

JOSÉ LOIS ESTÉVEZ

PROCESO Y FORMA

(Ensayo de una teoría general del Proceso)

**EDITORIAL - LIBRERÍA
PORTO, S. L.
SANTIAGO DE COMPOSTELA
1947**

*Al Magnífico y Excelentísimo
Señor D. Luis Legaz Lacambra,
Maestro insigne de la Filosofía
jurídica española.*

***ES PROPIEDAD DEL AUTOR
QUEDA HECHO EL DEPÓSITO
QUE MARCA LA LEY***

PROLOGO

Hace cosa de veinte años que comenzaron a llegar a España los primeros ecos de una doctrina científica del proceso. Una estrechez inexplicable de miras, un ritualismo ciego, exacerbado por una práctica más mezquina y vacía, un sistema legal poco propicio a la labor investigadora, eran lastre demasiado gravoso para despojarse de él prestamente. “Una vez se había puesto al desnudo cuando en 1853 se publicó la *Instrucción* del Marqués de Gerona. No estaba el ambiente preparado para reformas y bastaron las objeciones insubstanciales de una crítica miope para desbaratar el -empeño. Desde entonces acá, por fortuna ha corrido ya mucha agua. El esfuerzo iniciado por Beceña, aquel gran jurista, prematuramente perdido, se fue, cada vez, difundiendo. Es por el 1930 cuando Prieto Castro acometió la empresa—decisiva para nuestra ciencia procesal—de renovar radicalmente, a la luz de los últimos resultados de la investigación en Alemania e Italia, el método de trabajo y los conceptos fundamentales, pasados por alto, generalmente. Ocho años más de laborar incesante le permitieron después ofrecer a los estudiosos españoles aquella *Exposición*, tan aguda y equilibrada. Ya, para el estudio de nuestro Derecho Procesal, será preciso, siempre, establecer aquí una etapa.

Por entonces lo comenzaba yo entre las disciplinas universitarias. Y el cambio que se imprimió en aquel momento, si no en su enseñanza, en su estudio, son la mayor apología que se puede hacer del ilustre procesalista. Frente al libro que privaba entonces, poco más que la Ley de Enjuiciamiento expuesta en lecciones, el universitario y el práctico dispusieron de una orientación “técnica y de una información escueta, científica y sugeridora, que nada tenía que envidiar a similares publicaciones extranjeras. Sin embargo, para culminar la tarea ¡cuántas dificultades que vencer y qué suplir, reiteradamente, la ausencia de materiales vista. Sin embargo, como los conceptos centrales son los mismos, me atrevo a esperar que no se advertirán las “soldaduras”.

Quiero expresar mi gratitud a todos los que me han ayudado en este libro. Algunos nombres figuran ya al frente de la obra como, testimonio explícito de deuda; pero no me parece silenciar a uno de los que contribuyeron más a que este intento se realizara — gran jurista, profundo conocedor y práctico del Derecho —, Bernardino Sanmartín, a cuyo amistoso consejo debo muchas observaciones originales y valiosas, a quien tantas veces he molestado para contrastar con su opinión la solidez de mis argumentos.

A todos ellos, con cierto temor de discípulo, encomiendo estas páginas.

ÍNDICE ANALÍTICO

I. Introducción

1. El objeto del conocimiento jurídico. Las tres dimensiones del conocimiento.
2. Fuentes del conocimiento jurídico.
3. Las realidades jurídicas y su teorización. Sentido evolutivo del Derecho. El concepto jurídico y su formación. La definición jurídica.
4. El conocimiento procesal y sus postulados implícitos.
5. Derecho procesal y Filosofía jurídica.

II. El Derecho subjetivo

Propósito:

a) Historia de la dogmática.

1. El punto de partida.
2. Teoría de Windscheid.
3. La réplica de Ihering.
4. Teoría del interés.
5. Windscheid rectifica.
6. Crítica a las teorías del interés.
7. La yuxtaposición ecléctica.
8. El derecho subjetivo como poder jurídico.
9. Una observación de Carnelutti.
10. Un sistema original: M. Cervantes.
11. Posición de Del Vecchio.
12. Teorías negativas: Kelsen.
13. Teorías negativas: Duguit.

VI. La teoría de la pretensión en sus elementos constitutivos

1. Elementos de la pretensión. Elementos objetivos y formales.
2. Elementos subjetivos.
3. La persona jurídica: sentido general del vocablo.
4. Condiciones absolutas de la persona jurídica.
5. La comunidad de riesgo procesal
6. El fin de la persona jurídica y la comunidad de riesgo.; Separación de conceptos afines.
7. Definición de la persona jurídica.
8. Teoría de la personación procesal.
9. Titularidad procesal.
10. Capacidad procesal.
11. Legitimación procesal.
12. Postulación procesal.
13. Coparticipación procesal.
14. Elementos cualitativos de la pretensión procesal.

I. INTRODUCCIÓN

1. Toda ciencia, cualquiera que sea su naturaleza, se reduce, en último término, al conocimiento de una realidad en las relaciones que suscita. En cada una de ellas aparecerá, pues, el dualismo fundamental con que todo sistema filosófico tiene que enfrentarse: la antinomia *realidad-pensamiento*. Siempre que el «hombre se proponga desplegar alguna actividad cognoscitiva tropezará, en el umbral de la misma,» con este gran problema. El contenido íntimo de la cuestión será, por ello, invariable. Pero la acomodación del pensamiento a cada realidad, como han puesto de manifiesto las investigaciones de Husserl ⁽¹⁾, será, en todo supuesto, distinta.

Igual que toda otra realidad, la realidad jurídica requiere también un modo peculiar de ser enjuiciada. Y ni aun el conocimiento total de un fenómeno jurídico puede efectuarse siempre desde la misma dirección ⁽²⁾. Realmente, para completar el conocimiento de una cuestión de Derecho, tres dimensiones son necesarias. Los datos que ha de manejar el jurista proceden de tres planos de racionalidad diversos. Hay, en primer término, que conjugar los datos empíricos y los imperativos éticos; aquéllos, procedentes de las apreciaciones sensoriales del mundo externo; aseverados éstos por la conciencia, en cuya unión se conciertan los dos factores primordiales del conocer: la razón y la experiencia.

Cualquier Derecho positivo es un intento de acercar estos dos mundos antagónicos, el del *ser* y el del *deber ser*. En esta síntesis, que late implícitamente en cualquier ordenamiento jurídico, se tratan, de coordinar, y, de fundir en lo posible, estos dos hechos en antítesis. Sin embargo, como el acercamiento no llega a ser total, subsiste, no obstante, la desidencia: ni el Derecho positivo destruye la propia vida del Derecho —siquiera alcance a regularla en su porción más extensa— ni mucho menos puede influir en los imperativos de conciencia. Con todo, esta incapacidad natural de cualquier ordenación yuspositiva para suplir, substitutivamente, las dos funciones jurídicas fundamentales, no cambia la prioridad que al sistema normativo deberá atribuirse como elemento capital para el estudio del Derecho. 'Estamos, pues, ya situados frente a los tres factores que en la Epistemología jurídica han de tener parte.

El Derecho positivo, que es la *ontología jurídica* para nosotros, proporciona al conocimiento el complejo institucional constituido por los diversos mandatos legales, los cuales se traducen en una serie de *posibilidades* concretas de actuación que corresponden a la persona, limitadas a su vez por una cadena de *prohibiciones* correlativas. Ahora bien, el Derecho positivo no es algo estático, sino cinético, destinado a ser como el molde a que las relaciones humanas ponderables ⁽³⁾ hayan de acomodarse ; por consiguiente, la misión activa que le compete dependerá, en

¹ 1)HUSSERL. *Investigaciones Lógicas*, edición española de G. Morente y Gaos, vols. I a IV, Madrid, 1929. Para ahondar en nuestro concepto de la fenomenología jurídica vid. *La costumbre ante los principios fundamentales de la política del Derecho*, en RGD, en public.

² Vid. mi *Ensayo de valoración filosófica del Derecho*, págs. 11 ss.

³ *Relaciones ponderables son aquellas que, por str esencia, constituyen una manifestación concreta de instituciones jurídicas naturales; es decir, que universalizadas son presupuesto de la vida social. Por tanto, son y deben ser susceptibles de valoración jurídico-positiva.*

definitiva, de las reacciones que en el seno de la comunidad suscite el sistema de normas. Hay, pues, según esto, un doble ritmo en la vida del Derecho: el de las instituciones yuspositivas tal como han sido trazadas por el legislador y el de la realidad viva y cambiante. Esto da lugar a la oposición entre Derecho vigente y Derecho vivido: los dos polos indispensables para una investigación adecuada acerca del Derecho positivo. Pues bien, el último de los problemas es materia propia de la *fenomenología jurídica*, a la que corresponde el estudio del Derecho como forma vivida de la conducta Humana, esto es, abarcando todas las reacciones suscitadas por el sistema de normas y cuanto signifique una desviación de los hechos con relación al plan legislativo.

Pero otra oposición, y de mayor transcendencia, resulta planteada también entre el Derecho positivo y las normas de la pura razón. Con cierta frecuencia, aparecen en contraste el ser y el deber ser del Derecho. Tiene, per eso, necesidad la investigación yusfilosófica de adelantarse por un tercer camino, de pura especulación abstracta, originándose' así la *demonología jurídica*.

Es así como surgen las tres dimensiones, ontológica, fenomenológica y deontología, cuyo concierto sirve al Derecho de límite espacial. Por esto cualquier estudio jurídico, si ha de ser completo, precisará proyectarse en estos tres- sentidos.

Los juristas clásicos estudiaron el Derecho concebido como un mundo de dos dimensiones, aunque, a veces, asomara por sus obras una tercera dimensión. A la ciencia jurídica moderna le corresponde separar conscientemente cada uno de estos puntos de vista y armonizarlos después en un sistema yusfilosófico total.

2. Es doctrina corriente de la filosofía ⁽⁴⁾ la que sostiene que todo conocimiento arranca de una percepción sensorial. Es cierto; pero también resulta innegable que la percepción de los sentidos necesita el *sentido de la percepción*. Del mismo modo a la experiencia jurídica precede el sentimiento de lo jurídico.

Esta prioridad lógica del *sentido* jurídico dimana de ser una cualidad humana, una potencia cognoscitiva no distinta de la razón; es la razón misma en cuanto valora no hechos, sino conductas. Ahora bien, de la misma manera que es sostenible que todo conocimiento teórico deriva de la experiencia, se puede sostener igualmente que toda valoración pragmática es también inducida por vía experimental. El razonamiento valorativo pragmático y el razonamiento cognoscitivo teórico son esencialmente uno. El modo de proceder es en ambos el mismo.

Antecede, por tanto, en nuestro conocimiento *concreto*, el dato de la ---rienda al dato valorativo práctico de la razón, y en consecuencia, la fenomenología jurídica, que capta los acontecimientos de la vida social modificativos del Derecho, debe ser, yusfilosóficamente considerada, la ciencia del punto de partida.

De la misma manera que en las ciencias de la naturaleza y en las ciencias especulativas puras el canon metodológico supremo viene representado por el principio de no-contradicción, también las ciencias axiológicas se mueven exclusivamente en el campo delimitado por una antítesis:

⁴ Vid. *MERCIER, Psicología, edición española de Gallach Palés, Madrid, 1940, III, págs. 43 ss.*

justo-injusto, amigo-enemigo, bello-feo; (derecho), (política), (estética) ⁽⁵⁾.

En la ciencia jurídica la conducta injusta es conocida racionalmente aplicando el principio de no-contradicción. Cuando un acto humano contradice la esencia de su propia finalidad es injusto, porque, al ser contradictorio consigo mismo, tiende a destruir o negar la tendencia de su Actividad. Ya Kant lo puso de manifiesto ⁽⁶⁾ indicando, incluso con algún ejemplo, el procedimiento de su realización. A pesar de todo, no cabe menos de reconocer que este medio racional de obtener una valoración ética de la conducta llega con gran retraso en relación a lo que sucede con la *intuición jurídica*, esa enigmática voz interior que no calla jamás.

El saber jurídico intuitivo, por su naturaleza subjetivo y suficiente, excluye todo carácter científico, ya que cuando el conocimiento individual basta, por sí solo, para resolver los problemas de la vida, la ciencia no existe, pues ésta es, antes de nada, una empresa social.

La ciencia jurídica se circunscribe, pues, a los otros tres datos. Por eso, ateniéndonos nada más a ellos, procederemos a investigar la génesis ¿del conocimiento técnico del Derecho. Interesa para esto analizar los objetos como son en sí y las relaciones de dependencia que los ligan, en las cuales, como anticipamos, toda tarea científica radica.

3. Los objetos del conocimiento jurídico están constituidos por el sistema yustapositivo y por el conjunto de hechos reales que de alguna manera se le oponen; esto es, dicho de otro modo, por las leyes y las reacciones que provocan; a saber, se estudia cada ley y simultáneamente las vicisitudes de su vida práctica. Por su parte, la deontología jurídica ¿contribuye al estudio científico del Derecho indicando el tipo ideal a que debe plegarse, limitándolo negativamente y sirviéndole de meta ideal.

El Derecho positivo, como objeto del conocimiento, proporciona, aisladamente, los diversos hechos normativos de que se compone y una concepción precientífica procedente de su sistemática. Más valiosa es a este respecto la investigación de cómo es vivido, que sólo la fenomenología puede aportar.

Cuando alguien se propone realizar en torno a cualquier ordenamiento jurídico una labor científica y previamente a esto afronta un análisis del objeto, se encuentra con que éste es sólo una ingente suma de preceptos más o menos concretos en los cuales se dan soluciones coactivas para cuando falle la vida jurídica normal: Un retroceso histórico nos situará cada vez más cerca de la solución práctica desnuda, es decir, más próxima a la realidad y menos abstracta. Sea como quiera, la legislación no teoriza—aunque desenvuelve teorías—, mientras que la ciencia, por el contrario/trata de reducir la realidad a la fórmula que con mayor sencillez la interprete. El ideal científico se verifica cuando con una relación muy simple se da explicación universal a los hechos todos que se producen. El instrumento que se utiliza para este fin es la *teoría*. La teoría es un intento de señalar-una causa común y sola a una multiplicidad de fenómenos; es decir, la tendencia a una ley.

Cuando la experiencia enseña algún efecto que, desde el espacio de causalidad de una teoría, resulta inexplicable, perteneciendo al cuerpo de fenómenos que deben integrarla, entonces, al

⁵ Vid. CARL SCHMITT, *El concepto de lo político, en. Estudios Políticos, edición española de J. Conde.*

⁶ KANT, *Crítica de la razón, práctica, Cap. I, VIII, 1 (Ed. Biblioteca Clásica Universal, Argentina), págs. 55 ss.*

ser incompleta; es inexacta y en seguida se la substituirá.

En las ciencias físico-naturales este continuo acercamiento a la realidad viene impuesto por nuevos hechos o fenómenos o por alguna relación ignorada o no tenida en cuenta; en el Derecho, además, se une a esto la contingencia de su aplicación. Como la vida del Derecho está condicionada en sumo grado por el sistema espacio-tiempo, ha de vivir las incidencias de la vida social, complicándose o simplificándose a tenor de su ritmo.

Resulta así que la estática del conocimiento no concuerda con el fijo constante de la realidad, de donde es necesario, para restablecer este equilibrio, construir un sistema de conceptos jurídicos abierto y elástico que, en su relatividad, permita acompañar este doble ritmo. Esto impone profesar una concepción evolutiva del Derecho.

Por todo ello, uno de los problemas fundamentales de la Epistemología jurídica es la determinación modal de cómo los conceptos jurídicos se forman, lo cual equivale a ahondar en su esencia y sirve, consiguientemente, como medida de su valor práctico.

En general, el concepto o idea de una cosa es el tipo abstracto que permite una representación universal de ella. El concepto supone, pues, la abstracción efectuada sobre un ente. Ahora bien, todo esto guarda estrecha relación con los objetos del conocimiento, por lo cual el conocimiento jurídico presenta una condición peculiar. Mientras en otras ciencias los conceptos se integran por inducción, es decir, por análisis de los elementos constitutivos, en el Derecho, diversamente, se forman por delimitación y definición. O sea, el concepto está aquí condicionado no por los elementos constitutivos del objeto, relativos e imprecisables, sino por la valoración de los hechos que fueron su causa y por la determinación de los efectos a que da lugar. La definición, pues, sigue a la delimitación de los efectos peculiares de un concepto en contraste con otros que los producen diferentes.

Hay aquí una profunda diferencia con las ciencias físicas. En éstas, debido al carácter real de sus objetos cognoscitivos, a su permanencia y a su descomposición experimental, el hombre de ciencia puede ir aproximándose cada vez más a la meta de su análisis. En la ciencia jurídica, por el contrario, si bien la ecuación entre objeto y concepto se rompe, reduciéndose a unidad, la mutación del concepto está en razón de su eficacia, la cual, dependiente de la ordenación positiva y, sobre todo, de los factores fenomenológicos, tan cambiantes, resulta una medida variable, de donde los conceptos jurídicos son de naturaleza evolutiva: siguen el rito de la realidad. Estas mismas cualidades hacen necesaria la definición.

Científicamente consiste la definición en delimitar el alcance de un concepto. En las disciplinas formales, sin embargo, y análogamente en Derecho, el concepto definido se crea. A la razón pura el Derecho se ofrece únicamente como una serie de imperativos éticos enunciados. Cuando el ordenamiento positivo trata de articular un sistema de sanciones a la infracción de estas normas, va individualizando y definiendo, pero las partes de la definición permanecen dispersas y escondidas en el conjunto. La labor del jurista consiste, por eso, en operando sobre los hechos positivos, armonizar los elementos afines para llegar, después, por el camino de la abstracción etiológica, a obtener una fórmula teórica que regule los hechos concretos.

Cada abstracción teórica, sin embargo, desprende los conceptos de la realidad a que son aplicables. Se puede explicar así la compatibilidad lógica de dos teorías *distintas* (en realidad no cabe adecuadamente decir contrarias) explicativas de un mismo fenómeno. Realmente, la oposición de dos o más nociones abstractas no implica, como valiosamente lo ha puesto en claro

la geometría moderna (⁷). Aquí como allí, la invalidación absoluta de una teoría sólo se produce cuando su desenvolvimiento lógico llega a infringir el principio de no-contradicción.

Pero hay una diferencia importante entre la ciencia jurídica y la matemática en este terreno. Los postulados matemáticos valen en sí y por sí con la única limitación de que su desarrollo deductivo no lleve a contradicción. Fuera de esto nada importa, es decir, cae fuera del campo de la matemática, la importancia práctica de sus aplicaciones. Por el contrario, en el Derecho no cabe separar la práctica de la teoría. El Derecho no es práctica, sino teoría que trata de realizarse. Precisamente por eso la única medida, además del principio de no-contradicción, de que puede valerse la ciencia jurídica para dilucidar sobre la preferencia de dos principios teóricos explicativos es la fecundidad de sus aplicaciones prácticas.

4. Dentro del Derecho procesal es fácil poner de manifiesto estas aseveraciones. En el dintel mismo de esta disciplina nos encontramos ya con la serie de postulados que tratan de componer la noción de proceso. La observación experimental enseña a caracterizar el proceso como una serie de actos, y en esto, naturalmente, todos los autores marchan de acuerdo. Pero, inmediatamente, en cuanto hay que determinar el objeto del proceso, y su naturaleza jurídica, y la esencia de los constitutivos fundamentales, entonces ya, inadvertidamente, se pasa al mundo de los postulados; se deja una premisa sobrentendida y se deducen conclusiones de ella; muchas veces queriendo dar por inconcuso *lo que sólo es consecuencia ¡de un supuesto!*

En la estipulación de los postulados procesales se pueden observar dos tendencias implícitas: una *apriorista*, que trata de deducirlos del concepto de Derecho, y otra *inductiva*, que los alcanza por vía experimental. Así, cuando se dice, v. gr., que el proceso tiene por objeto la realización del Derecho objetivo o bien la del Derecho subjetivo re formula, en realidad, no lo que el proceso trata de hacer en la práctica, sino lo que debiera hacer. Y aun esto no se plantea íntegramente sin fundir las dos tesis. En cambio, cuando se dice que el objeto del proceso está en una controversia, un conflicto de intereses o la actuación de una pretensión, se atiende a lo que el proceso verdaderamente hace (o a lo que se cree que hace, diríamos mejor).

He aquí, pues, diversas opiniones contrapuestas, muchas de las cuales son difícilmente atacables desde su punto de vista. Cada una tiene un positivo valor y constituyen indudablemente aportaciones evidentes a la ciencia jurídico-procesal. Pero, como todas las elaboraciones teóricas, su validez es provisional. Aun en las ciencias experimentales, mucho más en las ciencias del espíritu, las teorías generales se suceden sin interrupción. Cualquier concepto teórico de aplicación universal dura cuanto la estática de los fenómenos, aunque sirve de paso a otro más comprensivo, y, por ello, no ha sido inútil. El curso de aproximación a la verdad es continuo y el proceso de superación inagotable. Sin embargo, el Derecho presenta una ventaja con relación a las demás ciencias. El carácter tridimensional del conocimiento jurídico le confiere una especial garantía de estabilidad. Los elementos deontológicos fundamentales del Derecho son inmutables, y aun, entre la fenomenología y la ontología jurídicas, se despliega la política del Derecho, orientándolas hacia la deontología con una base científica indudable. Por esto, cualquier institución jurídica debe estar emplazada en toda la extensión comprendida desde la perspectiva de esas tres dimensiones. Una, la fenomenológica, es inasequible sin la cooperación del Derecho procesal.

