que los estudios nacionales de naturaleza científica sobre el tema sean escasos, por no decir casi inexistentes.

A pocos años de iniciada la vigencia del Código de 1912, don Julián Guillermo ROMERO, prestigioso jurista nacional, publicó una obra –que finalmente tuvo seis tomos– de comentario del código antes citado. En ella advertimos su concepto sobre el derecho de acción, así como la fuente que fundamenta su posición⁴¹⁹. Romero

418 «Pensamos que la acción es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica. Ello es consecuencia de la prohibición de hacerse justicia por mano propia y de haber asumido el Estado la función jurisdiccional. Acción y jurisdicción son, por lo tanto, conceptos que se corresponden, y llevados a un último análisis, podría decirse que la acción es el derecho a la jurisdicción». ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico...*, cit., T. I, p. 333.

419 «Para que se determine la cuantía de un litigio es necesario la existencia de un juicio, y para que el juicio medie, la existencia de

hace suyo el concepto de acción expresado por CELSO y publicitado por JUSTINIANO en sus *Institutas*, es decir, aquel concepto vigente en el derecho romano. Fiel a dicha tesis, considera entonces que el derecho de acción es concreto, es decir, que sólo lo puede ejercer quien tiene derecho a una sentencia favorable.

Siendo el derecho romano –por cierto, el difundido a partir de la cita de romanistas de mediados del siglo XIX– el antecedente directo que sirve de sustento a Romero para su opinión sobre el derecho de acción, podemos concluir que el comentarista nacional más importante del Código de Procedimientos Civiles de 1912, acoge la tesis precientífica según la cual la acción sólo es una expresión

la acción; de modo que no es posible tratar de lo primero sin recordar lo que se entiende por lo último.

¿Qué cosa es pues la acción y cómo se le divide?

Los romanistas franceses de mediados del siglo último como ACARIAS, DEMANGEAT, DU CAURROY y otros, cuyas teorías sintetizó el conocido profesor ORTOLÁN, convienen en las tres acepciones diferentes que conforme el antiguo derecho se daba á la palabra acción, ya se tratara del *acto mismo de recurrir á la autoridad*, del derecho de ejecutar ese acto, ó de la *forma* en que debía ejercitarse, resultando de aquí que la acción podía consistir, según los casos, en un *hecho*, en un *derecho* y en un *medio* ó una fórmula.

Este triple concepto de la *acción* que quedó en Roma modificado por la definición de JUSTINIANO *jus persequendi in juditio quod sibi debetur*, ha llegado hasta nosotros en sus dos primeras acepciones, porque todos se hallan acordes en reconocer que por acción se entiende el derecho de *pedir alguna cosa en juicio, y el modo o forma legal de ejercitar el mismo derecho pidiendo en justicia lo que es nuestro ó se nos debe*, siendo por lo tanto la acción jurídica, *el derecho en ejercicio, el medio legal de hacer valer una pretensión legítima ante la autoridad judicial competente*». J. Guillermo ROMERO. *Estudios de Legislación Procesal*. Lima. Tipografía «El Lucero». 1916. T. II, p. 7).

del derecho material, es éste mismo en movimiento, en ejercicio.

Muchos años después de la obra de Romero, concretamente a comienzos de la década del cincuenta, Mario ALZAMORA VALDEZ hizo efectiva a través de sus obras, específicamente de una⁴²⁰, su empeño por difundir en el Perú la ciencia procesal civil. En tal sentido, la obra de ALZAMORA es fundacional. Sin embargo, apreciando desde una perspectiva histórica lo ocurrido en el país en los años posteriores a la elaboración de su trabajo, no se advierten los resultados. Es una lástima que esta labor de introducción a los estudios científicos del proceso civil no haya fructificado.

Al referirse al derecho de acción, ALZAMORA desarrolla en su obra todo el tránsito de éste desde su concepción tradicional hasta las variantes teóricas presentadas durante el auge de su evolución científica⁴²¹. Aparentemente acoge la tesis carneluttiana del derecho de acción e inclusive lo considera subjetivo, público –en tanto está dirigido hacia el Estado– y autónomo, es decir, con naturaleza jurídica propia y además abstracto, vale decir, independiente del derecho material que se discute.

Sin embargo, a pesar de contar con toda la información necesaria para optar por una concepción científica del derecho de acción e inclusive así insinuarlo, nos parece que ALZAMORA, tal vez sin advertirlo, mantiene la tesis clásica y tradicional. Así, después de referirse al carácter subjetivo, público, autónomo y abstracto del de-

420 ALZAMORA VALDEZ, Mario. Cit.

421 ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Ibíd.*, pp. 44-67.

recho de acción, insólitamente desarrolla una clasificación detallada de las «acciones», en atención a la *naturaleza de los derechos materiales* (?) que se discuten en un proceso. Como se advierte, al referirse a la «clasificación de las acciones», contradice el carácter autónomo de este derecho que parecía haber hecho suyo.

Lo determinante para advertir la incongruencia en que incurre el destacado profesor peruano es el tema que él denomina *Concurso y acumulación de acciones*. Como resulta evidente, dentro de una concepción científica del proceso es absolutamente errado referirse al *concurso de acciones*, pues en todo caso se trataría de un concurso de pretensiones. Exactamente como ocurre en el caso de la denominada *acumulación de acciones*, salvo el caso excepcional en que la frase haga referencia a un proceso en donde se ejerza reconvencción, que no es el caso aludido. En realidad, la referencia de ALZAMORA es a las *pretensiones* en disputa en un mismo proceso a las que equívocamente denomina *acciones*.

A continuación transcribimos dos frases que eliminan toda duda sobre el concepto tradicional –entiéndase precientífico– que hace suyo el profesor ALZAMORA. Refiriéndose al concurso de acciones afirma: «El titular puede disponer de más de una acción para la defensa de su derecho»⁴²². Por otro lado, refiriéndose a la extinción de acciones dice: «Las acciones se extinguen por sentencia definitiva, por renuncia (que no debe confundirse con el desistimiento), por transacción, por muerte (las incesibles) y por prescripción»⁴²³.

422 ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Ibídem*, p. 64.

423 ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Ibídem*, p. 66.

Respecto de la primera frase, siendo el derecho de acción inherente a un sujeto de derechos, es absurdo considerar que en un titular –una persona natural, por ejemplo– hay más de una acción, cuando le sobra y le basta con ser sujeto de derechos y, sobre la base de ello, tener su derecho de acción. Por otro lado –refiriéndonos a la segunda frase– si es un derecho subjetivo, el derecho de acción se extingue cuando se extingue su titular, en tanto se trata de un derecho intransferible, a diferencia de la mayoría de los derechos materiales. Por tanto, una sentencia definitiva no afecta el derecho de acción del demandante, debido a que éste –el derecho de acción– jamás estuvo en disputa durante el trámite del proceso en que ésta se expidió.

74.1.3. Nuestra opinión sobre el derecho de acción

En nuestra opinión, la naturaleza jurídica de las categorías esenciales básicas, como el *derecho de acción*, suele nutrirse de las exigencias humanas de un momento históricamente determinado. Con tal premisa, nos parece que el derecho procesal contemporáneo se encuentra severamente influido por la necesidad de hacer efectivos los derechos constitucionales. Todos los acontecimientos políticos de los últimos cincuenta años confirman la tesis de que el bienestar y la grandeza de una sociedad sólo se logran cuando los derechos de los ciudadanos están garantizados respecto de la arbitrariedad de quien o quienes ejercen el poder. En este contexto, los derechos que aseguren a toda persona la oportunidad de exigir la eficacia de sus derechos materiales tienen una importancia esencial, por tanto, deben tener un reconocimiento constitucional.

Esta influencia del derecho constitucional en el derecho procesal, que es recíproca –el derecho constitucional también está afectado por el derecho procesal– ha determinado que la naturaleza de las instituciones procesales básicas pueda ser explicada a partir de su esencia constitucional.

En tal consideración, nos parece que el *derecho de acción* es aquel derecho de naturaleza constitucional, inherente a todo sujeto –en cuanto es expresión esencial de éste– que lo faculta a exigir al Estado tutela jurisdiccional para un caso concreto. Como afirma FIX ZAMUDIO, al derecho de acción debe concebirse «(...) como un derecho humano a la justicia»⁴²⁴.

Afirmada su esencia constitucional, notamos que al interior del derecho de acción hay algunas características que lo distinguen. Se trata de un derecho que es *público*, *subjetivo*, *abstracto* y *autónomo*. Expliquemos brevemente estos rasgos.

Como todo derecho, tiene un receptor u obligado cuando es ejercido. Es decir, alguien que soporta el deber de satisfacerlo. En el presente caso, el sujeto pasivo del derecho de acción es el Estado, hacia él se dirige el derecho, desde que su ejercicio no es nada más que la exigencia de tutela jurisdiccional para un caso específico. Ésta es la razón por la que estamos ante un derecho de naturaleza *pública*.

Es *subjetivo* porque se encuentra permanentemente presente en todo sujeto de derechos por la sola razón de

424 FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso*. Presentado en las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Madrid (España) en el año 1985, p. 13.

serlo, con absoluta irrelevancia de si está en condiciones de hacerlo efectivo. Exagerando la tesis –aunque sin desvirtuarla– podríamos decir que un concebido tiene derecho de acción, con prescindencia de su aptitud para ejercerlo y de los mecanismos previstos en la ley para que –por representación– tal acto ocurra.

Es *abstracto* porque no requiere de un derecho sustancial o material que lo sustente o impulse, es decir, es un derecho continente, no tiene contenido; se realiza como exigencia, como demanda de justicia, como petición de derecho, con absoluta prescindencia de si este derecho tiene existencia.

Por otro lado, el derecho de acción es *autónomo* porque tiene requisitos, presupuestos, teorías explicativas sobre su naturaleza jurídica, normas reguladoras de su ejercicio, etc.

74.1.4. La pretensión material y la pretensión procesal

Al ser abstracto, el derecho de acción carece de existencia material: es sólo un impulso de exigir tutela jurisdiccional al Estado. Sin embargo, es cierto también que realizamos tal actividad cuando tenemos una exigencia material y concreta respecto de otra persona o de otro sujeto de derechos, es decir, cuando tenemos un interés con relevancia jurídica respecto de un bien tutelado, que es resistido por otro.

El acto de exigir algo –que debe tener por cierto la calidad de caso justiciable, es decir, relevancia jurídica– a otro, antes del inicio de un proceso se denomina *pretensión material*. La pretensión material no necesariamente es el punto de partida de un proceso. Así, es factible que un

sujeto interponga una demanda sin antes haber exigido a la persona que ahora demanda, la satisfacción de la pretensión. Por otro lado, tampoco lo es porque puede ocurrir que al ser exigida la satisfacción de una pretensión material, ésta sea cumplida por el requerido. En consecuencia, puede haber pretensión material sin proceso y proceso sin pretensión material.

Veamos el siguiente ejemplo: concluido un contrato de arrendamiento, el propietario le solicita al arrendatario la devolución del predio. Sin embargo, este último le solicita un plazo mínimo para entregarle el bien. Si transcurrido este plazo el arrendatario devuelve el predio al propietario, no se habrá producido un conflicto de intereses, dado que la *pretensión material* del propietario fue satisfecha primariamente.

Adviértase que en el contrato se pactó un plazo y que el sistema jurídico concede a quien tenga un plazo vencido a su favor, la facultad de exigir judicialmente el cumplimiento de la prestación pendiente. Sin embargo, si bien no está previsto en el derecho positivo, el propietario requirió previamente al arrendatario el cumplimiento de la prestación sin necesidad de recurrir a los tribunales. Este acto de exigir la satisfacción de un interés con relevancia jurídica de manera extrajudicial, es la *pretensión material*.

Refiriéndose a la *pretensión material*, y tomando como ejemplo un préstamo de dinero, RAMÍREZ ARCILA⁴²⁵ expresa:

425 RAMÍREZ ARCILA, Carlos. *La Pretensión Procesal*. Bogotá. Temis. 1986, p. 8.

«Al hacer la reclamación o petición directa, al cobrar directamente el dinero al deudor, el acreedor está ejerciendo una pretensión, la pretensión de que se le pague su dinero. De esta pretensión no podemos decir que sea genérica, porque se trata de un caso concreto. Tampoco podemos decir que sea procesal, porque para nada ha intervenido el proceso. Y como se trata de una intervención directa en la cual se ha ejercido una pretensión, para llamarla de alguna forma, unos le dicen material, otros sustancial, otros civil. Esta es, pues, la pretensión material, sustancial o civil, y es una pretensión que, como puede verse, tiene sujetos: sujeto activo y sujeto pasivo, el acreedor y el deudor; tiene objeto, que es el dinero que se reclama, y tiene causa, que es el contrato de préstamo».

Sin embargo, cuando la pretensión material no es satisfecha y el titular de ésta carece de alternativas extrajudiciales para exigir o lograr que tal hecho ocurra, entonces sólo queda el camino de la jurisdicción. Esto significa que el titular de una pretensión material, utilizando su derecho de acción, puede convertirla –sin necesidad de hacerla desaparecer– en *pretensión procesal*, la que no es otra cosa que la manifestación de voluntad por la que un sujeto de derechos exige algo a otro a través del Estado, concretamente utilizando sus órganos especializados en la solución de conflictos, llamados también *jurisdiccionales*.

Nótese que la *pretensión procesal* difiere sustancialmente de la *pretensión material*. A pesar de la homogeneidad de sus contenidos, los niveles de exigencia de su cumplimiento son distintos. El titular de una pretensión material goza de una amplia libertad en el ejercicio de su exigencia puede enviar una carta notarial, requerir el cumplimiento a viva voz, en fin. No estamos diciendo que puede hacer lo que quiera, porque sabemos que eso

no es posible en un Estado de derecho, sólo afirmamos que tiene muchas más alternativas de exigibilidad que el titular de una pretensión procesal, ergo, un demandante, dado que éste debe regular su conducta a lo que las normas procesales prescriben.

A pesar de lo expresado, la definitividad (autoridad de la cosa juzgada) y la coercitividad propias de la jurisdicción, le otorgan a la *pretensión procesal* privilegios de los cuales la exigencia privada carece. Ésta es la razón, además, de su trascendencia social.

74.1.5. *La estructura interna de la pretensión procesal*

Siendo la pretensión procesal el núcleo de la demanda, y en consecuencia, el elemento central de la relación procesal, resulta necesario describir qué elementos la conforman.

Dado que se trata de una manifestación de voluntad por la que se exige algo de otro, la *pretensión procesal* debe tener *fundamentación jurídica*, es decir, atrás de la exigencia del pretensor, debe invocarse un derecho subjetivo que sustente el reclamo.

Si tomamos como ejemplo un contrato de arrendamiento cuyo plazo ha vencido, en donde el arrendatario no ha devuelto la posesión, el propietario deberá interponer una demanda de desalojo por vencimiento de contrato para lograr su recuperación. En esa demanda, las normas de derecho material que regulan el cumplimiento de los contratos, los plazos convenidos en ellos, así como el derecho de posesión, serán la fundamentación jurídica de la *pretensión procesal*.

Por otro lado, además de la fundamentación jurídica, la pretensión procesal debe sustentarse en la ocurrencia de cierto número de hechos cuya eventual acreditación posterior a través de la actividad probatoria permitirá que la pretensión contenida en la demanda sea declarada fundada. En este caso, se trata de los *fundamentos de hecho*.

Si bien hay procesos en donde este elemento de la pretensión no existe, es decir, no hay hechos discutidos, esta situación es absolutamente excepcional. En el ejemplo antes dado, los fundamentos de hecho de la demanda de desalojo serían la ocupación del predio por parte del demandado, la existencia del contrato de arrendamiento, entre otros.

Estos dos elementos de la pretensión procesal, los fundamentos de derecho y de hecho, apreciados de manera conjunta, se conocen con el nombre genérico de *causa petendi*, *iuris petitum* o *iuris petitio*. Otros autores han castellanizado el concepto y se refieren a él como la *causa* o *razón de pedir*.

Asimismo, la pretensión procesal tiene un elemento central, éste es el *pedido concreto*, es decir, aquello que en el campo de la realidad es lo que el pretensor quiere sea una actuación del pretendido o, sea una declaración del órgano jurisdiccional.

Este elemento de la pretensión procesal recibe el nombre de *petitorio*, aun cuando en doctrina suele llamársele también *petitum* o *petitio*. Inclusive un sector de la doctrina identifica este *petitorio* con lo que se denomina el *objeto de la pretensión*. Tomando como base el ejemplo del que nos venimos sirviendo, el petitorio estaría conformado por la recuperación de la posesión por parte del demandante.

74.1.6. La demanda y el emplazamiento

El derecho de acción es –como se ha advertido– el medio que permite esta transformación de la pretensión material en procesal. Sin embargo, este medio, por ser abstracto, necesita de una expresión concreta, de allí que se instrumente a través de un acto jurídico procesal llamado *demanda*. Este acto jurídico podemos definirlo como una declaración de voluntad a través de la cual un pretensor expresa su pedido de tutela jurídica al Estado y, a su vez, manifiesta su exigencia al pretendido respecto de un interés sustentado en un derecho subjetivo, es decir, con relevancia jurídica.

La demanda es el primer acto que ocurre en un proceso, es su punto de partida. En opinión de CHIOVENDA⁴²⁶:

«La demanda judicial, en general, es el acto con que la parte (actora), afirmando la existencia de una voluntad concreta de la ley que le garantiza un bien, declara la voluntad de que la ley sea actuada frente a otra parte (demandado), e invoca para este fin la autoridad del órgano jurisdiccional».

Es interesante también el concepto que ARLAS tiene de la demanda⁴²⁷:

«Es la petición que el actor dirige al juez para que produzca el proceso y a través de él satisfaga su pretensión. Es también un acto jurídico procesal, no un derecho».

En definitiva, la demanda es el instrumento procesal a través del cual se ejercita el derecho de acción. Asimismo,

426 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones...*, cit., T. I. 1954, p. 183.

427 ARLAS, José A. *Curso de Derecho Procesal*. Montevideo. M.B.A. 1974, p. 112.

es el medio a través del cual se inicia el proceso, es decir, empieza esa compleja trama de relaciones jurídicas destinadas a obtener una solución del conflicto de intereses.

Por cierto, desde una perspectiva doctrinal, la demanda es la manifestación concreta del principio de la iniciativa privada, es decir, aquél que nos enseña que un proceso no puede empezar por decisión del órgano jurisdiccional, sino por interés directo del titular del derecho que sustenta la pretensión o exigencia.

Si bien la demanda es un acto procesal de singular importancia, se admite –en circunstancias muy concretas– qué aspectos esenciales de ésta, como la pretensión, puedan ser *modificados*. Esta oportunidad sólo le está concedida al demandante, es decir, el titular del derecho de acción es el único apto para producir un cambio en la demanda. Sin embargo, siendo una circunstancia tan excepcional, el demandante sólo puede ejercer esta facultad dentro de un plazo precario, que dura hasta antes que la demanda sea notificada.

La razón es evidente, una vez conocidas por el demandado las pretensiones que la demanda contiene, una modificación del contenido de la demanda implicaría dos situaciones alternativas pero igualmente perjudiciales: un severo caso de indefensión para el demandado o, en todo caso, un injustificable retraso en el tramitación del proceso, dado que la modificación realizada con posterioridad al emplazamiento tendría que ser nuevamente notificada.

Una situación distinta de la modificación es la *ampliación* del petitorio contenido en la demanda, la que también puede ser intentada por el demandante,

pero atendiendo a requisitos específicos: a) que en la demanda haya expresado que se reserva el derecho de hacerlo durante el íter procesal y b) esta ampliación sólo es procedente en aquellos casos en los que la pretensión contiene como exigencia una obligación de cumplimiento sucesivo, la que se va a ir venciendo o devengando con posterioridad a la notificación de la demanda o emplazamiento.

Tanto la modificación como la ampliación son también aplicables a la reconvencción, siendo titular de tales facultades, en este caso, el demandado-reconviniente. Ambas facultades están reguladas en el nuevo Código Procesal Civil del Perú⁴²⁸.

El *emplazamiento* es el acto procesal a través del cual se pone en conocimiento del demandado el inicio de un proceso en su contra. Es un típico acto de notificación, sin embargo, tiene una considerable trascendencia en el proceso, habida cuenta de que es el momento en que la relación jurídica procesal queda perfeccionada.

Ésta es la razón por la que los ordenamientos procesales regulan los requisitos para su actuación válida.

428 «Artículo 428.- Modificación y ampliación de la demanda.- El demandante puede modificar la demanda antes que ésta sea notificada.

Puede, también, ampliar la cuantía de lo pretendido si antes de la sentencia vencieran nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional, siempre que en la demanda se haya reservado tal derecho. A este efecto, se consideran comunes a la ampliación de los trámites precedentes y se tramitará únicamente con un traslado a la otra parte.

Iguales derechos de modificación y ampliación tiene el demandado que formula reconvencción».

Inclusive no debe olvidarse que el acto del emplazamiento es el que determina el inicio o la conclusión de muchos derechos o deberes para los sujetos en conflicto. Así, el emplazamiento determina la fijación definitiva de la competencia respecto del demandante, el inicio del cómputo del plazo desde el cual se incurre en mora cuando corresponda, la interrupción de la prescripción extintiva y otros efectos más que al derecho positivo respectivo le pueda interesar otorgarle.

El nuevo Código peruano enumera los efectos del emplazamiento en su artículo 438⁴²⁹.

74.1.7. La reconvencción y la contrapretensión

«La palabra reconvencción deriva de la palabra latina reconventio, que a su vez deriva de conventio (demanda) y del prefijo re, que denota repetición, o de rei y conventio (la demanda del demandado): conserva, pues, el mismo sonido de la voz que proviene, de idéntica manera como ocurre con el resto de los idiomas derivados del latín (en francés es conocida por reconvention, en italiano por reconvenzione); e incluso se forma de las mismas raíces en la lengua alemana, en la que se llama Wiederklage, palabra compuesta de Wieder,

429 «Artículo 438.- Efectos del emplazamiento.- El emplazamiento válido con la demanda produce los siguientes efectos:

1. La competencia inicial no podrá ser modificada, aunque posteriormente varíen las circunstancias que la determinaron.
2. El petitorio no podrá ser modificado fuera de los casos permitidos en este Código.
3. No es jurídicamente posible iniciar otro proceso con el mismo petitorio.
4. Interrumpe la prescripción extintiva».

que se puede traducir por nuevo, nuevamente u otra vez, y de klage, que es demanda principal; y también se traduce reconvencción en alemán, alguna vez, por Widerklage, que equivale literalmente a contrademanda. Semejantemente ocurre en inglés, en el que se traduce la reconvencción con la palabra counter-claim»⁴³⁰.

