

# Los fundamentos científicos del Derecho Procesal

José Antonio Silva Vallejo

*Vocal de la Corte Suprema*

*Profesor Principal en las Universidades de Lima y San Martín de Porres*

## 1. EL SURGIMIENTO DE LA CIENCIA DEL PROCESO

Podemos afirmar, como un primer planteamiento de epistemología procesal, que la ciencia contemporánea del Derecho Procesal es un producto del pensamiento alemán, austriaco e italiano, a través de sus grandes profesores, institutos y Universidades que han forjado, con su entrañable amor a la investigación filosófica e histórica, una rigurosa metodología en el manejo de la heurística y de las fuentes doctrinarias y jurisprudenciales que han hecho de estos maestros –los "Professorenrecht"– un luminoso ejemplo de la sabiduría jurídica y un clásico exponente de la investigación científica.

Yo veo en la escuela alemana, especialmente, en su fase "auroral", como la he denominado en otro estudio, el punto de partida de la ciencia contemporánea del proceso y, especialmente, en las obras de Martin y de Gönner el arranque de la moderna epistemología procesal. Allí están diseñados los principios generales del Proceso y, especialmente, la llamada "Verhandlungsmaximen" o "máxima de debate", según la cual, corresponde a las partes determinar el alcance y contenido de la litis o controversia judicial. Surge, así, lo que se conoce en la doctrina y en la legislación comparada con el nombre de "Principio Dispositivo" el que se enuncia en la fórmula de Nikolaus Taddaeus Gönner de la siguiente manera:

A Max Arias Schreiber Pezet y Carlos Fernández Sessarego a quienes en el corazón y en la mente les profeso el culto al ideal científico cual modelos plutarquianos de dos grandes vidas paralelas.

"Wo Kein Kläger ist da ist Kein Kläger", o sea, "donde no hay actor no hay juez"<sup>1</sup>.

Observa Gönner que sin un principio dispositivo, esto es, sin un "Kläger" (actor) y sin una demanda judicial, no será posible un proceso. Dicho en otros términos "No hay proceso sin demanda", lo que equivale a sostener "No hay Juez sin actor" ("Nemo iudex sine actore"). De aquí se infieren las conocidas variantes: "Ne procedat iudex ex officio" ("el juez no puede proceder de oficio"), o bien, "Iudex ex officio non procedit", cuyo ejemplo más elocuente está consagrado en el art. 1992 de nuestro C.C., y el corolario "secundum allegata et probata partium iudex iudicet decidere debet" (según lo alegado y probado por las partes el Juez al resolver debe decidir). La contravención a este principio es causal de nulidad y se consagra en lo que denominamos sentencia "ultra p[er]tita" (la que vá más allá de lo planteado en la demanda) y sentencia "extra p[er]tita" (la que se pronuncia sobre algo que nadie ha planteado en la demanda): inciso 9º del art. 1085 del C. de P.C.

La teoría de los principios procesales fue continuada y desenvuelta por la escuela alemana en su segunda y tercera fase. Ejemplo: el profesor Julius Planck (1817-1900), padre del célebre físico-nuclear, analizando el problema de la acumulación procesal nos plantea el principio de economía procesal en base al "non bis in idem"<sup>2</sup>, en tanto que el principio de Oralidad ("Mündlichkeitsprinzip") fue planteado y debatido apasionadamente antes y después de la promulgación de la Z.P.O. en 1876, como nos lo expone Adolfo Wach, "el sumo maestro de Leipzig", en sus célebres "Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil"<sup>3</sup>.

Pero no sólo la búsqueda de los principios procesales ha sido el tema dominante de la ciencia procesal alemana. También lo ha sido la investigación de otro de sus grandes temas favoritos: la teoría de los presupuestos procesales ("Prozessvoraussetzungen") que constituye otra expresiva demostración del alto grado de fundamentación científica y filosófica de la epistemología alemana. Oscar Von Bülow (1837-1907), profesor en la Universidad de Giessen

y, luego, en Tübingen y Leipzig, ha planteado en una obra fundamental ("La teoría de las excepciones y los presupuestos procesales", Giessen, 1868) la tesis de que el proceso es una relación jurídica de Derecho Público configurada por ciertos presupuestos. A partir de entonces el fundamento ontológico y la naturaleza jurídica del proceso se configuran ya no desde una perspectiva civilista que lo concebían como un contrato o un cuasi-contrato de litis contestatio, sino, desde el punto de vista publicístico con lo cual se perfecciona la metodología en la moderna época constructiva de la ciencia procesal<sup>4</sup>. Más tarde se introducen variantes en la doctrina de la relación jurídica y nuevos planteamientos teóricos sobre la esencia del derecho procesal, como lo expuse en otro estudio sobre este problema fundamental.

La acción y la jurisdicción y la teoría de los actos procesales han constituido temas de arduas y apasionantes discusiones como la famosa polémica entre Windscheid y Theodor Müther sobre la naturaleza de la acción y que, al decir de Chiovenda "inició una serie de cuestiones interminables, una verdadera persecución de sombras todavía no concluida, teniendo por objeto la determinación precisa del concepto de Anspruch"<sup>5</sup>.

Recientemente la controversia sobre el objeto del proceso ("der Streitgegenstand im Zivilprozess") ha polarizado las opiniones de ilustres profesores de nuestra disciplina tales como Arthur Nikisch, Leo Rosenberg, Friedrich Lent y Karl Heinrich Schab quien ha dedicado al tema un libro fundamental ya traducido al castellano<sup>6</sup>, tema y problema que también ha suscitado ecos en Italia como las reflexiones sobre el tema de p[er]tita y de causa p[er]tendi expuestas por Crisanto Mandrioli en la Rivista di diritto

1. Nicolaus Taddaeus Gönner: "Handbuch des deutschen gemeinen Process' pag. 180, Erlangen, 1801. Véase referencias en Mauro Cappelletti: "La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità", tomo I, pag. 313-327, Milano, Giuffré, 1962; Antonio Nasi: "Disposizione del diritto e azione dispositiva", pag. 8, Milano, Giuffré, 1963; Tito Carnacini: "Tutela giurisdizionale e tecnica del processo" en los "Studi in onore di Enrico Redenti", t. II, pag. 693 y sigs., Milano, Giuffré, 1951.

2. Julius Planck: "Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozessrech Göttingen 1844, reimpresa por Aalen en 1973. Véase referencias en Luigi Paolo Comoglio: "Il principio di economia processuale", tomo I, pag. 26-27, Cedam, Padova, 1980; Rosenberg-Schwab: "Zivilprozessrecht", págs. 18-19, München, 1981.

3. Adolfo Wach: "Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil", pag. 40 y sig Traducción castellana, Ejea, Buenos Aires, 1958; Mauro Cappelletti: "La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità", tomo I, pag. 15 y passim, Giuffré, Milano, 1962.