5. Hasta el presente la Filosofía del Derecho se hizo casi de modo exclusivo teniendo a la vista nada más las conclusiones científicas a que se había llegado en el campo del Derecho material.

⁷ Vid. BONOLA, *Geometrías no euclidianas*, Madrid. 1924.

Cuando algún problema procesal se presentaba, los datos, para resolverlo los pedía el filósofo al civilista. Era inevitable, con un criterio tan estrecho, llegar a conclusiones científicas de poca solidez. Hoy ya el centro de gravedad del Derecho parece cambiar de dirección. El filósofo del Derecho concede atención creciente a las cuestiones de índole procesal tal y como se las ofrece el procesalista. Todavía es poco, sin embargo, cuando todo el universo jurídico-positivo gravita casi por entero sobre el Derecho procesal. El Derecho material vive tan en el mundo de lo abstracto que no ha tenido tiempo aún de reflexionar sobre sí mismo y desconoce su propia limitación. El día que se analice críticamente se verá depender en un todo de una realidad, a la que tiene que aplicarse y que sólo a través del proceso la alcanza. Entonces comprenderán sus cultivadores que todo cuanto se construya desvinculado de la realidad, conseguida, preferentemente, a través del proceso, es una construcción vacía.

Debe cesar, pues, en primer lugar, el divorcio de la ciencia procesal y la Filosofía del Derecho, que parece que sólo consentían la relación por intermediarios. Y en segundo, la caracterización del Derecho procesal como el Derecho *adjetivo*. Si el orden jurídico- es un sistema de protección, lo que interesa más en él es la protección misma. Pero, además, las normas materiales, como Derecho positivo, son unidades vacías hasta que la decisión judicial no las actúa. Por tanto, es el Derecho material el verdadero Derecho adjetivo. No está construido el proceso como accidente, sino como substancia. La más importante de las tareas jurídicas es mantener el orden social, y para eso únicamente es esencial el proceso. Con él, la norma puede ser creada.

Por todas estas razones se hace aquí teoría procesal desde la Filosofía del Derecho y se intenta la Filosofía del Derecho desde el Derecho procesal.

II EL DERECHO SUBJETIVO

Si se quiere ahondar en el estudio de los fenómenos procesales es necesario partir del concepto de Derecho subjetivo, porque los de pretensión y acción o lo suponen o lo llevan implícito.

Con el doble fin de fundamentar filosóficamente y de llegar a un acuerdo con el lector en la terminología, se tomarán puntos de referencia histórico-doctrinales como antecedente y contraste de nuestra exposición.

a) Historia de la dogmática.

1. La teorización del Derecho en torno a sus manifestaciones subjetivas se debe a la pandectística germana. Ni el romanismo postclasico pretendió elaborar un sistema ni lo hizo el Derecho eclesiástico medieval o renacentista, por más que reivindicara con toda energía la inmanencia de los derechos fundamentales, siguiendo la enseñanza cristiana. La "potestas legitima" de los teólogos y canonistas expresa, sin embargo, un criterio al que tiende la evolución moderna. Y aun más acabado y preciso era el que formulaba De Lugo: "Ius est prelatio moralis ad dsum reí fundata in peculiari conexione cum ipsa re" ⁽⁸⁾. Acaso por esta claridad de juicio prescindiera de teorizar. Lo cierto es que desde Savigny quedó el derecho subjetivo unido a la relación jurídica, cuyo esclarecimiento postulaba un análisis de aquél. Su concepción era muy simple: "El derecho — afirma —, considerado en la vida real, abrazando y penetrando por todos lados nuestro ser, nos aparece como un poder del individuo. En los límites de ese poder reina la voluntad del individuo, y reina con el consentimiento de todos. A tal poder o facultad lo llamamos nosotros derechos y algunos derecho en sentido subjetivo."

"Cada relación de derecho nos aparece como relación de persona a persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna a cada individuo un dominio en donde su voluntad reina independientemente de toda, voluntad extraña." ⁽⁹⁾.

2. Sin suponer una desviación importante, y aplicando en concreto principios de la filosofía hegeliana, veía Windscheid "(ios aspectos en el derecho como facultad:

1) Derecho a una conducta determinada, acción u omisión, de las, personas que se encuentran frente al titular o de una sola. El ordenamiento jurídico (Derecho objetivo) en relación a un hecho concreto ha preceptuado cierto modo de proceder, dejando este precepto al arbitrio, de aquel a cuyo favor se ha emitido. Con esto le permite valerse o no de la disposición y, en particular, poner o no en marcha los medios coactivos que le garantiza el ordenamiento jurídico contra el obstinado. Y por este motivo, sólo de su voluntad depende que actúe el imperativo de la norma. Esta, transmitiendo su autoridad al destinatario, transforma su poder imperativo en la voluntad de él. El Derecho se convierte así en su derecho.

⁸ *De iustitia et iure. I, i, s. 1. nn. 3 y 14.*

⁹ *Sistema de Derecho Romano actual, ed. espñ, (MESÍA-POLEY) I, págs. 25 y 223.*

2) El vocablo "derecho" se usa en otro sentido cuando se dice, p. e., que el propietario tiene» derecho a la enajenación de la cosa, o el acreedor lo tiene a la cesión de su crédito o el contratante a. la rescisión o a la revocación. En estos y otros ejemplos similares, con la palabra derecho se entiende que la voluntad del titular es decisiva para el nacimiento de los derechos anteriormente considerados o para la extinción o modificación de los ya nacidos. Al titular se atribuye un poder decisivo no sólo para la actuación, sino incluso para la existencia de los mandatos del orden jurídico.

Las dos especies de derechos subjetivos se comprenden en esta definición: derecho es una potestad o señorío de la voluntad otorgado por el ordenamiento jurídico.

Que asegure al titular el ordenamiento medios coactivos para actuar la potestad concedida, no atañe al concepto del derecho ⁽¹⁰⁾.-

3. Bien pronto la teoría voluntarista fue blanco de contradicción. Von Ihering, aun partiendo de una concepción análoga del Derecho objetivo, alcanzaba consecuencias enteramente dispares."No se puede considerar —dice— la esencia del derecho objetivo bajo una forma más concisa y perceptible que afirmándolo como la voluntad general. En efecto pertenece a la esencia del derecho la posibilidad de realizar su fin, sea cualquiera. Es preciso para esto que esté el derecho dotado de poder. Y la base de tal poder no es otra que la voluntad...

"Esta definición (a partir de la voluntad) expresa exactamente el carácter positivo y real del derecho, único elemento que interesa hacer resaltar desde este punto de vista. Pero con él no se puede pretender una exactitud rigurosa, pues falta realmente precisar el contenido de esa voluntad..." Al afirmar que la voluntad es la esencia del derecho subjetivo,"¿se quiere realmente decir que el derecho del individuo debe permanecer en relación con la voluntad general de tal modo que no pueda ejercitarse la voluntad individual sino cuando esté protegida por la voluntad colectiva? Esto es completamente cierto. Pero sólo cuando esa relación de igualdad exista entre la voluntad general y la voluntad individual, la primera comunicará su poder a la segunda y el derecho objetivo se hará subjetivo... En este sentido se puede decir que el derecho es... un fragmento de la norma que, vivo y concreto, encarna en una persona privada. Pero es muy distinto colocar la esencia del derecho subjetivo en la voluntad individual... Para esta teoría la voluntad es el objetivo final de todo derecho; capacidad jurídica y capacidad de querer se hacen términos equivalentes; el derecho aparece como un fragmento circunscrito de la substancia de la voluntad. Los tipos jurídicos abstractos establecidos por la ley: los principios de la propiedad, obligaciones, etc., no son algo concreto y vivo sino cuando la voluntad individual los llena, los anima, imponiéndose sobre la cosa...

Si la voluntad es el objeto del derecho, ¿qué sería de los derechos conferidos a personas carentes de voluntad?... Si la personalidad y la capacidad jurídica son cosas idénticas a la capacidad de querer, ¿por"qué todas las legislaciones de la tierra... no solamente reconocen y protegen el lado puramente humano de la personalidad de los incapaces..., sino que también le reconocen, excepto débiles atenuaciones, la misma capacidad patrimonial que a las personas capaces de voluntad? ^Responder que la ley. protege su futura capacidad de querer... no sería más que una triste e insostenible escapatoria. Haciendo abstracción de casos eit que tal hipótesis resultaría una pura fiaron, p. e., en un imbécil o un loco incurable, esta consideración del advenimiento futuro de su capacidad de querer podría justificar la protección concedida a la nuda personalidad, pero no la adquisición de derechos patrimoniales concretos, p. e., una herencia... También si el fin del

¹⁰ *Diritto delle Pandette*, ed. FADDA-BENSA, págs. 169 ss.

derecho reside en la voluntad, toda convención que no contuviese nada inmoral o ilícito debiera ser jurídicamente obligatoria..., de donde resultaría que una convención imponiendo a una parte restricciones que no tuvieran utilidad para la otra, p. e., prohibición de enajenar o de ejercer determinada profesión, sería perfectamente válida...” Y Ihering concluye afirmando que tal sistema conduce al absurdo, al suicidio de la libertad. Y expone a continuación su propia teoría.

4. “Dos elementos —prosigue— forman la esencia del derecho: uno *substancial*, donde radica el fin práctico del derecho, y otro *formal*, que se relaciona con este fin únicamente como medio, a saber, la protección del derecho, la *acción en juicio*. Aquél es el fruto del cual es éste la certeza protectora. El primero crea por sí mismo más que un estado de hecho, de utilidad o de disfrute (interés fáctico) que podría el primero que se presente, teniendo medios para hacerlo, obstaculizar o destruir impunemente. Esta situación no será menos precaria o menos inestable hasta que la ley le conceda su protección. Entonces el disfrute o la expectativa de disfrute estarán asegurados llegando a ser derecho. La seguridad jurídica del disfrute es la base del principio del derecho. De donde —termina— los *derechos son intereses jurídicamente protegidos.*” (11).

5. Windscheid comprendió plenamente la fuerza de tales objeciones e imprimiendo a su criterio una ligera modificación se colocaba en una actitud más firme. Primero alegaba contra Ihering que no es el interés la esencia del derecho, sino la decisión del ordenamiento jurídico de protegerlo. Después (última edición de sus Pandectas) proclamaba que la voluntad determinante de los derechos subjetivos de la primera clase, no es la del titular sino la del orden jurídico.

De todas suertes los argumentos blandidos contra él eran rotundamente decisivos y, en su forma pura, la teoría de la voluntad no volvió a mantenerse. — 33 —

6. Tampoco Ihering permaneció mucho tiempo sin impugnadores. Era evidente que definía el derecho subjetivo partiendo de un elemento externo, y, por tanto, aun admitiendo el interés como requisito consubstancial, la mutua relación entre las dos ideas hacía reaparecer el mismo problema: *¿en que radicaba ese derecho al interés?* Después de tantas disquisiciones se dejaban las cosas en el estado primitivo.

“Tres objeciones fundamentales pueden formularse contra la teoría de Von Ihering; la primera que el derecho subjetivo... no se confunde con el interés; la segunda que la protección jurídica... no es un elemento constitutivo sino accidental del derecho subjetivo, y la tercera que deja sin solución el problema del derecho...”

“El interés puede concebirse objetiva o subjetivamente. Desde el punto de vista objetivo, el interés es un bien, es decir una cosa material o inmaterial que sirve para la satisfacción de alguna necesidad humana. Si el interés se entiende en este sentido... la definición de Von Ihering es evidentemente falsa, porque en tal caso el interés es el objeto del derecho, no el derecho mismo... Si entendemos el interés desde el punto de vista subjetivo viene entonces a ser un acto psicológico, un estado de la conciencia humana que requiere la existencia de un sujeto consciente de ese interés; pero, en este caso, Von Ihering cae en una objeción análoga a la formulada por él mismo contra la teoría de la voluntad... habría que declarar que... (los seres no conscientes de ese interés) no son sujetos de derecho.” (12).

Estas alegaciones pueden ratificarse a no ser cuando M. Cervantes sostiene que la acción es

¹¹ IHERING, *L'Esprit du Droit Romain*, trad. de O. DE MEULENAERE, IV, - paginas 317 ss.

¹² CERVANTES, *Historia y naturaleza de la persona jurídica*, México, 1933, páginas 52 ss.

elemento accidental del derecho subjetivo.

También, como Windscheid, Ihering logró una posición más refinada con posterioridad, llegando a un análisis más sutil de la situación dei favorecido por la norma. ⁽¹³⁾.

7. Compendiando estas dos fórmulas, que acertaran a traducir el aspecto exterior del derecho subjetivo, se manifestaron sinnúmero de tratadistas llevados del eclecticismo. Rosin, Karlowa y Bernatzik fueron los iniciadores de esta dirección, cuyo más fundado desenvolvimiento se debe a Jellinek y a Michoud. Este define el derecho subjetivo como: "El interés de un hombre o de un grupo de hombres, jurídicamente protegido por medio del poder reconocido a una voluntad de representarlo y defenderlo." Jellinek, que había concedido preponderancia primero a la noción de interés, la transpuso posteriormente, dando predominio al elemento volitivo diciendo: el derecho subjetivo es un *poder de querer proyectado sobre un bien o interés*.

Defendiendo esta postura se suele proclamar que hay una parte de verdad en cada una de las doctrinas de la voluntad y del interés. Aquélla, porque la protección legal tiene un titular ostensible, en cuya voluntad o en la de un representante reside un poder de actuaría. La teoría del interés, porquería protección jurídica es concreta, implicando por esencia un objeto. A su vez separadas incurren en inexactitud En efecto no se protege la voluntad abstracta, sino la imperación volitiva, que siempre tiene un contenido externo, pues no se puede querer sin querer algo; contra la teoría voluntarista, que no comprende al definir el elemento objetivo. Ni tampoco basta la protección legal de un interés para constituir un derecho subjetivo mientras no se dé una voluntad que tenga poder para exigirlo. Así, existen intereses jurídicamente protegidos que no son derechos subjetivos, como Ihering mismo reconoció.

La teoría ecléctica es en España la mejor acogida. Y así, ultimando el análisis de los elementos integrantes, ha definido Castán: "El derecho subjetivo es la facultad de obrar válidamente, dentro de ciertos límites, y de exigir de los demás, por un medio coactivo, en la medida de lo posible, el comportamiento correspondiente, otorgada por el ordenamiento jurídico a un sujeto de voluntad capaz o de voluntad suplida por la representación, para la satisfacción de sus fines o intereses."

Si ni la voluntad, ni el interés concretan la esencia del derecho subjetivo es evidente que su mera yuxtaposición no puede completar su fisonomía porque al faltarles la peculiaridad constitutiva, les falta también su cualidad de partes de la esencia, necesaria para que su agrupación pudiera cumplirla ⁽¹⁴⁾.

8. Parecidamente se muestran asimismo eclécticos los seguidores de la teoría del poder jurídico del interés, entre los que se puede contar a Regelsberger, Coviello, Saleilles, Haurion y Tavares. El tratadista portugués sostiene que confluyen en el derecho subjetivo tres elementos: 1º) un *interés* estimado de tal importancia para la realización del fin social, que protegerlo se considera

¹³ IHERING. *Ziweck im Recht*, 3ª ed. I, págs. 443 ss.

¹⁴ ROSIN, *Annalen des deutschen Roichs*, 1883, págs. 286 ss.; KAWLOWA, *Grünhut's Zeitschrijt*, t. XV (1888), págs. 381 ss.; Bernatzik, en *Arckiv. für öffentl. Recht*, 1890, t. V, págs. 169 ss.; JELLINECK, *System der subjektiven ocffentlichen Rochte*, 1919. págs. 34 ss.; MICHLOUD, *La théorie de la personnalité inórate*, 1906, I, págs. 99 ss.; CASTÁN, *El concepto del Derecho subjetivo*, en *RD'Prv. Junio 1940*, página 130; cfr. MEURER, *Begriff u. Eigenthv.em-cr dcr hcil. Sachen*, páº. 36 nota; cfr. BINDING, *Die Normen und ihrc Ui bcrtrctiing*, I, pág. 154.

imprescindible; 2º) su *garantía* judicial (acción), y 3º) el *poder* conferido de utilizarlo.

Para demostrar su tesis supone como misión del Derecho la constitución o desenvolvimiento de relaciones de intereses, que la ley adecuadamente regula. Y si el fin remoto de toda relación está en las cosas, acciones u omisiones, el objeto inmediato es la situación especial de los sujetos, por cuya virtud unos pueden exigir algo y otros deben prestarlo u omitirlo. De donde su concepto del derecho subjetivo se fija como *interés moral o material garantizado por la ley, que reconoce al titular el poder de practicar los actos necesarios para realizarlo* ⁽¹⁵⁾.

9. Un paso todavía más enérgico en la afirmación del derecho subjetivo como poder lo da Carnelutti, para quien consiste en *la libertad o facultad de mandar para tutelar un interés propio*. El, rechazando decididamente la conceptualización del derecho subjetivo como un “agere licere”, indica una faceta muy interesante, pagada por alto. “Si para que surja la obligación es necesario un mandato, hay que reconocer que la obligación procede del ejercicio del derecho subjetivo, no de la concesión”...”Todo el mundo está obligado sin más, a no privarme de la vida o de la libertad (de movimiento), mientras que a no coger mis cosas o a no entrar en mi casa sólo se queda obligado sí yo quiero que no cojan mis cosas ni entren en mi casa.” ⁽¹⁶⁾.

10. Pero la más seductora ideología dentro de la dirección ecléctica parece la del naturalismo jurídico positivo, profesada por el jurista mexicano Manuel Cervantes. Considera su autor que todo fenómeno jurídico se descompone en tres partes: un sujeto, un objeto y una relación jurídica. El derecho no es o está en el sujeto, tampoco en el objeto; luego tiene que ser o estar en la relación jurídica; luego no puede consistir en un acto de voluntad, ni en un interés, sino en una relación. Ahora bien: ¿una relación de qué clase? Las necesidades de la vida ponen al hombre en contacto con el mundo exterior tanto físico como social. Pero estas relaciones son, por sí mismas, de carácter económico, suponen, nada más, un hecho, porque pueden producirse fuera del imperio de la Norma. Para que asuman un carácter jurídico se necesita que la satisfacción de las necesidades de cada individuo se verifique armónicamente con la de los demás. Sin esta satisfacción armónica, la vida social es imposible, pues sólo algunos satisfacerían sus necesidades en detrimento de los otros. El derecho subjetivo se presenta, pues, como una relación que permite a todo individuo satisfacer sus necesidades armónicamente con los demás hombres. En efecto, el derecho subjetivo reconoce siempre al individuo algo como suyo, de donde su estructura substancial no es ni puede ser otra cosa que una relación de pertenencia. Explicando un poco más; Hay un derecho subjetivo realizado y un derecho subjetivo en potencia. Es éste la posibilidad jurídica de ser titular de derechos. Una persona que carezca en concreto del derecho de propiedad, no por eso carece del de ser propietario. Su derecho no está realizado, pero permanece en el individuo potencial y abstracto. Los derechos de esta categoría son los derechos subjetivos por excelencia; su conjunto constituye la capacidad jurídica; son inherentes a la persona, inalienables y substancialmente inmutables. El Derecho objetivo no puede negarlos con carácter general, porque son supuestos de la vida. Si, como con la esclavitud antigua, los

¹⁵ REGEL.SBERGER, *Pandekten*, 1893, I, págs. 76 ss.; SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 1922, pág. 540; HAURIOU, *Principes de droit public*, págs. 32 ss.; COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, 4ª ed. pág. 18; TAVARES, *Os princípios fundamentais do direito civil*, 2ª ed., I, pág. 211 ; cfr. RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, 6ª ed., I, pág. 192; FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, 1903, página 117.

¹⁶ *Teoría general del Derecho*, ed. espñ., págs. 180 ss. Diversamente en *Sistema del Diritto processuale civile*, I, pág. 26.

atropella, la medida no puede generalizarse; afectará sólo a una parte de la población. Si por consiguiente el Derecho positivo no puede menos de reconocerlos, es evidente que los derechos subjetivos, son por su esencia Derecho natural. Por su parte, el Derecho objetivo, surge del roce de los derechos individuales en el seno de la sociedad, porque nace automáticamente con el ejercicio de los derechos subjetivos. Y siendo el Derecho objetivo relación de coexistencia de los derechos subjetivos, "el derecho subjetivo, en último análisis no es más que una relación de pertenencia delimitada por el derecho objetivo".

Esta doctrina, sencillamente formulada y tan a lo clásico expuesta, llega a un resultado muy distinto de todas las demás y, aunque dentro del mismo sistema de mezclar el Derecho Natural y el Positivo, supone gran progreso. Sólo por armonizar el sujeto y el objeto del derecho se ha colocado entre las eclécticas, aunque desde luego las separa un abismo: M. Cervantes está resonando la voz de los grandes teólogos españoles del Siglo de Oro ⁽¹⁷⁾.