El párrafo transcrito de SAMPONS DELGADO no sólo describe el origen etimológico de la palabra *reconvencción*, sino que además sirve para acreditar que en algunos conceptos jurídicos, tal origen resulta harto explicativo de la naturaleza jurídica de las instituciones que así se denominan. Sin embargo, tal vez porque el proceso es aquella parte del derecho que se encuentra más ligado a la dinámica social, la acepción etimológica deviene muy pronto en anacrónica y por ello insuficiente para describir la utilidad práctica y actual de algunas de sus instituciones. Ésta es la razón por la cual resulta necesario ampliar algunos detalles sobre la reconvencción.

74.1.8.El fundamento de la reconvencción

Las instituciones procesales son expresiones concretas del sistema procesal vigente en una determinada sociedad. Como los principios procesales son las líneas vectoriales que orientan la ideología de un determinado sistema, la manera más idónea de descubrir la naturaleza jurídica de una institución procesal es conocer cuál es el principio procesal que hace efectivo.

430 SAMPONS DELGADO, M. *La reconvencción*. Barcelona. Colección Nereo. 1962, p. 8. punto 2o.

En el caso de la reconvención, sin duda alguna, su fundamento no es otro que el *principio de economía procesal*. Como se sabe, el desarrollo de un proceso importa un consumo de tiempo, gasto y esfuerzo. Siendo así, concederle al demandado la oportunidad de demandar a quien lo haya emplazado utilizando el mismo proceso, va a significar, en principio, que no se requerirá de otro proceso; es decir, al mismo tiempo que cada una de las partes cumple con su rol original (demandante y demandado), puede invertir su calidad, sin dispendio de tiempo y tampoco de esfuerzo.

Refiriéndose al fundamento de la reconvención, MORELLO afirma:

«(...) se satisface con ello un principio de economía procesal pues se evita la multiplicidad de juicios y se facilita la acción de la justicia»⁴³¹.

Esta concepción de la reconvención no es novedosa: con anterioridad al desarrollo científico del proceso ya se tenía la misma idea sobre su utilidad aun cuando por razones obvias no se hacía referencia al principio de economía procesal. Así se aprecia de la opinión de MANRESA Y NAVARRO:

«La reconvención ha sido introducida en beneficio público y de los mismos litigantes, pues interesa a la sociedad que se disminuyan los pleitos y a aquéllos el obtener la declaración de sus derechos con los menos dispendios e incomodidades posibles(...). Por estas razones nadie ha puesto en duda las ventajas de la reconvención, admitida también en las legislaciones extranjeras(...)»⁴³².

431 MORELLO, Augusto M. y otros. *Códigos Procesales en lo Civil...*, cit., T. IV, p. 445. punto B.

432 MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada*. Madrid. Reus. 1944. T. III, p. 215.

74.1.9. *Distintas definiciones de reconvención*

A continuación detallaremos algunas definiciones de reconvención, para al final describir la que hacemos nuestra.

a) El jurista argentino Roberto BERIZONCE dice: «La reconvención es una nueva acción deducida por el demandado contra el actor en el escrito de responde, con el objeto de que el mismo juez que conoce en la demanda originaria principal la resuelva, por los mismos trámites y en una sola sentencia»⁴³³. Tenemos dos objeciones a esta definición. La primera es el uso que el profesor platense hace del concepto de *acción*. La reconvención tiene como origen el ejercicio del derecho de acción por parte del demandado, pero tal afirmación no alcanza para decir que se trata de una «nueva acción». En realidad, con tal frase, BERIZONCE se está refiriendo a la pretensión dirigida por el demandado contra el demandante, dado que, como bien sabemos, el derecho de acción no va dirigido a la otra parte sino al Estado, representado en el proceso por el Juez.

La segunda es que la definición no precisa si hace referencia a la reconvención o a una contrapretensión, tema que nos parece central para precisar la naturaleza jurídica de la institución en estudio.

b) El maestro Carlo CARLI -Clemente DÍAZ- dice: «La reconvención es la demanda autónoma que el demandado, al contestar la demanda introduce en el proceso dirigida contra el actor, independientemente de la suerte

433 O BERIZONCE, Roberto. *La Reconvención*. En: *Jus*. VI, pp. 88 y 89.

de la pretensión de éste»⁴³⁴. Participamos en mucho de la definición del notable procesalista. En estricto, si se afirma que la reconvencción es el ejercicio del derecho de acción, no queda duda que la reconvencción es la demanda del demandado. Asimismo, cuando CARLI afirma que la reconvencción es una demanda autónoma, la define diferenciándola de la contrapretensión.

c) Por otro lado, CARNELUTTI enseña: «Se habla de reconvencción siempre que el demandado, en lugar de defenderse contra la pretensión del actor, lo contraataca proponiendo contra él una pretensión. Así, en realidad, el demandado se transforma en actor»⁴³⁵. No compartimos algunos aspectos de la definición del maestro de Milán, quien afirma que el demandado contraataca al actor «en lugar de defenderse(...)», es decir, como si la reconvencción fuese excluyente del uso de los medios de defensa por parte del demandado respecto de la pretensión hecha valer en su contra. Por cierto, se trata de una afirmación inexacta dado que el demandado está apto para realizar simultáneamente ambos actos, defenderse y demandar al demandante.

Asimismo, es aplicable lo expresado anteriormente, a propósito de BERIZONCE, a la definición de CARNELUTTI, porque tampoco es posible saber si ésta se refiere en estricto a una reconvencción o a una contrapretensión.

d) CHIOVENDA se refiere a la reconvencción de la siguiente manera: «Con la reconvencción, el demandado tiende a obtener la actuación en favor propio de una

434 CARLI, Carlo. *La Demanda Civil*. Buenos Aires. Lex. 1973, p. 275.

435 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema...*, cit., T. II, p. 688.

voluntad de la ley en el mismo pleito promovido por el actor, pero independientemente de la desestimación de la demanda del actor»⁴³⁶. Como se advierte, el maestro de Bolonia no hace referencia propiamente a la naturaleza jurídica de la reconvención, sino simplemente a su aspecto procedimental, concretamente describe la conducta del demandado al interior de un proceso, al querer obtener lo que suele denominar la actuación de la voluntad concreta de la ley, sin sustentar opinión sobre su fundamento jurídico –queremos decir científico– de la actitud del demandado.

e) GOLDSCHMIDT tiene una propuesta sólida sobre la reconvención. Dice de ella que: «se entiende bajo este nombre la pretensión que el demandado hace valer durante el curso del proceso contra el demandante, con propósitos de atacar, diferente en su esencia de la pretensión contenida en la demanda, pero que se ejercita a fin de que se ventile juntamente con ella(...)»⁴³⁷. Como se advierte, la definición describe los elementos más saltantes de la reconvención. Así, al afirmar que es la pretensión del demandado, está declarando implícitamente que es consecuencia del ejercicio del derecho de acción por parte de éste. Por otro lado, precisa que la pretensión del demandado es esencialmente distinta de la pretensión del demandante y que sólo están identificadas en el hecho de que ambas participan de un mismo cauce procesal.

436 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios...*, cit., T. II, p. 742.

437 GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Trad. de Leonardo Prieto Castro. Madrid. Labor. 1936.

f) En la misma línea de GOLDSCHMIDT, Jaime GUASP afirma que: «Reconvención, es, en efecto, la pretensión procesal interpuesta por el demandado frente al actor (...) es una verdadera reclamación de fondo, dirigida al órgano jurisdiccional, cuya característica estriba solamente en que su sujeto activo es el sujeto pasivo de otra pretensión anterior»⁴³⁸. Ésta es, en nuestra opinión, una aceptable definición de reconvención. Se reitera –sin citarlo– que la reconvención es producto del ejercicio del derecho de acción por parte del demandado. Asimismo, es pertinente la precisión de GUASP en el sentido de que la reconvención «es una verdadera reclamación de fondo(...)», esto es, una pretensión del demandado. Sin embargo, nos parece que se hubiera completado el concepto de reconvención, si el profesor español hubiera hecho referencia a la autonomía de la pretensión del demandado respecto de la del demandante.

74.1.10. Nuestra opinión sobre la reconvención

Luego de los desarrollos teóricos descritos, nos quedamos con algunos elementos básicos que configuran la naturaleza jurídica de la reconvención. Así, sin duda se trata del ejercicio del derecho de acción por parte del demandado, ergo, esto sólo puede ocurrir en un proceso ya iniciado, en el que éste ha sido emplazado. Por tal mérito, el demandado incorpora al proceso una pretensión propia, absolutamente autónoma respecto de la pretensión contenida en la demanda, la que además está dirigida contra el demandante.

438 GUASP, Jaime. Cit., p. 260.

La reconvención puede ser confundida con la llamada contrademanda que, en nuestra opinión, aunque con distinto nombre, es la especie del género que es la reconvención. En efecto, la contrademanda es la pretensión intentada por el demandado dentro del mismo proceso, caracterizada porque guarda conexidad con la pretensión principal. Queremos decir que, en la contrademanda, la pretensión intentada por el demandado-reconviniente debe estar fáctica y jurídicamente relacionada con la pretensión del demandante.

Dado que los hechos y el derecho configuran la llamada *razón de pedir* o *iuris petitio*, que es uno de los elementos de la pretensión, en el caso de una contrademanda, la *razón* o *causa de pedir* es invertida por el demandado, quien considera que respecto de la misma situación de conflicto es el demandante quien tiene una obligación incumplida con él. Así, por ejemplo, si una persona demanda a otra el perfeccionamiento de un contrato de compraventa, habrá contrademanda si el demandado pretende la resolución del contrato. Como se advierte, mientras el demandante pretende perfeccionar una relación contractual, el demandado busca dejarla sin efecto.

Sin embargo, exigiendo a los conceptos un nivel de precisión, advertimos que aquello que se da en llamar contrademanda se debe nombrar, en estricto, contra-pretensión, dado que están conectados los hechos y el derecho que configuran las pretensiones del demandante y el demandado, en tanto la de este último se opone directamente a la del primero. Por lo demás, no puede ser contrademanda porque si, de acuerdo con lo que ya se expuso, la demanda está dirigida al Estado, entonces la contrademanda también tendría como sujeto pasivo al

Estado. Por eso, nos parece correcto denominarla contrapretensión, dado que está dirigida al demandante, en tanto la pretensión está dirigida contra el demandado. El concepto de contrapretensión es también asumido por CARNELUTTI⁴³⁹.

Resulta importante destacar la diferencia que existe entre la reconvención y el ejercicio del derecho de defensa por parte del demandado, sobre todo porque suelen confundirse, ya que regularmente se ejercen en el mismo plazo y a veces conjuntamente. Al usarse una defensa de fondo, el demandado contradice la pretensión dirigida contra él, discutiendo y contraprobando los hechos alegados por el demandante. Lo más exitoso que le podría

439 «a) Puede ocurrir que, frente a la pretensión, la contraparte, en lugar o además de discutirla, formule, a su vez, respecto al mismo conflicto de intereses una pretensión. Esta es la contrapretensión.

La característica peculiar de la contrapretensión consiste en que una pretensión se refiera al mismo conflicto de intereses respecto del que se deduzca una pretensión opuesta. Hay, por tanto, dos pretensiones en un mismo conflicto y, por ello, en un mismo litigio. La pretensión es condición *sine qua non* para que exista el litigio; pero éste puede presentar también dos pretensiones (recíprocas).

Cuando hay adhesión a la pretensión, una parte reconoce el derecho afirmado por la otra. Cuando hay discusión, una parte desconoce la propia obligación y, por tanto, el derecho de la contraparte, pero no afirma el derecho propio. Cuando hay contrapretensión, una de las partes no sólo desconoce la propia obligación, sino que afirma el propio derecho y, por tanto, la obligación de la contraparte.

b) La contrapretensión está, por consiguiente, en el mismo plano que la pretensión y que la discusión y, por lo tanto, en plano distinto de la defensa y de la excepción. A éstas corresponde la razón de la contrapretensión, que no es más que razón de una pretensión». FRANCESCO CARNELUTTI. *Sistema...*, cit., T. II, pp. 15 y 16.

ocurrir a un demandado que usa una defensa de fondo es que se declare infundada la pretensión y, en consecuencia, quede liberado de su cumplimiento. En cambio, en el caso de la reconvencción, el demandado puede conseguir, si la reconvencción es declarada fundada, vincular al demandante a la ejecución de la pretensión contenida en la reconvencción.

74.1.11. Algunos temas polémicos en materia reconvenccional

a) Hay un tema discutible en la doctrina sobre el instituto estudiado, es la llamada *reconvencción implícita*. Está referida al hecho de que, presentada una contestación, ésta contiene una pretensión dirigida al demandante, a pesar de lo cual el demandado omite identificarla como tal. La polémica se desplaza entre desconocer que tal declaración de voluntad sea una reconvencción, y la otra posición según la cual el juez puede reconocerla como tal y en consecuencia darle dicho trámite, sustituyendo la omisión del demandado. A ésta última se le denomina *reconvencción implícita formal*. No debe confundirse lo descrito con aquella en la que la sola oposición exitosa del demandado a la pretensión del demandante puede transformarse en una declaración de derecho implícita a su favor. Este sería un caso de *reconvencción implícita sustancial*.

En estricto, la discusión se centra en la *reconvencción implícita formal*. En nuestra opinión, que es también la de ROSENBERG⁴⁴⁰, un juez que advierte una reconvencción

440 «Toda petición del demandado que presente contra el actor con forma de ataque, sobre la base de una pretensión de esta especie

no declarada expresamente como tal debe darle el respectivo trámite, atendiendo a que lo trascendente es el fondo y no la forma. Por lo demás, los ordenamientos procesales alineados a una orientación publicística suelen tener regulado el aforismo *iura novit curia*; precisamente su aplicación le impone al juez el deber de aplicar en el proceso el derecho que corresponda, con prescindencia de si éste no fue nombrado por el titular o si fue citado defectuosamente. Nos parece que esta norma, integrada a una concepción publicística, asegura la intervención del juez para suplir la omisión incurrida por el demandado. El Código Procesal Civil peruano acoge el aforismo antes citado⁴⁴¹.

b) Finalmente, debe advertirse que el plazo para interponer una reconvencción está menos ligado al tiempo que al acto con el que simultáneamente debe presentarse. Casi todos los ordenamientos suelen fijar como plazo para reconvenir el mismo que se tiene para contestar la demanda. Sin embargo, la doctrina considera que la oportunidad para reconvenir está ligada al acto de la contestación y no al plazo para hacerlo.

Por esa razón, si un demandado contesta la demanda antes del vencimiento del plazo, en tal fecha deberá

y que pueda ser también objeto de una demanda independiente, es una reconvencción, sin que sea necesaria su designación como tal». ROSENBERG, Leo. T. II. Trad. de Ángela Romero Vera. Buenos Aires: EJE. 1955, p. 80.

441 «Artículo VII.- Juez y Derecho.- El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes».

interponer reconvencción, de lo contrario, aun cuando hubiera un plazo adicional para contestar (y por tanto para reconvenir), éste se habrá perdido por efecto del acto de contestación de la demanda.

En el caso del Código peruano⁴⁴², si bien la sumilla de la norma hace referencia a la reconvencción, en realidad lo que se ha normado es la contrapretensión, es decir, sólo se puede reconvenir una pretensión ligada por conexidad con la pretensión contenida en la demanda. La razón para ello es que el legislador ha privilegiado el principio de celeridad procesal, entendiendo que sólo se logra plasmar el principio de economía procesal, cuando se acumulan pretensiones conexas. Por otro lado, incidió también el hecho de que el concepto de *reconvencción* estaba lo suficientemente difundido en el quehacer forense nacional, como para reemplazar su uso.

En su aspecto formal, se exige que se presente en el mismo escrito en que se contesta la demanda, además se prescribe que la contrapretensión no altere la competencia radicada con la demanda y tampoco la vía procedimental elegida para ésta. Asimismo, se norma

442 «Artículo 445.- Reconvencción.- La reconvencción se propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda, en la forma y con los requisitos previstos para ésta, en lo que corresponda.

La reconvencción es admisible si no afecta la competencia ni la vía procedimental originales.

La reconvencción es procedente si la pretensión en ella contenida fuese conexa con la relación jurídica invocada en la demanda. En caso contrario, será declarada improcedente.

El traslado de la reconvencción se confiere por el plazo y en la forma establecidos para la demanda, debiendo ambas tramitarse conjuntamente y resolverse en la sentencia».

que la contrapretensión se tramite conjuntamente con la pretensión y que se resuelvan ambas en la misma sentencia.

74.2.El derecho de contradicción

El *derecho de contradicción* es, al igual que el derecho de acción, una expresión del derecho a la tutela jurisdiccional. Esto significa que el derecho de contradicción tiene las mismas características del derecho de acción. En consecuencia, estamos ante un derecho de naturaleza constitucional, además, subjetivo, público, abstracto y autónomo, que permite a un sujeto de derechos emplazado exigirle al Estado le preste tutela jurisdiccional.

Es notoria su naturaleza constitucional, inclusive con mayor nitidez que en el caso del derecho de acción. En realidad, debe ser difícil hallar un texto constitucional que no considere al derecho de contradicción –sea denominándolo como tal o de otra manera– como un derecho esencial al individuo y, en consecuencia, elemental para la existencia de un Estado de derecho.

De hecho, la tutela jurisdiccional del Estado sólo será efectiva cuando la decisión que se expida se haya obtenido en un proceso judicial válido. Ahora bien, para que un proceso sea válido, debe haberse hecho efectivo en su interior un conjunto de derechos –a los que alguna doctrina les llama *garantías*– los que por su importancia en una sociedad, tienen una base constitucional. Esto es lo que recibe el nombre de *debido proceso legal*⁴⁴³.

443 *Infra*, núm. 73.

Desde una perspectiva constitucional, la referencia al derecho de contradicción suele expresarse a través de una de las especies del *derecho a un debido proceso legal*, específicamente el llamado *derecho de defensa*. En cualquier caso, no queda duda de que el derecho en estudio tiene una esencial constitucional. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ transcribe una sentencia del Tribunal Constitucional español que describe con precisión la naturaleza constitucional-procesal que hay en el derecho en estudio⁴⁴⁴.

Lo de subjetivo se advierte en el hecho de que es inherente a un sujeto de derecho por la sola circunstancia de serlo. Es público en tanto el sujeto pasivo del derecho de

444 «Este derecho fundamental hoy constitucionalizado, y como tal extensible, es de necesario reconocimiento en las leyes procesales en cualquier clase de procedimiento, con mayor o menor alcance, según su naturaleza o finalidad, así en el ámbito procesal, por la trascendencia del ejercicio del *ius puniendi* con respecto a los derechos esenciales del hombre, ha de ser singularmente exigente, sobre todo en la fase plenaria, acatando el viejo postulado *audiatur et altera pars*, que impone la bilateralidad de la audiencia a ultranza, ante la presencia del principio acusatorio que exige equilibrio entre las personas acusadoras y acusadas, pero ha sido y es objeto de matizaciones en relación con la acción civil derivada del delito ejercitado contra terceras personas que responden en forma subsidiaria o por incidencia del responsable principal, o a causa de seguros legales o voluntarios, que se ejercita facultativamente dentro del mismo proceso penal en inserción acumulativa, y con un menor alcance en orden a los intereses a valorar, por ser de naturaleza privada. De esta forma, si bien con relación a la acción civil es siempre necesaria la audiencia –salvo en el supuesto de ausencia de oposición voluntaria por el perjudicado– en alguna de las fases sumarial o plenaria del proceso penal, para impedir la condena sin ser oído; sin embargo, tienen en su desarrollo menor alcance que el propio de la acción criminal, por estar limitada al peculiar objeto indemnizatorio o de resarcimiento(...)». GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Cit., pp. 98 y 99.

contradicción es el Estado, siendo en este aspecto exactamente igual que el derecho de acción. Es abstracto porque consiste en la oportunidad que el Estado debe otorgarle al emplazado para que se defienda, con absoluta prescindencia de si lo hace o no. Finalmente, es autónomo porque existe con total independencia de que lo que expresa el emplazado tenga sustento real o fundamento jurídico.

Utilizando categorías distintas, DEVIS ECHANDÍA se refiere al derecho de contradicción de la siguiente manera:

“Por consiguiente, el derecho de contradicción, lo mismo que el de acción, pertenece a toda persona natural o jurídica, y tanto su causa como su fin están constituidos por un interés público, que consiste en el derecho de obtener la decisión del conflicto que se le plantea al demandado mediante la sentencia que el órgano jurisdiccional debe dictar. Es un interés general porque solo secundariamente mira a la conveniencia del demandado y a la protección de sus derechos sometidos a juicio y de su libertad limitada con la imposición de las cargas y deberes que se deducen de la relación jurídico-procesal, en tanto que principalmente contempla la defensa de dos principios fundamentales para la organización social, como son el que prohíbe juzgar a nadie sin oírlo y sin darle los medios adecuados para su defensa, en un plano de igualdad de oportunidades y derechos con el demandante, y el que niega el derecho a hacerse justicia por sí mismo⁴⁴⁵.”

En una opinión que no compartimos, MONROY CABRA considera que el derecho de contradicción es una modalidad del derecho de acción⁴⁴⁶. Nos parece que ambos

445 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones ...* Cit., p. 208.

446 «El derecho de contradicción no es sino una modalidad del derecho de acción y se le otorga al demandado para que mediante el proceso y por una sentencia se le decida su pretensión. Frente a la pretensión del demandante existe la oposición del demandado.

no sólo son autónomos, aun cuando son expresiones del derecho a la tutela jurisdiccional, sino que mantienen una diferencia notable: el derecho de contradicción carece de libertad en su ejercicio, vale decir, está afectado de falta de voluntariedad. Puedo ejercitar mi derecho de acción casi cuando yo quiera, en cambio, solo puedo emplear mi derecho de contradicción cuando alguien –usando su derecho de acción– exija al Estado tutela jurídica y a través de tal ejercicio plantee una exigencia concreta dirigida contra mí.

En definitiva, el ejercicio del derecho de acción marca el inicio de un proceso, en cambio, el derecho de contradicción solo es posible ejercitarlo cuando un proceso ya se ha iniciado. El derecho de contradicción no puede ser ejercido atendiendo a la voluntad de su titular. Esa es la opinión de DEVIS ECHANDÍA⁴⁴⁷ y también de PEYRANO⁴⁴⁸.