4. Von Bülow: "La teoría de las excepciones y los presupuestos procesales traducción castellana, Ejea, Bs. Aires 1964; Kremen: "Zur Konstruktion des Zivilprozesses" en la Grünhuts Zeitschrift, vol. 38, pag. 289 y sigs.; Wach Manual de Derecho Procesal Civil, trad. cast., tomo I, pag. 21 y sigs., 170 y sigs., 243 y passim.; Goldschmidt: "Teoría General del Proceso" editorial Labor, Barcelona, 1936; Id.: "Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des Prozessualen Denkens", Berlín, 1925, reedición por Aalen, 1962; Saur: Allgemeine Prozessrechtslehre", Berlín, 1951; Rosenberg: Tratado de Derecho Procesal Civil, t. I, Ejea Bs. Aires, 1955; Pedro Aragoneses Alonso: Proceso y Derecho Procesal, Ed. Aguilar, Madrid, 1960

5. Chiovenda: "La acción en el sistema de los derechos" en "Ensayos de Derecho Procesal Civil", tomo I, pag. 9; Ejea, Bs. Aires, 1949.

6. Karl H. Schwab: "El objeto litigioso en el proceso civil" Ejea 1968.

processuale<sup>7</sup> y que constituyen la aporética de nuestro artículo VII del Título Preliminar del Código Civil<sup>8</sup>.

Por otra parte, es preciso dejar establecido que esta vocación de la escuela alemana hacia los problemas y planteamientos de la Teoría General encuentra sus precursores en los teóricos del racionalismo ius-naturalista del siglo XVII, concretamente, en el sistema de Puffendorff-Leibnitz-Wolff-Nettelbladt los "padres de la Teoría General del Derecho"<sup>9</sup> quienes vislumbraron en sus doctrinas la eidética y aporética de la Parte General.

De otro lado, la Codificación Prusiana realizada bajo Federico el Grande consagra no solo las ideas dominantes de la "Ilustración" sino que cierra y concluye la fase del Derecho Procesal Común de origen medioeval. El "Corpus Juris Fridericianum" promulgado el 26 de Abril de 1781 y cuyo primer libro trata sobre el ordenamiento procesal contiene ciertas equivalencias y paralelismos con los Códigos inspirados en el Derecho Procesal Común del medioevo. Ejemplo elocuente de éstos lo es nuestro Código de Procedimiento Civil de 1911 de inspiración típicamente medioeval y de origen romano-justinianeo.

En cambio, en Austria, es posible rastrear ciertos precedentes a las geniales doctrinas y planteamientos de Franz Klein el ilustre autor de la *Prozess Ordnung* (Z.P.O.) de 1895, que es, a no dudar, el mejor cuerpo legislativo de toda la codificación germánica, incluida la Z.P.O. alemana de 1876, la Z.P.O. húngara de 1911 e, incluso, el Código italiano de 1942. En Austria es posible encontrar un valiosísimo precedente a todo esto en la "Allgemeine Gerichts Ordnung" (A.G.O.) del 1º de Mayo de 1781, obra de un notable jurista de Turingia llamado Christian Augis Beck cuyas ideas fundamentales se centran en la sumarización del juicio ordinario y en la oralidad: postulados axiomáticos, éstos, que se consagrarían más tarde en la codificación modelo de

Franz Klein<sup>10</sup>.

Yo veo en la Z.P.O. austriaca de Franz Klein un estrato decisivo en la fundamentación científica del Derecho Procesal Civil. En primer lugar, su concepción o su visión socio-política del proceso entendido como un instrumento puesto al servicio del Bienestar Social. Es lo que Franz Klein denomina "das Wohlfahrtseinrichtung"<sup>11</sup> que constituye una apertura hacia la llamada socialización del proceso, distinta y diferente al sistema procesal comunista, pero, también, distinta y diferente al sistema individualista que se manifiesta en el "adversarial system" del "common law" anglo-norteamericano y, en su forma más rudimentaria, en el sistema del Derecho Procesal Común del Medioevo, cuyo Código supérstite es el peruano de 1911.

## 2. EL DERECHO PROCESAL COMO CIENCIA DEL DERECHO PUBLICO

Antes del advenimiento de la elaboración científica del Derecho Procesal nuestra disciplina era considerada, como recuerda Hans Sperl, "un siervo del Derecho Privado"<sup>12</sup>.

Por nuestra parte, nosotros hablamos de un "estado servil" del Derecho Procesal para referirnos, en primer lugar, a aquellos tiempos caracterizados por el predominio del Derecho sustantivo civil o penal sobre nuestra disciplina. Pero, también existe otra modalidad de estado servil del Derecho Procesal, con respecto ya no al Derecho Privado en general, o al Derecho sustantivo del cual fue su siervo en otros tiempos, sino con respecto a las contingencias políticas, a la mística de la "razón del Estado", o, como dice Mirkine-Guetzevitch –a quien corresponde el mérito de haber comprendido el significado de esta tendencia–, a "la rationalisation du pouvoir"<sup>13</sup>, elocuente expresión que se ha hecho célebre.

10. Véase: Rainer Sprung (profesor en Innsbruck): "Le basi del diritto processuale civile austriaco" en la Rivista di diritto processuale, 1979, p. 30.

11. Franz Klein: "Zeit und Geistesströmungen im Prozesse" (Tiempo y corrientes espirituales de la época en el Proceso) pags. 25, 26, 29, Frankfurt 1958 (reimpresión de la edición original de 1901). Sobre esto véase R. Sprung ob. cit., Fritz Baur: "Il processo e le correnti culturali contemporanee" en la Rivista di diritto processuale, 1972, pag. 253 a 271; Fritz Baur: "Liberalización y Socialización del proceso Civil" en la Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1972, N°s 2-3 págs. 303 a 333; Mauro Cappelletti: "El Proceso Civil en el Derecho Comparado", pag. 73, Ejea, 1973; José Antonio Silva Vallejo: "El art. VII del Tit. Prel. etc." en el Libro a León Barandiarán, cit., pag. 468 a 478.

12. H. Sperl: "Il processo civile nel sistema del diritto", en Studi di diritto processuale in onore di Chioyenda, nel XXV anno del suo insegnamento, p. 811, Cedam, Padova, 1927.

13. B. Mirkine-Guetzevitch: "Las nuevas tendencias del Derecho

7. Crisanto Mandrioli: Riflessioni in tema di petitum e causa petendi en la rivista di diritto processuale, 1984, pag. 465 a 480.

8. José Antonio Silva Vallejo: El art. VII del Título Preliminar del C.C. llave maestra de la teoría general del Proceso, en los Estudios León Barandiarán, Lima 1985, pag. 455 y sigs.

9. Sobre esto, véase: Knut Wolfgang Nörr (profesor en Tübingen): "Naturrecht und Zivilprozess", 1976; K.N. Nörr: "La scuola storica, il processo civile e il diritto delle azioni" en la Rivista di diritto processuale 1981, pag. 23, 24 y passim; Adriano Cavanna: "Storia del diritto modeno in Europa" pag. 350, 338 y passim, Giuffrè, Milano, 1982; Franz Wieacker: "Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna" pag. 271 y sigs.; Gioele Solari: "Filosofía del Derecho Privado", t. I, pag. 85 y sigs. editorial Depalma, Bs. Aires, 1946.

Esta mística de la razón de Estado, esta tendencia a la racionalización del poder, aflora en el proceso, que suele convertirse, a veces, bajo su influencia, en un instrumento de asesinato legal<sup>14</sup>; aun cuando, "el momento del asesinato legal no estaría en el proceso sino en la ley", porque "el proceso es un acto esencialmente y por definición antirevolucionario, es un momento eterno del espíritu"<sup>15</sup>, ya que "si el juicio es juicio, no es revolucionario, si el juicio es revolucionario, no es juicio"<sup>16</sup>.