11. Otra construcción independiente, pero también enmarcable entre las eclécticas, y que desde el punto de vista español no debe ser omitida, es la de Del Vecchio. Parte del carácter imperativo de la norma jurídica que implica para la capacidad de obrar de cada sujeto una prohibición y ciertos modos posibles de comportamiento. De aquí que se produzcan en el mundo jurídico actos imposibles y otros posibles por estar confirmados por el Derecho. Estos constituyen la **potestad jurídica** del sujeto, la cual, en cualquier momento que se considere, ofrecerá infaliblemente un poder de obrar que no puede ser impedido sin que a tal impedimento se oponga-la serie de imperativos que circunscriben la actividad del primer sujeto. Por esto, la actividad de un sujeto, en cuanto está' limitada jurídicamente, en otro tanto está protegida. De donde en el derecho subjetivo se hallan dos elementos: uno interno, **la posibilidad de hacer y de querer dentro del imperativo de la norma, y otro externo, constituido por la imposibilidad de impedimento ajeno**, del que deriva la posibilidad de reacción, mediante la cual existe una facultad de exigir a los demás el respeto. Esta exigencia subjetiva de respeto, que constituye la **pretensión**, es inmanente a todo derecho, aunque al principio sólo exista en potencia: se afirma de modo efectivo con la violación de una legítima facultad. Reunidos estos diversos elementos, define Del Vecchio el derecho subjetivo como: la facultad de querer y de pretender atribuida a un sujeto, a la cual corresponde una obligación por parte de otros ⁽¹⁸⁾.

12. La multitud abigarrada de doctrinas que, sin lograr caracterizarlo unitariamente, pretendía elaborar el concepto de derecho subjetivo era natural que condujera en último término al escepticismo. Y así sucedió. Atrevidamente, y fiel a su propósito de anular todo dualismo jurídico, rechazó Kelsen este concepto, que "instala en la base del sistema (jurídico) una contradicción fundamental, pues afirma que el Derecho —en sentido objetivo— es norma, complejo de normas, es decir, orden, y al mismo tiempo lo considera —en sentido subjetivo— como una entidad completamente distinta, como algo que no puede comprenderse bajo la misma categoría que aquél: **interés o voluntad**". Según Kelsen, la finalidad de esta separación es hacer de la propiedad privada una institución transcendente y apriorística en relación al Derecho objetivo. En cuanto a la esencia del derecho subjetivo, Kelsen impugna tanto la teoría del interés como la de la voluntad. Puede existir derecho sin que exista interés —afirma— y además la existencia del derecho subjetivo sólo puede acreditarla el Derecho objetivo. Ihering no hizo más que **subjetivizar** la libertad que concede el derecho objetivo **natural**. "En la teoría de la voluntad

¹⁷ CERVANTES, *op. cit.*, págs. 131 ss.

¹⁸ DEL VECCHIO, *El concepto del Derecho*, ed. espñ., págs. 95 ss.

es particularmente visible la tendencia que impulsa al concepto de derecho subjetivo hacia su propia destrucción. Cuando dicha doctrina declara que el derecho subjetivo es un poder de querer, un poder de voluntad jurídicamente garantizado, tiene presentes varios hechos harto diferentes unos de otros. La voluntad jurídicamente protegida, declarada "derecho subjetivo", dirígese, ora a la propia conducta del sujeto de dicha voluntad, ora a la conducta de otro sujeto"... "La diversidad de elementos que se comprenden bajo el concepto de derecho subjetivo acaba por hacerlo inutilizable."

Desde luego hay que reconocer que si Kelsen, después de muchos intentos, encuentra contra Windscheid algún argumento utilizable, no tiene ninguno contra Ihering. Cuando quiere dirigirse contra la teoría del interés no sabe dar ninguna razón decisiva. En cambio es más afortunado en la expresión de su punto de vista. "Toda proposición jurídica tiene que estatuir necesariamente un deber; es posible que además otorgue facultades, derechos subjetivos. Ocurre esto cuando entre las condiciones de la consecuencia jurídica incluye una manifestación de voluntad del perjudicado en sus intereses por el acto jurídico realizado por otro, traducida en la forma de la acción procesal o la querrela. Sólo en esta relación se individualiza la norma jurídica en "facultad" y se convierte en "derecho subjetivo" —como cosa distinta, en éste sentido, del deber— es decir, en el derecho de un sujeto puesto que se pone a la disposición del mismo para que éste defienda su interés". Pero Kelsen niega que en la facultad jurídica haya algo distinto del Derecho objetivo, sino que ve en ella un contenido de la norma. "El derecho subjetivo no es distinto del objetivo, sino el Derecho objetivo mismo en tanto se dirige contra un sujeto concreto (deber) o en tanto se pone a su disposición (facultad)." Termina diciendo que así excluye la posibilidad de todo abuso ideológico (19).

13. Muy cerca le sigue Dugui, pretendiendo asimismo destruir la lógica de los derechos subjetivos, pero sin oponer tampoco ninguna objeción decisiva. He aquí, sucintamente, las bases de su impugnación, según resultan de su *Tratado*. Analiza Duguit en primer término la naturaleza esencial del derecho subjetivo y afirma que no puede ser concebido sino como poder de voluntad que puede imponerse sobre otros, cosa inconcebible sin una intervención sobrenatural, lo que sitúa el problema en un terreno de fe religiosa o metafísico, pero fuera del dominio de la ciencia. Por otra parte si es un poder de voluntad su naturaleza y fundamento, es cuestión insoluble, porque depende del conocimiento de la naturaleza íntima de la voluntad humana, que escapa de toda percepción u observación. Si el derecho subjetivo —prosigue— se considerara como cualidad de la persona, la tesis pudiera admitirse; pero partiendo del Derecho objetivo es absolutamente un imposible lógico. "No se concibe... que la norma jurídica, sea cualquiera el fundamento que se le otorgue, pueda dar a la voluntad de algunos hombres, una cualidad particular que no tengan ellos por naturaleza..." Y el problema del derecho subjetivo se complica más aún en las personas sociales, pues supone la existencia de una voluntad independiente, contra toda experiencia, que acredita que la voluntad colectiva se resuelve en manifestaciones de voluntad individual.

En su obra *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, se limita Duguit a repetir estas afirmaciones, sin añadir un solo argumento de índole jurídica,

¹⁹ KELSEN, *La teoría pura del Derecho*, trad. LEGAZ, pág. 36. Id. *Teoría general del Estado* (Legaz), págs. 72 ss. T. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, págs. 567 y siguientes.

como sería normal en un escritor tan positivo ⁽²⁰⁾.

14. Después de tantas opiniones curtidas y no aceptadas, después, también, de críticas negativistas, era de esperar una labor de reajuste, que permitiera utilizar los nuevos conceptos y desempeñara en la ciencia el papel —necesario para la explicación de los fenómenos jurídicos— que la teoría del derecho subjetivo había representado con anterioridad. El camino iniciado por Duguit es proseguido por Jéze, quien elabora una tesis muy original, que trata de substituir aquella decadente concepción.

Partiendo de una visión del derecho como regulador de competencias obtiene la consecuencia siguiente: "Detrás del acto jurídico hay siempre el poder jurídico, del que el acto no es más que su ejercicio." La consideración de los poderes jurídicos es en el tratadista francés la clave sistemática. Son de dos clases: *generales* o *impersonales*, e *individuales*; los primeros corresponden a todos los individuos que se encuentren en las mismas condiciones de hecho; los de la segunda clase aparecen de una manera particular en favor o en contra de un individuo determinado de manera concreta, por tanto, no por Ley o Reglamento, sino por manifestación de voluntad de un funcionario público, y aun por la de particular no adscrito a servicio público. Paralelamente a los poderes hay situaciones jurídicas de la misma clase y aun de clase distinta. Con frecuencia pueden de un acto jurídico derivarse *varios poderes* y aun *deberes*, y en este caso el individuo se encuentra colocado en *varias* situaciones jurídicas que pueden no ser de la misma naturaleza.

La situación general tiene cuatro caracteres: 1º. generalidad, impersonalidad; 2º. permanencia; 3º. modificabilidad por ley; 4º. irrenunciabilidad general, que proviene del acto jurídico creador, que es una ley o reglamento. Por el carácter de generalidad de estos actos jurídicos la *situación general* es idéntica para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones de hecho; y con razonamiento semejante cabe caracterizar las demás notas.

La situación jurídica individual o subjetiva consta de otros cuatro caracteres, que, por razón de su procedencia, son contrarios, a saber: 1º. particularidad; 2º. temporalidad; 3º. inmutabilidad; 4º. renunciabilidad, derivándose su especial modo de ser de la naturaleza concreta del acto originario.

Por su parte los actos jurídicos se pueden clasificar en varias categorías. 1º. Acto-regla es el que crea una situación jurídica general y análogo poder jurídico. 2º. El acto-unilateral o contractual produce una situación jurídica individual que tiene por objeto dar origen a un *poder* de la misma clase. 3º. Por el acto-condición se atribuye a un individuo un *status* legal, se le coloca en una situación jurídica impersonal, o se hace regular el ejercicio de un poder legal. 4º. Con el acto-jurisdiccional *situaciones jurídicas o hechos* se declaran o acreditan con fuerza de verdad legal.

Estos esfuerzos constructivos hacen añorar la simplicidad de la concepción que vienen a substituir. Resultan terminológicamente poco precisos, confusos en su acepción lógica y desde

²⁰ DUGUIT, *Traite de Droif Constitutionnel*, 1921, I, págs. 3 ss.; 6 ss.; 130 ss.; 200 ss., etc. *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, ed. espñ., págs. 14 ss.; otras fórmulas negativistas en LARENZ, *Rechtsperson u. sub. Recht*, 1935, y en Arch. f. d. Civ. Pr., V, 145, págs. 102 ss.; un sólido estudio en contra en BUECKLING, *Die sytmatischen und geschichtlichen Gyundlagen des sub. Rechts*, 1933, págs. 17 ss., y FERNECK, *Ein Kawpf úni Recht*, 192.7, y él mismo en Op. cit.

un punto de vista jurídico poco fecundos y aseveradores de una concepción apriorística (21).

15. En los últimos tiempos el centro de gravedad del derecho amenaza cambiar de dirección. El Derecho subjetivo como .explicación lógica de fenómenos jurídicos, después de haber descrito su círculo de competencia, lo rompe por su propia fuerza expansiva: Era una pieza artificial no un ente jurídico y, al valorar su fecundidad práctica, suscita objeciones sobre objeciones hasta su propia destrucción.

El derecho romano sin él pudo llegar a una perfección de que los derechos modernos carecen. Por eso no es extraño que del campo romanístico brote hoy alguna voz demandando su superación. Así A. D'Ors escribe: ...”Mientras el Derecho justiniano, y más aún el Derecho de Pandectas fundado en él, constituía un sistema cuyo elemento fundamental era de carácter estático, el derecho subjetivo, en el derecho clásico de Roma el elemento vital, sobre el cual se construye y progresa la elaboración práctica y científica, es un elemento dinámico: la acción.

Hay que volver al Derecho clásico; hay que volver a la acción. Esta consideración dinámica es la única que puede adiestrarnos en estos momentos de inestabilidad jurídica. Porque el concepto del derecho subjetivo es algo que por su contenido fijo está llamado a derrumbarse cuando el sistema jurídico a que pertenece falla, mientras que el concepto de acción es algo vivo, siempre apto para recibir un nuevo contenido, siempre dispuesto a crear un derecho nuevo”... Y en otro lugar, de acuerdo con la mejor doctrina romanística, corrobora:”El Derecho romano debe ser concebido y estudiado como un sistema de acciones” (22).

16. Estas y otras actitudes semejantes significan nada más un retorno a la concepción, interesantísima, del derecho subjetivo identificado con la protección jurídica de un interés que, debido a Thon, no encontró el ambiente favorable que merecería; pero sí la adhesión de alguna mente privilegiada. Tal es el caso de Rarthelemy y de Ferrara.

En el derecho objetivo, que condensa la voluntad colectiva, coexiste, según explica Thon, un doble grado de normas. Las unas expresan *el imperativo ético*, el *deber jurídico*, que tratan de imponer a la voluntad individual. Y las otras no están destinadas a *tratar de imponerse*, sino a imponerse de hecho, a% poner en marcha la coacción.

Cuando un imperativo jurídico se desatiende y una norma jurídica es violada la virtualidad coactiva del derecho se actualiza, es decir, puede ser exigida. Una vez violada la norma y sólo después de violada y en virtud de la violación se individualiza el derecho mediante la presencia de dos realidades nuevas: un *adversario cierto* y una *pretensión jurídica* que puede dirigirse contra él. En esta pretensión de tutela jurídica (Anspruch), que abre la vía judicial y pondrá en marcha los medios jurídicos capaces de restaurar el derecho violado, reside la esencia del derecho subjetivo.

Y sobre esta ecuación establecida entre los dos conceptos, Thon, acertadamente, define:”Poder, otorgado por el ordenamiento jurídico, para realizar las condiciones de efectividad de sus

²¹ JÉZE, *Los principios generales del Derecho Administrativo*, cd. espñ., páginas 34 ss.

²² *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, págs. 21 ss. y 58. El protagonista de esta dirección es BINDER en *Prozess und Recht*. 1927, y *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, 1912. Vid. t. PEKELIS, *Asione*, en *Nuovo Digesto Italiano*; t. BRINZ, *Lehrbuch der Pandecten*, 1884, I, págs. 311 ss. Un detenido estudio de estos dos conceptos en PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, 1939.

imperativos por medio de la protección coactiva que, obligatoriamente, debe ser concedida por los organismos jurisdiccionales” (23).

17. El sentido de las teorías más recientes expresa la tendencia de superar la unilateralidad de las primeras. Muy representativa es a este respecto la tesis de Natoli, quien, esforzando la síntesis, trata de coordinar en un solo concepto casi todos los elementos que han sido objeto de consideración.

El derecho subjetivo, según él, es la posibilidad jurídica de asumir una conducta determinada (en su, sentido y límites) por la norma.

La posibilidad jurídica de asumir una conducta determinada se distingue de la capacidad de obrar. Esta es una cualidad general e indeterminada del sujeto; aquélla, una situación particular y, determinada (compárese con la tesis de M. Cervantes).

El contenido abstracto del derecho subjetivo se puede resolver en actividades concretas, de las cuales, las jurídicamente posibles, son clasificables así: *a*) relativa al goce de los bienes; *b*) a provocar una conducta de otro sujeto titular de una situación pasiva complementaria de obligación; *c*) a modificar la realidad jurídica con respecto a la esfera de acción del agente o de otro sujeto. Por donde el esquema coincide con la clasificación tradicional de los derechos: *a*) a derechos de goce; *b*) derechos de crédito (que, 'en esencia, resultan constituidos por una pretensión); *c*) derechos potestativos o de formación (que resultan constituidos por una facultad de formación). A todas estas categorías es común la facultad de disposición; mas ésta constituye un mero complemento de la situación y no una parte esencial.

Pero, substancialmente, el derecho subjetivo es para Natoli, por tanto, una situación de posibilidad que corresponde al sujeto en virtud de la norma. ¿Pero qué efectos jurídicos produce dicha situación? Como comprobaremos más adelante, ninguno; con lo que el esfuerzo constructivo se viene abajo (24).

18. La teorización científica del derecho procesal moderno no ha olvidado esta orientación ideológica; pero tampoco ha obtenido todos los frutos de su empleo. Es verdad que ha independizado el concepto de acción, que ha llegado a perfilar muy sutilmente el derecho subjetivo, como Chiovenda: "voluntad concreta de ley *subjetivada*, es decir, considerada desde el punto de vista de aquel que puede pedir su actuación"; pero le queda aún restaurar la correlación mutua y subvertir una dependencia irreal por un orden nuevo (25).

²³ THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878; t. NEUNER, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, 1866, pág. 153-4; BARTHÉLEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, 1899, páginas 21 ss. Vid. t. FERRARA, *Tratado di Diritto civile italiano*, 1921, I, páginas 295 ss. Cfr. SCHUPPE, *Begriff der subjektives Recht*, 1887; HOLMES, *Collected Legal Papers*, 1921, págs. 310 ss.; BARBERO, *Il diritto soggettivo*. en *Foro It.*, 1939, f. 21.

²⁴ NATOLI, *Il diritto soggettivo*, 1943.

²⁵ CHIOVENDA., *Instituciones de Derecho procesal civil* (GÓMEZ ORBANEJA), pág. 2. Vid. t. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, 1935; RÉDENTI *Diritto processuale civile*, 1947, págs. 7 ss., y cfr. CICALA, *Rapporto giuridico*, 1940, pág. 15.

b) Nueva investigación del concepto.

1. El propósito de toda construcción teórica en el Derecho tiene que ser una explicación satisfactoria de los fenómenos jurídicos. Una teoría jurídica vale, pues, en la medida que sea *fecunda*, esto es, que explique los fenómenos jurídicos, y *simple*, es decir, que lo haga así mediante la fórmula más sencilla.

El alegato más fundado que se puede dirigir hoy contra la doctrina materialística del Derecho ⁽²⁶⁾ es, precisamente, el haber poblado el mundo jurídico de conceptos de infinita complejidad que, a pesar de todo, son poco fecundos, pues dejan a oscuras y sin justificarlos muchos fenómenos.

Quizá, como ninguna otra, la idea del derecho subjetivo sea causa de esta perturbación, pues, aparte de envolver una inmensa tautología, con fundiendo dos órdenes normativos distintos, asienta sobre un contrasentido evidente todo el sistema de la vigencia del Derecho. No quiere esto decir que el derecho subjetivo no exista, sino únicamente que se ha conceptualizado mal. Por ello acometemos el intento de depurarlo científicamente a la luz de la lógica y de la experiencia jurídicas. Se juntan en este fin dos hechos. Primero, demostrar la infecundidad y contradicción que incurre la doctrina, y después, llevar a cabo su superación. Por un criterio de comodidad y de pedagogía vamos a invertir los términos del dilema, iniciando la investigación con una explicación teórica de los fenómenos jurídicos.

2. Servirá de punto de partida la misma definición del Derecho. A r este respecto es bastante general la opinión que lo concibe como un *orden de libertad compatibilizada*, de modo que pueda servir del previo acuerdo indispensable para comenzar ⁽²⁷⁾.

Para nuestros efectos cualquier definición es útil. Sirve, como ejemplo, la que da Del Vecchio, por su sencillez y claridad: "Derecho es la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determine excluyendo todo impedimento" ⁽²⁸⁾.

Así las cosas, la gran idea rectora del Derecho se muestra ser ésta: dirigir las actividades humanas de manera tal que se desplieguen paralelamente, es decir, que nunca se encuentren aunque se prolonguen. Es necesario retener esta abstracción, porque nos será luego extremadamente útil.

La conducta de las personas abandonadas a sí mismas conduciría al impedimento, al choque de unas con otras y al desorden social. Para evitar que suceda así hay que someter a los sujetos de

²⁶ Llamo así a toda teoría jurídica a espaldas del Derecho procesal.

²⁷ Vid. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 2ª. ed., & C; SPENCER, *Justicia*, & 27; TRENDELENBURG, *Die Definition des Rechts*, en *Kleine Schriften*, Zw. Th., 1871; RÜMELIN, *Eine Definition des Rechts*, en *Reden und Aufsätze*, 1881; STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 2ª. ed., pág. 12; cfr. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, 4ª. ed., I, págs. 86 ss.; HOLLAND, *Elements of Jurisprudence*, 4ª. ed., págs. 6-8 y 41; HOLMES, en *The path Of the Law*, en *Collected*, cit. DUGUIT, *Troité*, cit, p. XVIII; LEGAZ, *Introducción a la ciencia del Derecho*, pág. 161; LEVY-ULLMANN, *La definición del Derecho*, ed. espñ.

²⁸ DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho* (LEGAZ), pág. 283 y *El concepto del Derecho*, cit pág. 148.

Derecho a reglas de actuación que vayan paralelas. Atendiendo a esta necesidad el Derecho se descompone en *normas*. La norma es, por ello, un límite de la libertad personal y una dirección que se puede seguir sin tropiezo.

En general, cuando las disposiciones de la norma se acatan —más adelante veremos que aun entonces no sucede siempre— la conducta de la persona no se encuentra embarazada o interrumpida por otra. Pero, cuando se sale de los límites de la norma se encuentra, casi siempre, este embarazo o interrupción.

Aquella conducta que, desviándose de las prescripciones del Derecho, causa daño al prójimo, se dice que es *injusta*. Como la injusticia generalizada destruye la Sociedad, el Derecho intenta impedirla. Persigue, pues, como primer objetivo, distribuir las actividades humanas dentro de la Justicia, de tal manera que no se impidan mutuamente.

Ahora bien, no se trata sólo de distribuir armónicamente las acciones de las personas mediante normas obligatorias. Si las normas se pueden dejar de cumplir y en algún caso no se cumplen, como su infracción tiende a generalizarse ⁽²⁹⁾, no basta con que haya normas: es necesario, además, que sean coercibles, o sea, que se puedan hacer cumplir o que se puedan reparar los efectos perturbadores que producen. Esta distribución obligatoria y esta coercibilidad son facultades esenciales de las normas jurídicas.