Al tratar sobre la relación procesal se expresó que, de acuerdo con la concepción moderna, dicha relación presenta un doble aspecto: relación de acción (entre el demandante y el Estado) y relación de contradicción (entre el demandado y el Estado)» (MONROY CABRA, Marco Genaro. *Cit.*, p. 161).

447 «La única diferencia que nosotros encontramos entre los dos derechos consiste en que la acción lo ejercita libre y voluntariamente el actor, al paso que el de contradicción surge por el ejercicio de la acción al ponerse en movimiento la jurisdicción, sin que se requiera acto ni consentimiento o voluntad del demandado, desde el momento en que la demanda es admitida y él figura como sujeto pasivo de la pretensión en ella contenida». DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones...* *Cit.*, p. 209.

448 «El ejercicio de aquel (merced a la formulación de la pretensión y la presentación de la demanda) es totalmente libre; mientras que el ejercicio del derecho si bien también es libre en el sentido de que puede optar entre defenderse o no, lo es menos porque cualquiera fuera la actitud que adoptare siempre –de algún modo– el

Otra diferencia interesante de ser anotada entre los derechos de acción y de contradicción se encuentra en el interés. El llamado interés para obrar es una condición de la acción que consiste en el estado de necesidad de tutela jurídica en la que se encuentra un sujeto de derechos, cuando no tiene otra alternativa para satisfacer su pretensión material que no sea el ejercicio de su derecho de acción. En tal virtud, el interés para obrar – en principio – debe ser invocado por el demandante, de lo contrario no será posible que posteriormente se expida un pronunciamiento válido sobre el fondo, sin embargo, bien puede este carecer de aquel. No obstante, es imposible concebir la idea de un demandado sin interés para contradecir, porque este es consustancial a su calidad de emplazado⁴⁴⁹.

Al margen de otras disquisiciones sobre la materia, apréciase que destacar el carácter abstracto del derecho de contradicción es, a su vez, descartar la tesis chiovenadiana que lo concibe como un contraderecho frente a la acción. Como es evidente, tal teoría parte, a su vez, de la consideración de que el derecho de acción solo lo tienen

rol del demandado es la consecuencia del ejercicio previo del derecho de acción. Se es demandado por la voluntad del actor, y no por la voluntad propia». PEYRANO, Jorge W. *Procedimiento civil y comercial*, T. 2, Rosario. Juris, 1992, pp. 127 y 128.

- 449 «El interés para contradecir no puede faltar jamás, pero el interés para controvertir en el fondo faltará cuando la demanda se dirija contra quien no es el sujeto que debe discutirla y entonces, si bien su derecho a ser oído y a defenderse no puede ser puesto en duda, no lo tendrá sin embargo para que en sentencia de fondo se resuelva sobre la pretensión del demandante y sobre las excepciones que le oponga, distintas de la de su carencia de legitimación en la causa e interés para obrar, por conducir esta precisamente a una sentencia inhibitoria». DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones...* Cit., p. 210.

quienes son titulares de un derecho sustancial, posición histórica ya superada en el desarrollo de los estudios científicos del proceso. Hoy podemos afirmar, sin hesitar, que ni la titularidad y tampoco el ejercicio del derecho de contradicción se afectan por el hecho de que el demandado no tenga fundamento alguno para discutir la pretensión del demandante. Exagerando la idea pero sin desvirtuarla, podemos afirmar que el derecho del demandado de allanarse al petitorio o reconocer la pretensión es consecuencia de su decisión de descartar el ejercicio de su derecho de contradicción que, por cierto, existió.

El derecho de contradicción se expresa en la imperiosa necesidad de aquel demandado sea informado oportunamente –entiéndase, notificado válidamente– de las incidencias que ocurren dentro del proceso en el que se está discutiendo un derecho que le puede afectar. Es tal la trascendencia de esta manifestación del derecho de contradicción, que un proceso –a pesar de haber concluido formalmente– no tendrá efectos contra aquella persona que no fue avisada de su existencia y que, en consecuencia, no pudo discutir su posición al interior de aquél.

A esto se refiere GONZÁLEZ PÉREZ cuando afirma:

“La defensa no será posible si los afectados por la sentencia que pone fin al proceso no comparecen, por no haber tenido conocimiento del mismo. De aquí que constituya una garantía esencial la notificación a los acusados, demandados o titulares de derechos o intereses legítimos que pudiera resultar afectados por la sentencia de la existencia del proceso, a fin de que puedan comparecer”⁴⁵⁰.

El derecho de contradicción se expresa también en la necesidad de que el demandado tenga el derecho de presentar alegatos y medios probatorios destinados a sustentar sus posiciones. Como resulta evidente, sería poco importante que a un demandado se le comunicará el inicio de un proceso en su contra, si no se le permitiera expresar su posición dentro del proceso, y por cierto, si no se le concediera la facultad de acopiar medios probatorios destinados a otorgarle certeza a sus afirmaciones, sobre todo a los ojos del juez.

Este último desarrollo es muy importante porque permite advertir que si bien en su origen el derecho de contradicción es poco más o menos el equivalente del derecho de acción, aunque su titular sea el demandado en un proceso, una vez iniciado éste, su desarrollo y presencia en el proceso genera otro derecho mucho más extenso y complejo, nos referimos al derecho de defensa. Éste viene a ser el núcleo operativo y dinámico del derecho a un debido proceso al que nos referimos anteriormente, diferenciándose en que este último alcanza a todos los sujetos de la relación procesal.

En efecto, las manifestaciones del derecho de defensa —ser emplazado, por ser oído, poder probar, poder presentar recursos, etc.— no sólo aseguran el derecho del emplazado y luego demandado, sino de todos los partícipes en la relación procesal, incluido el demandante. Si se expidiera una resolución contraria al titular del derecho de acción, es decir al demandante, y no se le concediera a éste el derecho de recurrir contra ella, se estaría afectando su derecho a un debido proceso, en tanto se obsta su defensa.

Así se explica la naturaleza constitucional del derecho de contradicción. De hecho, no es concebible que una ley lo desconozca, de ser así, a través del control difuso de la constitución, el juez estaría plenamente facultado a inaplicarla. Por otro lado, la única posibilidad de que los derechos esenciales de la persona respecto del Estado sean garantizados es que su discusión al interior de un proceso se produzca concediéndoles a los contendientes la posibilidad de ser oídos, de que aleguen, prueben o impugnen las decisiones,

Refiriéndose al artículo 101 del Código de Procedimientos Civiles italiano 1942 ("el juez, salvo que la ley disponga otra cosa, no puede pronunciarse sobre ninguna demanda, si la parte contra la cual se propone no ha sido regularmente citada y no ha comparecido"), SATTa expresa lo siguiente:

*"(...) es indiscutiblemente necesario para regular constitución y proceso, es más, para su misma existencia, porque un proceso en el cual no se hayan observado las reglas del contradictorio está privado jurídicamente de todo valor"*⁴⁵¹.

El derecho de contradicción se encuentra regulado por el nuevo Código Procesal Civil peruano en sus artículos 2 *in fine* y 3⁴⁵².

451 SATTa, Salvatore. *Manual de derecho...*, cit., vol. I, p. 143.

452 «Artículo 2.- (...) Por ser titular del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el emplazado en un proceso civil tiene derecho de contradicción».

«Artículo 3.- Regulación de los derechos de acción y de contradicción.- Los derechos de acción y de contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en este Código».

Capítulo XI

La función del juez en la historia

"Hay naturalmente jueces y jueces; no todos tienen el corazón del pretor romano; sin embargo, un juicio que no contenga una dosis grande o pequeña de corrección de la ley no es frecuente (...). El legislador tiene las enseñas de la soberanía; pero el juez tiene sus llaves".

(Francesco CARNELUTTI)

SUMARIO: 75. INTRODUCCIÓN. 76. HISTORIA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. 76.1. EL JUEZ EN EL CÓDIGO DE HAMMURABI. 76.2. EL JUEZ EN EL ANTIGUO DERECHO HINDÚ. 76.3. EL JUEZ EN EL DERECHO HEBREO. 76.4. EL JUEZ EN EL DERECHO ROMANO. 76.5. EL JUEZ DESPUÉS DE LA CAÍDA DEL IMPERIO ROMANO. 76.6. EL JUEZ EN LOS ESTADOS NACIONALES. 76.7. EL JUEZ EN EL COMMON LAW. 76.8. A MANERA DE CONCLUSIÓN. 77. EL RAZONAMIENTO JURÍDICO. 78. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL. 78.1. LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS. 78.2. LA CONCEPCIÓN FUNCIONALISTA. 78.3. LA DIALÉCTICA Y LA NUEVA RETÓRICA. 79. EL RAZONAMIENTO JUDICIAL EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO. 80. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

75. INTRODUCCIÓN

Cuando en el Capítulo I se describió la trascendencia de la función judicial, no sólo en la evolución cultural de una sociedad sino en el destino de la especie humana, implícitamente se afirmó que la historia del servicio de justicia es, a su vez, la historia del juez, protagonista principal del acto de resolver conflictos. En tal sentido,

no es exagerado afirmar que lo que el hombre es para su historia, lo es el juez para el Poder Judicial.

Sin embargo, lo que no fue tema en el Capítulo I es el mecanismo o método que usa el juez para resolver el conflicto de intereses contenido en un proceso, así como tampoco la influencia que en tal actividad producen aspectos como el proceso intelectual que éste realiza, los factores endógenos –emociones, afectos, odios, etc., por los que éste atraviesa– o la determinación de los condicionamientos sociales clásicos, como el aspecto económico, racial o religioso, todos los cuales resultan, sin duda, de singular importancia.

Cubrir tal omisión es el propósito por el que en el presente Capítulo se analizará la función del juez atendiendo al mecanismo interno que usa éste para cumplir con su fin más trascendente: resolver un conflicto de intereses y, a través de tal acto, afianzar el estado de derecho. Para tal efecto, iniciaremos un recuento histórico del rol del juez en las sociedades que estimamos son más representativas del esfuerzo de la especie humana por vivir en paz y con justicia. Posteriormente, analizaremos las tendencias más conocidas de lo que han sido, son y deben ser los métodos racionales indispensables usados por el juez para el cumplimiento de su función jurisdiccional. En este rubro centraremos nuestra descripción sobre la clase de lógica que se ha empleado y emplea en el razonamiento judicial.

76. HISTORIA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

La historia que a continuación se describirá girará en torno de un eje central: la influencia o vinculación

que en la actividad decisoria del juez ha tenido la norma escrita, aquello que GUZMÁN BRITO denomina *criterio positivo de enjuiciamiento entregado desde afuera*⁴⁵³. Una deficiente visión histórica nos ha entregado el mito⁴⁵⁴ del juez condicionado desde siempre al cumplimiento de su función como un exclusivo aplicador de la norma escrita. Este mito se completa con el infundio de que es la única manera como el juez puede desempeñar su función sin claudicar ni excederse. Inclusive suele afirmarse que las tendencias contemporáneas que conciben al juez como un creador de Derecho para el caso concreto constituyen un exceso sin mayor fundamento histórico.

Como casi todo mito, el descrito es un atentado a la verdad. Como se va a demostrar, el juez ha sido, a lo largo del desarrollo espiritual de la humanidad, un creador de Derecho, por lo menos hasta que la euforia racionalista del positivismo del siglo pasado, reivindicó para el legislador la calidad de creador exclusivo del fenómeno jurídico, y trajo consigo, es bueno recordarlo, una de las más profundas crisis de las ciencias jurídicas.

Sin embargo, lo expresado no significa que afirmemos que el juez actuó en la historia casi siempre prescindiendo

453 GUZMÁN BRITO, Alejandro y otros. *La Función Judicial*. Buenos Aires. Depalma, p. 203.

454 «El mito jurídico es una no verdad, una inopia, pero también imaginación fabulosa que frecuentemente ha podido ser ligada a la poesía; es un universal fantástico. Tiene un sentido místico, y una creencia con carácter de fe y por lo tanto asume un cierto tono religioso, incluso cuando no afecta a la religión propiamente dicha». SANTI ROMANO. *Mitología giuridica*. En: *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milán. 1947, p. 127. Citado por FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *El Juicio Ordinario...*, cit., p. 152.

de la norma escrita. Nuestra tesis es que en la mayoría de las sociedades, el juez construyó –y seguirá construyendo, pronosticamos– su decisión teniendo en cuenta la norma jurídica, es decir, elaboró el Derecho a partir de ella. Pero afirmamos, además, que comúnmente el juez –identificado con los avatares de su tiempo– produjo el Derecho necesario para su sociedad, en el momento concreto. Además, la historia nos enseña que el juez sin parámetros legales ha significado siempre un peligro, casi tanto como el juez sometido a la literalidad de la norma. Las distintas culturas se han deslizado siempre entre estas dos opciones extremas, entre Escila y Caribdis. Sin embargo, advertimos que la tendencia actual es privilegiar al juez creador de Derecho, tal como lo encontramos en las culturas antiguas, proveyendo a Federico NIETZSCHE de un excelente ejemplo para acreditar su teoría de la historia sobre el *eterno retorno*, o a Juan Bautista VICO sobre el *corsi* y el *ricorsi*.

76.1.El juez en el Código de Hammurabi

Probablemente el más grande mérito de la cultura sumeria es haber inventado la escritura, hecho ocurrido aproximadamente en la segunda mitad del cuarto milenio antes de Cristo. Ubicados en la Mesopotamia, llanura regada por los ríos Tigris y Eufrates, los sumerios fueron probablemente los primeros seres humanos en organizarse en ciudades-estado, magníficos comerciantes, debieron ser también excelentes guerreros, dado que el enclave geográfico en que se encontraban, determinó que soportaran múltiples invasiones. Hacia el 1900 a.C., la capital se trasladó de Ur a Babilonia, en ella reinó aproximadamente entre 1792 y 1748 un monarca llamado HAMMURABI, inmortalizado más que por haber unificado y

organizado el país, por las leyes que dio para su pueblo, las que fueron reunidas en un cuerpo legal conocido con el nombre de Código de Hammurabi.

Tal vez el primer dato que se debe tener en cuenta es que el Código de Hammurabi es producto de un proceso de formación bastante antiguo. De hecho la configuración de los grupos humanos como ciudades-estado (Uruk, Lagash, Kish, Ur, Umma, etc.) que ocurrió aproximadamente hacia el año 3500 a. C., exigió a sus gobernantes —llamados *déspotas*, quienes eran severamente autoritarios, haciendo honor al uso que hoy se le da a su nombre— la necesidad de contar con un instrumento que diera orden y seguridad a las relaciones sociales.

El primer dato importante sobre nuestro tema es que el Código de Hammurabi concibe el servicio de justicia como una función del Estado. Es éste, a través de tribunales especializados, el encargado de asegurar su cumplimiento y de hacer efectivas las sanciones. Las partes se encargaban directamente de su defensa, actividad probatoria y alegatos, luego de lo cual los jueces dictaban su decisión, la que era expresada por escrito y firmada para garantizar su autenticidad.

Se trata, como bien se sabe, de un Código rígido y sancionador, cuyo contenido tiene una estructura casuística, en tanto parece haber sido elaborado sobre la base de decisiones tomadas y asumidas como idóneas para la sociedad. Esta severidad alcanza inclusive al juez, cuya conducta es regulada severamente por el Código⁴⁵⁵. Sin

455 «§ 5.- Si un juez ha juzgado una causa, pronunciado sentencia (y) depositado el documento sellado, si, a continuación, cambia su

embargo, es bueno anotar que, al margen del rigor descrito, no hay otra referencia al juez y a su función en el ordenamiento citado.

76.2.El juez en el antiguo derecho hindú

La doctrina jurídica de la India se encuentra recogida en el Código de Manú o Libro de las Leyes de Manú (escrito aproximadamente entre el 600 y el 250 a. C.). Se trata de un antiguo documento caracterizado, entre otros rasgos, por establecer la organización social por castas para la India, aunque no se crea que tal tendencia desvirtúa la permanente aspiración a la obtención de justicia, presente también en este ordenamiento. En estricto, el Manú es más una visión cosmogónica que una creencia religiosa, aun cuando no se puede dejar de destacar su intervención en la regulación de aspectos políticos, morales y jurídicos en la sociedad hindú, y se reconozca su calidad de ley divina.

A partir del siglo II y antes del V d. C., se produjo en la India un trascendente auge de los estudios jurídicos, motivado por la actividad realizada por los jueces y comentaristas –precisamente como producto de la necesidad de interpretar las leyes divinas, como acto previo a su utilización, atendiendo a que su esquema era demasiado rígido para la comunidad– quienes

decisión, se le probará que el juez cambió la sentencia que había dictado y pagará hasta doce veces la cuantía de lo que motivó la causa. Además, públicamente, se le hará levantar de su asiento de justicia (y) no volverá más. Nunca más podrá sentarse con los jueces en un proceso». *Código De Hammurabi*. México D.F. Cárdenas Editor y Distribuidor. 1992, pp. 91 y 92.

asumieron el reto de hacer convivir la norma jurídico-religiosa con las necesidades prácticas de justicia de la sociedad índica⁴⁵⁶.

Este desarrollo de la jurisprudencia hindú se caracteriza porque, al igual que en las sociedades contemporáneas, se considera que la función judicial es un deber del Estado, aun cuando se haga referencia al rey⁴⁵⁷. Esto es trascendente porque se trata de una obra cuya elaboración ha significado tarea de muchas generaciones, tal como lo afirma AYARRAGARAY⁴⁵⁸.

Precisamente esta lenta y ardua elaboración en el tiempo, quizá sea la explicación de por qué los jueces, a pesar de estar aparentemente obligados a la aplicación estricta de la ley, cuando se producía duda u oscuridad en el espíritu de la norma acudían a las costumbres inmemoriales guardadas por la tradición o por la revelación

456 «La justicia es el único amigo que acompaña al hombre después de la muerte; todo lo demás perece con el cuerpo». *Manú*. Madrid. Biblioteca Clásica. 1912. Libro VIII, 17, p. 219.

457 «La justicia hiere al ser vulnerada y defiende al ser defendida; por eso no hay que vulnerar la justicia, para que no nos castigue al ser herida: esto es lo que deben decir los jueces al presidente cuando le vean dispuesto a vulnerar la justicia: El rey debe procurar siempre el imperio de la justicia». *Manú*, cit., Libro VIII, 15 y 172.

458 «La Ley de Manú tiene atribuida como antigüedad la determinada por su aparición; pero emana poco a poco de los hábitos milenarios de una raza y de una civilización; traducen el fruto de preocupaciones y revelan los intentos de las generaciones en el transcurso de los siglos, bajo el influjo de sus específicas condiciones económicas, higiénicas, históricas y geográficas». AYARRAGARAY, Carlos A.. *La Justicia en la Biblia y en el Talmud*. Segunda Parte. Buenos Aires. Valerio Abeledo. 1948, p. 209.

y regularmente conocidas por el brahamán⁴⁵⁹. Inclusive esta tradición podía muy bien tener distinto origen y contenido, dependiendo de la comarca o pueblo donde se presentara el caso. Por cierto, esto significa que el juez hindú debería ser una persona dotada de condiciones intelectuales y éticas extraordinarias, de lo contrario, hubiese sido imposible que tuviera la trascendencia que tuvo en su sociedad.

Refiriéndose en principio al conocimiento del juez, Alberto Vicente FERNÁNDEZ dice:

*“La versación del juez, condición fundamental, consiste, como se dijo, no en meros conocimientos científicos o jurídicos, sino en conocimientos y experiencias de los Vedas, fuente de sabiduría. Un hombre así instruido posee dominio de sí mismo, claridad en la mente y plenitud de espíritu, y es una garantía de que no escuchará siquiera un ofrecimiento material con motivo del juicio”*⁴⁶⁰.

Es interesante advertir cómo una civilización oriental, que usualmente liga la esencia de sus manifestaciones sociales más importantes a su espíritu religioso, desarrolló un sistema judicial en donde le otorgó considerable importancia a la jurisprudencia –rompiendo el mito de la obligatoriedad de la ley– exactamente como

459 «En los casos particulares que no se mencionan en este Código, si se dudare acerca de la resolución que se ha de dictar, sea ley lo que diga una junta de brahmanes instruidos; en esto no hay duda alguna». *Manú*, cit., Libro XII, 108.

«Lo que decida una junta de diez excelsos brahmanes, o bien sólo tres que sean virtuosos, ha de reconocerse como ley, sin que nadie lo ponga en duda». *Manú*. *Ibíd.* Libro XII, 110.

460 FERNÁNDEZ, Alberto Vicente. *Función creadora del juez*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1980, p. 12.

lo han hecho las sociedades contemporáneas que han alcanzado un mayor grado de evolución social, política y económica.

76.3.El juez en el derecho hebreo

Así como se expresó que la historia del poder judicial es la historia del juez, también podemos afirmar que uno de los rasgos más saltantes de la crisis y a la vez evolución de una sociedad es la manera como resuelve éste la confrontación que en su interior se produce entre la ley y la justicia. Se trata de un conflicto que estandariza a las sociedades, en distinto grado y aun con distinto contenido. Lo hemos visto en el derecho hindú y también lo podemos advertir en el derecho hebreo.

Mucho antes de que la ley mosaica se convierta en el supremo ordenamiento del pueblo hebreo, existió un ordenamiento con las características de una ley oral, de gran importancia para la organización del pueblo, por lo que pasó a convertirse en un antecedente natural de la ley mosaica⁴⁶¹. Precisamente de su influencia recíproca surgió una nueva ley oral –casi después de la destrucción romana de Jerusalén– la que además se basó en los principios del derecho romano. Esta ley –con influencia paralela y simultánea a la Biblia– es desarrollada por el talento de los rabinos.

461 «De hecho, todos los preceptos legales se presentan emanados de la gran figura veterotestamentaria, Moisés, que vivió en la mitad del siglo XIII a. de C. Sin embargo, la moderna crítica sostiene, con toda lógica, que con anterioridad a dicho legislador las tribus hebreas hubieron de tener una cierta, aunque arcaica, organización socio-religiosa para poder desarrollar su vida semi-nómada». *Código De Hammurabi*, cit., p. 32.

Producto precisamente de este nuevo ordenamiento es la elaboración de una obra llamada el Talmud, crisol formado por normas jurídicas, opiniones, decisiones judiciales e inclusive interpretaciones de la ley mosaica, de su antecedente y de los aportes del derecho romano.