Este es el peligro de la concepción publicística del proceso, cuya hegemonía hizo crisis con el advenimiento del nacionalsocialismo y la dictadura del "führer-prinzip", según lo sostuvieron Roland Freisler, Ostwald, Rothenberger y Baumbach, entre otros<sup>17</sup>.

Pero el otro peligro, el de la concepción privatística del proceso, colocaba a éste en una situación semejante a las de las "pompas de aire", en un "flatus vocis", en una disciplina carente de sustantividad y fundamento ontológico, en un mero rito, en una fórmula "quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi", según Celso; o bien, en un "derecho puesto en pie de guerra" como diría Unger.

Así se explica por qué esta concepción pan-privatística del proceso entendía a éste como un contrato o como un "cuasi-contrato" pactado expresa o tácitamente entre las partes, denominándolo de "litis-contestatio". La influencia del Code Civil y la hegemonía de la escuela francesa de la exégesis, permiten explicar el pan-privatismo que avasallaba todos los campos del derecho bajo la égida del civilismo imperante. Por ello, dice Couture que "la adopción de la idea de proceso como contrato corresponde a ciertos pensadores del siglo XVIII, como una particular disposición de este siglo para configurar como contratos las más diversas formas

del orden social"<sup>18</sup>.

Ahora bien, el advenimiento de las concepciones científicas del proceso, a partir de Oskar Von Bülow –y aún antes, desde la célebre polémica de Windsched y TH. Müther sobre la naturaleza pública o privada de la acción–, marca el momento decisivo que podemos llamar de "publicización" del proceso o bien de "desprivatización" del mismo.

Dice textualmente, Bulow:

"Se ha afirmado... que el proceso es una relación de derecho y obligaciones recíprocas, es decir, una relación jurídica. Esta simple pero, para el Derecho científico, realidad importantísima, no ha sido hasta ahora debidamente apreciada, ni siquiera claramente entendida. Se acostumbra a hablar, tan sólo de relaciones de derecho privado. A éstas, sin embargo, no puede ser 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 las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece con toda evidencia al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública"<sup>19</sup>.

Fundándose en esta concepción publicista de la relación procesal, la doctrina imperante, a partir de Oskar Von Bülow, ha venido sosteniendo que el Derecho Procesal es derecho público, dado que regula el ejercicio de una actividad estatal, el desarrollo de una función pública. Incluso, como decíamos con anterioridad, ya se vislumbraba este ius-publicismo en la célebre polémica de Windscheid y Theodor, en torno a la naturaleza de la acción. Sostenía Müther que la acción era un derecho público subjetivo frente al Estado en la persona de sus órganos jurisdiccionales, mediante el cual se obtiene la tutela

Constitucional", cap. I, Madrid, 1931. También Calamandrei: "Processo y Democracia", esp. p. 35, Ejea, Bs. Aires, 1960.

14. S. Satta: "Il mistero del processo", en Riv. di dir. proc. 1949 Parte I, p. 273 y ss.

15.- Ibid., p. 276.

16. Ibid., p. 283.

17. R. F. "Etwas über Führertum in der Rechtspflege", en Schriften der akademie für deutsches Recht, 1935. (Algo acerca de la jefatura en la administración de justicia, en Escritos de la academia de Derecho Alemán, 1935); Ostwald: "Richterkönigtum Führergrundsatz un Rechtsgestaltung", en Deutsches Jures (Cont. de la nota 6) tenzeitung, 1934, p. 440 y ss. (Reinado el Juez, axioma del jefe y adecuación del Derecho, en Gaceta Jurídica Alemana, cit.); Rothenberger: "Richterliche Unabhängigkeit und Dienstaufsicht", en Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1937, p. 637 (Autonomía judicial y deber de vigilancia, en la rev. cit.). Para mayores referencias cfr., Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, t. II, p. 148 y ss; él mismo El derecho penal to-

II, p. 148 y ss; él mismo El derecho penal totalitario en Alemania, y el derecho voluntarista, en "Criminalista", t. VII, p. 63 y ss; Eduardo Couture "Estudios de derecho procesal civil", t. I p. 333 a 336; Roberto Goldschmidt, "Nuove correnti nel campo della procedura civile in Germania", en Riv. di dir. proc. civ., 1936, I, p. 135 a 139; Calamandrei: "Rassegna di letteratura e legislazioni stranieri", en la misma Rivista, 1938, I, p. 130 y 265; y 1939, I, p. 293; Calamandrei: "Abolición del proceso civil?" en Estudios sobre el proceso civil, p. 343 y ss. Bibliografía Argentina, Bs. Aires, 1945, en que reseña a Baumbach y la notable crítica de Bull, Ende des Zivilprozesses?. Ob. cit.

18. Eduardo Couture: "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", p. 128, 3a. Edición, Depalma, Bs. Aires, 1958.

19. O. Von Bülow: "La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales", p. 1-2, Ejea, Bs. Aires, 1964.

jurídica (*rechtsschutzanspruch*) para la obtención de una sentencia favorable<sup>20</sup>. La tesis fue desenvuelta por Adolfo Wacht en su célebre "Handbuch" y en su clásica monografía sobre "La Pretensión de declaración" (*Der Feststellungsanspruch*)<sup>21</sup>. Finalmente la tesis fue consagrada por Chiovenda en su inmortal prolija boloñesa de 1963 (con la cual se inauguran los estudios científicos del Derecho Procesal en Italia y se entroniza la concepción *ius-publicista* del proceso)<sup>22</sup>.

En este estado de cosas, la concepción publicista del proceso, forjada y desenvuelta por la doctrina alemana y luego por Chiovenda y sus discípulos, es torpedeada en un famoso y revolucionario estudio de Salvatore Satta publicado en la *Rivista di diritto processuale civile*, año 1937, p. 32 y ss., que lleva por título: "Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo". El tema constituía la prolija padovana al curso de Derecho Procesal, en cuya cátedra Satta sucedía a Carnelutti que habíase trasladado a la Universidad de Milán, luego de 16 años de enseñanza en Padua.

El tema verdaderamente se anunciaba asaz, polémico y beligerante:

"A treinta años de distancia de la prolija de Chiovenda al curso de Procedimiento Civil en la Universidad de Bolonia... no es del todo inoportuno cojer la ocasión de esta menor prolija, para retornar a revisar críticamente el camino recorrido" (*Riv. di dir. proc. civ.*, p. 34, 1937)

En primer lugar, Satta emprendía contra la teoría de la relación jurídica:

"Es mi firme convencimiento que el concepto de relación jurídica procesal no debe acogerse en el sistema de nuestra ciencia". (*ob. y loc. cit*)

Y esto porque:

"El error de considerar al proceso como el desarrollo de una relación, es similar a aquel que considerase la construcción de un edificio como el desenvolvimiento de un contrato

20. B. Windscheid: "Las pretensiones jurídicas (*ansprüche*). Las excepciones. Trad. de Sentís Melendo, de los S.S. 43 a 48 del Tratado de la Pandectas en la *Rev. de Der. Proc. Arg.*, Año XI. 3º trim. 1953, N° III, p. 179 y ss; B. Windscheid y TH. Müther: "Polemica intorno all'actio" traduzione di Ernst Heinitz e Giovanni Pugliese, Firenze, Sansoni, 1954.