3. Sabemos que el Derecho es, ante todo, un sistema de distribución de conductas. Sin embargo esta fórmula es un poco imprecisa, porque las conductas, de por sí, no pueden producir interrupción si no es con relación a un objeto. No es la conducta lo que resulta interrumpido, sino su proyección sobre una cosa del mundo exterior, que tanto puede ser objeto, como sujeto de Derecho. Lo que resulta, por tanto, distribuida es la acción de la persona sobre las cosas del mundo exterior, sean sujetos o sean objetos de Derecho.

4. Según el plan inefable de la Sabiduría Divina el fin último de los hombres se alcanza mediante la vida en comunidad. Lo social es tan imprescindible, por ello, a lo humano que su existencia y desarrollo fuera de este medio no se pueden concebir.

Hay en la naturaleza muchos elementos, indispensables para la vida o para la satisfacción de las necesidades sentidas por la especie, que requieren ser asimilados u otorgados al ser humano como condición de subsistir. Unos están en cantidad limitada, otros profusa e inagotablemente contenidos en la naturaleza. Estos se utilizan de modo espontáneo y no han menester, por su abundancia, un régimen de apropiación o de disfrute.

Los bienes que se encuentran en cantidad limitada y cuya demanda de utilización o de consumo, al ser constante, los extinguiría, tienen que acomodarse a una suerte de erogación o reparto, no sólo para evitar la lucha sobre su dominio, sino, además, para que no se agoten. Si faltara una regla de ordenación distributiva cada persona cuidaría sólo de adjudicarse los bienes libres sin ánimo de renovarlos. Esta es una consecuencia de la solidaridad humana: Para producir, urge tener previamente constituido un fondo de subsistencias, que permita la satisfacción de las necesidades a que el esfuerzo humano no puede simultáneamente atender. Y esto es obra de colaboración, que ha de ser precedida por una racionalización del consumo.

La vida social está, por consiguiente, sometida a la acción de dos postulados: El módulo de

²⁹ *Al agotarse la contención de la amenaza coactiva no hay nada más que se oponga al entuerto y sobrevendría la lucha de **todos contra todos**. Cada infracción insancionada sería un paso más hacia este estado.*

atribución de los bienes y la interdependencia económica dentro de lo social.

Estos dos postulados son una ley de convivencia humana; pero sobre ellos existe un principio de orden mucho más elevado y fundamental : el de igualdad humana sobre la dignidad augusta de Hombre.

5. Es de este último principio de donde arrancan las más importantes directrices del Derecho. Todos los bienes que existen en la naturaleza están y han sido creados para servicio y utilidad del hombre; pero la igualdad del ser humano exige el respeto a la persona de los demás; son las cosas y no los hombres los que están subordinados al hombre. Por tanto, el respeto a la existencia y perfección humana son la base misma de todo el Derecho.

6. El hombre para su perfección y existencia necesita de los bienes del mundo exterior que le son necesarios, sobre una parte de los cual es le corresponde un *crédito*, que la Providencia confiere a cada nacido por el hecho sólo de nacer⁽³⁰⁾. Para conseguir la atribución de los bienes, es decir, que se asigne a cada uno la proporción de bienes que le corresponde, hace falta *un sistema de distribución*, el cual ha de estar elaborado en tal forma *que no* despoje a nadie de su *crédito providencial*. En la Mente Divina existe la distribución perfecta, ideal y eterna. Hay una distribución natural, que la razón práctica de los hombres alcanza, y, finalmente, hay las distribuciones positivas...

7. Las actividades de los hombres se proyectan sobre las cosas del mundo exterior que son aptas para satisfacer sus necesidades. Y es en este momento cuando pueden sentirse embarazadas, al encontrarse frente a frente intentos iguales por parte de muchos hombres. Pues bien, para resolver estos impedimentos está el Derecho, que, con una serie de mandatos y prohibiciones descongestiona los bienes naturales de diversos intentos de apropiación.

Los preceptos jurídicos deben cumplir esta misión distributiva coordinando dos cosas esenciales: El crédito providencial que sobre los bienes tiene cada hombre y su igualdad para la perfección y existencia. Substituye, por eso, el Derecho el caprichoso arbitrio individual por un modo de obrar que pueda servir para todos los hombres. Y lo hace, autorizando ciertos actos y prohibiendo otros. Vamos a ver lo que deja,, primero, después, lo que prohíbe.

8. Toda ordenación jurídica tiene que aceptar como un postulado el principio de la iniciativa individual para la satisfacción de sus necesidades. Si no lo hiciera así, como cada uno tiene propias y distintas necesidades, fracasaría el método de distribución y no se cumpliría el fin del Derecho. Pero, además, la selección que hace cada individuo de los bienes necesarios según su estimación subjetiva, impone otro requisito al Derecho: El cambio de unos bienes por otros.

El régimen distributivo debe ser, pues, elástico, modificándose —al compás de las utilidades comparadas, que reportan los bienes a las personas— la atribución de éstos por la sola decisión individual. Por este motivo, el cambio es una de las actividades humanas estrictamente jurídica y que es extensible a todos como conducta posible y no perturbadora.

9. Como consecuencia de todo esto, el Derecho se presenta, en un primer aspecto, integrado por dos cualidades fundamentales: la *distribución* y la *atribución*, tan enlazadas entre sí que el solo intento de separación rompe todo el orden jurídico. De la íntima conexión entre estas dos ideas deriva una tercera cualidad: la exclusividad de todo atributo jurídico. Así considerado, pues, él

³⁰ *Aquí está el verdadero fundamento del (mal) llamado Derecho Social (¿ existe alguno que no lo sea?). Este crédito providencial se refiere tanto (y más) que a los bienes materiales, a los espirituales.*

Derecho se presenta en la vida social como un *distribuidor de monopolios*. Esta distribución, que se refiere en último término, según se dijo ya (núms. 2 y 3). a la conducta humana, implica por necesidad un sistema de límites recíprocos que circunda los monopolios, no aislados sino comunicados por el *poder de cambio* (Vid n. 8), determinando su extensión, contenido y forma de modificación y transmisión.

Examinado en su esencia el *monopolio jurídico*, se comprueba que viene constituido no por el disfrute, sino por su exclusividad. El disfrute es únicamente un hecho económico, de persona con cosa, mientras que lo jurídico se tiene que referir de persona a persona. Esta relación sólo aparece en la exclusividad; pero *es una consecuencia de la norma distributiva*.

10. Estamos ya, como se deduce del juego de principios expuestos, ante los primeros preceptos del sistema atri-distributivo. La atribución de un monopolio sólo es lícita a través de las pautas de la norma distributiva; el monopolio ajeno es impenetrable sin el concurso de la voluntad que lo señorea; la forma lícita de transferir el monopolio es el cambio voluntario de los poderes dispositivos.

Sobre todos estos preceptos, más o menos desarrollados, se proyectan todavía, indefinidamente, aquellos más generales del Derecho: el de igualdad humana y el de cesar todo el poder de la persona allí donde produzca impedimento al poder igual de cualquier otra, por lo que es susceptible de convertirse en criterio universal del obrar.

En estos conceptos tenemos ya descifrada la primera misión del Derecho; pero no la única, como en seguida se verá.

11. La existencia y perfección humana depende substancialmente de lo social. Por tanto, el desenvolvimiento de aquel principio jurídico exige que el hombre se organice socialmente. Dos instituciones primarias son esenciales a este fin: la Familia y el Estado. Sobre las dos se sostiene el orden jurídico (³¹).

La Familia y el Estado, como concernientes al Derecho, están presididos también por una serie de prohibiciones y mandatos. Las actividades humanas, dentro de una y otro tratan de coordinarse también de manera que no se encuentren. Pero el criterio coordinador es aquí ya distinto.

La vida humana desde su comienzo hasta la plenitud de su desarrollo atraviesa diversas etapas de incapacidad en las cuales falta al hombre el grado de madurez adecuado para poder determinarse por sí mismo. En estas condiciones el ser humano resulta impotente para mantener su propia existencia y perfeccionarse. Sin embargo tiene ya como cualidades: la espiritualidad y la vocación eterna, que le comunican la dignidad augusta de hombre, y un *crédito providencial*, sobre los bienes naturales (los bienes espirituales se incluyen también, como se advirtió en la nota n. 22). El hacer que llegue el hombre a posesionarse de todos estos bienes es tanto un presupuesto de la Sociedad, como lo es la existencia del hombre mismo. Por ende, es imprescindible suplir la actividad que falta al hombre para que vaya realizando su perfeccionamiento. Esto lo hace, en primer lugar la familia, en segundo lugar el Estado. Ahora bien, la función supletoria predicha consta en su ejercicio de un poder para desempeñar las funciones del hombre en lugar y como si fuera el mismo y de un deber de realizarlo así. Esto no trae como secuela la sumisión de un hombre a otro más que en cierto sentido; hay un asumirse otra voluntad por el que, el querer lícito de uno, esto es, lo que debía querer, se realiza a través

³¹ *Lo mismo se puede predicar, en su esfera, de la Iglesia.*

de la intervención de otra voluntad.

12. Visto lo precedente, entramos ya en el tercer aspecto del Derecho. Hemos examinado las clases de normas que regulan las relaciones humanas; pero, como hemos dicho (en n. 2), no basta que sean obligatorias, es necesario, además, que sean coercibles, que sé hagan cumplir. Y de aquí surge la misión del Estado.

Hace falta una organización encargada de salvaguardar el Derecho, de hacerlo cumplir. Pero esta organización para actuar tiene que estar también sometida a normas; de lo contrario podría incidir en el peligro que combate. Ahora, bien, estas normas, que son fundamentales para la Sociedad cuanto lo es el Derecho que condicionan, obligan como él Derecho mismo, es decir, son propiamente Derecho, en la medida que coordinan, obligan y son necesarias.

Con este nuevo aspecto la fisonomía del Derecho queda ya completada. Pero ahora es preciso pasar a su funcionamiento.

13. Si en todos estos órdenes de la vida jurídica las actividades humanas se desarrollaran perfectamente según las líneas normativas trazadas, las conductas irían paralelas y no se encontrarían en ningún punto. Pero es un hecho de la experiencia lo contrario: la vida jurídica no se desliza sin tropiezos. Sin embargo, como remedio, existe, ya sabemos, una organización preparada para intervenir. ¿Cuándo, cómo y por qué lo hace? Todas estas preguntas entran, de lleno, en el dominio del Derecho procesal.

14. Los órganos estatales que hacen cumplir el Derecho son los órganos de la Jurisdicción. Su actividad está también determinada por un sistema normativo (como vimos en n. 12) que, como siempre, obliga y da poder. La función de este sistema de normas y, por consiguiente, la función conferida al Poder jurisdiccional será el hacer que el fin del otro sistema normativo —coordinar las acciones excluyendo todo impedimento— se cumpla. Es un Derecho instrumental, en consecuencia; pero que tiene también a su cargo defenderse a sí mismo, es decir, impedir que las actividades que regula puedan desviarse. Cuida, pues, el orden jurídico, por dentro y por fuera.

15. Las actividades humanas mientras corran en la dirección de la norma, van paralelas y, por tanto, aunque se prolonguen indefinidamente nunca se encuentran, o se encuentran en el infinito (al cual no llegan nunca) que es lo mismo. Esta situación de las actividades humanas es orden jurídico, porque no existe en ella impedimento. La mayor parte de las actividades humanas siguen esta dirección paralela y por ello la Sociedad subsiste. Ahora bien, este estado no es universal. Hay personas que se desvían de la trayectoria paralela de la norma y entonces la prolongación de sus actividades se encuentran. Al llegar este caso pueden ocurrir dos hipótesis: Que el encuentro se produzca sobre un bien individual de disponibilidad voluntaria, en cuyo caso si el bien se renuncia no hay desorden; o que el encuentro se produzca sobre un bien social o sobre un bien individual irrenunciable. Los dos casos de la última hipótesis originan ya desorden jurídico, e igualmente el primero, si no hay renuncia.

16. La renunciabilidad o irrenunciabilidad de los bienes en el sentido de que hablamos la hace el Derecho instrumental, aunque, general, de una manera indirecta. Será un bien irrenunciable, cuando los órganos jurisdiccionales intervienen prescindiendo de la voluntad individual. Ahora bien, esta intervención pone un límite al poder de disposición del sujeto; por consiguiente precisa estar justificada por alguno de los grandes principios del Derecho para que sea lícita y admisible. Y en efecto lo está: por el principio de vocación eterna del hombre y por su deber de existir y perfeccionarse.

En este supuesto de bien irrenunciable, y tratándose de un bien social igualmente, el Derecho instrumental arbitra un sistema de protección del orden, independiente de la voluntad individual, lo que no hace tratándose de un bien renunciabile.

17. El principio de igualdad humana ante el Derecho (que no es igualdad de Derechos, entiéndase) impone también una norma de conducta a los órganos de la Jurisdicción. Es: el no prejuzgar cuando se produce un encuentro, un impedimento en las actividades de dos personas, cuál de ellas ha cometido la desviación de lo preceptuado jurídicamente. Es necesario, antes de imponer la sanción, averiguar si existe un responsable y, por el estudio de las causas determinantes de las actividades, fijar quién y hasta qué punto lo es. Para alcanzar una verosimilitud en esto, es requisito conjugar dos cosas: los hechos tal y como se ofrecen a la investigación jurisdiccional y las alegaciones de los responsables presuntos o posibles. De aquí el principio de que nadie debe ser condenado sin oírle.

18. La primera consecuencia del párrafo anterior es que el órgano jurisdiccional tiene que atenerse a algo objetivo para basar su actividad: La jurisdicción función, por un hecho que pueda implicar quebrantamiento de una norma. El presente estado de nuestra investigación reúne ya todos los elementos de juicio para resolver los tres interrogantes que quedaron pendientes.

La presunción del quebrantamiento de una norma surge de un hecho que implica impedimento, **encuentro de actividades posibles**. El Derecho procesal existe, precisamente, para poner remedio a estas situaciones de anormalidad. Sin embargo, el solo hecho del encuentro o impedimento de actividades, no es suficiente para que los órganos jurisdiccionales comiencen a actuar. Queda por determinar, por tanto, cuándo se produce dicha actuación.

19. El hecho que produce la intervención del órgano judicial es la **interferencia**, un fenómeno ocurrido dentro del campo del Derecho, y que es, de consiguiente jurídico. La interferencia es conjunción de dos elementos o hechos: el encuentro o impedimento, que se opone a la prolongados indefinidamente paralela de dos actividades, y junto a ella, en primer término, la excitación a un órgano jurisdiccional para que supla la insuficiencia de las normas ordinarias, excluyendo el impedimento por medios coactivos. Ingresarán, pues, en la definición estas dos ideas; pero antes de definir, para que lo definido resulte claro y preciso, urge una advertencia que hacer. El encuentro de actividades se refiere a conductas **posibles**; no es, pues, necesario que exista oposición de voluntades; basta con que una voluntad se encuentre impedida en su ejercicio por otra **voluntad posible**, suplida por el Derecho si se trata de bien irrenunciable el objeto sobre que versan ambas o de una voluntad irrenunciante activa o pasiva.

Por el momento, la excitación a los órganos jurisdiccionales para actuar, sin prejuzgar su naturaleza y contenido, la llamaremos pretensión.

20. Con estos antecedentes y manteniendo las bases lógicas sobre las cuales el concepto ha sido establecido, la interferencia se puede definir como la **incompatibilidad jurídica de que subsistan simultáneamente una pretensión y Un estado de hecho protegido por la Ley**.

Una última aclaración es conveniente para explicar cómo el estado de hecho resulta protegido por la Ley: La acción de los dos principios de igualdad del hombre ante el Derecho y exclusividad de los monopolios jurídicos hace que no se prejuzgue la conducta humana y no se decida **a priori** sobre su licitud e ilicitud. Esta decisión corresponde al proceso y **mientras no se verifique** la conducta humana vale como buena. (El capítulo II de este libro se ocupa ampliamente de este tema.)

21. El concepto de interferencia es suficiente, como en el curso de esta obra se verá, para

explicar, con sencillez y claridad, todos los fenómenos de la vigencia positiva del Derecho. Esta alegación es el mejor parapeto defensivo y el mejor instrumento crítico que dirigir contra la concepción materialística del Derecho, que, recurriendo a numerosísimas abstracciones, apenas acierta a explicar los fenómenos del Derecho material, cuanto menos los específicamente procesales.

22. Ya hemos visto cómo la experiencia jurídica nos muestra, nada más, una realidad: la interferencia. ¿De qué manera sé llegó, pues, alas nociones de relación jurídica y derecho subjetivo? Es evidente que a fuerza de teorizar sobre los hechos por medio de sucesivas abstracciones; por ello, estos conceptos están demasiado lejos de lo real y son contradictorios.

Hemos afirmado con anterioridad (n. 1) que el derecho subjetivo, confundiendo dos órdenes normativos distintos, incurre en una tautología. Ahora nos toca demostrar esta aserción, y para hacerlo así se requiere seguir estos trámites: Primero, que de derechos subjetivos (sic, en plural) sólo se puede hablar ante el Derecho natural; segundo, que en el Derecho natural encierran petición de principio. Brevemente desarrollaremos cada uno de los elementos de la demostración.

23. La medida para determinar si algo pertenece al sistema positivo de juridicidad es la valoración de los efectos de esta naturaleza que ocasiona. Sin efectos jurídicos positivos no puede darse positivamente la juridicidad. Ahora bien, el derecho subjetivo ¿qué efectos jurídico-positivos produce? Según nos explicaba una teoría que fue clásica, pero que ya está superada hoy, el efecto positivo del derecho individual consistía en transformarse en acción y poner así en movimiento un proceso. Nosotros sabemos ya que esto no es cierto, porque el proceso se produce por un hecho objetivo, la interferencia, que no tiene nada que ver con la existencia de un derecho individual violado. El proceso puede ser iniciado tanto por el que tiene derecho como por el que no lo, tiene. De consiguiente, este efecto jurídico del derecho subjetivo no se produce. Pero, como no existe ningún otro, tenemos que concluir que este concepto, ante el derecho positivo, no tiene entidad. Posteriormente veremos cómo se explica la génesis de esta idea.

24. Si consideramos el derecho subjetivo a la luz del Derecho natural nos encontramos con una sorpresa. El Derecho subjetivo referido al Derecho natural no será, de ninguna manera, el monopolio, que es un bien de la vida interno o externo. Tampoco radicará en ninguna potencia subjetiva ejercitable sobre él, porque tal ejercicio sería una consecuencia del derecho de la persona, pero no el derecho mismo. Tampoco podrá verse en la relación de pertenencia, porque tal relación habrá de ser, a lo más, otra consecuencia del derecho de la persona. Luego ¿en dónde ver la íntima constitución del derecho subjetivo? Precisamente la relación de pertenencia remite a la **exclusividad**, esto es, a la facultad de excluir —idealmente— toda intervención ajena. Ahora bien, tal respuesta equivale a decir que el derecho subjetivo consiste en el mismo Derecho natural (facultad de excluir), puesto que la exclusividad es la misma esencia de la distribución. Por tanto, el derecho subjetivo y el Derecho objetivo no son aquí más que una sola y misma cosa mirada desde dos puntos de vista. Y es bien claro, porque la sola distribución implica: **delimitación** (un punto de vista) y **atribución** (otro punto de vista). Y además, rechazadas las otras posiciones, ¿qué otro modo de ver diverso cabría adoptar?

Como corolario de todo esto resulta que hablar de derecho subjetivo como entidad independiente del objetivo es absurdo. La frase "tengo derecho" referida al Derecho natural no implica sino que una norma propia de dicho sistema normativo sirve de apoyo a una actividad.

25. ¿Cómo se pasó a concebir los derechos subjetivos en el derecho positivo y cuál es la contradicción que significa admitirlos aquí? Estas son las dos últimas cuestiones que tenemos

que resolver ahora.

La concepción del derecho subjetivo provino de anteponer al proceso el sentido de la norma material. Vamos a explicarnos.

El derecho subjetivo se hace referir por todas las teorías a la norma de Derecho material. La norma de Derecho material hace una distribución de conductas semejante a la del Derecho natural y, con ella, delimita análogamente las actividades para que no exista impedimento. Cada imperativo del Derecho material concede, por tanto, un poder e impone una prohibición correlativa. Ese poder es el derecho subjetivo. Así razonaba la teoría materialística del Derecho sin darse cuenta de que incurría en una colosal inexactitud. Obró así bajo la convicción de que lo sustantivo, lo esencial en el Derecho positivo, era el sistema de normas materiales, cuando la verdad era lo contrario, cabalmente. Si el Derecho positivo es un sistema de protección, no cabe dudar que lo fundamental en él es la protección misma. Las normas solas no hacen ni dicen nada positivamente hasta que no lo dice en cada caso el juez. Evidentemente, los particulares no son los llamados a interpretar la ley; válidamente la ley es interpretada por los jueces. Luego es evidente que la opinión de los particulares no constituye derechos subjetivos. Ahora bien, no pudiéndose dar el derecho subjetivo más que en la opinión de los particulares o en la del juez, claro está que no cabe hablar de derechos subjetivos antes del proceso. Los derechos subjetivos los creará la norma, pero la norma sólo dice lo que quiere el juez. La decisión del juez es una condición para la validez concreta de la norma, y por consiguiente, el efecto de la norma es posterior a la decisión del juez.