Precisamente, en materia judicial, una de las características más saltantes del Talmud es la amplia libertad que concedía al juez para cuando debía resolver un caso. Por cierto, una exigencia preliminar impone recordar que se trata de un juez con una excelente cultura jurídica⁴⁶². Lo trascendente es que la vigencia de la ley no significaba ninguna exigencia sobre el juez, quien podía perfectamente interpretarla y adecuarla a las exigencias del caso concreto, situación que no sólo era factible con el Talmud, sino también con la Biblia. Por ejemplo, siempre se ha dicho que la ley de Talión (*ojo por ojo, diente por diente*) es una norma que aplicada literalmente, ofende a la moral y a la justicia; sin embargo, su interpretación llevó al juez talmúdico a concebir que la ley lo que pretendía es que hubiera una equivalencia entre el perjuicio y su reparación, transformando así su radical acepción literal en un aceptable criterio decisorio⁴⁶³.

462 «Tal otorgamiento no es arbitrario porque exige una vasta y profunda cultura en materia jurídica y conocimientos relativos a los casos judiciales, hasta el punto que los jueces sin título no podían condenar a pena de muerte y aplicar penas graves, y sí solamente penas pecuniarias. Por ello un juez auténtico, sabio y en permanente estudio y experiencia de la vida, no debe vacilar en pronunciar un fallo según su conciencia y contra la ley cuando ésta es injusta (...).» Vicente FERNÁNDEZ, Alberto. Cit., p. 16.

463 No sería exagerado concluir que la concepción contemporánea de que la reparación indemnizatoria contiene una *deuda de valor*, sea una teoría cuyo antecedente se ubique en la ley de Talión.

Fue tan trascendente la labor del antiguo juez hebreo que sanciones severas previstas en la ley mosaica, como la pena de muerte, no podían ser aplicadas, ante tantas condiciones o requisitos que les eran exigidas para el caso concreto por el mismo juez, es decir, la pena era aplicada en cada caso con criterio subjetivo. Y esto era así no porque los rabinos lo quisieran, sino porque éste era el sentimiento del pueblo hebreo, totalmente contrario a las penas severas⁴⁶⁴. Inclusive en aspectos civiles como la relación conyugal, los doctores rabínicos, a través del Talmud, convirtieron lo que para la ley mosaica era repudio, en divorcio⁴⁶⁵.

No se está afirmando que los jueces desatendieran y menospreciaran a la ley mosaica. Al contrario, era el norte que dirigía sus decisiones, era la garantía necesaria para expedir una decisión justa. Lo que ocurre es que no se sometieron a ella con la rígida obediencia que encontramos en los jueces de otras sociedades, inclusive contemporáneas, respecto de sus leyes.

Podría pensarse que esta búsqueda de la justicia, prescindiendo muchas veces de la literalidad del mandato legal, puede ser producto de la concepción de que

464 «La tradición talmúdica castiga duramente a la Corte que dicta una sentencia de muerte una vez cada siete años, puesto que los jueces no pusieron mucho cuidado en su procedimiento para hacerla imposible». FERNÁNDEZ, Alberto Vicente. Cit., p. 19.

465 En el derecho romano el matrimonio podía disolverse, entre otras causas, por la cesación del *affectio societatis*. Éste, a su vez, podía producirse por *divortium* o por *repudium*. El primero ocurría por acuerdo de los cónyuges, pero el segundo, se producía por decisión unilateral, agregándose a éste último sanciones para el repudiado, de ser el caso. En la ley mosaica sólo estaba regulado el repudio, sin embargo, considerando la ventaja social del divorcio, interpretaron que el primero contenía la figura del segundo.

Dios siempre va a estar allí iluminando al juez, después de todo la fe es un raptó de irracionalidad. Sin embargo, AYARRAGARAY considera que ello no fue así: "Los doctores rabínicos desconfían de la intervención de Jehová en los litigios. Por eso exigen que los magistrados funden su juicio, con lo que se evita que en la confianza de suponer que Dios está con ellos, descuiden y ahorren el trabajo de mirar e inquirir la verdad"⁴⁶⁶.

Aquí se presenta un hecho muy curioso, los talmudistas fueron capaces de forzar una interpretación de la ley mosaica a efectos de obtener una decisión justa, con muy poco respeto al legislador divino⁴⁶⁷. Sin embargo, insólitamente los rabinos contemporáneos ortodoxos muy pocas veces están dispuestos a hacer lo mismo con la interpretación hecha por los talmudistas, salvo cuando ocurre la intervención del Tribunal Supremo de la ley mosaica (el Sanedrín). Como se

466 AYARRAGARAY, Carlos A. Cit., p. 115.

467 «Tras un debate sobre las condiciones en que puede utilizarse un horno y seguir siendo ritualmente puro, la mayor parte de los intérpretes se habían opuesto al parecer del rabino Eliecer, que pretendía, frente a sus adversarios, expresar la voluntad auténtica de Dios. Con el fin de probar que tenía razón, invoca a Dios para que manifieste su aprobación por medio de diferentes milagros que no dejan de producirse. Como la Asamblea no parecía convencida con los milagros, tomó a Dios como testigo y se deja oír una voz celeste que sostiene el punto de vista del rabino Eliecer. El rabino Josué, portavoz de la mayoría, cita el versículo del *Deuteronomio* XXX, 12, según el cual 'la Torá no está en los cielos', y comenta: '¿Qué hemos de decir?' La Torá ya se dio en el Sinaí. No debemos fiarnos de una voz celeste, porque la Torá ya prescribía en el Monte Sinaí (*Éxodo* XXII, 2): conforme a la voluntad de la mayoría se produce la inflexión de la ley». PERELMAN, Chaim. Cit., p. 200.

advierde, por lo menos en su perspectiva histórica, el servicio de justicia hebreo constituye una permanente búsqueda racional de la justicia impregnada en los preceptos bíblicos⁴⁶⁸.

76.4.El juez en el derecho romano

Conociendo la trascendencia histórica que tiene para la sociedad occidental la tradición jurídica romana, es imprescindible empezar afirmando que contra lo que suele considerarse, sus aportes más trascendentes no se encuentran en la norma escrita (ley, comicios, senado consultos o constituciones imperiales), sino en el desarrollo del pensamiento jurídico de los jurisconsultos y pretores, quienes trabajaron sobre la fuente escrita en un extraordinario esfuerzo creativo hasta llegar a consolidar la más grande manifestación de cultura jurídica que se conozca.

Los pretores y los jurisconsultos fueron los grandes intérpretes y creadores del derecho romano. Concientes de que la ley escrita tenía un lento proceso de modificación, asumieron el encargo de penetrar en el espíritu de la ley y convertirla en un instrumento útil para la exigencia actual de la sociedad. El derecho que se decía en los tribunales debía ser justo, "pues la providencia de los magistrados no debe omitir lo que se omitió en las leyes"⁴⁶⁹. Los romanos establecieron una diferencia clara y

468 «No harás injusticia en el juicio; no tendrás respeto por el pobre, ni honrarás la faz del grande; con justicia juzgarás a tu prójimo». *Levítico*: XIX, 15.

469 PAPINIANO: I, 13, D. *De Testibus*: 22,5.

definitiva entre los conceptos *ius* y *lex*. Esta última, como ya se expresó, es expresión de la voluntad política, por tanto no está necesariamente ligada a las exigencias de la comunidad. En cambio el *ius*, en opinión de FERNÁNDEZ es: "(...) el conjunto de relaciones provenientes de los distintos grupos sociales, como una formación natural del derecho, una tradición y sabiduría interpretativa del jurista que indaga en la norma y la orienta hacia finalidades del beneficio común"⁴⁷⁰.

La ley de las XII Tablas, expresión típica del antiguo derecho escrito romano, es consecuencia de un derecho extraído de la costumbre, las *mores maiorum*. Muy rápidamente se afianzó la tesis de que la ley escrita era inmodificable en tanto contenía una voluntad ciudadana cuyo cumplimiento literal era exigible inclusive al magistrado. Sin embargo, las exigencias sociales de justicia son más poderosas que cualquier verdad, presumiblemente iluminada o anticipada. Así fue como el derecho pretoriano, a través de la interpretación, empezó a encontrarle un nuevo y renovado espíritu, no sólo a la ley de las XII Tablas, sino a toda manifestación jurídica escrita que, presumiendo de su origen en la voluntad política, exigía un cumplimiento estricto.

El gran mérito del derecho pretoriano es que se prestigió al tener como origen la ley –a la que interpretó creadoramente– de la cual extrajo su autoridad, aunque supo despojarla –con su talento e imaginación– de su cuota de arbitrariedad. Nótese que en ningún momento puede decirse que las construcciones pretorianas rom-

470 FERNÁNDEZ, Alberto Vicente. Cit., p. 23.

pieron con la ley, simplemente la enriquecieron. Por lo demás, no se llegó al extremo de privilegiar las decisiones de equidad, porque esta discrecionalidad fue siempre considerada peligrosa⁴⁷¹.

En lo descrito puede estar la razón del resonante éxito del derecho romano, sobre todo en el ámbito del proceso. Más allá de la importancia del folio inmemorial que contenía una ley, fue el *edicto del pretor* el que condujo este fenómeno cultural hasta convertirlo en una de las más elevadas expresiones del espíritu humano. Refiriéndose a este hecho CICERÓN decía: "Nadie quiere que la ley se respete por ser ley. Interpretemos las leyes, si queremos ser útiles a la República, conforme al bien y utilidad de la misma República"⁴⁷². Apreciemos algunos ejemplos de cómo el pretor, sin violentar la ley, la convirtió en un instrumento útil.

a) La transferencia de la *res mancipio* importaba una sucesión de actos formales cada vez más ininteligibles como onerosos. A fin de evitar sufrir su extravío y basándose en una norma de las XII Tablas según la cual la confesión de la parte determinaba la cosa juzgada, el pretor permitió que el comprador demandara al vendedor la reivindicación del bien vendido. Al confesar el

471 «SUETONIO, el biógrafo de los emperadores romanos, nos narra que CALÍGULA quiso en una ocasión abolir la ciencia de los jurisconsultos romanos y mandar que en adelante no se pudiese dictaminar sino con base en la equidad». GUZMÁN BRITO, Alejandro y otros, cit., p. 204.

472 CICERÓN. *Obras Completas*. Madrid. Biblioteca Clásica. 1889. Tomo I: de la invención retórica, p. 32.

vendedor qué había transferido, el bien se adjudicaba al demandante-comprador.

b) La ley de las XII Tablas –XII Tab. IV,3– prescribía que el padre que vendiera a su hijo como esclavo tres veces perdía la patria potestad sobre éste. Usando una norma sancionadora, se permitió que el padre simulara vender tres veces a su hijo, con lo cual se lograba su emancipación por un medio considerablemente más corto y sencillo que el tradicional. Por otro lado, atendiendo a que esta forma de emancipación traía consecuencias no queridas por las partes, como por ejemplo que el hijo perdiera su derecho sucesorio respecto del padre, el pretor suplió, en estos casos, la voluntad presunta del padre, concediéndole al hijo una *bonorum possessio*⁴⁷³, eficaz siempre que el padre en su testamento no le hubiera otorgado al hijo su parte en la herencia.

En la línea de lo descrito, una de las tantas enseñanzas que hay que atribuirle al derecho romano, es que el Derecho evoluciona, más exactamente se perfecciona –lo que equivale a decir que se hace más útil– fundamentalmente a través de los tribunales, los que actúan como una especie de usina jurídica. Es en esa fragua donde el derecho recompone su origen y se retransforma en lo que jamás puede dejar de ser: *el instrumento más poderoso para concretar una sociedad con justicia, paz y libertad*. La frase de SPOTA destaca este trascendente atributo: “Los juristas

473 La *bonorum possessio* era una institución del derecho pretoriano por la cual se permitía adquirir la herencia a quien no tenía la calidad de heredero. Insistimos en su origen pretoriano, para advertir que su uso estaba garantizado para aquellos casos en que era imprescindible evitar una injusticia.

romanos consideraron, influidos por la filosofía estoica, que el ejercicio del derecho no es un acto de deducción lógica y automática a partir de la ley general, sino una interpretación a la luz de la equidad"⁴⁷⁴.

Resulta también importante destacar que la labor de los pretores no significó en modo alguno una renuncia anticipada al mandato legal. Éstos lo hicieron suyo, en tanto fuese satisfactorio para los intereses concretos e inmediatos de la comunidad. Por otro lado, la búsqueda del fin utilitario jamás condujo a los pretores a renunciar al uso de la lógica en la interpretación creativa de la ley. Al contrario, bien sabían que el raciocinio y la lógica prestigiaban tanto sus deliberaciones como sus decisiones⁴⁷⁵. Comparte también esta opinión DE TRAZEGNIES, sustentándola en una frase de POMPONIO (*In sola prudentia interpretatione consistit*)⁴⁷⁶.

Un tema singular en este desarrollo de la función del juez en el derecho romano está dado por el hecho de que cuando éste no encontraba en la ley y tampoco en el saber de los jurisconsultos la respuesta que considerara adecuada al caso, o ésta no aparecía clara en su pensamiento, podía declarar su incapacidad para resolver, debiendo pasar el caso a otro juez. Para ello, expedía la llamada sentencia *non liquet*.

474 SPOTA, Alberto G.. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires. Depalma. 1960. T. I, p. XVII del Prefacio.

475 «Los pretores no hicieron del derecho las matemáticas del derecho, y quisieron que los principios se plegaran a la vida, y no ésta a los principios». IHERING, Rudolf. *Espíritu del...*, cit., T. IV, p. 347.

476 DE TRAZEGNIES, Fernando. *La muerte...*, cit., p. 32.

76.5.El juez después de la caída del Imperio Romano

En el occidente europeo de la época postimperial, el predominio del derecho romano es determinante y se manifiesta por medio del *Corpus Iuris Civilis* –una monumental compilación del derecho romano– y también de la labor de difusión realizada por los glosadores y post-glosadores. Pero no nos detendremos aquí, dado que ya conocemos la concepción del derecho romano respecto de la función del juez. Más bien es destacable la importancia que durante esta época adquiere el cristianismo. En éste prima la doctrina jurídica según la cual las leyes son eternas, naturales y humanas. Las primeras son expresiones del supremo hacedor, por lo que no admiten siquiera su cabal conocimiento; la ley natural, en cambio, es conocida por los hombres a través de la razón y, en lo sustancial, constituye una forma de participación de la ley eterna en el intelecto del hombre; finalmente, la ley humana es una aplicación de los principios de la ley natural.

Dentro de esta concepción, el hombre como creación divina es el centro del derecho; sin embargo, por su bienestar general es necesario que sus intereses se subordinen a la autoridad pública, siempre que ésta no caiga en la arbitrariedad, y sobre todo, que sus leyes no contradigan a las leyes eternas. En este contexto es necesario que los jueces usen la *equidad* –inclusive para suplir a la ley– a fin de que puedan expedir sentencias justas. Esto explica por qué en el derecho canónico, la libre convicción del juez es una constante que le va a permitir a éste resolver con libertad y en conciencia.

Resulta importante destacar cómo en esta época, a pesar de la tendencia a condicionar la labor del juez a criterios ajenos (norma escrita) a su propio pensar, su

función estaba abierta a una gama considerable de posibilidades. Esta aparente contradicción se explica en el hecho de que la sumisión legal era al *Corpus Iuris Civilis*, conjunto normativo de diferente contenido, en donde destacaba el *Digesto* que en realidad no era otra cosa que una selección de escritos referidos a la jurisprudencia. Asimismo, le seguía en orden de importancia el *Código de Justiniano*, que en esencia era una recopilación de absoluciones de consultas hechas por el emperador. Después del Código estaban las *Instituciones*, que constituían la readaptación de un texto básico de estudios jurídicos compuesto por Gayo en el siglo II. Con tan singular naturaleza, no es excepcional que empezara a confundirse el espíritu de la ley con la manera como ésta se expresa, es decir, el predominio de la ley en el derecho medieval hay que entenderlo en el contexto del *Corpus Iuris Civilis*, un cuerpo legal formado por trabajos predominantemente doctrinales y jurisprudenciales.

Partiendo del concepto de *equidad* de Cicerón (adecuación y equiparidad de las cosas, lo que determina que en casos iguales debe exigirse igual derecho), los juristas medievales establecieron dos clases de equidad. Una de ellas era la reconocida por el *Corpus Iuris Civilis*, y la otra era la que surgía del caso mismo pero que no tenía reconocimiento legal. La primera (*aequitas constituta o ius*) era aplicada sin problemas por el juez. La cuestión se presentaba cuando se contradecía el derecho con la segunda clase de equidad (*aequitas nondum constituta*), llamada *equidad bruta* o *ruda*. La posición unánime de los glosadores y postglosadores era que había que preferirse al derecho, salvo que el emperador le diera a la equidad bruta una calidad y autoridad como para ser reconocida.

En el fondo, la idea era que la equidad propuesta por un sólo hombre podría ser simplemente producto de un estado de exaltación o de sensibilidad especial de éste, se trataba, decían, de una *equidad cerebrina*.

Por lo demás, es necesario precisar que la relación entre el juez y el *Corpus Iuris Civilis* no era directa. La diversidad y complejidad de la información que éste guardaba, determinaron que aquél se sirviera de especialistas en su comentario y análisis. Estos fueron los glosadores y los postglosadores, cuyas opiniones conjuntas adquirieron la autoridad necesaria para ser sustento de las decisiones judiciales. A esta fuente se le denominó *communis opinio doctorum*, con lo cual se evitó la dispersión y heterogeneidad que un sistema basado en las consultas puede padecer.

Un caso curioso de la época es el Fuero Juzgo, que prohibía al juez resolver alejándose de sus prescripciones (leyes 7 y 8), so pena de tener que pagarle al rey treinta libras de oro por concepto de multa. Sin embargo, le permitía que estudiara las leyes romanas y otras extranjeras. El resultado de ello fue que el juez tuvo una mayor capacidad interpretativa.

Conociéndose la dependencia de la función judicial al control del poder central en ésta época, regularmente las leyes proveían que cuando el juez no encontrara una ley aplicable al caso, remitiera el proceso al rey. A esta situación se refiere Castán Cobeñas cuando comenta las leyes de Toro⁴⁷⁷.

477 «Primeramente deben tener en cuenta las ochenta y tres leyes de Toro; en segundo lugar, por las del Ordenamiento, Pragmáticas

Nótese cómo avanzada la Edad Media, la función del juez, contra lo que regularmente suele afirmarse, no estuvo supeditada totalmente al mandato de la ley, como tampoco hemos encontrado que tal situación se hubiera presentado en otras sociedades.

76.6.El juez en los estados nacionales

Sólo algunos siglos después, cuando se presenta el auge de los estados nacionales, liberales y parlamentarios, específicamente con el predominio del positivismo en el campo jurídico, vamos a encontrar al juez que más conocemos por experiencia propia: al simple aplicador de la ley. Esta concepción empieza a forjarse porque uno de los valores esenciales de esta forma de gobierno es la *libertad*, la que sólo se puede plasmar para el ciudadano

del Reyno y Siete Partidas, aunque se diga no hallarse en uso. Después, por las Leyes del Fuero, así general como municipal, en las que se acredite su uso y observancia. En defecto de no haber Ley del Reyno decisiva del caso controverso, será atendible el Derecho Romano. No encontrándose Ley del Reyno canónica o civil de los romanos, se ha de estar a la costumbre legítimamente inducida por el término de diez años y pluralidad de actos que a este fin se hayan practicado. En defecto de todo lo expuesto debe gobernar la razón natural, como cimiento de todo Derecho y de la cual ésta no puede desviarse. Si no bastase lo antecedente, será regular determinación la que se arregle a la común de los autores, bien que siendo más equitativa la particular de algunos merece mayor recomendación. No siendo suficientes las leyes, costumbres, reglas naturales y opiniones apuntadas, debe determinarse el asunto por lo que en caso idéntico esté dispuesto por derecho. Finalmente, si el Juez no sepa qué hacer, ocurra al Soberano, de quien así como es propio establecer leyes, lo es también el declararlas». CASTÁN COBEÑAS, José. *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*. Madrid. Reus. 1942, p. 303.

cuando las funciones esenciales del Estado –llamadas *poderes*– se encuentren balanceadas, controladas y, sobre todo, distribuidas.

Siendo la separación de poderes la fórmula para alcanzar la libertad, ésta empezó a concretarse tomando como punto de referencia el contacto o relación que con la ley tiene cada poder. Así, uno se encarga de ejecutarla, otro de crearla y, finalmente, otro de hacer que se cumpla cuando es desobedecida. Sin embargo, uno de los mayores peligros del hombre moderno es que puede ser devorado por la rigidez de sus propias ideas.

Esto fue lo que pasó en la gestación de esta concepción. Reivindicando la idea tradicional según la cual el soberano –titular de la actividad legislativa– tiene el control (monopolio) sobre la interpretación de la ley, ésta le fue negada a los jueces en el nuevo sistema, llegándose inclusive al extremo de exigirles que cuando se presente un caso de oscuridad o vacío de la ley, remitan el caso a los órganos legislativos para que éstos decidan, creando la ley para el caso concreto⁴⁷⁸.

478 «Se trata de la ley del 24 de agosto de 1790, tít. 2, art. 12, dictada en plena Revolución Francesa, con la que se establece el llamado *référé obligatoire*, o sea, la remisión de los puntos dudosos al legislador por parte del juez, para la decisión de aquél. En verdad, sería interesante hacer la historia de esta institución, que se remonta a Justiniano, en cuya constitución *Tanta 21*, promulgadora del Digesto, se lee: 'Mas, si, como se ha dicho, algo pareciera ambiguo elévese por los jueces ante la majestad imperial y declárese por la autoridad del príncipe, que es el único a quien está permitido hacer las leyes e interpretarlas'. Un principio así corresponde al estadio tardío de la evolución del derecho romano, en que el emperador se ha constituido en fuente suprema del derecho. Ya vimos que dicho principio ha regido teóricamente

Una diferencia que hay que destacar entre la función de la ley antes y después de la Revolución Francesa, reside en que durante la Edad Media la ley solía regular aspectos referentes al derecho público y sólo excepcionalmente afectaba las relaciones de derecho privado. La importancia de la ley en la gestación de los estados liberal-democráticos se expresa en el hecho de que rebasó el ámbito público y empezó a regular literalmente todas las relaciones dentro de la sociedad.