21. A. Wach: La pretensión de declaración, trad. del alemán por el Dr. J.M. Semón, Ejea, Bs. Aires, 1962.

22. G. Chiovenda: La acción en el sistema de los derechos, en *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, t. I, p. 3 y ss. (trad. del italiano por S. Sentís Melendo) Ejea, Bs. Aires, 1949.

de construcción.

Es claro que el contrato señalará los derechos y las obligaciones de las partes, mas el edificio será construido con la aplicación de normas técnicas que con el contrato no tienen nada que hacer.

La concepción de la relación jurídica procesal no es solamente un error teórico; ella ha influenciado desfavorablemente sobre la construcción de varios institutos, como la litispendencia, la perención, la cosa juzgada, los presupuestos procesales, que reciben de ella una interpretación publicista enteramente disconforme con la realidad" (pág. 35)

He aquí por qué se debía retornar a una concepción privatista:

"El proceso es el medio, es el modo con el cual se tutela el interés por el cual la acción ha sido ejercitada: esto implica, en consecuencia, que no existe un fin del proceso distinto de aquél que anima a la parte a proponer la acción". (p. 35 in fine)

Y, luego, después de criticar la teoría de Carnelutti sobre la litis y la teoría del objeto del proceso (p. 36 a 41) e insistiendo nuevamente en que una reforma del proceso debería tener por fin asegurar la tutela de los intereses de parte con una más certera y más solícita justicia (p. 44), afirmaba que "el proceso—que no es sino un término elíptico que suena íntegramente como "proceso de realización de la sanción"— no está en contradicción, sino en coordinación con la acción" (p. 45) aunque "la acción en sentido procesal no puede ser acogida en un sistema del proceso. La acción en sentido procesal, si se la considera desde el punto de vista del derecho que se quiere hacer valer, no es una acción, sino es la acción sustancial en cuanto se dirige al tercero que debe emitir una providencia, y como tal, exige la demostración del derecho al cual la acción está cobijada" (p. 46 in fine y 47), concluía que: "la acción en sentido procesal no es acción, es libertad". (p. 47)

En suma, para Satta:

"Fines morales, sociales, éticos, filosóficos, políticos, se asoman en el proceso.

Mas, todos estos fines no entran, y no pueden entrar en la definición, o en la visión jurídica del proceso, por la sencilla razón que definir quiere decir tomar el lado esencial de las cosas.

La tutela de los intereses de parte es el único elemento esencial del proceso, punto de partida y punto de llegada. Todo lo demás es, desde el punto de vista estrictamente técnico, accesorio y secundario.

Invertir las posiciones, hacer del interés colectivo el fin del proceso, no encontrar lugar donde colocar el interés de las partes equivale prácticamente, a la abolición del proceso". (Rivista di diritto processuale civile 1937, I, p. 49)

La beligerante posición de Satta que pretendía pulverizar la concepción publicística del proceso, fue replicada de inmediato por un discípulo de Carnelutti, Giovanni Cristofolini en un artículo intitulado: "A proposito di indirizzi nella scienza del processo", en la p. 105 del mismo año de 1937 de la Rivista di diritto processuale civile.

Según Cristofolini la añoranza de Satta hacia aquellos conceptos tradicionales que serían "después de todo, aquellos eternamente verdaderos y el retorno a lo antiguo (quel che rinasce é ciò che non muore mai: la note della verità che vive nel travaglio delle idee e degli spiriti", Satta, ob. cit., p. 44) no sería más que el resultado de un profundo error: "se trata, en todo caso, de una nostalgia retardataria"<sup>23</sup>.

Y, luego, refutando la concepción de Satta sobre la naturaleza del derecho como tutela de intereses expuesta, a modo de premisa en su obra "L'escusione forzata", objetaba: "A costa de pasar por pedante (más, si nuestro oficio es educar a los jóvenes al rigor y a la precisión del razonamiento lo que es como la higiene mental del estudioso, debemos comenzar por dar el buen ejemplo) debemos decir que la función del derecho no es la tutela de los intereses... función del derecho es la conservación de la paz en el cuerpo social, la actuación de un determinado ideal de justicia, el "servare humanun societatem", según la notable expresión dantesca..."<sup>24</sup>.

Así, el proceso que, según Satta, sirve a los intereses privados y tutela derechos pre-existentes a tal punto que la acción no es más que el poder de un titular de un derecho de hacer producir la modificación jurídica necesaria para la reintegración del derecho violado, se convierte en una entidad privatística, al igual que la jurisdicción. También para el proceso penal?, también para el proceso administrativo?, se preguntaba Cristofolini<sup>25</sup>. Si la jurisdicción civil, penal, y administrativa sólo tiene por finalidad servir a los intereses privados no se explica, entonces, cómo se podría hablar de demanda injusta y de sentencia injusta<sup>26</sup>. Según Cristofolini hay que distinguir entre los fines subjetivos de los litigan-

tes que pueden ser varios y, eventualmente, patológicos con relación al fin normal del proceso (piénsese en el caso del proceso simulado y fraudulento) y el fin del proceso que debe ser referido al Estado<sup>27</sup>.

Contra esta crítica, todavía Satta opuso una tenaz resistencia en una réplica publicada en Foro Italiano<sup>28</sup>.

Cristofolini respondió en el acto en una contraréplica publicada en la Rivista di diritto processuale<sup>29</sup>.

Con diez argumentos polémicos la concepción publicística del proceso se mantuvo a flote, aun cuando la estocada a fondo dirigida por Satta haya servido para poner en evidencia algunas exageraciones de la doctrina publicística<sup>30</sup>.

### 3. DERECHO PRIVADO Y DERECHO PROCESAL

En primer lugar, la cuestión de la "publicización" o "privatización" del derecho procesal nos lleva a un problema fundamental: el de las relaciones entre el Derecho Privado y el Derecho Procesal.

Superadas las concepciones privatísticas y refutadas aquellas "nostalgias retardatarias" de que hablaba Cristofolini<sup>31</sup>, el problema se plantea hoy día, más que como una "actio de finium regundorum" entre ambas estancias, como el de una aportación de bienes a una finalidad común que es el común servicio del derecho y la justicia.

27. Cristofolini, ob. cit., p. 123.

28. Satta: "Orientamenti e disorientamenti nella scienza del processo", en Foro Italiano, 1937, p. 276, 4.

29. Cristofolini: "Contro i disorientamenti nella scienza del processo", en Riv. di dir. proc. civ., p. 282 y ss., I, 1937.

30. El problema hay que remontarlo hasta las fuentes mismas de la distinción entre los conceptos de Derecho Público y Derecho Privado. Sabido es que, aparte de la clásica distinción de Ulpiano formulada en un pasaje famoso del Digesto (Publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat, privatum quos ad singulorum utilitatem pertinet) se ha llegado a formular una multiplicidad de distinciones; aunque lo cierto es que, en la práctica, la distinción desaparece; tanto porque, como dice Giner de los Ríos la división del derecho en público y privado "no puede servir de base para una clasificación de las instituciones"; cuanto, porque, como lo sostiene Hans Kelsen, "el empleo que suele hacerse actualmente de la antigua división del Derecho en Privado y Público, resulta muy impreciso y contradictorio".- Véase al respecto, Aftalión, García Olano y Vilanova: "Introducción al Derecho", capítulo XV, especialmente p. 506 y 507, Sexta Edición, Editorial El Ateneo, Bs. Aires, 1960

31. Cristofolini: "A proposito di indirizzi nella scienza del processo", en la Rivista di diritto processuale civile, 1937, I, p. 105.