Por esta razón, la norma material para las partes no es más que una probabilidad más o menos fundada y razonable de la decisión que adoptará el juez, para el cual la norma es la única línea de conducta legítima. Y es una expectativa de recurso y enmienda de la resolución infundada que, naturalmente, también puede fallar.

Es por esto que resulta contradictorio referirse al derecho subjetivo con anterioridad a la resolución judicial. El sistema jurídico positivo es uno solo y por ello no puede suponerse edificado sobre el contrasentido que supondría que hubiera un derecho antes y otro distinto después del proceso. El Derecho positivo es un todo y en el todo no cabe la contradicción. Sería la más garrafal de las imprevisiones dejar subsistente' este dualismo tan peligroso como fundamental. Lo que pasa es que el sistema yuspositivo condiciona toda atribución discutida a lo que diga el juez que dice la norma, esto es, a la decisión jurisdiccional, de última instancia, naturalmente ⁽³²⁾.

³² Además de la bibliografía expresamente aludida en el texto, t. SCHANTZ, *Das subjeti. Recht ais Bestandteil des allg. Teils der Rechtsordnung*, FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, 1939; STAMMLER, *Unbestimmtheit des Rechtsobjekts*, en *Rechtsphil. Abhandl.*, I, págs. 210 ss.; LEVI, *Istituzioni di teoría gener. del dir*, 1936, págs. 5 ss.; ZENTHOFER, *Das sub. Recht nach allgm. Grundsätzen*, 1891...

III TEORÍA DE LA FORMA Y DE LOS EQUIVALENTES JURÍDICOS

1. La teoría de la forma es en su esencia, contenido y efectos extraordinariamente filosófica y abstracta; pero, en cambio, su concepto se formula y entiende con gran sencillez. Por este motivo, para evitar que la dispersión de sucesivas abstracciones pueda hacer perder el hilo de la exposición, vamos a prefijar dos conceptos, necesarios y suficientes para entender después todas las construcciones en que intervengan. Son el concepto de forma y el de equivalentes jurídicos.

Forma es el resultado de proteger la exteriorización de un estado de hecho. A este «estado de hecho se denomina, por eso, *equivalente jurídico*, porque en la vida social vale como si fuera de Derecho.

Los equivalentes jurídicos son numerosos y su teorización tiene gran importancia para la teoría de la prueba y para la **Política del Derecho**; pero su estudio exige una amplitud tal que aquí no puede ser afrontado en detalle ⁽³³⁾.

2. El Derecho, como sistema de distribución, asigna, bajo ciertas condiciones, determinados bienes de la vida (atributos extrínsecos) a las personas que se hallen en las circunstancias de hecho previstas. Surgen así los monopolios jurídicos, cuya característica, ya señalada, está en la autorización concedida a la persona para disponer de una cosa, vedando jurídicamente la intervención de las demás. El veto jurídico, pues, establece aquí, idealmente, la órbita de señorío individual. Por este motivo la titularidad puede ser definida como "la conexión jurídica entre persona y atributo". Y, en efecto, el monopolio de derecho comprende tres elementos: uno subjetivo, la persona; otro objetivo, la cosa, y otro relativo, que las enlaza, constituido por el conjunto de efectos derivados de la norma jurídica. En el elemento relativo está la esencia de la titularidad, pues, si se excluye, del contacto de persona y cosa no surgen sino actos económica y sociológicamente valorables, pero desprovistos de todo carácter jurídico. Es decir, sin norma identificadora, el hecho de ponerse en contacto el hombre con las cosas no es más que un simple fenómeno físico. Será jurídico cuando la norma, describiéndolo, lo incorpore a su propio contenido, esto es, lo revista de una **forma**: la jurídica, caracterizada por el elemento protector.

Del concepto de titularidad la nota sobresaliente es la relación o normatividad. Por este motivo se **despersonaliza**; la titularidad no gravita sobre un sujeto determinado, sino sobre uno indeterminado, que se sabe existente, pero que no se prejuzga, permaneciendo indefinido en la masa social. El titular es un miembro de la comunidad hipotéticamente considerado : **T = X**.

3. Para completar la noción de titularidad es menester añadir alguna otra circunstancia especificativa, pues el concepto así expuesto puede ser objeto de confusión con el (denominado) derecho subjetivo. Prescindiendo de la multiplicidad de matices en las diversas teorías, ya esquematizadas, la consideración más general ve los derechos subjetivos como **facultades** referidas a la persona. Predomina, pues, aquí, el aspecto concreto, el poder conferido directa o intermediativamente a una voluntad. Esto es algo atinente a un orden real en que hay una

³³ Será tratado con amplitud en: **La teoría de los equivalentes jurídicos. Una página para la filosofía del como si.**

preeminencia subjetiva que coloca en primer plano al elemento personal. El Derecho subjetivo, o no es nada, o es un **derecho individualizado**; es decir, aparece como la decisión abstracta de la norma **concretada** en una persona. Por tanto, la noción de derecho subjetivo tiene carácter concreto. Al analizar el derecho subjetivo lo primero con que se tropieza es con el elemento personal. El derecho subjetivo se mostraría así como un sujeto con un derecho.

La titularidad, por el contrario, es una idea abstracta; un orden ideal, deontológico, no real ni concreto. En vez de hallarse adscrita a la persona, como el derecho subjetivo, se encuentra plasmada en el elemento **relación**. En la titularidad el sujeto es meramente hipotético; se sabe que existe, aunque no se precisa quien es. Se prescinde, por ello, de la persona y de la cosa, sólo consideradas como realidades posibles, y se atiende nada más al vínculo. Así, pues, donde el derecho subjetivo es una tesis, la titularidad es una abstracción de la realidad.

Si se torna como punto de partida de una construcción yusfilosófica al derecho subjetivo, todas las cuestiones jurídicas básicas han sido prejuzgadas. La teoría del derecho subjetivo implica una afirmación conceptual hecha a la entrada de la ciencia jurídica; un adelantarse a conceptualizar antes de realizar un examen experimental de los fenómenos. La experiencia jurídica, en cambio, que en el mundo jurídico positivo ha de arrancar de la decisión jurisdiccional, requiere desprenderse de preconcepciones y operar con hechos. La titularidad, como corolario de la distribución jurídica, es una realidad del orden jurídico que sólo se hace concepto después de la observación experimental.

Estas cualidades de la titularidad la hacen una excelente base de operaciones para la construcción yusfilosófica, porque como un hecho de la experiencia, resulta irrecusable.

4. Con una consideración de la forma más próxima a lo vulgar que a lo filosófico expresa Carnelutti que la forma es "un aspecto de la realidad; aquello, por tanto, que de la realidad se revela, esto es, se ilumina en cada percepción. El primer aspecto que la realidad muestra de sí misma es su forma" ⁽³⁴⁾.

El mismo jurisconsulto, ateniéndose a la fisonomía estrictamente jurídica de la cuestión y precisando sutilmente, aborda en sus **Instituciones** el problema de la forma (referido a los actos procesales) diciendo: "Como un acto es jurídico cuando derivan de él efectos jurídicos, esto es, cuando el valor jurídico de la situación final es distinto del de la situación inicial, **no se le puede atribuir un efecto jurídico sin determinar su forma, por lo que toda atribución de juridicidad a un acto equivale a su* regulación formal**, esto es a la disposición **de lo que debe existir físicamente para que algo exista jurídicamente**, esto es, para que se derive un efecto jurídico del acto. En otros términos, la regulación formal es el mínimo de la regulación jurídica de un acto; el acto puede no regularse con respecto a cualquier otro de sus caracteres, pero tiene que regularse en lo que toca a la forma si ha de ser un acto jurídico" ⁽³⁵⁾.

Aun tomando como punto de partida estas otras observaciones del gran maestro italiano, conviene añadir además, para dotar a la construcción de un valor eficiente, un nuevo punto de vista de naturaleza funcional. La forma jurídica no es sólo la configuración exterior de un acto o fenómeno que trasciende al mundo jurídico ni es tampoco, exclusivamente, su manifestación. Por el contrario, la forma tiene, ante todo, un sentido práctico, el de la misión que desempeña. Es la función jurídica referida a una cosa; radica, por tanto, en una capacidad de analogía, en un

³⁴ CARNELUTTI, *Teoría general del Derecho*, edición española, pág. 4.

³⁵ *Instituciones del nuevo proceso civil italiano* (GUASP), pág. 273.

parecerse, en el modo de estar, al comportamiento que la titularidad sobre una cosa autoriza. Los dos aspectos preconizados por Carnelutti pueden ser comprendidos y superados. Cuando el concepto de forma se refiere a los actos, la expresión carneluttiana es acertada y feliz. Pero el problema de la forma es mucho más vasto. Hay, es evidente, una forma predicable del acto jurídico; mas existe también una *forma previa, la primera forma*, resultado inmediato de la existencia del *orden jurídico*, que consiste en la impronta del derecho sobre los estados de hecho que le sirven de fundamento, o sea, la proyección del orden jurídico sobre los elementos personales y físicos que constituyen el medio en que se desenvuelve. La primera forma sería, pues, la imagen del orden jurídico reflejada sobre la realidad.

5. La aparición del orden estatal se traduce en la valoración de la forma. En el momento mismo de establecerse una organización coactiva brota la necesidad de suspender la actuación individual directa; la autodefensa (salvo en las circunstancias excepcionales del estado de necesidad) queda proscrita. La situación de desorden social y la de orden jurídico son incompatibles. Precisamente la institución procesal (si el período *hipotético* de autotutela fuera fundado) ha tenido su razón de ser en la eliminación de la acción directa.

Como quiera que sea, el proceso vive dominado por el gran dualismo —real e inevitable— de *orden e interferencia*. Con un sentido de las cosas propio de la dialéctica hegeliana podría decirse que frente a una *tesis*: la lucha por el derecho (o sea, es legítima la defensa del propio derecho), se provoca su *antítesis*: carácter anormal de la defensa generalizada (esto es, la defensa del propio derecho es ilegítima porque generalizada destruye la convivencia social. Tesis y antítesis, empero, fueron superadas en una *síntesis* posterior, encarnada en el proceso, que comprende los dos términos en oposición y que, por tanto, los excluye.

La institución procesal entraña un cauce normal para toda pretensión de tutela y al mismo tiempo un escenario en donde puede desarrollarse legítimamente una lucha por el derecho. La creación de esta vía jurídica supone la supresión de la autodefensa, estado al que, Cabalmente, el proceso viene a poner remedio. Y al ser *ilegítima* toda actuación directa, cualquier manifestación funcional ordenada de titularidad, adquiere por sí misma un valor específico y experimenta una especie de subsanación provisional (*juris tantum*) que opera extraprocesalmente.

Hay, pues, un primer valor jurídico, atribuido a la *forma* de carácter interino y relativista, esencial al orden jurídico, que suscitará en el proceso una serie de consecuencias y que es el antecedente necesario de la institución procesal. Hay después otro valor preferente, hasta ciertos límites, y que también se prevé en el derecho como situación de anomalía: es la *substantividad*, esto es, la disidencia entre la realidad jurídica y el hecho físico que es la hipótesis normativa. Es decir, forma y substantividad se oponen. La forma—normalmente—es apariencia sin realidad; la substantividad, por el contrario, es realidad sin apariencia. En otras palabras, cuando existe substantividad existe justificación jurídica de los actos, sin que éstos puedan ser verificados por falta de conexión física. Cuando sólo existe la *forma* se carece de verdadera justificación jurídica de la conexión física exteriorizada. Cuando substantividad y forma se reúnen, entonces se origina la titularidad. El valor jurídico alcanza su máxima jerarquía.

Por obra de estos principios toda exteriorización pacífica de una *forma* de titularidad, cualquiera que sea, resulta indirectamente protegida. Vale de momento igual, que si tras ella estuviere la substantividad, hasta que en un proceso se haga una declaración contraria. Equivale a una titularidad no sólo a los efectos extraprocesales, sino aun dentro del proceso, mientras no se produzca algún acontecimiento que le prive de su hegemonía. Esto, reducido al lenguaje jurídico usual, sería como decir que desde esta perspectiva la forma es una *presunción* de titularidad.

Según estos postulados, forma y orden jurídico son coexistentes; la forma es el efecto reflejo de la aparición del derecho positivo y el **prevalor** sobre el cual todo el orden jurídico se sostiene.

¿Dónde hay titularidad? ¿Dónde substantividad? ¿Dónde forma? Estos interrogantes permanecen **extraprocesalmente** en la incertidumbre. No prejuzgan ninguna, cuestión, como el derecho subjetivo, que, al establecer una preeminencia individual, incurre en el peligro de dar alientos a la reacción de los particulares, porque toda preeminencia supuesta fuera del proceso engendra, si la decisión es contraria, un dualismo de la mayor gravedad. No sólo, pues, el derecho positivo constriñe a la dejación voluntaria de la propia defensa (salvo en estado de necesidad), sino que aún se reserva el decidir sobre los efectos de su mismo sistema normativo, de tal manera que el antecedente del derecho material queda sujeto a condición y no adquiere otro valor que el formal hasta que el derecho procesal no intervenga.

6. La eficacia formal del orden jurídico se polariza en una doble dirección. Suscita primero una manifestación negativa, que consiste en la prohibición de proponer activamente la lucha por el derecho sin recurrir a la vía procesal, y origina después una consecuencia positiva cuya esencia está en la exclusividad del disfrute.

Generalmente tales dos efectos coinciden íntegros en la forma. Esto sucede siempre que existe o puede existir **titularidad**, es decir, cuando hay establecida una conexión jurídica **única** entre una persona indeterminada y un objeto cierto, lo cual ocurre en toda clase de monopolios de derecho, pues toda atribución monopolizada se circunscribe limitativamente gracias a esta doble determinación formal.

Contra lo que pudiera: pensarse existen institutos jurídicos en los cuales sólo la manifestación negativa de la forma tiene lugar. Prohíben la proposición de la lucha, pero no autorizan la exclusividad de la intervención; el monopolio jurídico no se organiza en estos casos. Hay un vacío necesario en donde la regulación normativa, a pesar de señalar los confines en que es lícito y de qué manera lo es el uso de los bienes, impide, sin embargo, que la posición protagónica sea asumida por ninguna voluntad.

El desarrollo de estos principios, ahora expuestos, tendrá lugar oportunamente. Su riqueza en consecuencias, que excede los términos del Derecho procesal, lo obstaculiza en estos momentos.

7. Cuando el principio inspirador de la teoría de la forma se proyecta sobre un acto jurídico cualquiera, dará ocasión a que, postprocesalmente, surja la **soberanía formal** del mismo.

Esta construcción equivale a negar la soberanía personal o soberanía como poder, substituyéndola por la soberanía como cualidad del acto jurídico inmutable. Un acto jurídico es afirmación concreta de soberanía cuando respaldando su efectividad está toda la fuerza coactiva del Estado. Es inmutable, a su vez, cuando por la necesidad de atribuirle una **titularidad formal** definitiva se le dote, a partir de un momento de su existencia, de un valor decisorio inmediatamente coercible, ya sea por haber caducado preclusivamente la vía procesal, abierta para la impugnación de la forma, ya porque el acto en sí resulte la expresión de una **última instancia**.

En cualquiera de los supuestos resalta con la mayor nitidez la tendencia a inmutabilizar la forma, que si es la aspiración a que el derecho material se endereza, sólo mediante la intervención del proceso puede lograrse.

Asimismo, para que el acto *ponderable* ⁽³⁶⁾ alcance la validez formal es menester que recorra, una por una, todas las fases previstas por el ordenamiento positivo desde la *situación inicial* hasta la *situación final* y también que el ritmo y modo de su producción se acomode a la biografía legal preestablecida. Sólo así, fundidos el contenido y la presencia, la substantividad y la forma, el acto podrá ser jurídicamente completo. Por este motivo, como consecuencia del condicionamiento formal opera el principio formalista sobre los efectos jurídicos del acto ponderable.

8. Paira, un estudio acertado de la forma un punto de partida fundamental lo proporciona la distinción filosófica entre *potencia* y *acto*. Aplicada al derecho el fenómeno jurídico resulta más perceptible.

En el mundo jurídico hay, como en el físico y en el metafísico, una serie de cambios. El derecho supone también la mudanza, el devenir o sobrevenir incesante. Pues bien, aquí, como en los demás órdenes de la vida, el movimiento se caracteriza por el tránsito de la potencia al acto. Así, cuando lo que todavía no es derecho, pero está en condiciones de serlo porque presupone capacidad de acontecer y de ser actualizado (potencia), llega a convertirse en derecho, entonces se habrá producido el cambio jurídico. Por esta razón, todo cambio jurídico, al ser analizado, descubre el derecho en acto y el derecho en potencia. El derecho en potencia implica necesariamente la posibilidad de devenir en un derecho perfecto. El derecho en acto, por el contrario, no supone la posibilidad de recibir una perfección, sino el hecho de tenerla. Se oponen, pues, la *posibilidad de ser* y el *ya ser*.

Aplicando estos conceptos a la teoría de la forma se tiene que la substantividad es equivalente del derecho en acto, mientras que la forma no es más que el derecho en potencia.

El derecho en acto es *por todos los lados* derecho, no le falta nada, precisamente porque es. El derecho en potencia no es *todavía*; pero no puede decirse que no sea nada, puesto que es un principio, un germen de ser.

9. Es lo corriente que todos los que actúan físicamente sobre las cosas estén autorizados por el derecho. Esto es lo normal* Ahora bien, puede ocurrir—y así ocurre de hecho—que la relación física entre persona y cosa no se corresponda con la substantividad jurídica, es decir, puede faltar la autorización jurídica que legitime esta actuación, que la *juridifique*. En estos supuestos el derecho no está en acto. Sin embargo, la actuación física en tales casos no se puede identificar con la nada jurídica. No se trata de una mera negación o inexistencia del derecho. Como del contacto de persona y cosa surgen actos ponderables, el contacto físico con las cosas está en camino de ser derecho: es derecho en potencia.

Ahora bien, estas consecuencias se producen únicamente si la situación inicial es lícita. Cuando la situación inicial se origina antijurídicamente —aunque los efectos formales operen—, mientras no se consolide la forma mediante algún método de subsanación que conduzca a la situación final, esto, que es derecho en potencia, es, sin embargo, objeto de sanción.

Hay, por tanto, una oposición entre substantividad y forma, pero el derecho la evita viviendo en el valor formal. Como el derecho en acto (la substantividad) no es inmediatamente visible, ya que las percepciones sensoriales se reducen a los fenómenos físicos, para que la vida jurídica se salve hay que recurrir al derecho en potencia. Este (la forma) como exteriorización material, puede proyectar sobre nuestros sentidos una impresión circunscrita en el tiempo y en el espacio,

³⁶ Vid. Introducción, nota 35.

que, por eso, es inmediatamente cognoscible. Y así esta primera visión de la forma hace que tenga un valor jurídico propio. De donde la forma se presenta al exterior como un **derecho posible**.

Ahora, pues, como la determinación de la existencia o inexistencia del derecho en acto es cuestión únicamente procesal, resulta que la forma vale tanto como titularidad provisional hasta la decisión del proceso.

10. Por estos motivos, el derecho es, ante todo, un mundo de valores formales en que la forma es un presupuesto del orden. Como ordenamiento formal, el derecho gravita y está construido sobre el principio de valoración de la forma. Por eso todos los juicios estimativos individuales que se hacen en la vida jurídica (en la contratación, p. e.) tienen algún valor. En realidad la apreciación subjetiva de si una persona es titular o no, es incapaz del modificar la realidad de las cosas. La voluntad individual no es el derecho. Y siempre cabe la posibilidad de que la apreciación, judicial sea distinta de la apreciación individual. Por ello toda la vida jurídica extraprocesal, incapacitada de inmovilizar una forma por acto soberano, está asentada sobre los valores formales solamente.

De la necesidad del orden jurídico deriva la estabilización de la forma: su protección; de la tutela de la forma se deduce que el valor jurídico de la apariencia de titularidad sea un equivalente jurídico de la titularidad. Y así se originan todos los valores formales, como corolarios de la teoría de la forma primera..

En efecto, el orden jurídico influye sobre la realidad a través de dos manifestaciones: la primera, negativa, que postula la inalterabilidad de cualquier situación **per se**: la protección jurídica dispensada a cualquier estado que se parezca en su función al ejercicio de una titularidad, abstracción hecha de que sea real o aparente.

Por estas razones la eficacia y la "normalidad del sistema jurídico, concebido **positivamente** como un instrumento de protección, se basan en un triple apriorismo: 1°. Inmutabilidad del estado de hecho. 2°. Defensa provisional de la forma. 3° Soberanía del estado de derecho. (Indudablemente los dos primeros postulados han de referirse a los procedimientos directos, es decir, a toda acción individual extrajurídica, esto es, que no se verifique por medio del proceso.)