Entonces es de imaginarse la considerable importancia que ha tenido para el derecho contemporáneo el dogma del juez sometido a la ley. En realidad, elevada la ley a la calidad de fuente extraordinaria y suprema, toda la vigencia social del derecho se desplazó a los parlamentos. Los juristas, casi sin percibirlo, pasaron de ser protagonistas centrales del desarrollo y evolución de su sociedad, a la simple misión de acólitos de la ley, se enredaron en sus palabras, teorizaron sobre los signos gramaticales, hicieron de la etimología una "ciencia innovadora". Así nació la *Escuela de la Exégesis*⁴⁷⁹.

durante toda la Edad Media, si bien prácticamente no tuvo aplicación. Durante el antiguo régimen vuelve a aparecer en el Código prusiano de 1797, parágrafos 47 y 48. La citada ley de la Revolución fue reemplazada por el artículo 4 del Código Napoleón que obliga al juez a dar sentencia sin poderse negar a ello a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley». GUZMÁN BRITO, Alejandro y otros, cit., p. 217, nota 15.

- 479 «Los códigos –dice LAURENT– no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene por misión ya hacer el derecho: el derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos. Pero para que los códigos presenten esta ventaja, es preciso que los autores y los magistrados acepten su nueva posición. Con gusto diría que deben resignarse a ella. (...)»

Como era de prever, la exaltación de la ley redujo la riqueza temática de las ciencias jurídicas, definitivamente empobreció el pensamiento jurídico. Como era de esperarse también, hacia fines del siglo XIX se produjo una reacción contra esta escuela. Sin embargo, ni siquiera ésta impidió que en pleno siglo XX la exégesis haya tenido probablemente su mejor desarrollo teórico, a través de Kelsen y el llamado *positivismo jurídico*.

Nos parece importante destacar la diferencia entre el racionalismo de fines del siglo pasado y el positivismo jurídico, por lo menos en materia de identificación de la naturaleza jurídica de la función judicial. Según el racionalismo, la decisión judicial es simplemente producto de una operación deductiva pura y necesaria. En cambio, en el positivismo hay un paso adelante. Según éste, en la función judicial hay una mezcla de aplicación y –contra lo que se cree de esta corriente– de creación del derecho⁴⁸⁰. Se complementa la idea afirmando que la ca-

Su única misión consiste en interpretarlo. (...) A ellos no les toca el trabajo de legislar, sino al poder legislativo. La consecuencia es evidente: haciendo el derecho, los autores y magistrados usurparían al poder que la nación soberana ha investido con esa atribución». BONNECASE, J. *La escuela de la exégesis en derecho civil*. Trad. Cajica. México. s.d, p. 141. Citado por GUZMÁN BRITO, Alejandro. Cit., p. 218.

480 «(...) solamente el prejuicio, característico de la jurisprudencia de la Europa continental, de que el derecho es, por definición, un conjunto de normas generales, así como la identificación errónea del derecho con los preceptos generales de la ley y la costumbre, han podido oscurecer el hecho de que la decisión judicial continúa el proceso de creación jurídica, de la esfera de lo general y abstracto, en la de lo individual y concreto». KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. México D.F. Universidad Nacional Autónoma de México. 1958, p. 160.

pacidad creativa es múltiple aun cuando tiene un límite muy claramente determinado: las normas superiores. La elección de la interpretación adecuada al caso concreto, según el positivismo, más que un acto intelectual es un acto voluntario. Ésta es la razón por la que en materia de función judicial se dice que el positivismo es voluntarista.

La reacción contra las tendencias antes descritas, manifestada en distintas concepciones jurídicas, condujo inicialmente hacia el otro extremo, a la llamada escuela del "derecho libre"⁴⁸¹, la que consideraba que el juez debería tener libertad absoluta para resolver un conflicto. Alrededor de esta propuesta podemos agrupar a un considerable número de juristas de distinta nacionalidad y también distintas propuestas, desde KANTOROWICZ, pasando por la escuela escandinava de LUNDSTEDT y Ross, el marxismo y la "jurisprudencia de intereses",

481 «La llamada escuela del derecho libre constituye un ejemplo de ilegítima opción por una supuesta justicia, sacrificando totalmente la seguridad jurídica. Su máximo representante, KANTOROWICZ, caracteriza a la escuela apuntando que 'tiende con todas sus fuerzas hacia una meta que comprenda todos los fines mencionados, la meta más alta de juridicidad: la justicia', y a tales efectos propugna las más amplias atribuciones a los jueces de modo que sus fallos antes que legales sean simplemente justos; en definitiva, aquellos terminan sustituyendo al legislador y el ordenamiento jurídico queda identificado con la jurisprudencia. Los abogados y jueces en esta escuela se despreocupan por la ley, y se abocan a demostrar sólo la justicia de sus afirmaciones o decisiones; de este modo nadie puede conocer de qué modo proyectarse jurídicamente, no valen de nada las distribuciones genéricamente justas establecidas por la prudencia del legislador». Rodolfo VIGO (h.). *Ética de la magistratura judicial*. Citado por GUZMÁN BRITO, Alejandro y otros, cit., pp. 91 y 92.

hasta los juristas norteamericanos de la tercera década de este siglo (Roscoe POUND y Oliver Wendell HOLMES, entre otros).

La tesis central de esta escuela fue que las decisiones judiciales están afectadas, más que por la elaboración intelectual del juez, por los condicionamientos sociales, económicos, políticos y religiosos que influyen en éste en el momento en que resuelve. Bien sabemos las dificultades que encierran para el derecho las concepciones extremas.

Por otro lado, y para finalizar el recuento, la primera mitad del presente siglo guarda también una recuperación del racionalismo jurídico, bajo una forma estricta: la lógica matemática. Son muchos los pensadores (WITTGENSTEIN, RUSSELL, FREGE, BOCHENSKI, LUKASIEWICZ, entre otros), que al recuperar con criterios más rigurosos la lógica analítica propuesta por Aristóteles, propiciaron que algunos juristas (Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, JØERGENSEN, David ROSS, entre otros) crean ver en esta lógica, llamada también *simbólica*, la alternativa en la búsqueda de un método jurídico confiable.

El desarrollo de la llamada *lógica dialéctica*, conocida también como *lógica retórica*, *práctica* o *deliberativa*, constituye el punto de referencia más cercano en el tema, además, en nuestro criterio, expresa un desarrollo teórico de considerable trascendencia sobre la materia. Pensadores como Chaim PERELMAN y la escuela de Bruselas, Theodor VIEHWEG, Michel VILLEY, TARELLO y otros, permiten vislumbrar que las investigaciones sobre el tema han logrado madurez y concreción.

76.7. El juez en el *common law*

Si el propósito de este capítulo fuese defender la tesis de que el juez ha sido a través de la historia un creador de Derecho, tal vez ningún caso hubiese sido más adecuado para acreditar tal aserto, que el de las sociedades adscritas al sistema jurídico del *common law*. Al igual que el sistema jurídico que recibimos en Latinoamérica –sea de España o de Portugal– el *common law* reconoce como punto de partida al derecho romano, tal vez ésa sea la razón por la que al nuestro se le denomina *civil law*. Por cierto ni el *Derecho Común*, ni el *Derecho Civil* –traducciones de ambos conceptos– son representativos de su historia y tampoco de su contenido. En el caso del *common law*, como enseña García Rada, tal vez el nombre más adecuado sería el de Derecho angloamericano, a fin de hacer referencia a la exitosa extensión del sistema de Inglaterra a los Estados Unidos de Norteamérica⁴⁸².

Las características más saltantes de este sistema podríamos sintetizarlas así: a) una peculiar organización judicial; b) la trascendente función que cumple la judicatura en el destino de la sociedad; c) el método para la elaboración de las leyes (específicamente su basamento en las decisiones judiciales), d) su concepción de la independencia judicial y e) el efecto vinculante (*fuerza obligatoria*, suele denominársele también) de los fallos, los que pasan a tener la calidad de antecedentes apodícticos. Nótese el parecido de los rasgos esenciales del *common law* con los

482 GARCÍA RADA, Domingo. *Observaciones sobre la justicia americana*. En: *Revista de Derecho Procesal*. Año XIII (1955). Primera y Segunda Parte. Buenos Aires. EDIAR. 1958, p. 47.

del derecho romano. Especialmente tómesese en cuenta el permanente proceso jurídico de inducir (ambos sistemas privilegian la ruta que va de lo particular a lo general) como mecanismo creativo del Derecho.

El prestigio social del juez dentro del sistema del *common law* –nos referimos específicamente a Inglaterra y Estados Unidos, pero sin descartar que así sea en otros países que lo aplican– supera al de cualquier órgano estatal. No estamos afirmando que se trata de pueblos gobernados por sus jueces, pero sí que le otorgan a éstos la importancia considerable que les corresponde⁴⁸³. El sostén de tan extraordinario ejemplo de la obtención de un supremo objetivo social, no es otro que una larga y fructífera lucha por concretar la independencia de la función judicial respecto del poder central.

No vamos a realizar una descripción detallada de los sucesos históricos, sin embargo, no se puede dejar de citar, a manera de hitos, hechos claves en la evolución de la justicia del *common law*. Uno de ellos es la firma, por el Rey Juan sin Tierra, de la Carta Magna. Este hecho, ocurrido hacia 1215, es notable, entre otras razones, porque es el antecedente directo de lo que siglos después va a devenir en uno de los derechos humanos más trascendentes: *el derecho a un debido proceso*. También es de singular importancia la demostración de independencia del juez Edward Coke en los sucesivos conflictos que mantuvo con Jacobo I (monarca inglés entre 1603 y 1625). En ellos

483 «Rara fortuna ésta de los ingleses de poseer la mejor justicia del mundo. Y mucho más rara todavía, la de constituir un pueblo que tienen conciencia de poseerla». COUTURE, Eduardo J.. *Estudios...*, cit., T. I: La Constitución y el Proceso Civil, p. 145.

se apreciaba, descarnadamente, la lucha de un juez para limitar los poderes del rey, por medio de decisiones que contenían mandatos prohibitivos o afirmando la supremacía de los jueces⁴⁸⁴.

Finalmente, otro hito digno de destacarse –esta vez en Estados Unidos de Norteamérica– es la facultad de los jueces de no aplicar una norma en cualquier caso y sin necesidad de pedido de parte, si consideran que ésta viola la Constitución. Es la famosa *Judicial Review*. Se trata, como se sabe, de una institución de amplísima acogida en las constituciones modernas, a tal extremo que su imprescindible presencia ha determinado que se amplíe el concepto de *Jurisdicción*.

Por cierto, en este singular contexto la función del juez tiene un rol fundamental. Un juez, por lo menos en el esquema inglés, es un ser excepcional. La fórmula para

484 SUTHERLAND narra un proceso en el cual se discutía la existencia de una prerrogativa (potestad) real. Durante su trámite, Jacobo I solicitó un aplazamiento por medio de su procurador general de la siguiente manera: «(es) deseo expreso de Su Majestad que el día fijado para proseguir la vista de dicha causa sea postergado hasta que se conozca el ulterior deseo de Su Majestad después de consultarlo». Dicho pedido fue rechazado por los jueces. Ante ello, el 6 de junio de 1616 Jacobo I los llamó ante su presencia y los reprendió severamente. Los jueces se disculparon, por lo que luego el rey, acompañado del Consejo Privado de la Corona, les preguntó si en todo futuro caso referente a la potestad real, estarían dispuestos a suspender el proceso si él así lo ordenaba. Todos menos COKE asintieron, éste dijo: «(...) que cuando se presentase el caso, él haría lo que correspondiese a un juez hacer». SUTHERLAND, Arthur E. *De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana*. Buenos Aires. Tipográfica Editora Argentina. 1972, pp. 87 y 88.

elegirlo, por ejemplo, es única. El ingreso a la judicatura no es el inicio de una carrera pública, como en cualquier otro país, sino un momento estelar en la vida del seleccionado. Queremos decir que el comienzo de un juez inglés es a la vez su final, pues no existe el ascenso; de hecho, lo que el juez es resulta más que suficiente. Esto por una razón muy sencilla: carece de sentido aspirar a más siéndolo todo⁴⁸⁵. La elección la hace la Suprema Corte entre los abogados más destacados en su ejercicio profesional. Por otro lado, debe destacarse que el juez inglés percibe una remuneración excepcional⁴⁸⁶.

Como se advierte, se trata de un juez poseedor de un profundo estado de bienestar espiritual, en tanto su nombramiento y estado suponen un premio a sus cualidades, vale decir, un reconocimiento a sus virtudes. Por lo tanto, estamos describiendo a un juez que ha superado los problemas mundanos referidos a la satisfacción de sus necesidades básicas, siempre trascendentes. Por otro lado, y ya como dato curioso aunque importante, tómese en cuenta que el juez no percibe su ingreso del gobierno, sino de unos fondos

485 «La elección del juez inglés constituye algo así como la coronación de una vida triunfal, ya que depara al hombre uno de los más altos honores que puede ofrecerle su país y, en muchos casos, un título nobiliario inherente a la propia función». COUTURE, Eduardo J. *Estudios...*, cit., T. I, p. 149.

486 «El juez de un *Country Court*, que atiende en asuntos promediariamente menores de 300 libras y que es el equivalente de nuestros jueces de paz, gana aproximadamente \$1200 de nuestra moneda. Este juez gana mucho más que el primer Presidente de la Corte de Casación de Francia; más que el Presidente del *Reichsgericht* alemán de Leipzig (...)». COUTURE, Eduardo J. *Ibidem*, p. 151.

especiales del Parlamento, respecto de los cuales ni aquél ni éste tienen injerencia alguna.

Todo esto determina la presencia de un juez con una autoridad moral e intelectual considerable. Un juez que –como ahora se postula en los estudios procesales contemporáneos del *civil law*– tiene la dirección activa del proceso. Y que, por otro lado, tiene una independencia real y plena respecto del poder central. Un ejemplo de ello es el *Contempt of Court* (Desacato a la Corte), una institución que concede al juez la facultad de ordenar la detención de toda persona que no obedezca sus mandatos, inclusive si fuera miembro del Parlamento.

Si a lo dicho se agrega la trascendencia social de las decisiones judiciales, en tanto son expresiones actuales de las tendencias más relevantes de la sociedad y de su tiempo –a la cual conduce y orienta– podemos afirmar que el descrito es un estado de justicia que quisiéramos forme parte, alguna vez, de las vivencias cotidianas de cualquier sociedad.

76.8.A manera de conclusión

Tal parece que la historia de la función judicial es el recuento de los medios para reducirle al juez su capacidad creadora. Sin embargo, la historia nos demuestra también que tal empeño fue casi siempre superado por las exigencias de justicia de la realidad. Lo que no impide admitir que, en los últimos dos siglos, esta reducción sí ha sido efectiva y traumática en tanto ha minado de manera considerable la capacidad de interpretación y de discernimiento del juez a partir de la ley aplicable.

77. EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

Descrita la historia de la función del juez, analicemos ahora los métodos que éste ha utilizado para llegar a una decisión. Es decir, nos interesan desde ahora el o los instrumentos que el juez ha empleado para cumplir con su actividad. Se trata de analizar el mecanismo mental que conduce al juez a expedir una decisión, así como los factores que han estado presentes en él para determinar o por lo menos configurar su declaración judicial.

El término *razonamiento* tiene por lo menos dos usos, se emplea para definir la operación mental consistente en llegar a una conclusión teniendo como presupuesto la conexión lógica de uno o más antecedentes, y sirve también para identificar el resultado de la operación mental⁴⁸⁷. Podemos prescindir del contenido del razonamiento, es decir, hacer abstracción del significado de los antecedentes y de la conclusión, y detenernos a es-

487 «Razonamiento o raciocinio, en general, es la operación intelectual en virtud de la cual 'pasamos' de una cosa conocida a otra desconocida. Psicológicamente, así como la función del entendimiento, como 'inteligencia', es la 'intuición', la función del entendimiento, como 'razón', es el 'discurso'. Y también desde el punto de vista de la Lógica, que contempla esta función racional como un proceso formal, la esencia del razonamiento reside en el 'paso o tránsito' de lo conocido a lo desconocido, en una palabra, en el 'discurso'. Y siendo el juicio la operación intelectual por antonomasia, podemos decir que el razonamiento, en sentido estricto, es aquella operación intelectual mediante la cual, de unos juicios dados, inferimos otro juicio; pues esta inferencia, ilación o conexión de los juicios ya establecidos con el que se trata de establecer, constituye la forma lógica del discurso, a saber, de aquel paso o tránsito de lo ya conocido a lo que se pretende conocer». MANS PUIGARNAU, Jaime M. *Lógica para Juristas*. Barcelona. Bosch. 1978, p. 78.

tudiar únicamente el esquema formal del razonamiento. Cuando optamos por el análisis de esta segunda parte, estamos ingresando al campo de la Lógica, que vendría a ser la ciencia que se encarga del estudio de la estructura intrínseca del pensamiento.

Para nuestro estudio, asumimos la clasificación de la Lógica en analítica y dialéctica, atendiendo a la naturaleza del razonamiento. La lógica analítica, llamada también *formal*, plantea que, en un razonamiento, partiendo de afirmaciones necesariamente verdaderas se llega a conclusiones que también deben ser verdaderas. El silogismo es el clásico razonamiento formal que no admite dudas en su conclusión; así, si A es mayor que B, y B es mayor que C, sin duda A es mayor que C, aun cuando reemplacemos las letras por absolutamente cualquier contenido. Como se advierte, el nombre de lógica formal le es plenamente compatible, en tanto lo único que importa es el esquema del pensamiento siendo irrelevante lo que éste contenga.

La lógica dialéctica, en cambio, estudia aquellos métodos que conducen el razonamiento en las discusiones o controversias. A través de estos buscamos la manera de persuadir, convencer o cuestionar la afirmación sostenida por el contrario.

Con lo expuesto, podemos afirmar que mientras la lógica formal o analítica se conduce desde la premisa a la conclusión necesaria, en cambio la lógica dialéctica parte del argumento para llegar a una conclusión no necesaria⁴⁸⁸. Lo expresado no descarta el hecho de que

488 «(...) al lado de la Lógica Formal o Analítica –construida sobre premisas que son verdaderos postulados– existe (aún dentro de

algunos consideren que en estricto la única lógica con base científica es la formal, por lo que niegan existencia a la lógica dialéctica y con ella a la jurídica, que ciertamente le debe poco a aquélla. Por nuestro lado, afirmamos que mientras la lógica formal se mueve entre las categorías de lo verdadero y lo correcto; la lógica jurídica, como expresión de la lógica dialéctica, se desliza entre lo razonable y lo justo.

La primera particularidad a destacarse respecto de la elaboración de una decisión judicial, es que se trata de un acto solitario. Para su realización, el juez históricamente siempre ha buscado apoyos. Éstos han sido los antecedentes o la ley, a pesar de lo cual, él no deja de ser absolutamente responsable de sus conclusiones. De hecho ante el juez regularmente ha habido dos partes, las que han alegado –una contra la otra– tener los hechos y el derecho de su lado, de allí que la opción que el juez tome estará siempre cargada de *subjetividad*, tanto que la manera como influyan los elementos externos en su decisión, la hacen más personal.

Muchas veces –la historia así lo acredita– el uso de estos apoyos o soportes a los que hemos hecho alusión, sobre todo la ley, ha sido concebido como la búsqueda de

la concepción aristotélica) la dialéctica o Lógica no formal edificada sobre opiniones que, a su turno, son apuntaladas por argumentos. Estos últimos dan lugar a una verdadera teoría de la argumentación identificada como ‘retórica’. Dicha Retórica –o Nueva Retórica al decir de PERELMAN– tiene especial relevancia en (sic) tratándose del discurrir jurídico por lo que bien puede decirse –con RODRÍGUEZ MOURULLO– que en vez de Lógica jurídica convendría hablar de lógica de la argumentación jurídica». PEYRANO, Jorge W. *Procedimiento Civil...*, cit., T. 2, p. 136.

una verdad absoluta a la que los juristas deben aprender a acceder, para convertirla en una ley natural. Sin embargo, como se aprecia del estudio de las culturas citadas al inicio de este capítulo, ninguna verdad iluminada impidió al juez llegar a una solución justa cuando *la verdad revelada* (ley o antecedente), no satisfacía su concepción de lo correcto. Bastantes ejemplos hemos dado de tal empeño.

Entonces, al margen de las técnicas de razonamiento que se empleen, lo que resulta trascendente es que éstas conduzcan a la obtención del valor *justicia* dentro de un proceso. Pero, apréciase, nos referimos a una justicia mundana, real, concreta, una justicia *hic et nunc* (de aquí y ahora), esto es, que sea representativa de las tendencias actuales de la comunidad, de sus valores, intereses, prioridades, frustraciones. No se trata de elegir una elaboración mental que nos lleve a una conclusión impecable pero tan ajena a los intereses de la sociedad, como un témpano de hielo a un desierto⁴⁸⁹.

78. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL

El razonamiento judicial es la expresión más conocida de su género, el razonamiento jurídico. El interés centra-

489 «La conclusión que desde ahora sacamos de esta evolución es que la técnica de razonamiento utilizada en Derecho, cualquiera que sea, no puede desinteresarse de la reacción de las conciencias ante la iniquidad del resultado al que el razonamiento lleva. Por el contrario, el esfuerzo de los juristas, a todos los niveles y en toda la historia del Derecho, se ha dirigido a conciliar las técnicas del razonamiento jurídico con la justicia o, por lo menos, con la aceptabilidad social de la decisión». PERELMAN, Chaim. Cit., p. 20.

do en el primero se debe a su considerable importancia social, después de todo una polémica entre juristas sobre un determinado tema, pocas veces desborda el ámbito académico. Sin embargo, el método y las consideraciones que un juez utiliza para llegar a una determinada decisión, trascienden no sólo la esfera de su actividad, sino también el ámbito de las partes naturalmente afectadas por el proceso, hasta llegar, en algunos casos, a influir en el comportamiento social de la comunidad en donde se expidió la decisión.

Por otro lado, hay también una razón histórica para relieves su importancia contemporánea para las sociedades occidentales: el hecho de que desde 1790 (Ley de 16-24 de agosto) se torna obligatorio para los jueces franceses motivar sus decisiones⁴⁹⁰. Desde aquella fecha, los estudios sobre el razonamiento judicial, así como los métodos empleados para hacerlo efectivo han atravesado por tres períodos a los que vamos a hacer alusión citando referencialmente sus principales características, no sin antes

490 «Por otra parte, con frecuencia, todos los poderes estaban reunidos en manos del soberano, que podían delegar en funcionarios la misión de juzgar o de administrar, dentro de los límites determinados por el mandato que se les daba. La argumentación jurídica era tanto menos específica cuanto que no era necesario motivar los juicios, las fuentes del derecho se encontraban mal precisadas, el sistema del derecho estaba poco elaborado y las decisiones de la justicia apenas se llevaban a conocimiento del público.