23. Cristofolini, en Rivista di diritto processuale, 1937, I, p. 105.

24. Cristofolini, ob. cit., p. 106.

25. Ibid., p. 109.

26. Ibid., p. 122.

Derecho Privado y Derecho Procesal se unifican, más bien que se diversifican, desde el momento que cumplen una finalidad general en virtud de la cual se descubre una común "affectio societatis" que es fundamental para la práctica y en función de la cual lo teleológico, lo dinámico y lo vital se imponen sobre las estratificantes distinciones conceptuales que tienden a divorciar a una y otra disciplina, teóricamente deslindadas y deslindables pero, profesionalmente unidas por un común elan vital.

Es preciso reconocer, no obstante, que este modo de enfocar las cosas conlleva el peligro de desembocar en una conclusión apriorística, unilateral e injusta, en la que caigamos, a fortiori, en una dictadura del derecho Privado sobre el derecho Procesal, como antaño o, a la inversa, en una "procesalización" del derecho Privado, como ya lo han hecho algunos autores.

En efecto, frente a las concepciones que pudiéramos llamar pan-privatísticas que pretendían (como es el caso de la escuela francesa de la exégesis y sus filiales) absorber el derecho Procesal a la órbita del derecho Privado, se yerguen las concepciones procesalísticas que pretenden reducir todo el derecho a puro proceso.

Desde este punto de vista debemos citar las teorías de Fritz Sander, Barna Horvath, Julius Binder, Oskar Von Bülow, Robert Neuner, Enrico Altorio, Giuseppe Capograssi y Carlos Cossio para quienes todo el derecho se reduce a proceso o empieza a existir desde el proceso.

Fritz Sander que se formó en la Escuela Vienesa de Hans Kelsen y fue al comienzo un seguidor apasionado de la "Reine Rechtslehre"<sup>32</sup> para después negar el "dogma de la normatividad del derecho" que ha impedido comprender que "los juicios jurídicos son sintéticos y existenciales" y que la ciencia del derecho debe construirse como "teoría de la experiencia jurídica"<sup>33</sup>, sostiene, fundamentalmente —y esto es decisivo—, que todo lo que es derecho es engendrado en un "proceso jurídico", de lo que a su vez se deduce que todas las leyes sean en su esencia "leyes procesales"<sup>34</sup>.

32. Fritz Sander: "Kelsens Rechtslehre. Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz", 1923, y "Merkl's Rechtslehre", en la *Juristischen Zeitschrift* zu Prag 1924.- Cfr., esta referencia en Alfred Verdross: "La Filosofía del derecho del mundo occidental" p. 293, México, 1962.

33. Fritz Sander: "Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtsverfahren", Editorial Deuticke, Leipzig und Wien, 1922, 2 vol., Vid. vol. I, p. 9 y ss; vol. II, p. 1120. Sobre este sentido de la obra de Sander, véase, aparte de la ob. y loc. cit., de Alfred Verdross, Sebastián Soler: "Los valores Jurídicos", p. 10, Bs. Aires, 1948.

34. Fritz Sander: "Staat und Recht", p. 442.

La concepción procesal del Derecho de Fritz Sander, por otro lado, reposa en el principio axiomático de que el Derecho Procesal es la disciplina jurídica fundamental, que "la ciencia procesal es la reina de todo el Derecho"<sup>35</sup>.

En este punto Sander tiene la genialidad de demostrar que antes del proceso no se puede hablar concretamente de derechos sino de meras facultades, de simples expectativas; con lo cual, el Derecho Procesal, ciencia de las ciencias jurídicas, se convierte en un sistema de prima philosophia que debe construirse como una teoría de la experiencia jurídica en la que el derecho es concebido como un proceso de gradual despliegue dinámico de preceptos<sup>36</sup>.

En suma, para Sander "no hay ningún delito antes del proceso, no hay ningún contrato antes del proceso civil". Lo que constituye un derecho es la cosa juzgada y la cosa juzgada es el mismo Estado".

Sebastián Soler ha criticado esta doctrina diciendo que con ella "todos los demás preceptos se hacen innecesarios y podrían ser suplidos, por uno solo: "hazte amigo del mandarín".

Y agrega: "Acaso, tal doctrina sea aplicable a algún régimen jurídico; pero es absolutamente seguro que no lo es para el nuestro y para muchos otros. Y la razón es sencilla: no es verdad que una sentencia, para valer como tal, debe sólo ajustarse formalmente a normas constitutivas del órgano. Para nosotros, es necesario que por su contenido se ajuste a la Constitución. Y lo que vale para la sentencia, vale también para la ley. No basta que algo sea sancionado por el Congreso de acuerdo con los procedimientos legislativos; es necesario que lo sancionado se ajuste a la Constitución en un segundo sentido. El procedimiento legislativo es también constitucional; pero no basta en sí mismo para que lo sancionado sea válido como ley. Para ésto, tiene que acordar con la Constitución sustancialmente, y esta segunda relación no está agotada por el examen que hagan las cortes de justicia del procedimiento sancionatorio del acto examinado".

"De lo expuesto se deduce que no es posible interpretar todo el derecho como mero procedi-

35. Fritz Sander: "Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff der Rechtsverfahren", en la "Zeitschrift für öffentliches Recht", 1920, I, p. 468 y ss.; ver especialmente pág. 479: "acaso el procedimiento llegue a ser la reina de las ciencias jurídicas"

36. F. Sander: "Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtsverfahren", cit., además: "Der Begriff der Rechtsverfahren", en la *Rev. Logos*, XI, 3, p. 285; además: "Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung" en la *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1919, I, p. 132 y ss.

miento ni considerar derecho cualquier acto cumplido por una persona que, además de persona, sea un órgano del Estado. No es posible reconocer como jurídico un acto determinado en sí mismo, aunque sea cumplido por alguien que sea órgano del Estado. Para ello, es necesario compararlo, a lo menos con normas procesales, frente a las cuales el órgano carece de poder creador y valorativo; o las cumple y su acto será judicial, o no la cumple, y su acto será nulo (lo contrario de válido) o simplemente privado<sup>37</sup>.

Binder, por su parte, reduce el derecho al momento de la tutela jurisdiccional de modo que el derecho sólo adquiriría relevancia en el proceso<sup>38</sup>.

Von Bülow sostiene que la norma se concentra en el proceso, de modo que, su abstracta sustancialidad sólo opera después de una sentencia<sup>39</sup>.

Neuner también sostiene el criterio anteriormente señalado y además establece que, mientras que las normas procesales gobernarían todos los procesos, las normas sustanciales aplicables varían de un proceso a otro, individualizando su contenido concreto<sup>40</sup>.

Allorio, recogiendo y desarrollando la tesis de Neuner, sobre la prioridad del momento jurisdiccional, al estudiar las relaciones entre el proceso y el derecho sustancial en la declaración judicial distingue más bien entre normas de derecho sustancial y normas de derecho procesal según que regulen o no las situaciones jurídicas idóneas para constituir objeto autónomo de un proceso de declaración de certeza, constituyendo, modificando o extinguiendo una situación jurídica<sup>41</sup>.