Los valores formales son, pues, una consecuencia jurídica de la teoría de la forma, y ésta, en sus efectos, la **asimilación de un estado de hecho al estado de derecho al que se parece**. Por este motivo, la forma se manifiesta como un efecto inicial de la institución coactiva del Estado que ante el proceso queda reducida a una **legitimación**, pero que, en cambio, extraprocesalmente, tiene un valor autárquico. Por el **principio de suficiencia formal** "todo estado de hecho que ofrezca por la naturaleza de su ejercicio la posibilidad de ser un estado de derecho tiene a su favor una intervención protectora que garantiza la inviolabilidad extraprocesal del mismo".

En consecuencia, el derecho material, normalmente, está fundado en la valoración de la forma. Lo más general en él son los valores formales o **convenidos**, donde la fe impera sobre todo. Estamos ante la filosofía jurídica del **como si**. Las situaciones formales se consideran como si fuesen derecho. Únicamente "se supone" que son derecho en acto, porque esta determinación es obra exclusiva del acto de soberanía y sólo **relativamente** eficaz. El principio de suficiencia formal se descompone en tres, notas. Objetivamente la forma equivale a presunción de titularidad; subjetivamente se traduce en una **legitimatío ad causam** y en una expectativa que con el auxilio de la prescripción puede alcanzar la verdadera titularidad; relativamente se manifiesta como la exteriorización del contenido de una norma, o sea, una apariencia de titularidad.

Cuando la atribución de un monopolio a un sujeto es acto de soberanía, las tres cualidades del valor formal se inmutabilizan y afianzan, aunque concretadas a las personas que intervinieron directamente en la litis y a las que de ella traigan causa; entonces, la titularidad es completa : definitiva; la protección formal, en cambio, es valedera *erga omnes*; la validez del estado jurídico constituido por la resolución jurisdiccional es absoluta entre las partes y sus sucesores. Cuando la titularidad es sólo presunta, es decir, cuando impera la forma, la protección es, aunque *inter omnes*, relativa, y la validez, hipotética.

O sea, según estos principios, la resolución jurisdiccional tiene dos valores: uno concreto y soberano, que es absoluto y hace cierta la protección coactiva, pero que se circunscribe a las partes y a sus substitutos; por eso no es universal; pero el otro valor es el de la forma, que es universal y que vale *erga omnes*, aunque sólo dispone de una protección provisional.

Esta distinción entre efectos formales y absolutos y efectos soberanos o limitados es el instrumento más eficaz de que dispone el derecho positivo para la realización de la justicia formal. Por este medio se evita, haciendo provisionalmente las declaraciones de derecho, que surta efectos universales lo que puede ser un error judicial.

Considerado funcionalmente, el principio de suficiencia formal no tiene más finalidad que *remittir* al proceso; hacer necesaria la intervención procesal para transmutar cualquier posición de las cosas que se presente a primera vista como ejercicio de una titularidad. Y de su acción se sigue lógicamente la estabilización del orden real, que llega a identificarse así con el orden jurídico (³⁷).

³⁷ Nuestra teoría de la forma coincide, en parte, con la denominada *apariencia jurídica*, si bien las separe la extensión y el fundamento y ámbito. Anoto, por eso, la bibliografía concerniente a aquel tema.

D'AMELIO, en *Nuovo Digesto Italiano*, s. v. *Apparenza y Sull'apparenza del diritto*, en *Mon. Trib.*, 1934, págs. 521 ss., y *L'apparenza del diritto nella giurisprudenza francese*, i. e. I., pág. 621; ASCARELLI, *La letteralità nei titoli di crédito*, en *Rev. Dir. Coram.*, 1930, I, pág. 250; BOLAFFI, *Le teorie sull'apparenza giuridica*, en *Rev. Dir. Comm.*, 1934, I, pág. 135; COVIELLO L., *La rappresentanza del non concepiti e la buona fede del terzi*, en *Foro It.*, 1932, I, c. 1315 ss.; FERRARA, C., *L'acquisto a non domino*, 1934, págs. 44 ss.; FISCHER, *Sein und Schein im Rechtsleben*, 1909; JOMESCO, *Les effets juridiques de l'apparence en droit privé*, 1927; KRUCHMANN, en *Archiv. j. f. Civ. Praxis*, 1912, v. 108; DE MARÍA, *El título putativo, sus consecuencias y procedimiento para su validación*, *Rev. Der. Jurídico Administrativo*, 1939, págs. 12 ss.; MOSSA, *Volontá e dichiarazione nella creazione della cambiaria*, *Rev. Der. Comm.*, 1930, I, págs. 17 ss.; *La dichiarazione cambiaria*, en *Rev. Der. Comm.*, 1930, I, pág. 305; *Lo check e l'assegno circolare*, págs. 108 ss.; NAENDRUP, *Rechtscheinsforschungen*, 1910; NICOLO, *La cosidditta procura apparente*, en *Foro Lomb.*, 1935, I, págs. 539 ss.; OERTMANN, *Grundsätzliches sur Lehre vom Rechtschein*, en *Z. f. d. ges. Handelsrecht*, 1930, v. 91; SOTGIA, *Apparenza giuridica e dichiarazione alia generalitá*, 1930; STOLFI, *L'apparenza del diritto*, 1934; SOTGIA, *Ancora in tenia d'apparenza del diritto*, en *Riv. Dir. Priv.*, 1936, I, págs. 126 ss.; VERGA, *Le controdichiarazioni per atto pubblico*, *Riv. Dir. Priv.*, 1937, I, págs. 3 ss.; *Errore e responsabilitá nella jormasione dei contraiti*, 1940, y *Osservazioni in tema di apparenza*, *Riv. Dir. Priv.*, III, págs. 193 ss.

En España, BÉRGAMO, *La protección de la apariencia jurídica en el Derecho español*, en *Curso de Conferencias*, 1945, en el *Ilustre Colegio Notarial de Valencia*, págs. 241 ss. Vid. t. mi *Ensayo*, pág. 114.

IV TEORÍA DEL PROCESO

1. El concepto del proceso depende fundamentalmente de la compleja noción de orden jurídico que toda manifestación de Derecho tiene como destino proteger. La interferencia de conductas posibles entre la pretensión y un estado de hecho protegido es una *antítesis* del orden jurídico y constituye el centro a cuyo alrededor todo el sistema positivo se desenvuelve. Pues bien, el proceso es como la *síntesis* de una y otra idea.

Un primer examen del proceso descubre en él una sucesión ordenada de actos jurídicos cuidadosamente regulados en su contenido y efectos. Guasp, en el densísimo estudio que sirve de introducción a sus *Comentarios*, partiendo de su significación etimológica, considera el proceso como "una serie o sucesión de acontecimientos" y, por ende, "como algo que deviene y no simplemente que es" (38). Sin embargo, el proceso no es *mutación* o *cambio*, sino un *fenómeno* de tipo especial: un devenir que conserva sus fases. Los actos que integran el proceso, que son jurídicos por su -eficacia sobre el derecho valorativo, tienen además la virtualidad de determinar el avance procesal: son componentes y motores. No se podrían considerar como la representación plástica de un movimiento porque son el movimiento mismo. El acto procesal es formal y tiene toda su fuerza en la forma. Si se quisiera encontrar una imagen gráfica extraída de los procesos naturales, la más acomodada la proporcionaría el proceso de sedimentación.

La primera consideración del proceso permite, por consiguiente, dejar establecido que una investigación analítica ve en él, antes que nada, una serie compleja de actos, superpuestos ordenadamente hacia un fin.

2. Como Guasp afirma también, no basta considerar el proceso sólo como una sucesión de actos, aunque se les asigne, como factor decisivo, la juridicidad. Falta precisar la "última diferencia del concepto que, al lado del género próximo antes señalado, cierra el perfil de la definición" (39). En efecto:

Los actos jurídicos que componen el proceso constituyen una pluralidad, y por este motivo, para que lleguen a unificarse dando lugar a la *unidad total* que aquella idea implica, necesitan un encadenamiento causal aglutinante y un objeto próximo sobre el que desenvolverse y recaer. Al mismo tiempo, la institución procesal estará al servicio de un fin último que, a través de cada proceso concreto, sólo lejanamente será posible percibir. El esclarecimiento de todos estos problemas, que forman el espacio vital de la idea de proceso, permitirá una visión científica y completa del proceso civil.

3. Dos posiciones fundamentales adoptó la doctrina en la fijación del objeto próximo del proceso, las cuales se desplegaron después en un cúmulo de perspectivas intermedias. Seguro, que acerca de este problema, hoy todavía, y a pesar de todo, de poca entidad, se trabará, quizá mañana, uno de los debates más amplios de toda la técnica procesal, a sabiendas que dominará la concepción entera del proceso.

a) Casi todos los procesalistas convienen en señalar como objeto del proceso la realización del

³⁸ GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, I, págs. 4 y 5.

³⁹ *Id.*, pág. 5.

Derecho objetivo, la actuación de la ley. La función procesal está —según Plaza— encaminada a traducir en una voluntad concreta la voluntad abstracta de la ley ⁽⁴⁰⁾. Y del mismo modo la conciben la inmensa mayoría de los procesalistas modernos ⁽⁴¹⁾.

a') La simplicidad y aparente evidencia de esta construcción se rompe bajo el peso de una objeción como la de Guasp, completamente decisiva en lo que se refiere al proceso civil: "Si el proceso es una institución dedicada de modo primario y fundamental a obtener la actuación de las normas jurídicas, no se comprende por qué no se origina un fenómeno de esta clase tan pronto como una de tales normas jurídicas queda incumplida y su actuación pueda ser precisa..." "Esto quiere decir que la idea de la actuación de la ley como definidora del proceso, es, aunque no inexacta en el fondo, como luego veremos, del todo incompleta" ⁽⁴²⁾.

Esta tesis, por lo demás, coloca el proceso en una plena dependencia del derecho objetivo., lo hace una secuela de aquél cuando en realidad ocurre todo lo contrario, pues en un orden positivo lo substantivo es la coacción que hasta el Derecho procesal no se presenta. Lo que importa en el derecho positivo es el *sistema de protección*, del cual es un accidente la especificación modal de la protección misma. ¿El proceso actuación de la ley? ¿No será, viceversamente, la ley (al menos la ley eficaz) la norma extraída del actuar concreto del proceso mismo? (Vid. su. II, n. 25).

b) Con anterioridad se había sostenido que por el proceso se trata de realizar, hacer efectivos o tutelar, en fin, los derechos individuales cuando de alguna manera resultaran menospreciados o infringidos. Esta es la concepción clásica del objeto del proceso, directamente conectada con la teoría civilista de la acción. Tiene todavía gran prestigio en la doctrina y no se puede negar que aporta un punto de vista utilizable ⁽⁴³⁾.

b') Dos objeciones principales se han dirigido contra esta tesis. En primer término se afirma que la expresión "tutela de los derechos subjetivos" es contradictoria. Por definición, el derecho subjetivo es un interés tutelado jurídicamente; luego es inadmisibles hablar de conceder protección a algo que ya está debidamente protegido. En resumen, la fórmula subjetiva encierra una verdadera tautología ⁽⁴⁴⁾.

En segundo lugar, se objeta de inexactitud conceptual a esta doctrina por existir muchos casos

⁴⁰ PLAZA, *Derecho procesal civil español*, 2ª. edición, pág. 11; t. PRIETO, *Derecho procesal*, § 1.

⁴¹ CHIOVENDA, *Principios de Derecho procesal civil* (CASÁIS), I, 2ª. edición, paginas 117 ss.; *Instituciones de Derecho procesal civil* (ORBANEJA), I, págs. 38 siguientes; WACH, *Handbuch des deutschen zivilprozessrechts*, I, 1855; SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen zivilprozessrechts*, 1906; ROSEMBERG, *Lehrbuch des d. zp.*; MORTARA, *Comentarios*, 5ª. edición, I, n. 16. (Las obras sin referencia especial la hacen al párrafo primero.)

⁴² GUASP, *Comentarios*, cit. pág. 6.

⁴³ WEISMANN, *Lehrbuch*, 1900-1905, I, § 1; HELLWIG, *System d. d. zp.*, § 2; KISCH, *Elemento de Derecho procesal civil* (PRIETO), pág. 12; SIMONCELLI, *Lesioni di diritto giudiziario*, n. 2.

⁴⁴ ROCCO (UGO), *Derecho procesal civil* (México), 1944, pág. 27; GUASP, *Comentarios*, cit. pág. 7.

de procesos al margen del derecho subjetivo y otros ocasionados por una incertidumbre cuyo origen muchas veces es ya un conflicto, ya un vacío legal. Desde este punto de vista, acusan la teoría de incompleta ⁽⁴⁵⁾.

Si la segunda de estas alegaciones es aprovechable, la primera, en cambio, carece de valor. En primer lugar, al adscribirse la argumentación a un concepto determinado del derecho subjetivo, se priva a las afirmaciones de validez general, quedan circunscritas a una de las muchísimas actitudes adoptadas sobre el derecho subjetivo. Por otra parte, la definición de Ihering es mal interpretada así. El gran jurista alemán refiere la tutela precisamente a la posible intervención procesal, con lo que ninguna contradicción ofrece. En, realidad, el pensamiento de Ihering sobre el derecho subjetivo desconectado del proceso sería más bien el recogido en esta otra expresión: derecho subjetivo es un interés jurídicamente *protegible*. La protección equivaldría, pues, a la posibilidad de que el interés sea actuado procesalmente.

Con todo, aun discrepando en la foma de manifestar el razonamiento, no me separo, ni encuentro nada que oponer al fondo del razonamiento mismo. La consideración del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos quiebra desde su propio fundamento, al negar otro derecho subjetivo preprocesal que la pretensión de tutela jurídica (Vid. inf. V, n. 9).

c) Un intento de armonizar las dos direcciones que enjuician el objeto del proceso significa la posición de Mortara, quien, teniendo presentes las dos realidades que con más frecuencia son la causa inmediata del proceso: el conflicto intersubjetivo de voluntades y el conflicto de normas, ve en él un conjunto de actos que tienden a dirimir cualquiera ae estas dos formas de colisión jurídica ⁽⁴⁶⁾.

c') Tampoco parece admisible esta concepción. Falla, ante todo, la dualidad de motivos que se suponen generadores del proceso, porque la colisión de normas se reduce, en último análisis, a conflicto de voluntades subjetivas. En efecto, la mera contradicción de dos preceptos positivos no se traduce en un proceso hasta que no medie un conflicto de voluntades; la colisión de normas podrá ser la ca^sa de ese conflicto; pero no el objetivo del proceso. La prueba, que no resuelve el conflicto de normas, que sigue subsistente, sino el conflicto de voluntades. Además, el planteamiento de cualquier litigio lleva detrás un presunto conflicto de normas que no se trata de actuar mientras no se manifieste como contradicción de voluntades individuales. Pero, aun salvada esta objeción, la construcción se desmorona ante los procesos en que no existe conflicto de voluntades ni de normas.

d) La teoría de mayor interés formulada hasta ahora se debe a Carnelutti. En Plosz ⁽⁴⁷⁾, para quien la resolución de controversia es el objeto procesal, podría buscarse un precedente de esta aportación novísima, a cuyo mantenedor debe el Derecho procesal una de las visiones más originales. El centro de la doctrina carneluttiana radica en la con-ceptuación del proceso como "justa composición de la litis", entendida ésta como "un conflicto intersubjetivo de intereses

⁴⁵ *Los mismos i. e. I. Vid. el interesante estudio de MARTÍNEZ BERNAL, Sobre el concepto del Derecho procesal, en Rev. Der. Priv., 1944, págs. 603 ss.*

⁴⁶ *MORTARA, Manuale della procedura civile, 1929, I, págs. 9 ss. Cfr. el trabajo citado de MARTÍNEZ BERNAL.*

⁴⁷ *PLÓSZ, Zwei Vortragc aus dem ung. zivilprosessrccht, 1917.*

cualificado por una pretensión resistida” (48).

Aunque impugnativo del criterio carnellutti rato, el de Ugo Rocco supone una derivación de él al definir la función jurisdiccional como “actividad con que el Estado, interviniendo a instancia de los particulares, procura la realización de los intereses protegidos por el derecho, que han quedado insatisfechos por” la falta de actuación de la norma jurídica que los ampara” (49).

d') Este último criterio viene a ser una marcha atrás. Si Rocco entiende por derecho subjetivo —y así lo define— un interés jurídicamente protegido, ¿qué será en definitiva el proceso sino actuación de derechos subjetivos? Sin negar el progreso evidente de esta concepción y reconociendo su precisión científica, puede considerarse aún totalmente satisfactoria.

e) Entre nosotros, Gnasp expone una categoría nueva que, por su aparición permanente en todos los procesos, tiene una solidez incontestable. Ofrece dos ventajas su postura: una, la universalidad de comprensión; otra, su esencia, estrictamente procesal. Sin embargo, las mismas ventajas disimulan un peligro tras su extemada simplicidad. Si el proceso es “una serie o sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión fundada mediante la intervención de los órganos del Estado instituidos especialmente para ello” (50), evidentemente surge en seguida la cuestión de determinar el fin propio a que la actuación de la pretensión se encamina. Se podrá señalar entonces como fin del proceso “la paz social”, como ya el reputado tratadista declara; pero es que éste es el fin último del proceso, o, mejor dicho, el fin de la institución procesal, que sólo mediatamente se realiza en cada proceso concreto; luego hay que precisar, además, un fin próximo que ha sido la causa eficiente de la pretensión y que, por ello, es su destino inmediato. Ahora bien, se ha de reconocer que, para satisfacer las exigencias sistemáticas de la ciencia procesal, la concepción de Guasp es bastante; pero para cribar un pensamiento filosófico del proceso, para hacer una teoría del conocimiento procesal, el horizonte cae demasiado cercano.

En esta perspectiva se abarcan e integran la teoría objetiva y la subjetiva sin incurrir en una mera yuxtaposición. “El inconveniente de que la actuación de la ley no es espontáneamente verificada por los órganos de la jurisdicción se salva al decir que el proceso es “una serie o sucesión de actos que tienden a una actuación de la ley solicitada o pretendida, es decir, a una actuación de la ley que ha sido objeto de una pretensión.” Del mismo modo se sortea el inconveniente de existir procesa sin derecho subjetivo, puesto que en todos ellos existe una pretensión. Y, además, aun en los procesos/en que cabría hacer referencia al derecho subjetivo, éste sólo interesa en cuanto ha sido objeto de una pretensión (51).

4. Es innegable el hecho, deducido de los argumentos de Guasp, de que el proceso gira en torno a una pretensión fundada, como asimismo es cierto que sin una pretensión no se concibe ningún proceso. Ahora bien, además de los instrumentos procesales se debe considerar aquí su objeto,

⁴⁸ CARNELUTTI, *Lezioni*, I, págs. 13 ss.; *Sistema*, I, págs. 214 ss.; *Instituciones*, págs. 29 ss.

⁴⁹ ROCCO, *op. cit.*, págs. 37 ss. Sumo interés ofrece también la tesis de REDENTÍ (*Diritto processuale civile*, I, 1947, págs. 5 ss.), que considera al proceso como un método de aplicación de sanciones. Lo cual tiene la ventaja de unificar así ambos tipos de procesos. Nótese la semejanza con la nuestra.

⁵⁰ *Op. cit.*, pág. 15.

⁵¹ *Id.* pág. 14.

es decir, su fin próximo y su fin último.

Los autores convienen generalmente en que la última finalidad del proceso es el mantenimiento de la paz social; lo cual, en términos de derecho estricto, equivale a decir mantenimiento del orden jurídico. No interesa, sin embargo, al Estado que el orden jurídico se realice o no mediante la intervención exclusiva de su sistema de normas; de lo contrario sería inadmisibles toda transacción, compromiso y, aún más, la conciliación previa —otro argumento contra la visión del proceso como actuación de la ley— y cualquier tipo de procedimiento parajudicial. Por esto el orden jurídico no se circunscribe a la actuación de uno u otro sistema de normas, sino a que la vida social se desenvuelva en la normalidad. Orden jurídico es la quietud ante el derecho en potencia; el respeto extraprocesal de los equivalentes jurídicos.

En los fines del proceso, pues, hay que distinguir el propio de la institución procesal, que no puede ser otro que el mantenimiento del orden jurídico (fin del derecho positivo) para la justicia social (fin general del Derecho); y hay que distinguir también el *fin de cada proceso concreto*, que por necesidad lógica ha de contener parcialmente el fin último del proceso en abstracto (institución); de lo contrario, esa serie de actos no podría comprenderse en el ámbito de lo procesal. Pues bien, el fin próximo de un proceso concreto tiene que ser un caso, también concreto, de anomalía jurídica. Es decir, la causa eficiente del proceso ha de ser un impedimento o encuentro de dos conductas posibles, y su objeto, por tanto, discriminar una interferencia, resolviendo el impedimento que hacía jurídicamente incompatibles una pretensión y un estado de hecho, e investir la discriminación de poder coactivo para evitar que la interferencia sea indefinidamente renovada.

En efecto, ni la actuación de la ley, ni la de una pretensión fundada son otra cosa que un medio para llegar a la discriminación de una interferencia; no son, pues, el objeto del proceso, sino instrumentos procesales puestos al servicio del mismo.