La situación cambió completamente después de la Revolución francesa, con la proclamación del principio de separación de poderes, la publicación de un conjunto de leyes en la medida de lo posible codificado y la obligación del juez de motivar sus juicios con referencia a la legislación en vigor». PERELMAN, Chaim. *Ibidem*, pp. 177 y 178.

precisar que el tránsito histórico de uno a otro período no ha ocurrido de la manera didáctica como se describe, sino que, por el contrario, en muchos casos las técnicas pertenecientes a uno y a otro se confunden en el tiempo. Por lo demás, los genios no suelen respetar tampoco las divisiones cronológicas. El mejor ejemplo de ello es IHERING, sin duda un avanzado para su época⁴⁹¹.

78.1. La Escuela de la Exégesis

La Escuela de la Exégesis se caracteriza porque identifica al Derecho con la ley. Surge a la par de los cambios ideológicos que propone la Revolución Francesa, cuyo propósito fue acabar con la exagerada discrecionalidad con la que habían actuado los parlamentos –clase encargada del servicio de justicia– al punto de ser una de las expresiones más patéticas de la corrupción en el Antiguo Régimen. Es en este contexto en donde se afirma la ne-

491 A continuación transcribimos dos frases cuya actualidad ratifica nuestra opinión de que IHERING es un jurista que disuelve los parámetros cronológicos.

«En vista de esto, puede decirse que Roma no superó nunca, en el campo del derecho, la diferencia de las clases. ¿Lo hemos logrado nosotros?». VON IHERING, Rudolf. *Bromas y veras en la jurisprudencia*. Buenos Aires. EJE. 1974, pp. 269 y 270.

«Tampoco existen en la práctica las penas que en Roma se aplicaban en materia de derecho privado, y esto nace de la insensibilidad de nuestra legislación actual, por el interés ideal que va unido a una lesión del derecho. La infamia no es hoy aplicada en ningún caso de infidelidad del depositario o del mandatario. El bribón más grande vive en nuestros días completamente libre e impune, mientras sea bastante diestro para evitar todo aquello que puede caer bajo la acción del Código criminal». VON IHERING, Rudolf. *3 Estudios Jurídicos*. Buenos Aires. Atalaya. 1947, p. 239.

cesidad de que el juez sólo sea el medio a través del cual se expresa la ley, que es, a su vez, la expresión máxima de la voluntad popular, por la cual debe primar encima de cualquier otra manifestación de poder⁴⁹².

Por cierto, para que la ley resuma en su contenido todo el derecho de una sociedad, debe reconocérsele a éste como un sistema perfecto y completo, algo parecido a un sistema formal, en donde están previstas todas las alternativas que la realidad puede presentar. Desde esta perspectiva, la actividad del juez es considerablemente sencilla y, sobre todo, impecablemente formal. Así, presentada una situación fáctica, todo lo que se debe hacer es preparar el silogismo judicial adecuado, para lo cual debe identificarse a la premisa mayor, que no es otra cosa que la norma de derecho que contiene el hecho presentado. Atendiendo a que la premisa menor está constituida por la comprobación de que el hecho está previsto en la premisa mayor, la decisión judicial no va a ser otra cosa que la conclusión del silogismo.

Por otro lado, las posibilidades de interpretación del juez estaban considerablemente reducidas en la Escuela de la Exégesis. Para ésta, la labor interpretativa debía limitarse al objeto de encontrar la voluntad del legislador inserta en las palabras utilizadas por éste al elaborar la

492 «De otra parte, el poder judicial dice el derecho, pero no lo elabora. Según esta concepción, el juez aplica simplemente el derecho que le es dado (...) Esta concepción conduce a una visión legalista. La pasividad del juez satisface nuestra necesidad de seguridad jurídica. El derecho es un dato, que debe poder ser conocido por todo el mundo de la misma manera». PERELMAN, Chaim. Cit., p. 38.

ley. Este respeto por la voluntad del legislador llevó a la Escuela a negar cualquier posibilidad de que el juez aprecie otros aspectos, como por ejemplo la importancia de la diferencia de los contextos históricos conformados por aquél en que se expidió la ley y aquél en que se fuera a aplicar.

Como se recuerda, el origen del recurso de casación no fue otro que encontrar medios que permitieran controlar la labor del juez; se trataba de contar con *inspectores de justicia* que aseguraran que los jueces observen la aplicación de la ley⁴⁹³. No está de más recordar que el concepto de *administración de justicia* fue acuñado durante esta época revolucionaria, y su origen fue la necesidad de reafirmar que la actividad de los jueces, vista en su conjunto, no tenía en esencia la calidad de un Poder, sino que simplemente era un acto administrativo consistente en aplicar la norma al caso concreto. Entre las múltiples paradojas que se pueden encontrar en el Derecho, está la fortuna histórica que ha tenido y tiene este concepto: es utilizado mayoritariamente inclusive por quienes cuestionan que la función jurisdiccional sea sólo un acto pasivo consistente en aplicar mecánicamente la norma jurídica.

Esta reducción de las facultades del juez lo convierte en un servidor del legislador, en tanto su función sólo consiste en hacer corresponder sus decisiones con el contenido de la ley, sin preocuparse por el contenido de

493 «Si es cierto que los jueces deben decir el derecho, conforme al espíritu de la Escuela de la Exégesis el derecho queda reducida a una entidad casi mística, que es la *Ley* como expresión de la voluntad nacional». PERELMAN, Chaim. *Ibidem*, p. 57.

razonabilidad o de justicia de éstas. Inclusive cuando la ley aparezca oscura, será la doctrina, es decir, los exégetas, quienes orientarán la aplicación adecuada ante tal eventualidad⁴⁹⁴. De hecho, quizá el único caso en donde el juez tuvo alguna posibilidad de actuación personal fue en aquéllos procesos en que se presentaban *antinomias* –es decir, la presencia de dos normas vigentes que dan respuestas distintas a una misma situación– aunque la Escuela insistía en que éstas debían resolverse atendiendo al texto legal. Sin embargo, fueron precisamente estas *antinomias*, como también las *lagunas*, los canales por donde se filtró la capacidad creadora del juez para romper, hacia fines del siglo XIX, con el rigor de la Exégesis.

En definitiva, la Escuela de la Exégesis es el intento de presentar al Derecho como un sistema formal perfecto, autocompleto, como si fuera un sistema matemático. Los positivistas, tiempo después, complementaron la tesis afirmando que las bases de este sistema formal no estaban previstas de antemano, como lo anunciaba el derecho natural, debido a que se trataba de criterios que no tenían validez universal, sino que simplemente eran manifestaciones de la voluntad del legislador. Precisamente por tal razón, es decir, siendo distintas las reglas previstas por el legislador para cada Estado, las tendencias y los objetivos del Derecho –a través de la exégesis y de la deducción– deberían ser las de encontrar fórmulas uniformes que sean útiles para todos quienes tengan que

494 «Esta manera de ver las cosas subordinaba, con más nitidez que cualquier otra, el poder judicial al legislativo y favorecía una visión estática y legalista del derecho». PERELMAN, Chaim. *Ibidem*, p. 179.

aplicar las normas a los casos concretos, como es obvio, especialmente para los jueces.

Por otro lado, para la misma Escuela, otra tendencia de los estudios jurídicos debe ser la de concretar el uso de términos unívocos que impidan la presencia de antinomias o lagunas, es decir, ambigüedades en el uso del Derecho para concretar así lo que debe ser la aspiración de un sistema jurídico de naturaleza formal: concebirse completo.

El esfuerzo estéril de la Escuela de la Exégesis de considerar a la ley como el único medio para solucionar conflictos duró hasta fines del siglo XIX, cuando fue sustituida por ser socialmente incompetente. Por cierto, esta última afirmación corresponde específicamente a Europa occidental, en los países latinoamericanos, específicamente el Perú, el método exegético es actualmente *el método*, en la misma medida en que el derecho nacional se ha reducido a la ley y la función del juez a su ritual aplicación, casi sin solución de continuidad.

78.2. La concepción funcionalista

El Derecho había sido marchitado por la Exégesis. La concepción cerrada que de aquél tenía esta escuela –todo lo que importaba era la ley y su interpretación– redujo el razonamiento judicial a un esfuerzo deductivo que producía frutos conocidos de antemano. Con la Escuela de la Exégesis, el Derecho se descubría a sí mismo y de paso se autolimitaba, sin que tuviera la posibilidad de trascender a la aventura de ser útil a la sociedad en que estaba vigente.

A fines del siglo XIX, aunque sin desmerecer los aportes de la Escuela histórica de SAVIGNY y los de IHERING, se

empezó a concebir un fin distinto para el Derecho. Para empezar, se le concibió como un medio para que una sociedad logre concretar los fines que el legislador se hubiera propuesto, así como para afianzar los valores que serían privilegiados en tal sociedad. En tal contexto, los estudios jurídicos no se agotaron en la interpretación de tal o cual concepto, es decir, en la letra de la ley, sino que, a través de ellos, se pretendió descubrir el espíritu que condujo al legislador a proponer la norma. Se sustituye la búsqueda de lo que la *norma dice*, por lo que la *norma quiere*. La idea es llegar a una decisión justa y razonable utilizando la ley para lo cual bien puede flexibilizarse su contenido.

A través de un ejemplo descrito por PERELMAN, advertimos la diferencia entre la concepción exegética y la funcionalista. Dentro de la visión asumida por la Escuela de la Exégesis, una norma que prohibiera el ingreso de vehículos a un parque público, habría sido aplicada sin vacilación por un juez. Después de todo, la claridad de la norma elimina la necesidad de usar técnicas de interpretación. Sin embargo, ¿deberá aplicarse la norma si el vehículo que pretende ingresar es un coche de niño?, o ¿qué se debe decidir si se trata de una ambulancia que quiere ingresar para recoger a un visitante malherido? Como resulta evidente, es necesario investigar y descubrir el espíritu que condujo al legislador a expedir la norma como presupuesto para saber si la prohibición es aplicable o no.

Por lo demás, la búsqueda de la voluntad del legislador no es, como podría pensarse, una reconstrucción histórica de sus motivaciones. Bien sabemos que durante la elaboración del acto legislativo –aunque esté sometido a

un determinado procedimiento— su desarrollo es afectado por un número ilimitado de factores de distinta naturaleza, los que convierten en aleatorio el descubrimiento de la auténtica voluntad real. Por esa razón, cuando buscamos el espíritu del legislador lo que estamos haciendo es descubrir los valores que han sido privilegiados por éste para la elaboración de la norma, de tal suerte que, en estricto, la voluntad que buscamos descubrir es fundamentalmente una voluntad presumida o ficticia, que le asignamos a una norma en el reconocimiento de la existencia de un legislador razonable.

Si volvemos al ejemplo, podemos encontrar que, siendo una norma prohibitiva, el valor a ser protegido ha sido la tranquilidad y seguridad de los visitantes del parque. Sin embargo, bien sabemos que este valor no podría ser afectado por el coche de un niño y tampoco puede ser tan importante como para prevalecer sobre el valor de proteger la vida de un accidentado. Cotejado el valor contenido en la norma con los que sustentan las situaciones en conflicto, no es complicado proponer razones para concluir que la norma no debe ser aplicada.

La concepción funcionalista, llamada también *sociológica* o *teleológica*, percibe al Derecho como un instrumento de realización de los valores en juego en un grupo social determinado. En tal mérito, el juez tiene una función excepcional y delicada: descubrir los valores en disputa en un proceso judicial y privilegiar aquél que el legislador razonable haya considerado preeminente⁴⁹⁵. A su vez, el

495 «El hecho de que el juez deba someterse a la ley subraya la primacía otorgada al poder legislativo en la elaboración de las reglas

juez debe actualizar la escala de valores que el legislador tuvo en cuenta cuando elaboró la norma, en la hipótesis de que ésta haya devenido en anacrónica en el contexto histórico particular que rodea la aplicación de la norma al caso concreto. Sin embargo, es cierto también que en ocasiones, la función del juez no va a ser de actualización, sino de conservación de los valores tradicionales del grupo. La elección de una u otra alternativa no es, como bien se advierte, una opción puramente jurídica. Esto se debe a que el juez, más que cualquier funcionario público, es la expresión de los sentimientos y valores sociales de su comunidad.

PERELMAN sintetiza los postulados de esta escuela funcionalista de la siguiente manera:

“Si el derecho no se asemeja a un sistema deductivo y hay que contemplarlo como un medio para la obtención del fin querido por el legislador, el estudio de las prescripciones legales, de su eficacia y de su evolución, debería emprenderse mediante el método tradicional de las ciencias sociales, como son las encuestas, la investigación estadística, la observación del derecho comparado y, en lo posible, la experimentación. La concepción teleológica y funcional del derecho que, tras IHERING, SALEILLES y GENY, ha acabado con la Escuela de la Exégesis, en Alemania y Francia, se ha desarrollado al mismo tiempo que la sociología jurídica, con Eugen EHRLICH, H. KANTOROWICZ, L. DUGUIT,

de derecho, más de ello no resulta en modo alguno un monopolio legislativo en la formación del derecho. El juez posee, a este respecto, un poder complementario indispensable, que le permite adaptar los textos a los casos concretos. Si no se le reconociera este poder, no podría, sin recurrir a ficciones, cumplir su misión, que consiste en el arreglo de los conflictos. La naturaleza de las cosas obliga a concederle un poder creador y normativo en el campo del derecho». PERELMAN, Chaim. *Ibidem*, p. 196.

Oliver Wendell HOLMES y Roscoe POUND, por citar sólo los nombres más conocidos. Así, el programa elaborado por Roscoe Pound en 1911 y 1912 llega a considerar el derecho mucho más como expresión de realidades sociales, económicas y políticas que como expresión de una voluntad de dirigir y de orientar estas mismas realidades.

La consecuencia, que salta a la vista, de esta tentativa de tratar el derecho como a una ciencia, es la reducción del derecho a la sociología, como si la elaboración de las reglas de derecho fuese un fenómeno natural al cual le fueran extrañas la voluntad y las aspiraciones de los hombres"⁴⁹⁶.

Así como el positivismo –expresión renovada de la Escuela de la Exégesis– había exagerado su tendencia a desvalorizar y a desafectar al Derecho de todo aquello que no esté expresado en la norma, es decir, a aislar el derecho de los hechos, sentimientos y valores presentes en la realidad –razón por la que su posición fue sometida a una profunda crítica y revisión–; así también una concepción funcionalista exagerada no es suficiente para sustentar la tesis de que el Derecho se realiza en la medida en que un juez afianza, a través de su decisión, sus particulares apreciaciones sobre lo que es correcto o reconocido en el grupo social. Es decir, ni la regla general a la que deba someterse el juez como proponen los positivistas, ni tampoco la absoluta discrecionalidad de éste como sugieren algunos funcionalistas. El Derecho no puede oscilar entre el rigor o el caos.

496 PERELMAN, Chaim. *Ibidem*, p. 96.

78.3. La dialéctica y la nueva retórica

Las dos corrientes del pensamiento jurídico antes desarrolladas no aparecen satisfactorias a la luz de la necesidad urgente de los jueces de contar con métodos de razonamiento que les permitan cumplir con su función social trascendente. No queda duda de que el deber judicial de motivar los fallos ha adquirido una importancia que trasciende no sólo la esfera de los litigantes, sino también la judicial. Las motivaciones y las decisiones judiciales representan en el mundo contemporáneo las tendencias valorativas de una sociedad. Son explicativas de su realidad y programáticas de su futuro. Por eso, deben sustentar sus valores supremos. En tal mérito no pueden prescindir de la necesidad de justicia y de equidad que la sociedad requiere para continuar existiendo. El tema es cómo lograrlo en tanto la exigencia social de motivar se ha convertido en los tiempos actuales en un deber de hacerlo con coherencia y no como parte de una formalidad⁴⁹⁷.

Se trata, como se advierte, de analizar la esencia del razonamiento judicial a efectos de encontrar métodos que permitan al juez conducir su decisión a un contenido justo. Sin embargo, como lo *justo* no es precisamente un

497 «El pronunciamiento jurisdiccional debe anularse cuando se asienta en meras conjeturas o cuando sus conclusiones no sean la culminación y remate de un razonamiento que respete las reglas supremas del pensamiento (...) pues entonces la decisión emanaría arbitrariamente sólo de la voluntad irrazonable del juzgador (...)». Sentencia N.º 51 de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia de Córdoba. Protocolo 27 del 19 de setiembre de 1968. Citado por SANTIAGO PÉREZ, Jorge. *Lógica, Sentencia y Casación*. Córdoba. Edición del autor. 1989, pp. 14 y 15.

valor constante e inmutable, los estudios jurídicos deben proveer al juez de técnicas que permitan acceder al sentido de justicia reconocido en el medio en donde se va a expedir la decisión.

La búsqueda de una metodología que permita al juez tomar decisiones que sintonicen la escala de valores regularmente aceptable de su comunidad, ha conducido a los juristas a reivindicar aquellos temas o lugares comunes que sin necesidad de estar regulados, son reconocidos unánimemente como puntos de partida para la solución de un conflicto de intereses, a fin de permitir que se concreten decisiones que tengan reconocimiento social.

Atrás de esta elección metodológica hay una dialéctica judicial. Por un lado, bien sabemos que la seguridad jurídica es un valor importante en una sociedad. Precisamente, una de las maneras como éste se reafirma es a través de las decisiones judiciales, las que tienden a ser uniformes en tanto son expresiones de situaciones fácticas similares resueltas anteriormente en el mismo medio social. Sin embargo, y ésta es la principal ruptura con la Escuela de la Exégesis, el compromiso con la seguridad jurídica no puede conducir a una renuncia del juez a postular variantes en los valores vigentes en el contexto social, sobre todo, si es precisamente esa realidad social en constante movimiento la que reclama el reconocimiento de la prevalencia de otros valores. Como es obvio, el cambio social es irrefutable, los valores sociales y culturales de un grupo pueden sufrir variaciones, por ello, la función judicial no puede renunciar a su posibilidad de complementar la función

legislativa y, con ello, asegurar la eficacia del sistema jurídico⁴⁹⁸.

En consecuencia, si el Derecho no es sólo un árido continente normativo, aunque tampoco es exclusivamente una permanente lucha entre valores, la problemática del razonamiento jurídico está afectada por la necesidad de elaborar una metodología que reconozca dialécticamente la lucha entre la afirmación de un sistema legal o de un sistema de valores, conflicto que, a su vez, significa también la lucha entre la seguridad jurídica y la libre apreciación judicial⁴⁹⁹.

La búsqueda de esta metodología se caracteriza por haber destacado la importancia que tienen los principios generales del derecho y su relación con la tópica jurídica. Los primeros son un conjunto de reglas de derecho obligatorias, caracterizadas porque han probado su eficacia y trascendencia a través del tiempo y en distintas

498 «Por esta razón, la aplicación del derecho y el paso de la regla abstracta al caso concreto no son simples procesos deductivos, sino una adaptación constante de los disposiciones legales a los valores en conflicto en las controversias judiciales». ESSER, J. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Athenäum Verlag. Frankfurt. 1970, pp. 189 y 190. Citado por PERELMAN, Chaim. Cit., p. 115.

499 «En efecto, si el derecho es un instrumento flexible y capaz de adaptarse a valores que el juez considera como prioritarios, no hace falta que el juez decida de acuerdo con directrices precedentes del gobierno, sino en función de los valores que dominan en la sociedad, ya que su papel es conciliar estos valores con las leyes y las instituciones establecidas, de manera tal que con ello se ponga de manifiesto no sólo la legalidad, sino también el carácter razonable y aceptable de sus decisiones». PERELMAN, Chaim. *Ibidem*, p. 193.

sociedades, inclusive sin necesidad de contar con reconocimiento en el derecho positivo. La segunda, la tónica jurídica, está conformada por un conjunto de pautas o lugares específicos del Derecho –llamados *tópicos jurídicos*– que constituyen puntos de partida firmes y sólidos para elaborar una decisión razonable respecto de un conflicto de intereses. En este sentido, muy bien pueden considerarse a los principios generales del derecho como fórmulas privilegiadas de tópicos jurídicos. La referencia al concepto de tópicos se origina en Aristóteles, quien en una obra del mismo nombre identificó tanto los lugares comunes como los específicos (los jurídicos serían de esta última naturaleza) que se utilizan para persuadir a través de una intervención, que el denominó *discurso*.

A través de los tópicos jurídicos se pueden eliminar los argumentos que alejen al juez de una decisión que no sea equitativa o razonable, es decir, actúan en principio como un instrumento de descarte⁵⁰⁰. En el listado contemporáneo de estos tópicos, se suelen considerar como tales tanto a los principios generales del derecho, como a las máximas o aforismos –fórmulas jurídicas breves, contundentes pero a veces inciertas– y también a los valores sociales fundamentales, es decir, aquéllos que en un momento histórico determinado el Derecho

500 «Puesto que todo litigio implica un desacuerdo, una controversia, el papel del juez consiste en hallar una solución que sea razonable y aceptable, es decir, ni subjetiva, ni arbitraria. El juicio, que es una decisión, y no una conclusión impersonal y necesaria hecha a partir de unas premisas indiscutidas, supone la intervención de una voluntad. ¿Cómo mostrar que ésta no ha sido arbitraria?». PERELMAN, Chaim. *Ibidem*, p. 213.

protege y alienta con especial interés. Así, podemos citar principios tales como: *Lex posterior derogat legi priori* (La ley posterior deroga a la anterior), *Nemo plus iuris transferre potest quam ipse haberet* (Nadie puede transferir más derechos de los que tiene), o reglas jurídicas como: *no se puede ser juez en causa propia*; *lo necesario está permitido*; *a lo imposible no está obligado nadie*. Asimismo, en calidad de lugares jurídicos específicos, puntos de vista o tópicos, se suelen citar: *la compensación*, *la autonomía de la voluntad*, *la igualdad*, *la protección de comportamientos habituales*.