Una concepción sumamente interesante por lo que hace a las relaciones entre el Derecho Sustancial y el Procesal se debe a James Goldschmidt, el insigne ex-Decano de la Facultad de Derecho de Berlín, muerto en el destierro, allende su postrer refugio en las costas del mar montevidense.

37. S. Soler: "Los valores Jurídicos", p. 40-41, Bs. Aires, 1948

38. Binder: "Prozess und Recht. Ein Beitrag zur Lehre von Rechtschutzanspruch" Leipzig, 1917.

39. Von Bülow: "Gesetz und Richteramt", Leipzig 1885, p. 58 y ss. además: "Klage und urteil" en Zeitschrift für Civilprozess, vol. XXI, 1903, p. 265 y ss. - Citado por Elio Fazzalari: "Note in tema di diritto e processo", p. 18, Milano, Giuffré, 1957

40. Neuner: "Privatrecht und Prozessrecht", Mannheim, Berlín, Leipzig, 1925.

41. Allorio: "El ordenamiento jurídico en el prisma de la declaración judicial", p. 195, Ejea, Bs. Aires, 1958.

En un famoso estudio publicado en homenaje a Bernhard Hübler y que lleva por título "Materielles Justizrecht" ha sostenido James Goldschmidt:

1.- Entre el Derecho Sustancial y el Derecho Procesal existe una tercera zona, zona intermedia, constituida por el "Derecho Justicial Material".

2.- Por Derecho Justicial Material debe entenderse únicamente el derecho que regula la parte material de la relación justicial civil<sup>42</sup>.

3.- En resumen: el Derecho Justicial que, junto con el Derecho Político en sentido estricto y con el Derecho Administrativo, integra el derecho público de la comunidad estatal, se divide en el Derecho Justicial Formal y en el Material. Aquél comprende los derechos procesales civil y penal, y éste la totalidad de las normas relativas a la pretensión de tutela jurídica dirigida contra el Estado, como asimismo el Derecho Penal<sup>43</sup>.

4.- De esta manera pertenecen al Derecho Justicial Material: a).- la pretensión de tutela jurídica que no forma parte ni del Derecho Procesal Civil, como lo sostiene Adolfo Wach<sup>44</sup> y sus discípulos Langheineken, R. Schmidt y Konrad Hellwig<sup>45</sup>, ni al Derecho Privado, como lo sostienen Weissmann, Kohler y Kleinfeller<sup>46</sup>. Y así, rotundamente afirma Goldschmidt "todo induce, pues, con imperiosa necesidad a considerar la pretensión de tutela jurídica como un derecho material, por supuesto, publicístico: con otras palabras, como un derecho justicial material"<sup>47</sup>. b).- el Derecho Penal, entendido como "ius puniendi"<sup>48</sup>.

Esta doctrina fue desenvuelta posteriormente por el propio autor en el volumen de Homenaje de la Facultad de Derecho de Berlín a Heinrich Brunner<sup>49</sup> y luego en sus dos conocidísimas obras edita-

42. James Goldschmidt: "Derecho Justicial Material", trad. del alemán por Catalina Grossman, Ejea, Bs. Aires, 1959, p. 20.

43. J. Goldschmidt, ob. y loc. cit.

44. A. Wach: "Der Feststellungsanspruch" (La Pretensión de declaración), trad. del alemán por el Dr. J.M. Semón, Ejea. Bs. Aires 1962.

45. J. Goldschmidt, ob. cit., p. 27.

46. Ibid., ob. cit., p. 25.

47. Ibid., ob. cit., p. 43.

48. Ibid., p. 51 y ss.; especialmente, p. 78, 82, 114 y ss.

49. J. Goldschmidt: "Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht en Festschrift für Heinrich Brünner, 1914.



das en castellano<sup>50</sup>.

Pero, como lo ha reconocido su propio hijo, el profesor Robert Goldschmidt, en estas obras no se halla un desarrollo completo de su pensamiento<sup>51</sup>. De allí que la labor fuera proseguida en un estudio publicado en el Homenaje a Alsina y luego recopilado por Sentís Melendo en el volumen conjunto al que por mayor facilidad nos estamos remitiendo.

Según Robert Goldschmidt, la teoría, así desenvuelta, "sin renunciar a aquél proceso científico que deriva de la distinción entre derecho material y procesal, no desconoce la afinidad de las normas sobre la carga material de la prueba, las presunciones, los derechos de acción, los presupuestos de la acción declarativa, de la acción negatoria, etc. con el derecho material"<sup>52</sup>.

Así planteadas las cosas, la teoría que nos ocupa, dice Robert Goldschmidt, se presta a una mejor sistematización de los códigos en los países latinos, "sistematización que, por cierto, no resuelve los problemas que se plantean pero que ofrece ya cierta base para dudar de la exactitud de la doctrina actualmente dominante"<sup>53</sup>.

Y, ¿cuál es la clave para la nueva sistematización del proceso que propone Robert Goldschmidt? Sin mucho esfuerzo caemos en la cuenta que se trata de la genial pero discutida teoría del proceso como situación jurídica que debemos al inmortal maestro berlines:

"Para crear la síntesis entre el Derecho Material y el Proceso no basta sólo proponer la categoría del derecho justicial material, sino que resulta necesario, además, llevar al derecho justicial material bajo el denominador de la concepción procesalista según la cual no hay derechos existentes y obligaciones correlativas; o sea, bajo el pensamiento de que no hay «relaciones jurídicas» esto es, sólo «posibilidades» y «cargas» dirigidas a hacer evidentes los derechos, y «expectativas» de triunfar en este intento"<sup>54</sup>.

Parcialmente de acuerdo con esta afirmación diríamos tal como lo dice el autor citado, que:

50. J. Goldschmidt: "Teoría General del Proceso", Editorial Labor Barcelona, 1936, esp. p. 25 y ss; y "Derecho Procesal Civil" trad. de Prieto Castro, con Prólogo de Alcalá-Zamora, Labor, Barcelona, 1936.

51. Robert Goldschmidt "Derecho Justicial Material Civil" p. 167.

52. Ibid., ob. cit. p. 168.

53. Ibid., ob. cit., p. 169

54. Ibid., p. 175.

"...esta concepción "dinámica" es la única verdaderamente apropiada para el proceso..."<sup>55</sup>.

Ahora bien; se trata en todo esto, de una problemática que conlleva en el fondo una cuestión de naturaleza bifronte.

Como dice Roberto Goldschmidt: "Todo lo que se llama, dentro de la justicia civil, derecho material, tiene una cabeza de Jano: un lado, el del derecho civil, se dirige hacia el adversario; el otro, el del derecho justicial, se dirige hacia el Estado". Y agrega; y esto es sumamente interesante: "El criterio que decide si una norma tiene índole material o procesal, necesita aún una dilucidación más precisa, ante el abandono del criterio de su pertenencia al derecho privado o público. Este criterio no puede resolverse, por supuesto, en la colocación de la norma en el Código Civil (o Comercial) o en un Código de Procedimiento Civil (o Comercial)"<sup>56</sup>.

Por otra parte, también en conformidad con esta tesis, opinan por la naturaleza bifronte de determinadas normas del proceso, entre otros, principalmente, Chiovenda, Carnelutti y Enrico Tulio Liebman.