Como quiera que se miren las cosas, es preciso llegar a esta conclusión. Ligado inevitablemente el proceso a la actuación de una pretensión fundada, es innegable que si todas las formas de causalidad eficiente de la pretensión pueden ser reducidas a una interferencia jurídica, entonces es forzoso reconocer que la interferencia es el objeto del proceso: el destino en que todos los actos procesales convergen inexorablemente coadyuvando a su discriminación.

Según se ha demostrado anteriormente (II, b, ns. 17 ss.), toda actuación jurisdiccional obedece a una interferencia; el Derecho procesal tiene una función supletoria en la vida jurídica, porque está supeditado, para entrar en acción, a la obstrucción de la normalidad. Con todo, la importancia del tema y su transcendencia teórica para la teoría general del proceso exige contrastar si esta apreciación es lo suficiente comprensiva para ser *siempre válida*, esto es, si todas las clases y tipos de procesos realizan en concreto la discriminación de una interferencia. Una inducción completa nos conduce rápidamente a este resultado.

a) La primera clase de procesos que debemos considerar, que ha puesto a prueba y ha hecho sucumbir tantas teorías acerca del objeto es la del proceso penal, cuya relación con el proceso civil tanto se discute. Su misma denominación pregona que existe para ambos una nota común y una divergencia. Es la nota común la que permitirá construir una teoría general del proceso. Vamos a precisar si existe tal elemento unitario. Para ello determinaremos las características esenciales del proceso penal, inquiriendo a continuación si son acomodables al proceso civil. Hecho esto afirmativamente, los dos procesos, que hoy viven separados, pueden ingresar en la misma construcción científica, considerándose el proceso penal como una hipótesis paralela a la del proceso civil en la realización del mismo concepto de proceso.

En el proceso penal se dan siempre, aun en los casos de mayor celeridad de trámites, una pretensión y un estado de hecho protegido por la ley que resultan incompatibles. Es decir, el proceso penal se desenvuelve en torno a la discriminación de una *interferencia*: En efecto, concurren en él tres realidades: un acontecimiento de apariencia delictiva que produce la iniciación del *sumario* (que aquí no alude a la brevedad como algunos piensan, sino a la *suma* o conjunto de actuaciones), por el que se trata de fijar y completar el material de hecho. Sobre esta base se alzaría o no posteriormente una *pretensión* que un sujeto de derecho, por medio de su representante, el Estado, coadyuvado o solo, dirigirá al órgano jurisdiccional para que actúe una norma reguladora de su conducta, impedida jurídicamente por un estado de hecho protegido que resulta incompatible con ella. Y, en definitiva, el órgano judicial decidirá sobre cuál de las dos situaciones incompatibles debe ceder, lo cual equivale a fallar si la pretensión es o no viable. Las dos primeras realidades son las partes integradoras de la interferencia: pretensión y estado de hecho protegido jurídicamente incompatibles. Estableceremos más aún la concreta existencia de los dos supuestos.

El estado de hecho protegido es en el proceso penal *siempre* el *status* individual, es decir, *la libertad jurídica de la persona* concebida del modo más amplio, ya que toda sanción penal impone una restricción a cualquier facultad protegida del sujeto, mermando la disponibilidad patrimonial o la libertad personal en sentido estricto. La protección del estado de libertad jurídica es una consecuencia más de la teoría de la forma. El principio de suficiencia formal hace que todos los hechos humanos —y sobre todos ellos el estado de libertad jurídica, que es el fundamental— estén legitimados por una presunción que sólo puede ser destruida por medio del proceso, que aparece así como el medio de dispensar o destituir la protección formal. No queda, por tanto, más camino que el proceso para restringir el estado de libertad jurídica conforme a lo previsto en la norma, y el Estado —la sociedad en último término— se somete también a este gran principio que corona su sistema jurídico.

Por su parte, la pretensión penal arranca, como fundada en una norma, de un supuesto de hecho, a cuya especificación tiende muy especialmente la fase sumarial. Ahora bien, la pretensión puede ser actuada por un particular o por el Estado (mediante su representante). La actuación por un particular se hace mediante la querrela, vehículo de la pretensión que da ya iniciación al proceso. La actuación estatal de una *pretensión* punitiva es muy desemejante a la otra, por la naturaleza del sujeto que interviene. La voluntad individual puede ser caprichosa, su pretensión enteramente infundada; pero la voluntad estatal tiene que ser *jurídica, legal*, y por ello se forma tras una elaboración compleja. La pretensión no se actúa hasta ser acomodada a la ley, hasta ser *fundada*. Por eso, antes de la verdadera iniciación del proceso penal, cuando interviene el órgano público solamente, hay la posibilidad del *sobreseimiento*, en el que se declara que los hechos averiguados no justifican el instar la actuación de una norma contra persona determinada, y únicamente cabe considerar iniciado de verdad el proceso a partir del auto de apertura. La instrucción sumarial consta en realidad, en este caso, de diligencias policiales atinentes a la fijación de los hechos; pero la pretensión punitiva ha de ser posterior, puesto que tiene que ser una *consecuencia* de los hechos. En cambio, si se inicia por querrela (no por denuncia, pues en ésta el que verdaderamente actúa es el representante del Estado), hechos y pretensión fundada en ellos vienen aportados por el querellante y el sobreseimiento no impide en realidad el proceso: hace nada más que el Estado no se solidarice con aquél.

En resumen, existe en el proceso penal una *pretensión*; existe un estado de hecho protegido; luego existe una *interferencia* que discriminar.

b) Del mismo modo que en aquél, con más claridad aún, existe en el proceso civil, como centro

y causa de actuación, una interferencia. Para comprobarlo es conveniente pasar revista a los diversos tipos de proceso de esta índole, ya que es evidente, en algunos casos, cierta disparidad.

En primer término, dos tipos fundamentales de proceso cabe distinguir en lo civil, atendiendo al destino de los efectos que producen., Existe un tipo de proceso cuya eficacia es estrictamente procesal; se origina sólo para preparar o facilitar la actuación posterior de otro proceso. Es el **proceso para el proceso**, cuyos efectos se acusan de fuera adentro y no de dentro afuera. En la generalidad de los casos, los efectos del proceso son, naturalmente, externos; esto es, se vierten sobre el Derecho material. En cambio, algunas especies de procesos producen efectos intransitivos, que no se salen del proceso, sino que se vuelcan enteramente sobre el mismo Derecho procesal. Por este motivo es posible distinguir el **proceso autónomo del proceso instrumental**. El primer miembro de esta clasificación tiene un fin material externo a que enderezarse; el segundo refiere su finalidad al desarrollo de aquél, que, en cierto modo, condiciona. Estamos aquí frente a la distinción entre lo principal y lo subordinado, substancia y accidente (⁵²).

Pues bien, tanto el proceso autónomo como el proceso instrumental realizan un objeto común: la discriminación de una interferencia, si bien ésta surja, en un caso, pidiéndose la actuación de una norma procesal y la actuación de una norma material en otro.

En el proceso autónomo se trata de actuar una norma material incompatible con un estado de hecho. Una parte pide al órgano judicial que discrimine la interferencia que brota de la oposición entre una pretensión de actuar la ley en un cierto sentido, derivado de un supuesto fáctico y un estado de hecho provisto de la protección formal.

Vamos a demostrar el aserto, previa descomposición del proceso autónomo en sus dos tipos fundamentales: el **proceso formal** y el **proceso plenario**.

El proceso formal se dirige a la determinación de la existencia o inexistencia de un 'equivalente jurídico, de si se dan o no los requisitos exigidos para que obre válidamente el principio de suficiencia formal, prescindiéndose de valorar críticamente la fórmula presuntiva en que reposa el principio.

El proceso plenario -versa, en cambio, acerca de si debe o no subsistir la vigencia de la presunción, o sea qué valores formales de los utilizados por las partes entrañan mejor suposición de titularidad. Quién, en el juego jerárquico de los equivalentes jurídicos, debe obtener la hegemonía formal. En pocas palabras; la cuestión aquí es ésta: ¿hay base o no para romper con el principio de suficiencia?

En el proceso plenario, por consiguiente, hay una pretensión, basada en un equivalente jurídico (p. e., un título de propiedad, testamento, in-matriculación, etc.), que se enfrenta con un estado de hecho protegido (posesión, p. e.). No falta, por tanto, la interferencia 'en esta clase de proceso.

En el proceso formal, la situación es casi la misma que en el proceso penal, salvo las condiciones subjetivas. La pretensión trata de actuar la norma protectora específica de la situación de hecho originante, que para estos efectos—por obra del principio de suficiencia—es (presuntivamente) una situación de Derecho, contra una situación de hecho protegida, que es, como en el proceso

⁵² *Esta concepción se separa de la doctrina general acerca de la instrumentalidad procesal. Aquí se excluyen automáticamente los recursos y todos los tipos de procesos regresivos que produzcan efectos en el Derecho material, pues evidente está la diferencia que, desde este orden, los separa.*

penal, la libertad jurídica. Por eso el proceso formal se caracteriza también por llevar implícita una sanción, aunque sea civil, naturalmente.

En el proceso instrumental el fenómeno sigue siendo el mismo. La interferencia se compone de una pretensión en que se solicita la actuación de una norma procesal y un estado de hecho protegido que, siendo incompatible con ella, impide que la conducta prevista en la norma se desplace *paralelamente*, con lo cual es necesario discriminar cuál de las dos situaciones en contraste debe prevalecer jurídicamente.

La pretensión está constituida aquí por un hecho que tiene carácter obstativo en relación a un proceso autónomo y cuya remoción está prevista por una norma procesal la aplicación de la cual significa investir al hecho obstativo de un estado jurídico nuevo. Esta modificación contradice el principio de suficiencia formal protector de los estados de hecho. Existe, de consiguiente, el segundo elemento integrador de la interferencia.

Una inducción, pues, de los fenómenos procesales permite afirmar que, en los diversos tipos de procesos, haya o no contradicción efectiva, se da la incompatibilidad jurídica de que subsistan simultáneamente una pretensión y un estado de hecho protegido por la Ley. El proceso, por tanto, se compone sobre una interferencia.

c) La consideración del objeto del proceso requiere, además, otra on distintos, aunque convivan en el proceso, los fines que persiguen individualmente las partes y el verdadero fin próximo del proceso tal como se deduce del pensamiento jurídico del Estado, que también, incluso, puede ser distinto del que persiga el órgano judicial.

Dentro de la actuación de las partes hay, asimismo, una finalidad *lícita* y otras *ilícitas*. De ordinario, mueve a las partes un *interés jurídico*, y en él radica la finalidad subjetiva lícita del proceso. Con cierta frecuencia, sin embargo, se procura obtener mediante la actuación de una pretensión cualquier interés ajurídico, poniendo el proceso al servicio de un fin *anormal*. Y esta conducta de las partes es predicable lo mismo del juez.

Conviene, por consiguiente, distinguir en el proceso el fin, público le los fines privados, y éstos en lícitos o *normales* y fraudulentos o anormales (⁵³).

Al estudiar científicamente el fin próximo del proceso se atiende sólo al público, único que el proceso se presta a realizar. Los fines privados anormales conciernen sólo a la ciencia procesal a través de la Política del Derecho (⁵⁴). Los fines privados normales pueden ser incluidos dentro del fin próximo de carácter público, a cuya realización concurren como instrumentos de impulsión.

El fin subjetivo que impulsa el proceso es un *interés* que reaparece en cualquiera de las etapas procesales, acuciando sucesivamente la actuación de las partes mediante una transmisión consecutiva de cargas. Ahora bien, el Estado se desentiende del fin privado del proceso. No le afecta el interés que en él se ventila, sino en cuanto pueda significar una manifestación de desorden jurídico. Aunque parezca paradójica, no se cuida el Estado de la Justicia material, sino de la Justicia formal; aquélla sólo le interesa mediatamente, es decir, en cuanto sea expresión Acondicionada del orden; Por tanto, resumiendo: ***el fin público normal inmediato del proceso es la discriminación de una) interferencia entre pretensión y estado protegido.***

⁵³ Cfr. mi tesis doctoral *Teoría del fraude en el proceso civil (en public) capítulo III.*

⁵⁴ *Loc. post. cit.*

5. Otro problema de indudable interés conectado con el del objeto del proceso lo constituye la determinación de las relaciones que debe guardar con la Justicia. Tal vez, en gene con excesiva reserva en una cuestión de tan elevado interés.

Aunque no sea enteramente aceptable, siempre sera merece aplauso la preocupación carneltuttiana por la "justa composición de la litis". Podrá, quizás, discreparse de la formulación teórica, por este fervor por el predominio de lo justo es, en cualquier hipótesis, un de gloria.

¿Cabe considerar a la sentencia justa como integrante del próximo del proceso? ¿Qué conexión existe entre las dos ideas? Si en sentencia justa radica la finalidad inmediata del proceso, es evidente que muchas veces este objetivo se vería frustrado. Aun hablando en un or den exclusivamente deontológico, no cabe la proposición teórica de este criterio finalista, que se presenta como algo inasequible y que sólo secundariamente concierne al Estado. Este, más que de la realización de la Justicia —punto de vista ideal—, debe cuidar de la realización del orden jurídico para el bien común. Si aquella realización fuera su cometido fundamental, sería incongruente que para verificarlo hubiera de requerir instancia de parte.

Es absurdo pensar en una finalidad parcialmente incumplida. La institución que sólo a medias realiza su fin, fracasa como si no lo cumpliera. Y una de dos, o el proceso se frustra—contra la experiencia que asevera la conservación del orden jurídico—o, por el contrario, alcanza su destino, en cuyo caso no cabe sostener que su objeto inmediato sea la Justicia. Por esto resulta más lógico pensar que la principal vocación del proceso es la realización de la **Justicia formal**. La otra hipótesis se coloca en una, situación insostenible al enfrentarse con el problema de la cosa juzgada en caso de injusticia notoria. Si la finalidad perseguida por el proceso fuera más que nada la Justicia, claramente toda otra consideración cedería ante ésta y la sentencia en tales condiciones sería revocada.

El problema de la sentencia justa concierne al Estado, no como fin a lograr en el proceso, sino como imperativo de Política del Derecho. Es un deber inseparable del Estado el procurar que la decisión jurisdiccional sea justa. A este fin concurren: 1º) el **derecho material**, al que es imposible asignar otro objetivo; y 2º) la organización de un **régimen de recursos**, que tiendan, combinados, a conseguir la rectitud jurídica de la cosa juzgada.

La **santidad** que se atribuye a esta institución de Derecho no es más que la simple expresión de la Justicia formal, cuya obligatoriedad ética radica en la misión que en la vida jurídica está llamada a representar y que implica la subordinación de un interés privado al más alto interés de la seguridad del orden jurídico.

Desde el punto de vista de la Justicia formal, la sentencia es infaliblemente justa. Por esto sí el proceso persigue únicamente la dilucidación de una interferencia por medio de un **acto soberano**, la Política del Derecho, a su lado, arbitrará científicamente los medios más adecuados para llevarlo a cabo con las mayores garantías de rectitud. Establecido, por medio de un sistema jurídico material fecundo y justo, un modo de dirimir interferencias orientado hacia la Justicia, y asegurada su efectividad por medio de recursos, el proceso, en cualquier hipótesis, será expresión de la rectitud total del orden jurídico, a pesar de cualquier entuerto imputable al juez.

En esto hay una diferencia más entre la ley y la sentencia. Una ley injusta, por la generalidad de su aplicación, puede —aun diré debe— ser desobedecida. Una sentencia —después de un proceso— está, en cualquier, hipótesis, **santificada**, excepto la basada en **hechos inexistentes**, falta de realidad jurídica

Se distinguen, por tanto, en el proceso, los deberes del juez frente a la ley, de la justicia de la

sentencia. La obligación de hacer justicia es de carácter subjetivo y se limita al órgano. En cambio, la sentencia está asistida siempre de la Justicia formal.

6. Si una consideración analítica del proceso descubre en él una pluralidad de actos presididos por idéntica finalidad, esta inducción, que puede permitir exponer casi exhaustivamente las peculiaridades legislativas, es, empero, insuficiente para elaborar por completa la noción abstracta del proceso, únicamente asequible a una visión sintética del mismo.

Primero, el concepto de proceso se presenta como totalidad; después, se perciben aisladamente los elementos singulares que lo componen. Aparecen antes de nada los elementos subjetivos o personales, integrados por el órgano jurisdiccional, persona desinteresada, y por las partes, cuya posición jurídica se presenta en antítesis, por lo cual se han llamado con acierto personas parciales o interesadas. Esta simplicidad de elementos personales casi nunca tiene lugar, ya por el complicado, mecanismo de la *personación procesal* (sic), ya por el influjo de cualquier clase de *comunidad* en el proceso, o ya por intervención de otros órganos públicos que los meramente jurisdiccionales.

Se advierten después diversos elementos objetivos que, encabezados por la pretensión, convergen sobre el más substantivo de ellos, la interferencia, que se difiere por la decisión jurisdiccional y gradualmente se prepara por una larga sucesión de actos jurídico-prócesales.

Por último, se coligen los elementos cualitativos que encuadran aquéllos en el espacio, prescribiendo el formalismo adecuado para que la emisión de los actos sea jurídicamente eficaz; y, en el tiempo, determinando el ritmo de sucesión y la coordinación de los actos, esto es, el procedimiento que han de seguir.

Entre la primera noción vulgar del proceso y esta otra elaboración analítica media una distancia imponderable. Sin embargo, es imprescindible sobrepasar también esta última, porque una visión completa no es lo mismo que una sucesiva visión aislada de los elementos integrantes, aunque se extienda individualmente a todos. El complejo orgánico no es suma de partes disgregadas, sino partes totalizadas en orden a un fin. Por esto, también en el estudio del proceso, a la consideración analítica debe seguir una síntesis representativa de la unidad.

a) Prescindiendo de las teorías contractualistas, que pretendieron dar unidad al proceso desde un punto de vista extraído del derecho material (tesis éstas abandonadas), en la actualidad, para determinar la naturaleza jurídica del proceso —la síntesis procesal— privan tres actitudes fundamentales. La más común, parte de la relación jurídico-procesal, debida especialmente a Bülow.

Desde luego, hay que reconocer que su punto de partida es una sencilla equiparación, por la cual a los tres elementos que integran la relación jurídica material se asimilan los elementos constitutivos del proceso, si bien la relación aquí considerada es *compleja, autónoma* y de *derecho público*. Esta totalidad se descompone en una serie de derechos y deberes que ligan recíprocamente *a las partes* (Kohler), o bien al *juez con cada una de las partes independientemente* (Hellwig), o bien, coordinando estas dos hipótesis, se sostiene la triple vinculación mutua entre partes y juez (Bülow, Wach, Chiovenda). O sea, formulada gráficamente la síntesis:

$$\leftarrow \rightarrow + \downarrow \uparrow = \Delta$$

Por lo demás, la relación procesal frente al estatismo de la relación jurídicomaterial ha de tener un sentido dinámico, exigencia ésta a la que se acomoda con dificultad, y cuyo primer requisito está en la regulación constante del desenvolvimiento del proceso dentro de la inmutabilidad del orden público. De aquí se deriva la necesidad de imponer anticipadamente las condiciones imprescindibles para una normal y perfecta composición de la litis (presupuestos procesales), de su curso (formalismo) y de su extinción (sentencia).

b) Con profundidad no superada aún, dimitió Goldschmidt, con una crítica decisiva, de la categoría precedente, pronunciando contra ella alegaciones de indispensable validez ⁽⁵⁵⁾.

La teoría de la relación procesal partió en sus orígenes del concepto de presupuestos procesales; pues bien, aun aquí mismo llega la impugnación de Goldschmidt al advertir que no existe en absoluto lazo lógico entre los presupuestos y la relación procesal, ni siquiera por lo que se refiere al contenido del proceso. Pero las objeciones decisivas se las proporciona un examen atento de la pretendida relación. Analizada, se descubre la inexistencia de todo vínculo jurídico, tanto por lo que se refiere a las partes como por lo que atañe al juez. Las obligaciones procesales del juez se basan en el Derecho público, no en ninguna supuesta relación jurídica que le ligue a las partes. Y entre éstas no hay más que mera coincidencia de hecho, pero ningún derecho ni obligación estrictamente procesal que les pueda ser atribuido.

Ante la insuficiente explicación de los fenómenos procesales que puede proporcionar la teoría de la relación procesal, elabora él otra concepción del proceso partiendo del concepto de situación jurídica, iniciado en Kohler.

Diferencia Goldschmidt la situación jurídica de la relación tomando como punto de referencia el derecho material objeto del proceso. La situación jurídica expresa las vicisitudes en que se encuentra la parte respecto al derecho material que quiere hacer valer en el proceso, en tanto que la relación procesal no guarda relación alguna con aquél.

Además, del ataque teórico intentó una demostración comparando el valor explicativo de las dos hipótesis. "En último término —afirma—, los conceptos jurídicos se prueban por su fecundidad"; y con este principio de conducta investiga la naturaleza de los poderes dispositivos de las partes ante cualquier fenómeno procesal y la de su mutua conexión. Así, el vínculo jurídico procesal queda descompuesto en *expectativas, posibilidades, cargas* y dispensas de cargas, mucho más adecuadas a la interpretación de los hechos procesales que la envejecida distinción de derechos y obligaciones, ajena enteramente al proceso.