Suele cuestionarse a los defensores de la tesis de los tópicos jurídicos el hecho de que, a partir de su indefinición o vaguedad, estos puntos de vista o reglas de derecho pueden ser utilizados con éxito en un proceso tanto por una como por la otra parte. Sin embargo, mientras no haya un conflicto de intereses sometido a una decisión judicial, los tópicos constituyen figuras vacías que no sustentan ninguna posición. Sólo cuando el juez va a resolver el caso, debe someter los tópicos a la exigencia de que lo provean de una interpretación destinada a obtener la solución más razonable. Por lo demás, y ésta es una afirmación esencialmente correcta, las reglas de derecho o los valores no son absolutos, pues siempre es posible encontrar una excepción a un principio jurídico aparentemente macizo. Cuando ello ocurra, será porque consideraciones de otra naturaleza, pero igualmente trascendentes, habrán determinado que la regla no sea aplicable.

Como se advierte, los tópicos jurídicos permiten al juez tener una mayor dinámica o flexibilidad tanto en el análisis de los textos legales como de las otras fuentes

del Derecho, las que pueden proporcionarle información actualizada para la búsqueda y posterior obtención de una decisión razonable, aceptable y equitativa⁵⁰¹.

Tal vez atendiendo al reconocimiento contemporáneo obtenido por los tópicos, otra recuperación del pensamiento aristotélico es la retórica. Asignatura obligatoria en las exigentes como escasas escuelas medievales, la retórica suele ser definida como la disciplina que estudia las técnicas discursivas que se usan para lograr persuadir al receptor de la tesis que se sustenta. A la retórica no le preocupa lo que se dice, sino *cómo* se dice y a *quién* se dice. La reivindicación contemporánea de la retórica es la constatación de que la certeza sobre los juicios de valor no se puede obtener sobre la base del uso de técnicas de lógica formal, sino de aspectos tan disímiles como la técnica de argumentación utilizada o la forma empleada para persuadir al receptor. Por lo demás, está fuera de toda duda que los juicios de valor tienen estimaciones distintas en sentido positivo o negativo, es decir, una persona puede estar parcialmente identificada con un juicio de valor o absolutamente en desacuerdo con éste. No se trata siempre de una posición categórica, en tanto son distintos los elementos que influyen en su reconocimiento o rechazo social.

501 «La gran ventaja de los tópicos jurídicos consiste en que, en lugar de contraponer dogmática y práctica, permiten elaborar una metodología que se inspira en la práctica, y guían los razonamientos jurídicos, de manera que, en lugar de contraponer el derecho a la razón y a la justicia, se esfuerzan, por el contrario, en conciliarlos». STRUCK, G. *Topische Jurisprudenz*, Athenäum Verlag. Frankfurt. 1971, pp. 64 y 65. Citado por PERELMAN, Chaim. *Ibidem*, p. 130.

Siendo los juicios de valor trascendentes para el Derecho, específicamente para la actividad judicial, parece evidente que lo importante es contar con métodos que permitan *acrecentar la aceptación* de nuestra posición (juicio de valor) en el conflicto sometido a proceso, y no el vano intento de concretar una *admisión definitiva* y absoluta de nuestra tesis. Queremos decir que en un proceso, más importante que conseguir que el juez crea en nuestra *verdad*, es que vayamos aumentando su *adhesión* a nuestra tesis.

En este sentido el rol que pueden cumplir la retórica y la dialéctica es de considerable importancia. Con la primera, estaremos en condiciones de conocer la técnica para intentar que la manifestación del argumento, tenga el grado de elocuencia y sensibilidad indispensables como para lograr persuadir al receptor para que la afirmación que se propone sea aceptada. A través de la dialéctica se puede escoger la técnica argumentativa adecuada no sólo para reforzar nuestra posición, sino también para destruir la tesis propuesta por la otra parte. La dialéctica es el estudio de la teoría de la argumentación, es decir, de los fundamentos que orientan las técnicas del diálogo (retórica) para proponer un juicio y luego someterlo a una discusión o polémica. La importancia de este debate es que de él surge la adhesión o aumento de la estimación del juicio propuesto. Platón consideraba que el diálogo era la única manera de acceder al saber científico, en tanto éste no era susceptible de ser transmitido sino que debía ser descubierto por cada uno. Ésta es la razón por la que utilizó la forma dialogada en la redacción de sus obras. En una de ellas, llamada *Cratilo*, se aprecia la siguiente frase: "*Al que sabe interrogar y responder, ¿cómo habremos de llamarle si no dialéctico?*".

La retórica se manifiesta a través del discurso argumentativo propuesto por quien busca persuadir a través de él. Nótese que, a diferencia de los métodos racionales rígidos, el producto de un uso adecuado de la retórica es una afirmación desprovista de contundencia, es decir, la originalidad del discurso retórico es que no busca una aceptación absoluta de su propuesta, sino una adhesión progresiva. Por lo demás, venimos afirmando que lo que está en discusión en un conflicto de intereses con relevancia jurídica son valores. Siendo así, nadie puede asegurar que un juicio de valor se mantenga con el mismo grado de aceptación de manera permanente en un grupo social, ni siquiera es posible sostener que una misma persona guardará fidelidad permanentemente a la misma escala de valores⁵⁰².

79. EL RAZONAMIENTO JUDICIAL EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO

Durante muchos siglos hemos sido inducidos a pensar y procesar un Derecho que, so pretexto de purificarse y tecnificarse, ha abandonado absolutamente las tendencias, intereses y desapegos vigentes en una

502 «Mientras los razonamientos demostrativos y las inferencias formales son correctos o incorrectos, los argumentos y las razones que se dan en favor o en contra de una tesis son más o menos fuertes y hacen variar la intensidad de la adhesión del auditorio. Partiendo de lo que está admitido, todas las técnicas de argumentación tratan de reformar o de debilitar la adhesión a otras tesis o de suscitar la adhesión a tesis nuevas, que pueden, por otra parte, resultar de la interpretación o adaptación de las tesis primitivas». PERELMAN, Chaim. *Ibidem*, p. 144.

sociedad. Hemos aprehendido un Derecho que se manifiesta siempre renuente a tomar contacto con la realidad, un libreto superficial que prescribe reglas de un juego carente de emotividad. Como el resultado de esta visión es un anacronismo insultante –en el caso peruano se trata de una concepción plenamente vigente– resulta indispensable insertar el estudio del fenómeno jurídico en el contexto de los valores o criterios sociales regularmente predominantes, en la misma medida en que debemos estar atentos a sus vaivenes. El juez, por ejemplo, debe contar con medios que le permitan expedir decisiones equitativas, razonables y además justas, atendiendo a lo que merece tal calificativo en el entorno histórico presente cuando expide el fallo.

Tanto la retórica, a la que hemos venido haciendo referencia, como la dialéctica –apreciadas desde una perspectiva metódica– constituyen los instrumentos idóneos para discutir valores, regularmente contradictorios, y así progresivamente ir obteniendo un reconocimiento de la decisión adecuada, tanto de quien va a resolver un conflicto, como de quien va a persuadirlo que lo haga según su propuesta. Como se ve, en estos métodos, lo absoluto ha sido reemplazado por lo progresivo. La verdad es un valor al que se debe respetar, pero sólo lo suficiente como para evitar que su búsqueda haga sucumbir a otros valores, como la justicia, la equidad, o cuando menos lo razonable, es decir, la verdad es un valor siempre que la pertinacia en obtenerla no la convierta en un fetiche.

Entonces, parece importante investigar y provocar la recuperación de una retórica, o para expresarlo en términos cercanos a PERELMAN, de una nueva retórica. Su redescubrimiento nos puede conducir al conocimiento

de técnicas discursivas destinadas, exclusivamente, a provocar o aumentar la adhesión a la tesis que vayamos a proponer a un determinado auditorio, que en nuestro caso, bien puede ser un juez. Para tal efecto, es indispensable abandonar la idea de que es imprescindible un lenguaje especial para cumplir tal encargo, prevenimos de ello porque generalmente la rutina metodológica suele conducir al investigador a la creación de un lenguaje formalizado, a fin de que pueda solventar la trasmisión del siempre complejo saber científico. Sin embargo, si en materia jurídica el objetivo es la persuasión, entonces más importante que el lenguaje del emisor es el del receptor, de tal suerte que si se utiliza la lengua que es natural al auditorio, las probabilidades de lograr éxito aumentarán considerablemente.

Si el objetivo es persuadir, lo que estamos diciendo es que quien lo intente, debe usar el lenguaje común al auditorio en donde espera obtener la adhesión, y a través de él *argumentar*, es decir, elaborar proposiciones que convenzan al oyente de la contundencia de su tesis. Por cierto, mientras más integrados estén el proponente y el auditorio respecto de la información que comparten, los valores de los que participan y los intereses que ambos pretendan, las posibilidades de lograr la persuasión son mayores.

Por otro lado, siendo tan disímil la información con que pueden contar los miembros del auditorio, una decisión razonable del orador puede consistir en conocer, cuando menos, los datos básicos que sobre la tesis que va a sustentar tiene el auditorio. Con tal información puede empezar a construir su argumentación, teniendo la ventaja de que lo va a hacer con temas que puede

seleccionar a fin de elegir aquéllos que considera son apreciados genéricamente por quien quiere persuadir. Por ejemplo, si un ingeniero debe convencer a un pueblo de la importancia y trascendencia que podría significar para ellos la construcción de una presa cerca a la ciudad, no debería empezar transmitiéndoles sus conocimientos de hidráulica, porque el objetivo de la persuasión podrían no obtenerse.

Esos datos básicos son los que conforman aquello que usualmente denominamos *sentido común*, es decir, un conjunto de conocimientos universales que, con distinto grado de agudeza, se encuentran esparcidos por un universo importante de sujetos. Este *sentido común* es consecuencia del uso de la razón sobre los problemas prácticos y cotidianos. Es bueno recordar aquí que buena parte de los más sólidos sistemas filosóficos, tanto de la antigüedad como contemporáneos, han sido contruidos sobre la base del *sentido común*⁵⁰³.

Traemos a colación el tema porque un concepto elemental en la teoría de la argumentación de Aristóteles es, como ya anotamos, la identificación de los llamados *lugares comunes*, que en su caso son puntos de vista, apreciaciones sobre determinados aspectos que correctamente utilizados pueden convertirse en reglas o máximas que

503 «Si el criterio del sentido común prevalece en todas las manifestaciones de la vida social, su imperio ha de ser indeclinable en el sector o ámbito del Derecho, por cuanto éste, por lo mismo que es un ordenamiento práctico, no puede fundarse en apriorismos ni enteleguías, sino que ha de ser trasunto del pensar común de la comunidad y apoyarse en el buen sentido o *seny natural*». MANS PUIGARNAU, Jaime M. Cit., p. 184.

dan sustento a una afirmación. Precisamente, la concepción aristotélica se completa con la idea de que los lugares comunes propios de todo saber tienen su equivalente en las ciencias particulares, en donde se convierten en *lugares específicos* o *tópicos*. En nuestra disciplina, los llamados *principios generales del derecho* cumplen tal función. Son una especie de punto de partida de una idea o propuesta determinada, exactamente como los axiomas en las ciencias formales, aunque con la única diferencia de que mientras los *tópicos* sólo pretenden persuadir al receptor o auditorio, e inclusive pueden ser interpretados de manera diferente; los axiomas reclaman como objetivo una conclusión certera, en tanto su uso tuvo como fundamento su evidencia.

Como se ha advertido, los *lugares específicos* o *tópicos*, pueden conducir a quien lo utilice a conclusiones distintas, hasta opuestas, pero igualmente persuasivas. Esto es consecuencia de la variedad de técnicas de argumentación existentes, las cuales pueden reforzar o debilitar la tesis propuesta por la otra parte. Ésta es su esencia. Tal vez por ello, cuando se contiene muy difícilmente se cuestiona la técnica utilizada, aunque no se admita la afirmación que ésta busca se reconozca como razonable o justa.

80. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En definitiva, y al margen de la evolución histórica de las sociedades contemporáneas, la importancia y el destino de la función judicial dependerá siempre del criterio con que se admita el principio de separación de poderes y, por cierto, del reconocimiento que se otorgue

a la autonomía del poder judicial. Así, habrá jueces que considerarán absolutamente regular el acto de resolver los conflictos aplicando pulcra y rígidamente la ley; otros, admitiendo que el Derecho es mucho más que la norma escrita, intentarán conciliar al primero con lo que es justo y razonable, para lo cual tendrán una concepción flexible de la ley, extendiendo o restringiendo sus alcances.

El Derecho es en una sociedad democrática lo que el consenso de gobernantes y gobernados quieren que sea. Cuando se produzca un desajuste en la interpretación de una norma jurídica o de uno de los mandatos que ésta contiene, habrá un conflicto que podrá ocurrir entre el gobernante y el gobernado o entre gobernados. En cualquier caso, el juez deberá ajustar la decisión del legislador –contenida en la ley– a aquello que considera es una solución equitativa y razonable del conflicto. Si la decisión del legislador no es compatible con la opción que el juez considera justa, entonces éste deberá encontrar cuál es el valor social predominante en el caso, equiparando esta vez el Derecho con lo justo y con lo razonable⁵⁰⁴.

504 «(...) muchos de nuestros jueces están abandonando el cómodo emplazamiento tradicional que los transformaba en una especie de tristes sastres de confección que deben ser amonestados cuando sus obras (las sentencias) no se ajustan estrictamente a las medidas prefijadas (por el legislador). Así es que en la actualidad proliferan los magistrados que prefieren ser sastres para el 'caso concreto'; es decir que si bien observan las normas generales de su arte, respetan asimismo las peculiaridades (las circunstancias del caso, diríamos) del físico (la causa a resolver) que debe vestir. Y como se sabe, rara vez puede compararse la excelencia de un traje 'hecho a medida' al cotejárselo con un producto de 'confección'.

La única posibilidad de conducir ese intento de racionalizar y hacer justa la decisión judicial pasa por el uso de técnicas de interpretación que, a su vez, sean instrumentos de razonamiento jurídico que permitan al juez acercar el Derecho a la selección adecuada de los criterios prevalecientes para resolver el caso concreto, sean, por ejemplo, los valores vigentes en una sociedad a la fecha de su fallo, la necesidad histórica de enseñar la trascendencia de la seguridad jurídica o de propiciar con una decisión favorable, una conducta beneficiosa para la consecución de una sociedad con justicia, paz y libertad.

Nótese que la lógica jurídica no ayuda a alcanzar la verdad ni la certeza: es simplemente el medio para descartar científicamente aquellas conclusiones que carecen de coherencia y, a su vez, es el instrumento para llegar a pronunciar aquella decisión que, a través del uso adecuado de las técnicas de argumentación, ha sido escogida porque ha acrecentado la adhesión del usuario, convenciéndolo de su bondad.

(...) De lo que se trata es simplemente de reconocer que el buen juez no puede cerrar los ojos ante la realidad circundante, y que –por ende– no puede ni debe ser insensible ante las consecuencias prácticas de su tarea jurisdiccional». PEYRANO, Jorge W. *El Proceso...*, cit., pp. 223 y 224.

Bibliografía

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza jurídica del proceso*. En: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires. EDIAR. 1952.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Nuevos Estudios de Derecho Procesal*. Madrid. Tecnos. 1980.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria*. En: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires. EDIAR. 1950.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y defensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)*. México D.F. Imprenta Universitaria. 1947.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto y LEVENE, R. (hijo). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires. Guillermo Kraft. 1945.

- ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires. EDIAR. 1963.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Conveniencia de reformar el sistema argentino en materia de juicio ejecutivo*. En: *Cuadernos de Derecho Procesal*, 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni. 1983.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al estudio del Derecho Procesal*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni. 1992.
- ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho Procesal Civil – Teoría General del Proceso*. Lima. Tipografía Peruana. 1967.
- ALLORIO, Enrico. *Ensayo polémico sobre la “jurisdicción” voluntaria*. En: *Problemas de derecho procesal*. Buenos Aires. EJEa. 1963.
- ARANGIO RUIZ, Vincenzo. *La Acciones en el Derecho Privado Romano*. Traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1945.
- ARAZI, Roland y otros. *Anteproyecto de Reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires. 1993.
- ARLAS, José A. *Curso de Derecho Procesal*. Montevideo. M.B.A. 1974.
- ARIAS, José. *Manual de derecho romano*. Buenos Aires. Guillermo Kraft.
- AYARRAGARAY, Carlos A. *La Justicia en la Biblia y en el Talmud*. Buenos Aires. Valerio Abeledo. 1948.
- BARILE, Paolo. *Poder judicial y sociedad civil en las democracias occidentales contemporáneas*. En: *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*. México. 1977.

- BARRIOS DE ANGELIS, Dante. *Teoría del proceso*. Buenos Aires. Depalma. 1979.
- BASADRE, Jorge. *Historia del Derecho Peruano*. Lima. Studium. 1988.
- BERIZONCE, Roberto. *La Reconvención*. En: *Jus*. N.º 6. La Plata. Platense. 1965.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *Régimen legal y jurisprudencia del amparo*. Buenos Aires. EDIAR. 1969.
- BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. *Derecho Civil – Hechos y Actos Jurídicos*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1992.
- BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires. EJEa. 1964.
- CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina. 1961.
- CALAMANDREI, Piero. *Il processo come giuoco*. En: *Rivista di Diritto Processuale*. 1950. I.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. EJEa. 1962.
- CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina. 1945.
- CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Traducción del Licenciado Héctor Fix-Zamudio. Buenos Aires. EJEa. 1960.
- CALMON DE PASSOS, J.J. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo. Forense.
- CAPOGRASSI. *Giudizio, processo, scienza, verità*. En: *Rivista di Diritto Processuale*. 1950. I.

- CAPPELLETTI, Mauro. *El Proceso Civil en el Derecho Comparado*. Buenos Aires. EJEА. 1973.
- CAPPELLETTI, Mauro. *La responsabilidad civil de los jueces*. La Plata. Jus. Fundación para el estudio de las Ciencias Jurídicas. 1988.
- CARAVANTES, José Vicente. *Tratado Histórico, Crítico Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil según la Nueva Ley de Enjuiciamiento*. Madrid. Gaspar y Roig, Editores. 1858.
- CARLI, Carlo. *La Demanda Civil*. Buenos Aires. Lex. 1973.
- CARLI, Carlo. *Derecho Procesal*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1965.
- CARLOS, Eduardo B. *Acotaciones al problema de la unidad del Derecho Procesal*. En: *Revista de Derecho Procesal. Estudios en memoria de James Goldschmidt*. Buenos Aires. EDIAR. 1951.
- CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires. EJEА.
- CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Proceso*. En: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires. EDIAR. 1948.
- CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. EJEА. 1952.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. EJEА. 1959.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. UTEHA. 1944.

- CARNELUTTI, Francesco. *Torniamo al "giudizio"*. En: *Rivista di Diritto Processuale*. 1949.
- CARNELLI, Lorenzo. En voz: *Cuasi contrato (y contrato) procesales*. En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires. Driskill. 1986.
- CASARINO VITERBO, Mario. *La jurisdicción voluntaria ante la doctrina*. En: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires. EDIAR. 1948.
- CASTÁN COBEÑAS, José. *Teoría de la aplicación e investigación de derecho*. Madrid. Reus. 1942.
- CASTILLO LARRAÑAGA, José y DE PINA, Rafael. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. México D.F. Porrúa. 1958.
- CASTRO FILHO, José Olympio. *Unidad de jurisdicción y justicia administrativa*. Ponencia General al V Congreso Internacional de Derecho Procesal. México. 1972.
- CICERÓN. *Obras Completas*. Madrid. Biblioteca Clásica. 1889.
- CÓDIGO DE HAMMURABI. México D.F. Cárdenas. 1992.
- COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Depalma. 1979.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Depalma. 1985.
- COUTURE, Eduardo J. *Introducción al Estudio del Proceso Civil*. Buenos Aires. Depalma. 1978.
- COVIELLO, Nicolás. *Doctrina General del Derecho Civil*. México. UTEHA. 1949.
- CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano*. Buenos Aires. EJEa. 1957.

- CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa giudicata e preclusione*. En: *Rivista Italiana per la Scienze Giuridiche*. 1933.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. EJEa. 1949.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Traducción de E. Gómez Orbaneja. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1948.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid. Reus. 1922.
- DAVID, René. *Traité élémentaire de droit civil comparé*. París. 1950.
- DE LA OLIVA, Andrés y FERNÁNDEZ, Ángel. *Lecciones de Derecho Procesal*. Barcelona. 1984.
- DE LA RÚA, Fernando. *Jurisdicción y Administración. Relaciones, límites y controles. Recursos judiciales*. Buenos Aires. Lerner. 1979.
- DE LA RÚA, Fernando. *Unidad de jurisdicción y justicia administrativa*. Ponencia argentina al V Congreso Internacional de Derecho Procesal. México. 1972.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del Derecho*. Barcelona. Bosch. 1979.
- DENTI, Vittorio. *Estudios de Derecho Probatorio*. Buenos Aires. EJEa. 1974.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de derecho procesal civil. Parte General*. Bogotá. Temis. 1983.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones Generales de Derecho Procesal*. Madrid. Aguilar. 1966.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Tratado de derecho procesal*

- civil*. Bogotá. Temis. 1961.
- DÍAZ, Clemente A. *Instituciones de derecho procesal*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1972.
- DIEZ PICAZO, Luis. *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*. Barcelona. Ariel. 1975.
- DI IORIO, Alfredo J. *Temas de Derecho Procesal*. Buenos Aires. Depalma. 1985.
- DUFRENNE, Mikel y KNAPP, Viktor. *Corrientes de la investigación en las ciencias sociales*. Madrid. Tecnos/Unesco. 1982.
- EISNER, Isidoro. *Planteos Procesales. Ensayos y notas sobre el proceso civil*. Buenos Aires. La Ley. 1984.
- ERRÁZURIZ EGUIGUREN, Maximiano. *Apuntes de Derecho Romano*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1993.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Doctrina General del Derecho Procesal*. Barcelona. Librería Bosch. 1990.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *El Juicio Ordinario y los Plenarios Rápidos*. Barcelona. Bosch. s/fecha.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Estudios de derecho procesal*. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1955.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Proceso, Procedimiento y Mito Jurídico*. En: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires. EDIAR. 1951.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Temas del ordenamiento procesal*. Madrid. Tecnos. 1969.
- FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. Barcelona. Labor. 1960.