Ha dicho Chiovenda en su célebre prolucción boloñesa de 1903 que:

"el proceso no es solamente una relación de derecho público. Todo acto del proceso nos presenta el uno y el trino, como ejercicio o actuación de un derecho privado..."

En ello vemos caer las barreras pacientemente edificadas por la doctrina entre el derecho privado y el público: atribuir el proceso más al uno que al otro es disminuirlo.

Uno vio al proceso viviendo de crédito porque pide prestado al derecho privado la acción, al derecho público la jurisdicción. La verdad es que viviendo de crédito el proceso civil se ha enriquecido extraordinariamente y tiene un patrimonio autónomo. Otro dijo que los derechos no son más que acciones. La verdad es que en el proceso el derecho se manifiesta en la totalidad de sus aspectos y de sus relaciones"<sup>57</sup>.

En el Apéndice a su célebre ensayo de 1903 Chiovenda ha comentado la obra de von Bülow intitulada "Klage und Urteil" y a la cual ya nos hemos referido anteriormente. "Bülow no ve antes de la litis

55. Ibid., p. 175.

56.- Ibid., p. 186-187.

57. Chiovenda: "La Acción en el Sistema de los derechos", en el vol. "Ensayos de Derecho Procesal", t. I, pág. 32-33.

más que la posibilidad jurídica, correspondiente a todos, de constituir mediante la proposición de la demanda judicial el derecho al desarrollo y decisión de una litis. Que esta posibilidad general e indeterminada no deba denominarse derecho, es cosa en la que concordamos perfectamente con Bülow<sup>58</sup>.

Y en otra página agrega: "En todo caso, nosotros debemos conceder que el derecho de accionar antes de la decisión de la litis es incierto?"<sup>59</sup>.

Igualmente, Chiovenda se mantiene adicto a esta concepción bifronte o dualista en otro ensayo intitulado: "La naturaleza procesal de las normas sobre la prueba y la eficacia de la ley procesal en el tiempo" en donde sostiene que: "si la opinión que equipara las normas sobre la prueba a las normas sobre el derecho encuentra todavía mantenedores en Italia, esto depende en parte del hábito —que no puede caer de un solo golpe— de considerar el proceso desde el punto de vista del derecho sustancial; pero depende en parte, también del hecho de que se suelen tratar de un mismo modo todas las normas que se refieren a las pruebas, de forma que algunos, teniendo presente alguna norma probatoria que ciertamente pertenecen al derecho sustancial, establece sin más el principio general de que las normas probatorias son de derecho sustancial; y, viceversa, aquellos que parten del principio general opuesto creen deber, como consecuencia, asignar carácter procesal también a normas probatorias que no lo tienen"<sup>60</sup>.

Por su parte, Francesco Carnelutti con referencia al problema de la bifrontalidad del Derecho Procesal en algunas de sus más importantes instituciones, ha dicho en el Prefacio a la Primera Edición de "La Prueba Civil" que:

"...la institución de la prueba se encuentra todavía a horcajadas sobre dos códigos, o mejor dicho, sobre tres; peor aun, se halla difusa y dispersa por todas las vías del Derecho privado. Pudiera ser éste un defecto en la elaboración de nuestras leyes; pero es preciso reconocer la causa del mismo en la profunda ambigüedad de la materia, que mantiene, incluso en las más meditadas y recientes indagaciones, persistentes incertidumbres de su definición. El Derecho Procesal está fuertemente arraigado en el terreno del Derecho Material, y por las cuales la savia del Derecho

Privado sube a vivificar el organismo del proceso, está constituida precisamente por las normas sobre la prueba. Cada institución del Derecho Privado está envuelta por estas normas como por una red de vasos capilares: el juego de acciones y reacciones que media entre los dos campos, se halla tan netamente intuito, que la práctica forense y con frecuencia el lenguaje legislativo e incluso la concepción científica se mueven en un continuo cambio entre el concepto de existencia del Derecho y el de su prueba"<sup>61</sup>.

Jano bifronte es la quintaesencia del Derecho Procesal; pero esto se explica porque, en el fondo, Derecho Público y Derecho Privado son una sola cosa, o a lo sumo, las dos caras de una misma medalla, como queda corroborado con los siguientes textos de la antología procesal carneltuttiana:

a).- "El tronco del Derecho es uno solo del que son dos ramas del Derecho Privado y el Derecho Público, el Derecho Procesal y el Derecho Material, ninguno de los cuales nace del otro, sino que parten uno y otro del tallo común".

"Quien considera esto, comprende fácilmente por qué cuando llega al fondo, no encuentra ya la distinción, y advierte que el proceso no tendría razón de ser sin el derecho ni el derecho tendría fuerza para existir sin el proceso. Este ir al fondo es necesario, ya que conviene evitar el peligro de que, con su trabajo de análisis, los cultivadores del derecho procesal por una parte y los estudiosos del derecho material por la otra, separen excesivamente la acción del derecho y el derecho de la acción, perdiendo la sensación de soldadura..."<sup>62</sup>.

b).- "El derecho privado y el derecho procesal se compenetran y entrecruzan de muchas maneras. En efecto, el derecho subjetivo material pertenece al presupuesto de la pretensión a la tutela jurídica, y por otra parte la llamada accionabilidad, coercibilidad, el deber prestar, pertenece al contenido del derecho subjetivo privado; y por tanto parece que la pretensión procesal a la tutela jurídica y la pretensión material no puedan separarse. Pero, sin embargo, debe ello ocurrir; ya que la pretensión a la tutela jurídica no es contenido de la facultad privada (Berechtigung) frente al obligado, toda vez que este puede sin duda hacer que venga a ser inútil (gegenstandlos) pero no satisfacerla, puesto que ella, dirigiéndose a un acto del Estado, a un acto de tute-

58. Chiovenda, ob. cit., pág. 35.

59. Ibid., ibid., pág. 37.

60. Chiovenda: "Naturaleza procesal de las normas sobre la prueba", etc. en el vol. Ensayos. cit., p. 394-395.

61. Carnelutti: "La Prueba Civil", p. XXIII, Edit. Arayú, Bs. Aires, 1955.

62. Carnelutti: "Derecho y Proceso en la teoría de las Obligaciones", en Estudios de Derecho Procesal, t. I, p. 380-381, trad. de Sentís Melendo, Ejea, Bs. Aires, 1952.

la jurídica debe, bajo todos los aspectos, pertenecer al derecho procesal<sup>63</sup>.

c).- "...que al poder del órgano del proceso respecto de la parte no corresponda una obligación, sino una sujeción de ella, constituye probablemente, el carácter más íntimo del derecho procesal en comparación con el derecho sustancial. Hay otros caracteres...pero son secundarios y accidentales, aquellos podrán faltar o haber faltado, éste no falta nunca..."<sup>64</sup>.

d).- "...cuando con el desarrollo del proceso de cognición y con el perfeccionamiento del proceso de ejecución surge la figura del órgano del proceso, juez o ejecutor, no basta que se le atribuya un poder, sino que es necesario imponerle un deber; justamente dice Hellwig: «El Estado ha prohibido la defensa privada y por eso ha asumido sobre sí la obligación de la ejecución». He aquí que también en el campo procesal, junto al poder surge la obligación... De este modo despunta también en el campo procesal, no solo la obligación verdadera y propia, sino hasta el derecho subjetivo...