- FENECH-CARRERAS. *Estudios de derecho procesal*. Barcelona. 1962.
- FENECH, Miguel. *El Proceso Penal*. Madrid. Agesa. 1978.
- FERNÁNDEZ, Alberto Vicente. *Función creadora del juez*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1980.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso*. IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Madrid. 1985.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el Derecho Constitucional*. En: *Ius et Veritas*. Lima. 1994. Este trabajo fue publicado también, en calidad de ponencia, en la obra: *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1993. Tomo II. pp. 521-558.
- FLORIÁN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Barcelona. Bosch. 1933.
- GARCÍA RADA, Domingo. *Observaciones sobre la justicia americana*. En: *Revista de Derecho Procesal*. Año XIII (1955). Primera y Segunda Parte. Buenos Aires. EDIAR. 1958.
- GARDELLA, Lorenzo. En voz: *Principios generales del Derecho*. En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Omeba. 1967.
- GELSI BIDART, Adolfo. *Enfoque preliminar del proceso*. En: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires. EDIAR. 1951.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Fundamentos de derecho procesal*. Madrid. Civitas. 1981.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Traducción de Leonardo Prieto Castro. Madrid. Labor. 1936.

- GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. Barcelona. Labor. 1936.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid. Civitas. 1984.
- GONZÁLEZ, Atilio Carlos. *Estudios de Derecho Procesal*. Buenos Aires. Ad-Hoc. 1994.
- GONZÁLEZ, Atilio Carlos. *Proceso y Conflicto en el Nuevo Ordenamiento Procesal Civil del Perú*. En: *Ius et Praxis*. N.º 24. Lima. 1994.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Respuestas Procesales*. Buenos Aires. EDIAR. 1991.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo y otros. *Recursos Judiciales*. Buenos Aires. EDIAR. 1993.
- GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. 1968.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro y otros. *La Función Judicial*. Buenos Aires. Depalma. 1981.
- HITTERS, Juan Carlos. *Revisión de la cosa juzgada*. La Plata. Platense. 1977.
- HOYOS HENRECHSON, Francisco. *Temas Fundamentales de Derecho Procesal*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1987.
- IHERING, Rudolf. *Espíritu del Derecho Romano*. Madrid. Bailly-Bailliére. s/fecha.
- IHERING, Rudolf. *Bromas y veras de la jurisprudencia*. Buenos Aires. EJE. 1974.
- IHERING, Rudolf. *Tres estudios jurídicos*. Buenos Aires. Atalaya. 1947.

- JOFRÉ, Tomás. *Manual de Procedimiento*. Buenos Aires. La Ley. 1943.
- JUNG, Carlos Gustavo. *El yo y el inconsciente*. Barcelona. Miracle. 1964.
- KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. México D.F. Universidad Nacional Autónoma de México. 1958.
- KISCH, W. *Elementos de derecho procesal civil*. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1940.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. Barcelona. Bosch. 1953.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *La obra científica de James Goldschmidt y la teoría de la relación procesal*. En: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires. EDIAR. 1951.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Negocio Jurídico*. Lima. Grijley. 1994.
- LOUZÁN DE SOLIMANO, Nelly Dora y otros. *El Procedimiento Civil Romano-Su vigencia en el Derecho argentino*. Buenos Aires. Editorial de Belgrano. 1987.
- MAC LEAN ESTENÓS, Percy. *Historia del Derecho Procesal en el Perú*. En: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires. EDIAR. 1945.
- MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada*. Madrid. Reus. 1944.
- MANS PUIGARNAU, Jaime M. *Lógica para juristas*. Barcelona. Bosch. 1978.
- MANÚ. Madrid. Biblioteca Clásica. 1912.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo. Forense.

- MERCADER, Amílcar A. *La acción. Su naturaleza dentro del poder jurídico*. Buenos Aires. Depalma. 1944.
- MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. EJEA. 1979.
- MICHELI, Gian Antonio. *La Carga de la Prueba*. Bogotá. Temis. 1989.
- MILLAR, Robert Wyness. *Los Principios formativos del Proceso Civil*. Buenos Aires. EDIAR. 1945.
- MIRANDA FLORES, Javier. *La justicia en el Perú Pre-hispánico*. En: *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo. 1995.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Bogotá. Temis. 1988.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. *Bases para un estudio de la relación entre Derecho y Sociología*. En: *Derecho y Sociedad*. Lima. 1989.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. *La representación técnica o judicial del abogado y el recurso de apelación*. En: *Ius et Veritas*. Lima. 1995.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. *Temas de Proceso Civil*. Lima. Studium. 1987.
- MONTERO AROCA, Juan. *Evolución y futuro del derecho procesal*. Bogotá. Temis. 1984.
- MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al derecho procesal*. Madrid. Tecnos. 1976.
- MONTERO AROCA, Juan y otros. *Derecho Jurisdiccional*. Barcelona. Bosch. 1994.
- MORELLO, Augusto M. y otros. *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la*

Nación, comentados y anotados. Buenos Aires. Platense y Abeledo-Perrot. 1970.

MORELLO, Augusto M. *La Acción, la Jurisdicción y el Proceso*. En: *Problemática actual del Derecho Procesal. Libro Homenaje a Amílcar A. Mercader*. La Plata. Platense. 1971.

NIETO BLANCO, Ernesto. *Teoría de la interpretación de normas*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1960.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso Completo de Processo Civil*. São Paulo. Saraiva. 1991.

PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1975.

PEASE GARCIA-YRIGOYEN, Franklin. *¿Por qué los andinos son acusados de litigiosos?* Ponencia del autor en el Congreso de Derechos Culturales, realizado en Lima los días 17 y 18 de julio de 1995, organizado por las Facultades de Derecho y Letras y Ciencias Humanas de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Proceso y régimen constitucional*. En: *Juris*. Traducción de Julio O. Chiappini y Jorge W. Peyrano. 1982.

PERELMAN, Chaim. *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. Traducción de Luis Díez Picazo. Madrid. Civitas. 1979.

PEYRANO, Jorge Walter. *Procedimiento civil y comercial*. Rosario. Juris. 1992.

PEYRANO, Jorge Walter. *El Proceso Atípico*. Buenos Aires. Universidad. 1993.

PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O. *Estrategia Procesal Civil*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni. 1982.

- PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O. *El Proceso Atípico. Parte Tercera*. Buenos Aires. Universidad. 1985.
- PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI Julio O. *Instituciones Atípicas en Derecho Privado*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni. 1985.
- PODETTI, Ramiro. *Teoría y Técnica del Proceso Civil y Trilogía Estructural de la ciencia del Proceso Civil*. Buenos Aires. EDIAR. 1963.
- PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo. *Derecho Procesal Civil*. Madrid. Tecnos. 1984.
- QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Proceso*. Bogotá. Temis. 1992.
- RAMÍREZ ARCILA, Carlos. *La pretensión procesal*. Bogotá. Temis. 1986.
- REDENTI, Enrico. *Derecho Procesal Civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires. EJE. 1957.
- ROCCO, Alfredo. *La Sentencia Civil*. México D. F. Cárdenas. 1993.
- ROCCO, Ugo. *Teoría General del Proceso*. Traducción del Lic. Felipe de J. Tena. México D.F. Porrúa. 1959.
- ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Bogotá-Buenos Aires. Temis-Depalma. 1983.
- RODRIGUES DE REZENDE FILHO, Gabriel José. *Curso de Direito Processual Civil*.
- ROMERO, J. Guillermo. *Estudios de Legislación Procesal*. Lima. Tipografía "El Lucero", 1916.
- ROSATTI, Horacio D. *El Derecho a la Jurisdicción antes del Proceso*. Buenos Aires. Depalma. 1984.

- ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. EJE. 1955.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El Contrato Social*. Madrid. Espasa Calpe. 1981
- RUBIO CORREA, Marcial. *Para leer el Código Civil*. Lima. Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú. 1985.
- SAMPONS DELGADO, M. *La reconvencción*. Barcelona. Colección Nereo. 1962.
- SANTIAGO PÉREZ, Jorge. *Lógica, Sentencia y Casación*. Córdoba. 1989.
- SATTA, Salvatore. *Il mistero del processo*. En: *Rivista di Diritto Processuale*. 1950.
- SATTA, Salvatore. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. EJE. 1971.
- SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano*. Buenos Aires. EJE. 1954.
- SCHONKE, Adolfo. *Derecho Procesal Civil*. Traducción española de la quinta edición alemana. Barcelona. Bosch. 1950.
- SENTÍS MELENDO, Santiago. *El Proceso Civil. Estudio de la Reforma Procesal Argentina*. Buenos Aires. EJE. 1957.
- SENTÍS MELENDO, Santiago. *Teoría y práctica del proceso*. Buenos Aires. EJE. 1959.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona. Ariel. 1969.
- SPOTA, Alberto G. *Tratado de Derecho Civil*. Parte General. Buenos Aires. Depalma. 1960.

- STOLFI, Guiseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Madrid. Revista de Derecho Privado.
- SUTHERLAND, Arthur E. *De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana*. Buenos Aires. Tipográfica Editora Argentina. 1972.
- TICONA POSTIGO, Víctor. *Análisis y Comentarios del Código Procesal Civil*. Lima. Grijley. 1995.
- TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. *¿Hay un "Derecho" prehispánico?* En: *Ius et Veritas*. Lima. 1992.
- TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. *La muerte del legislador*. En: *Revista Jurídica del Perú*. 1995.
- URIA, J. M. *Derecho romano*. Bogotá. Imprenta del Corazón de Jesús.
- URTEAGA, Horacio. *La Organización Judicial del Imperio de los Incas*. Contribución al estudio del Derecho peruano. Lima. Librería e imprenta Gil. 1928.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Nomoárquica, Principialística Jurídica o los Principios Generales del Derecho*. Bogotá. Temis. 1993.
- VALLEJO, Eduardo Lucio. *Hechos y Actos Jurídicos Procesales*.
- VANOSI, Jorge R. *Teoría Constitucional*. Buenos Aires. 1976.
- VÉSCOVI, Enrique y otros. *Temas de Casación y Recursos Extraordinarios*. En Honor al Dr. Augusto M. Morello. La Plata. Librería Editora Platense. 1982.
- WACH, Adolfo. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Tomás A Banzhaf y Estudio preliminar de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires. EJEA. 1977.

WACH, Adolfo. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires. EJE. 1962.

WENGER, Leopold. *Actio Iudicati*. Buenos Aires. EJE. 1954.

XAVIER, Alberto. *Do Procedimiento Administrativo*. São Paulo. José Bushatsky, Editor. 1976.

Índice Onomástico

- A -	ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO	[42, 129, 228, 229, 233, 240, 248, 255, 256, 261, 263, 267, 269, 270, 349, 438-440, 446-451, 461]
	ALLORIO	[412, 489]
	ALSINA	[49, 158, 256, 356, 438, 491]
	ALVARADO VELLOSO	[276, 365, 374, 375]
	ALZAMORA VALDEZ	[40, 494, 495]
	ARANGIO RUIZ	[64, 66, 75, 76, 84, 466]
	ARIAS	[467]
	ARLAS	[503]
	AYARRAGARAY	[533, 538]

- B -
- BARILE [400]
- BARRIOS DE ANGELIS [316]
- BASADRE [43, 51, 104, 107, 109, 119]
- BAUMBACH [259, 261]
- BAUTISTA VICO [530]
- BECEÑA [451]
- BERIZONCE [509, 510]
- BIDART CAMPOS [455]
- BIGLIAZZI GENI [341-347]
- BINDING [285, 290, 291, 294, 476]
- BONNECASE [550]
- BÜLOW [241, 269, 453, 470-473, 477, 482]
- BUNSEN [195]
- C -
- CALAMANDREI [100, 134, 221, 224, 276, 285, 290, 291, 294, 295, 383, 394-396, 410, 436, 453, 477, 482-485]
- CALMON DE PASOS [265]
- CAPOGRASSI [225]
- CAPPELLETTI [149, 152-154, 157, 188-190, 192, 198, 211, 333, 334, 422, 435]
- CARLI [144, 285, 297, 509, 510]
- CARLOS [143]

- CARNELUTTI [49, 107, 128, 129, 142,
143, 187, 224, 226, 262,
264, 265, 285, 290-294,
305-307, 309, 313, 315,
330, 331, 337, 339, 344,
363, 370, 383, 394, 417,
435-437, 453, 478, 485-
491, 510, 514, 527]
- CARNELLI [239]
- CARRÉ DE MALBERG [419]
- CASARINO VITERBO [424]
- CASTÁN COBEÑAS [546, 547]
- CASTILLO LARRAÑAGA [42, 358, 470]
- CASTRO FILHO [417]
- CELSO [467, 493]
- CHIAPPINI [166, 169, 370, 374, 375,
380, 457]
- CHIOVENDA [100, 194, 195, 200, 216-
218, 225, 226, 269, 287-
289, 302, 312, 353, 354,
396, 397, 417, 436, 451,
453, 472, 473, 477-482,
492, 503, 510, 511]
- CICERÓN [541, 545]
- CIEZA DE LEÓN [112]
- COKE [554, 555]
- COUTURE [40, 52, 91, 93, 102, 126,
149, 223, 224, 226, 227,

235, 239, 240, 247, 250,
321, 322, 369, 342, 412,
417, 433, 436, 453, 457,
462, 474-476, 488-490,
554, 556]

COVIELLO [127]

CUENCA [467]

- D - DAVID [151]

DE LA OLIVA [55]

DE LA RÚA [415-417]

DE PINA [358, 470]

DE TRAZEGNIES GRANDA [111, 320, 323, 543]

DE VICENTE [431, 432]

DEGENKOLB [453, 472-475]

DEL VECCHIO [167, 168, 170]

DENTI [301, 304, 305]

DEVIS ECHANDÍA [128, 132, 135, 176, 183,
199, 201-204, 271, 309,
332, 363, 463, 464, 520-
522]

DI IORIO [399]

DÍAZ [144, 297, 298, 509]

DIEZ PICAZO [171]

DONATI [170]

DUFRENNE [150]

DUIGUIT [571]

- E - EHRlich [570]
- EISNER [173, 178, 179, 196, 197,
 200, 219, 431, 432, 434]
- ERRÁZURIS EGUIGUREN
- ESSER [574]
- F - FAIRÉN GUILLÉN [57, 63, 103, 104, 106, 107,
 142, 146, 249, 280, 453,
 473, 490, 491]
- FENECH CARRERAS [130, 227, 266, 387]
- FERNÁNDEZ [534, 536, 537, 540]
- FERNÁNDEZ [55]
- FERRO [349, 350]
- FIX-ZAMUDIO [385, 428, 429, 497]
- FLORIÁN [138]
- FORCELLINI [265]
- FOSCHINI [261-263]
- G - GARCÍA MÁYNEZ [552]
- GARCÍA RADA [553]
- GAYO [63, 64, 74, 79, 80, 465,
 466, 545]
- GELSI BIDART [225, 228, 435]
- GENY [570]
- GERBER [392]
- GIMENO SENDRA [402, 403]

	GOLDSCHMIDT	[141, 143, 242, 246, 248, 249, 259, 263, 295, 417, 472, 511]
	GOLDSCHMIDT	[295-297]
	GÓMEZ DE LA SERNA	[101]
	GONZÁLEZ PÉREZ	[55, 519, 523]
	GONZÁLEZ	[364, 365]
	GARDELLA	[167]
	GOZAÍNI	[150, 408]
	GUASP	[128, 512]
	GUZMÁN BRITO	[529, 549-551]
- H -		
	HELLWIG	[244, 392]
	HITTERS	[185]
	HOLMES	[125, 552, 571]
	HOYOS HENRECHSON	[261, 392, 399, 411, 419, 420]
- I -		
	IRNERIO	[251]
- J -		
	JÖERGENSEN	[552]
	JOFRE	[220]
	JUNG	[47]
	JUSTINIANO	[62, 63, 88, 89, 423, 467, 493, 545, 548]
	JUVENAL	[422]

- K -
- KANTOROWICZ [551, 570]
- KELSEN [550]
- KISCH [200, 252, 253]
- KLEIN [100, 157, 249]
- KNAPP [150]
- KOHLER [243, 246]
- L -
- LAMBERT [423]
- LAURENT [549]
- LEGAZ Y CALAMBRA [133]
- LEVENE [293]
- LIEBMAN [242, 245, 282, 393, 436]
- LOHMANN LUCA DE TENA [338]
- LOUZAN DE SOLIMANI [43, 44]
- M -
- MAC LEAN ESTENÓS [111, 112]
- MANRESA Y NAVARRO [508]
- MANS PUIGARNAU [558, 582]
- MARCIANO [66, 433]
- MARQUES [226]
- MENDELSSOHN-BARTHOLDY [259]
- MENDES [265]
- MERCADER ALNÍLCAR A. [282, 461]
- MESSINEO [340, 342, 343]
- MICHELI [251, 393, 435]

	MILLAR	[180, 181, 195, 196]
	MIRANDA FLORES	[108]
	MONROY CABRA	[145, 146, 158, 307, 310, 363, 392, 520, 521]
	MONROY GÁLVEZ	[71, 192, 286]
	MONTERO AROCA	[100, 130, 387]
	MONTESQUIEU	[50, 325, 415]
	MORELLO	[282, 363, 372, 408, 508]
	MORTARA	[417]
	MUTHER	[100, 469, 470, 475]
- N -		
	NIETO BLANCO	[165]
	NIETZSCHE	[530]
	NOGUEIRA	[266, 267]
- O -		
	ORTOLAN	[356]
	OYHANARTE	[372]
- P -		
	PALACIO	[376, 377]
	PEASE	[109, 113-115, 118]
	PELLIGRINI	[457]
	PERELMAN	[213, 379, 380, 538, 552, 560-562, 564-566, 568, 570, 571, 574, 575, 577, 579, 580]
	PÉREZ	[97]

	PEYRANO	[166, 169, 334, 370, 374, 375, 380, 457, 521, 522, 560, 585]	
	PLOSZ	[474]	
	PODETTI	[41, 42, 94, 97-99, 220, 491]	
	PORTALIS	[307]	
	POUND	[552]	
	PRIETO	[433]	
	PRIETO CASTRO	[138, 333, 511]	
- Q -	QUINTERO	[433]	
- R -	RAMÍREZ ARCILA	[499]	
	REDENTI	[374, 383, 395, 448, 463]	436,
	REIMUNDÍN	[491]	
	ROCCO	[141, 348, 352, 440, 445, 447, 451]	436, 448,
	ROCCO	[273]	
	RODRIGUES DE REZENDE FILHO	[403]	
	RODRÍGUEZ MOURULLO	[560]	
	ROMANO	[529]	
	ROMERO	[492-494]	
	ROSATTI	[455]	
	ROSENBERG	[200, 259, 515]	

	ROSS	[551, 552]
	ROUSSEAU	[236]
	ROXIN	[379]
	RUBIO CORREA	[307]
- s -		
	SALEILLES	[570]
	SAMPONS DELGADO	[507]
	SANTIAGO PÉREZ	[572]
	SATTA	[13, 224, 254-259, 298-300, 310, 398, 525]
	SAVIGNY	[470, 567]
	SCHONKE	[347, 348]
	SCIALOJA	[66, 64, 68, 70, 73, 86, 420]
	SEgni	[397]
	SENTÍS MELENDO	[126, 200, 340, 370, 374, 432, 478]
	SERRA DOMÍNGUEZ	[322, 323, 329]
	SERVIO TULIO	[68]
	SPOTA	[542]
	STOLFI	[342]
	STRUCK	[577]
	SUTHERLAND	[555]
- t -		
	TARELLO	[552]
	TICONA POSTIGO	[459]

	TORRENTE-SCHELESINGER	[343]
	TRIMBORN	[111]
- u -	ULPIANO	[66]
	URÍA	[239]
	URTEAGA	[110]
- v -	VALENCIA RESTREPO	[172, 173]
	VALLEJO	[351, 356]
	VANOSI	[422, 423]
	VÉLEZ MARICONDE	[491]
	VÉSCOVI	[372]
	VIEHWEG	[552]
	VIGO	[551]
	VILLEY	[552]
	VON IHERING	[563]
- w -	WACH	[240, 244, 269, 281, 393, 417, 475-477, 481, 482]
	WAGNER	[91]
	WENGER	[86]
	WINDSCHEID	[100, 269, 469, 470]
	WURZEL	
- x -	XAVIER	[224]

BIBLIOTECA DE DERECHO PROCESAL

Dirigida por JUAN MONROY GÁLVEZ, JUAN MONROY PALACIOS Y MARIO MONROY PALACIOS

1. OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Jurisdicción y ejecución en la tradición romano-canónica* (2005), pp. 364.
2. MICHELE TARUFFO, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación civil* (2005, reimpresión 2006), pp. 280.
3. SERGIO CHIARLONI, *Medidas coercitivas y tutela de los derechos* (2005), pp. 392.
4. FEDERIDO CARPI, *La eficacia "ultra partes" de la sentencia civil* (2007), pp. 568.
5. LUIZ GUILHERME MARINONI, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva* (2007), pp. 342.
6. JUAN F. MONROY GÁLVEZ, *Teoría general del proceso* (2007, tercera edición 2009, cuarta edición 2017), pp. 616.
7. CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)* (2007), pp. 506.
8. LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela específica de los derechos* (2008), pp. 544.
9. ITALO ANDOLINA, *"Cognición" y "ejecución forzada" en el sistema de la tutela jurisdiccional* (2008), pp. 198.
10. CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional* (2008), pp. 338.
11. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *La instrumentalidad del proceso* (2009), pp. 610.
12. NICOLA PICARDI, *La jurisdicción en el alba del tercer milenio* (2009), pp. 440.

13. DANIEL MITIDIERO, *Colaboración en el proceso civil. Presupuestos sociales, lógicos y éticos* (2009), pp. 262.
14. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Efectividad del proceso y técnica procesal* (2010), pp. 890.
15. JOSÉ ROGERIO CRUZ E TUCCI, *Límites subjetivos de la eficacia de la sentencia y de la cosa juzgada civil* (2015), pp. 454.
16. JUAN F. MONROY GÁLVEZ, *Temas de derecho procesal*, 1 (2017), pp. 410.
17. JUAN F. MONROY GÁLVEZ, *Temas de derecho procesal*, 2 (2017), pp. 426.
18. JUAN F. MONROY GÁLVEZ, *Temas de derecho procesal*, 3 (2020), pp. 446.

*Se terminó de imprimir en los talleres
de **Grández Gráficos S.A.C.**
en el mes de Enero de 2021,
por encargo de Communitas S.A.C.*