Creo que puedo concluir: cuando se trata de diagnosticar la naturaleza, material o procesal, de una norma jurídica, lo que hay que considerar atentamente es si ella, junto al poder, constituye una obligación o una sujeción..."<sup>65</sup>.

e).- "Durante mucho tiempo no habíamos advertido la distinción entre el poder-fin y el poder-medio, quedando el poder-medio oculto bajo el poder-fin, o confundiéndolos, por lo menos. Sería una hermosa labor buscar todas las razones de esta involución...La acción ha sido considerada, junto al derecho subjetivo, como el derecho a la tutela jurídica: ésta es la concepción de Wach, la cual ha ejercido y ejerce todavía el predominio sobre la doctrina de los juristas. Pero es ésta precisamente una concepción viciada por el olvido de la relación lógica entre medio y fin. En efecto, se habla de derecho a la tutela, se piensa en la tutela como resultado, no en los medios para conseguirla: tanto que Wach pone como contenido de su derecho a la tutela «la sentencia favorable o la querida ejecución forzada». Pero he aquí que de este modo se recae en la confusión: efectivamente qué es el derecho a la tutela sino el mismo derecho subjetivo..."<sup>66</sup>.

63. A. Wach: "Handbuch des deutschen Civilprozessrechts", p. 118 y s. citado, por Carnelutti: Derecho y proceso en la teoría de las obligaciones, cit. p. 381.

64. Carnelutti: "Derecho y proceso en la teoría de las obligaciones", p. 384.

65. Carnelutti: "Derecho y Proceso en la teoría de las Obligaciones", cit., p. 385-386.

66. Carnelutti: ob., cit., p. 428-29.

"cuán tenaz sea esta ilusión también en la literatura italiana, no necesita el culto lector que yo se lo enseñe. Poniendo la sentencia favorable como contenido y correlativamente la pertenencia del derecho tutelar como presupuesto de la acción, la gran mayoría de nuestros estudiosos del proceso paga todavía su tributo, no tanto a la gloriosa escuela de Wach, cuanto al hechizo del derecho subjetivo material. Cree haberse liberado de él y es su prisionera...Ahora bien, la conclusión que quiero sacar se refiere a la grave turbación que este persistente equívoco termina por inferir al equilibrio de la estructura fundamental de nuestra ciencia. El peligro es que se pierda el hilo de las relaciones entre derecho y acción y naturalmente entre derecho privado y derecho público"<sup>67</sup>.

"No hablo de un peligro imaginario. Probablemente, no hay mejor modo de persuadirse de él que el estudio de la teoría de las obligaciones. El último o uno de los últimos episodios es la absorción del derecho subjetivo privado en la acción, según las ideas de Krückmann, quien precisamente, con la premisa del derecho a la tutela jurídica ha llegado a la desconcertante pero en el fondo rigurosa consecuencia de que «derecho privado contra el deudor privado y derecho público contra el órgano del Estado, coinciden exactamente» y que «todo derecho subjetivo privado es un derecho subjetivo público», algo que produce ligeramente vértigo.

Precisamente esa ingeniosa herejía de Krückmann como todas las herejías, dista mucho de ser trabajo perdido; ha servido, por lo menos, para demostrar que las que Krückmann llama las teorías dualistas, en cuanto distinguen el derecho tutelado del derecho a la tutela, no pueden seguir en pie"<sup>68</sup>.

f).- "Por lo demás, si no me engaño, no servirá tampoco para acreditar las teorías monistas, esto es para que retroceda la ciencia en su camino.

...No se puede discutir la distinción en sí, sino un modo de considerarla"<sup>69</sup>.

g).- Perfilando estas nociones precedentemente expuestas ha dicho Carnelutti en sus Instituciones que "en cuanto el proceso es un método para la formación o para la actuación del derecho, sirve al derecho; por otra parte..., el proceso es servido por el derecho, por lo cual la relación entre derecho y pro-

67. Carnelutti: "Derecho y Proceso en la teoría de las Obligaciones, cit., p. 429.

68. Ibid., p. 430.

69 Ibid., p. 430 in fine y 431

ceso es doble y recíproca"<sup>70</sup>.

h).- En su genial obra de síntesis dedicada a la tratación del proceso civil y que justamente se titula "Diritto e processo" nos dice Carnelutti que: "la relación entre derecho y proceso..., se ha precisado, finalmente, en el sentido de un servicio que el Proceso presta al Derecho. El derecho sin proceso no podría alcanzar su finalidad, no sería derecho, en una palabra. Mas el problema, así, no está resuelto más que a medias. Si el proceso sirve al derecho, el derecho recíprocamente sirve al proceso". Y concluye: "Sin el proceso, el derecho no podría alcanzar sus fines; mas tampoco el proceso sin el derecho. La relación entre los dos términos es circular. Por eso se constituye aquella rama del derecho que se llama Derecho Procesal"<sup>71</sup>.

Según Enrico Tulio Liebman, "el problema del «collegamento tra il diritto processuale e il diritto sostanziale» que el legislador ha querido y creído resolver con algunas de las disposiciones contenidas en el Libro VI del Código Civil (la prueba, la cosa juzgada y los actos más relevantes de la ejecución forzosa), es en realidad un problema científico y no legislativo... Y, por otra parte, su presencia y su colocación en el Código Civil no alteran para nada la obra de la doctrina que con natural variedad de tendencias, ilumina la naturaleza de las relaciones exis-

tentes entre el derecho privado y el proceso civil"<sup>72</sup>.

Liebman critica la doctrina del Derecho Justicial Material de Goldschmidt en estos términos: "Esta tripartición de las normas, que deberían sustituir la acostumbrada bipartición entre derecho sustancial y procesal, tiene, empero, un presupuesto no demostrado e inaceptable: que el derecho procesal, verdadera y propiamente entendido en sentido estricto, sea solamente formal. Es cierto que las formas sean en el proceso numerosas y que las disposiciones que las regulan adquieran en esta rama del derecho una importancia, una minuciosidad, un rigor sumamente especial pero no por esto pretenderemos monopolizarlas, porque no altera su significado en el ámbito y en la economía general del sistema normativo a las que pertenecen, que es el de representar el modo, el tiempo y el lugar con los que deben manifestarse la actividad de los sujetos que, con variedad de posiciones, de intereses y de funciones actúan en el proceso; no, por esto es lícito separar las reglas formales de aquellas que disciplinan los presupuestos, la finalidad y los efectos de la actividad misma, repeliendo o adscribiendo estas últimas al campo del derecho privado, con la consecuencia de obscurecer el perfil publicístico de toda una serie de instituciones en las que campea el acto de un órgano judicial público"<sup>73</sup>.

70. Carnelutti: "Instituciones del Proceso Civil", vol. I, p. 22 in fine. Traducción de la 5a. edición italiana por Santiago Sentis Melendo, Ejea, Bs. Aires, 1959.

71. Carnelutti: "Diritto e Processo", p. 33, Morano Editor, Napoli 1958.

72. Enrico Tulio Liebman: "Norme processuale nel Codice Civile", en la Riv. dir. dir. proc., 1948, I, p. 157 y 158.

73. Ibid., ob. cit., p. 159.