De esta manera, Goldschmidt daba la necesaria justificación y correlación práctica a su teoría,

⁵⁵ *Der Prozess als Rechtslage*, 1925; *Teoría general del proceso* (edición española), disintiendo de KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, 1888, y *Ztschr. f. deutsch. Zivilprozess*, XII, págs. 07 ss.; HELLWIG, *System*, II, págs. 138 ss.; BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden u. die Prozessvoraussetzungen*, 1868, y *Ztschr. f. d. Zp.*, XXVII, págs. 201 ss.; WACH, *Handbuch*, § 4. Cfr. t. SILVA MELERO, *Contribución al estudio de la relación jurídica procesal*, RGLyJ, 1930, páginas 156 ss.; RICCA-BARBERIS, *Due concetti injecondi, negozio e rapporto processuale*, en RDPC, 1930, II, págs. 191 ss.; INVREA, *Contro il concetto dei presitp-posti processuali*, en id., 1931, II, págs. 100 ss.; LUNA, *El proceso, ¿es una relación o una situación jurídica?*, en *Rev. Trih.*, 19.3,1, págs. 27 ss.; RICCA-BARBERIS, *Progresso o regresso interno ai concetti di negozio e rapporto processuale*, RDPC. 1031, I, págs. 170 ss.; INVREA, *La giurisdizione concreta e la teoria del rapporto giuridico processuale*, RDPC, 1932, I, págs. 24 ss.

demostrando la superioridad que representa para el estudio de estos nuevos tipos en que se manifiesta el vínculo procesal.

c) La teoría de la situación jurídica, aun después de sus valiosas aportaciones, no goza de gran predicamento en la doctrina en la que sigue predominando la otra concepción, debido tal vez a que permite una visión más unitaria del proceso.

En nuestra patria ha defendido Guasp otra posición totalizadora, trayendo al proceso las ideas institucionalistas que han tenido en Hauriou el principal expositor. En este sentido, nuestro procesalista lo concibe como una *institución jurídica* integrada por una idea común objetiva: la actuación o denegación de una pretensión y unas voluntades adheridas que tratan de hacer aquélla realizable y entre las que se establece una serie de vínculos jurídicos (⁵⁶).

De la institucionalidad del proceso deduce Guasp como consecuencias la permanencia del fenómeno procesal; su objetividad, debida a que la esencia del proceso se determina por la idea objetiva, superior a la actividad de las voluntades que lo integran, de donde se deriva también la inmutabilidad fundamental de su contenido y la idea jerárquica, que coloca en distinto plano los supuestos intervinientes.

Otra dirección independiente profesada en España, que tiene correspondencia en el extranjero y un antecedente en Goldschmidt mismo, es la seguida por Prieto, para quien el proceso más que una relación o situación es un conjunto de situaciones jurídicas (⁵⁷). Por lo demás, el resto de la doctrina científica española (Beceña, Plaza, Silva Melero, Gómez Orbaneja) se mantiene fiel a la teoría de la relación jurídico-procesal, acogida preferentemente según la exposición chiovendiana (⁵⁸).

d) Todas estas construcciones son de algún modo incompletas y suponen una labor abstracta excesiva sobre la materia experimental que inmediatamente proporciona el proceso. No hay que desviarse de la realidad cuando ella se exterioriza de un modo adecuado. Bueno es construir hipótesis cuando nuestro conocimiento no puede sin ellas representarse lo real; pero en el supuesto contrario toda abstracción es inverosímil. El proceso no necesita fuera de sí ninguna teoría explicativa: él solo encierra la suficiente claridad; no es preciso más que interpretar los hechos procesales en su verdadera significación y recordar el momento preprocesal en la Historia. En este sentido, ¿qué es el proceso? Una investigación simplicísima basta para averiguarlo.

La idea fundamental que preside el proceso se presenta al análisis escindida en dos direcciones. En primer plano aparece la subordinación de las personas intervinientes al órgano estatal; en segundo término, la oposición formal de dos situaciones individuales ante un monopolio de derecho. Sin esta dicotomía el proceso no se puede pensar. Según esto, valorando el significado de los hechos a la luz de la teoría de la forma, los resultados son sencillos. Por obra del principio de suficiencia formal la acción directa individual declina. La "guerra privada", que constituiría el único medio de remover el obstáculo que la interferencia implica, desaparece *jurídicamente*

⁵⁶ *Comentarios, cit. pag. 22 s.*

⁵⁷ *Derecho procesal, cit. § I, n. 6.*

⁵⁸ *PLAZA, op. cit., págs. 14 ss.; ORBANEJA, op. cit., págs. 3 ss., y CHIOVENDA, ops. cit. T., Rapporto giuridico processuale e litispendenza, en Saggi di diritto processuale civile, II, págs. 375 ss.*

una vez organizada la institución procesal. Pues bien, el proceso precisamente surge para que la lucha privada por el derecho, que supondría el predominio de la fuerza y la anarquía social, sea substituida por una lucha racionalizada que organiza y preside el Derecho y que ha de decidir un órgano estatal según *normas instrumentales* anticipadamente prescritas. (El caso de la rebeldía no excluye la lucha, pues existe una ofensiva dirigida contra el rebelde; por tanto, su pasividad no destruye la categoría, puesto que el ataque es siempre una manifestación bélica.)

Este modo de ver el proceso como una lucha por el Derecho (que no es ninguna novedad) lleva contenida en sí mismo la propia expresión de su naturaleza, es decir, permite pasar de lo metafórico a lo real. Si examinamos las fases del proceso nos enfrentamos con las realidades siguientes: 1º. Que la fase determinativa (de alegaciones) trata nada más que de *identificar* el impedimento que motiva la pretensión en relación con un estado de hecho protegido. Poco importa que las circunstancias identificativas vengan expuestas por una parte solamente o resulten de las manifestaciones de las dos; el hecho es el mismo: se trata de describirlo al Tribunal para que pueda ponderarlo a la luz del sistema normativo. 2º. Que la fase demostrativa trata de contrarrestar los hechos controvertidos, esto es, socavar el fondo de las alegaciones no convenidas para cerciorarse de su veracidad.

La fase determinativa y la fase demostrativa constituyen un momento bien determinado del proceso en el que se fijan los supuestos circunstanciales que dan lugar a la interferencia. La fijación posterior de su estatuto jurídico es un acto de voluntad judicial como voluntad estatal (provisional o definitivo) que decide el proceso y lo concluye, pero que por lo mismo que lo decide y lo concluye está fuera de él. Por tanto:

El proceso, como un drama histórico, es en esencia la *reproducción jurídica de una interferencia real* ⁽⁵⁹⁾.

Esta concepción del proceso parece dar lugar a una objeción decisiva, pues en esta idea de la reproducción jurídica de una interferencia no va incluida la fase resolutive, encarnada en el acto de soberanía que la dirimirá. En realidad, el acto de soberanía propiamente tal, es accesorio al concepto, sencillamente, porque el acto de soberanía es anterior a la decisión jurisdiccional. Se explicará la paradoja aparente.

En puridad, la sentencia consta de dos partes. La primera tiene por objeto la determinación *oficial* de la interferencia: es el resultado de la lucha por el Derecho y constituye la verdadera reproducción de la interferencia; por consiguiente, esta fase de la decisión no está excluida de la que se ha considerado esencia jurídica del proceso.

La segunda parte de la sentencia no es más que la comparación entre la interferencia individualizada y el sistema de normas, hasta encontrar una coincidencia lógica entre la interferencia y la *hipótesis legal*. Todavía, hasta este instante, no hay decisión propiamente dicha. Pero, en -este momento procesal, la reproducción de la interferencia se hace y adquiere la suprema juridicidad: se ha encontrado el negativo de la reproducción fotográfica. Y por esta razón, como culminación máxima de la interferencia, como parte de su juridicidad, ésta de la

⁵⁹ Cfr. con la definición dada en el número 7. Nuestro concepto de interferencia, como se habrá podido ver, no conviene más que en el nombre con la noción que sirve de base a la teoría egológica del Derecho, como es visible en las obras de COSSIO: *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, 1944; *El Derecho en el derecho judicial*, 1945. Cfr. sobre la teoría egológica en general, LEGAZ, en *Información Jurídica*, octubre de 1947, págs. 3 ss.

resolución queda aún incluida en el concepto.

Se supone también que existe una tercera parte en la sentencia. Con todo, esta tercera parte es tan sólo formulista. Realmente, una vez establecida la identidad de hipótesis legal e interferencia no falta más que transcribir —siquiera sea en concreto— la tesis de la disposición, que es en verdad la cúspide de la sentencia. Y, en efecto, la formulación de la tesis ha precedido ya —per suppositionem— a la actividad judicial. Por esta causa, el *fallo* sólo formulariamente es algo procesal. La labor del juez y del proceso terminan verdaderamente al identificar la interferencia en el supuesto hipotético de una ley. He aquí por qué la decisión propiamente tal no debe ir inserta como elemento integrante al estudiar la naturaleza jurídica del proceso.

Reunidas así las notas esenciales constitutivas del concepto de proceso cabe ya sintetizar científicamente una definición del mismo. Así *el proceso es una serie compleja de actos superpuestos destinados a la reproducción jurídica de una interferencia para su discriminación legal*.

8. Un estudio de la esencia del concepto no basta para penetrar en el sistema lógico que constituye el proceso considerado en su totalidad. Si un estudio analítico permite descubrir una serie de actividades correspondientes a las diversas personas que tienen intervención procesal, es evidente que, sin investigar los principios fundamentales que ordenan los actos y las actividades y presiden su mutua conexión, es imposible, por vía racional, darse cuenta exacta de cómo es en realidad el proceso. Aquel estudio se completa mediante la exposición de los principios que informan el *curso procesal*, es decir, que determinan la actividad de los elementos subjetivos, y de aquellos otros coordinadores con que dicha actividad se regula. Los primeros se establecen en razón del vínculo jurídico-procesal; los segundos son los principios básicos que presiden la dinámica del proceso.

Es frecuente que los tratadistas, al estudiar los principios rectores del proceso, se refieran a los de carácter político, esto es, a los que expresan la diversa categoría y modalidad de la intervención por parte de los órganos del Estado. Dejando este estudio relegado a la Política del Derecho Procesal, se hará aquí una exposición de los principios básicos de carácter jurídico, o sea, de aquellos que la misma esencia del proceso postula.

El partir de la consideración del proceso como reproducción jurídica de una interferencia trae ja siguiente encadenada serie de consecuencias: 1ª. Necesidad de una determinación de las situaciones interferidas, que sólo puede ser obra de las partes; porque sólo por ellas existe incompatibilidad, elemento esencial de la interferencia. 2ª. Necesidad de establecer un equilibrio de poderes entre las partes que les permita una actuación paralela de modo que, en la reproducción de la interferencia, no preponderen por necesidad las afirmaciones de alguna. 3ª. Necesidad de que la interferencia reproducida sea el objeto de comparación para determinar la hipótesis legal identificativa. 4ª. Necesidad de que con el avance procesal las cargas se transmitan sucesivamente de una a la otra parte. 5ª. Necesidad de sumisión estricta del proceso a la norma jurídica que lo regula, para que la interferencia se reproduzca jurídicamente.

Por su parte, la influencia del principio de autosuficiencia formal condiciona la fase demostrativa del proceso, al otorgar preeminencia a la situación jurídica protegida por la presunción de titularidad, que se deriva de aquel principio, cuando se equilibran las afirmaciones de las partes.

Y, por último, el fin remoto del proceso exige de éste, para que la paz social no se resienta, una producción de certeza que, al mismo tiempo, sea rápida y cómoda para el litigante de buena fe y costosa para el que litiga dolosamente.

He aquí, deducidos de todas estas premisas, los siete principios básicos a que el proceso tiene que acomodarse para ser instrumento adecuado de su finalidad: 1º. Principio de aportación dispositiva de los hechos. 2º. Principio de contradicción. 3º. Principio de adquisición procesal. 4º. Principio de transmisión de cargas. 5º. Principio de orden público. 6º. Principio de la carga de la prueba; y 7º. Principio de economía procesal. Conviene hacer una breve exposición del contenido de cada uno, aunque advirtiendo previamente su estrecha dependencia mutua, pues no siendo más que diversas manifestaciones de un mismo fenómeno, es fácil encontrar el punto de proyección del que proceden y artificial resultará el aislarlos en una teorización rígida.

a) Muchas veces se ha intentado discutir en los últimos tiempos la omnipotencia del principio dispositivo en lo que se refiere a la aportación de los hechos fundamentales del proceso civil⁽⁶⁰⁾. Esta es una consecuencia derivada de una concepción errónea del mismo: la de que persigue y se dirige a la actuación de la ley. Si se quiere ser lógico, en este caso hay que sostener también la necesidad de abolir todos los , equivalentes procesales o procedimientos para judiciales, instaurar después en toda su plenitud el principio inquisitivo y promover, en fin, la actuación de oficio lo mismo en el derecho privado que en el público. Pero aun no bastaría esto: sería igualmente necesario abolir la transacción, el compromiso y la donación en todas sus formas y aun toda convención lucrativa, pues la investigación oficial no podría, sin la colaboración de las partes, distinguir jamás estos actos jurídicos de las situaciones antijurídicas que se le parecen.

Frente a estos recientes y discutidos modos de pensar, sostengo que el poder de aportación de los hechos debe obedecer exclusivamente al principio dispositivo, aunque salvaguardando siempre —claro es— el orden público y el formulismo procesal.

Para internarse en el contenido de este problema es menester precisar el alcance que se atribuye a la aportación de los hechos, que aquí se circunscribe a la determinación de las circunstancias de toda especie que fueron el antecedente causal de la interferencia que se trata de reproducir.

Esta sola característica basta para impedir que se cuestione sobre la aplicación del principio inquisitivo. Todas las actividades que quieran atribuirse al Juez dependen del señalamiento que hagan las partes de la interferencia; mal puede aquél realizar alguna intervención sin que previamente conozca sobre qué actuará. Es decir, todos los actos procesales del Juez están inexorablemente prefijados por una actuación de las partes en que se le señalen los hechos a que tiene que orientarse su, actividad. Esta actividad de las partes consiste en la determinación circunstanciada de la interferencia que ha de ser objeto de resolución. En efecto, .todo lo que cabe hacer en el proceso se reduce a dos cosas. La primera consiste en determinar qué ha de ser resuelto. La segunda, en. qué sentido ha de dictarse la resolución.

La primera operación da lugar a la fase determinativa, y como por ella se trata de prefijar el objeto de la actividad del Juez, éste ha de ser un espectador que espera que le digan lo que ha de hacer, como preguntando "¿qué queréis qué haga?". En cambio, en la segunda etapa la actividad es fundamentalmente del Juez: es éste el que tiene que plantear y resolver la cuestión principal, "¿cómo he de resolver?" De aquí que, al revés de lo que sucede en el período anterior, en la fase demostrativa el principal elemento activo debiera ser el Juez. Ahora sí que es el momento en que el principio de inquisición debe adquirir el desarrollo máximo. En general, las

⁶⁰ *Una documentada exposición en GUASP, Juez y hechos en el proceso civil. Una crítica del poder dispositivo de las partes sobre el material de hecho del proceso. Vid. t. el interesante artículo de PRIETO, Revisión de los conceptos básicos del Derecho procesal, en Inf. Jur., julio-agosto 1947, págs. 30 ss.*

legislaciones se dejan guiar, indebidamente aquí* por el principio dispositivo —no sin ciertas bases psicológicas—, con lo que la finalidad del proceso se desnaturaliza.

Prescindiendo del problema de la fijación de los medios de prueba y de su graduación legal, que significan una restricción a la libertad de convicción psicológica, interesa solamente ahora el modo de llevar a efecto la demostración, o mejor aún, la contrastación de los hechos controvertidos.

La primera actividad —se ha dicho— es del Juez. Corresponderá, pues, a éste un poder y deber de investigación para inquirir cuáles de las afirmaciones contradichas son verdaderas y cuáles falsas. Ahora bien, como las posibilidades del Juez en lo que se refiere a la consecución del material probatorio son muy inferiores a las de las partes y, además, con el propósito de no sobrecargar su labor, las legislaciones suelen alterar también aquí el orden de prelación de los principios otorgando prioridad al dispositivo, se estimula la actividad de las partes por medio de cargas, para lo cual es necesario liberar al Juez de la obligación de actuar por sí, para que las partes, escudándose en esta obligación, no permanezcan a la expectativa. Y esto es lo que se acostumbra en la práctica, aunque se mantiene siempre la posibilidad de que el Juez proceda "motu proprio" cuando la marcha del proceso se lo aconseje.

Lo más razonable sería elevar el inquisitivo a rango de principio inconcuso en esta fase del proceso, de modo que el Juez mismo, siguiendo las directrices de la teoría de la carga de la prueba, obligara a las partes a proporcionarle sucesivamente los indicios o medios probatorios con que quieran fundamentar sus alegaciones y después de investigar a su satisfacción el valor que puedan poseer como productores" de certeza, disponer por su parte las diligencias que estime convenientes para producirla, exponiendo después unas y otras en la motivación de su fallo.

Hay, pues, según esto, que distinguir en el proceso la aportación de los hechos y la aportación de la prueba. La aportación de los hechos es exclusivamente vinculante, es decir, sólo puede ser efectuada por las partes, y la resolución del Juez, que nunca puede significar aportación de hechos, está de antemano circunscrita en su alcance por aquélla. Por el contrario, la aportación de la prueba es concurrente y valorable, esto es, las partes han de demostrar las afirmaciones controvertidas y, al mismo tiempo, el Juez puede libremente investigar su veracidad, que al fin ha de valorar en definitiva extrayendo la decisión de la litis del conjunto de todos los medios de prueba, ya sean suministrados por las partes, ya provengan de su libre investigación.

b) De todos los principios procesales el que caracteriza mejor la estructura interna del proceso es indudablemente el de contradicción, porque es también el que está más cerca de su esencia.

La reproducción jurídica de una interferencia tiene lugar por una serie de actos jurídicos que llevan a cabo las diversas personas que tienen intervención en el proceso, quienes colaboran así de consumo, llevados por un interés o impulsados -por una obligación, a que tal resultado se consiga. Pues bien, el principio de contradicción trata de mantener entre todos los elementos subjetivos una ley de armonía. Por ello se presenta como una idea compleja, descomponible a su vez en otras tres más simples. Surgen así, de un lado, el principio de Justicia formal y el de equilibrio de poderes; del otro, el principio de adquisición procesal, que no es más que una secuela del contradictorio.

Concebido el proceso como una lucha, el principio de contradicción tiende en realidad a reducir a cero todas las alegaciones ajenas al Derecho, para que, equilibradas las fuerzas por la igualdad de la oposición, sólo, el triunfo de la razón quede asegurado. Las condiciones de libertad en que toda lucha se desenvuelve se conservan asimismo en el proceso. A diferencia de la guerra, en

la cual la voluntad de los beligerantes es única ley, pues no existe organismo alguno encargado de exigir el cumplimiento del Derecho Internacional, en el proceso, por el contrario, existe un órgano tutelar a quien corresponde velar para que las normas limitativas de la acción de las partes no se conculquen. Así pues, a diferencia de la guerra, la lucha por el Derecho está regulada: Supone una serie de poderes de las partes, pero siempre reducidos por esencia a una forzosa limitación. En la guerra consigue la victoria, no el que tiene razón, sino el que hace predominar su fuerza; en el proceso la consigue (salvo hipótesis anormales), o por lo menos debe conseguirla, el que hace predominar su razón. Precisamente la cualidad más típica del proceso es la diferencia más decisiva que lo separa de la guerra. En esta se despliega la totalidad de la fuerza disponible para conseguir la victoria, que depende nada más del volumen de fuerza empleado; por eso el principio fundamental de la guerra es el de la desigualdad de fuerza de los contendientes. En el proceso se procura el triunfo de la razón, y por esto se parte de un principio totalmente distinto: se nivela la fuerza de las partes para que la decisión no se produzca por la lucha, sino que por un órgano imparcial sea deducida de la lucha.

La conclusión favorable del proceso depende, nada más, del resultado de la premisa histórica, la cual se forma mediante la presentación bipartita de la cuestión de hecho seguida de su interpretación jurídica, que se ha de basar en una relación de identidad establecida entre la hipótesis legal y el supuesto de hecho. La determinación de los hechos, y la adveración de los controvertidos en las diligencias de prueba, finalizan la exposición histórica, que, siendo tarea casi exclusiva de las partes, depende, de los actos procesales que las mismas realicen. Como todo acto procesal de las partes se refleja de alguna manera en el resultado, es evidente que la porción de historia que cada parte con su actuación puede producir tiene que ejercer en la decisión algún género de influencia: en otro caso no sería el fallo congruente. Ahora bien, puesto que la justicia formal es la idea capital que preside la ordenación del proceso, es necesario mantener en equilibrio los poderes de las partes. La igualdad procesal, que surge de este postulado, implica que las posibilidades de actuar concedidas a cada litigante sean las mismas para que, neutralizadas sus fuerzas, lo único que pueda predominar en definitiva sea la superioridad de las razones alegadas, nunca la superioridad de las posibilidades de alegarlas. La igualdad procesal consistirá, por tanto, en que las partes tengan exactamente las mismas oportunidades de hacer valer los motivos en que apoyan su pretensión. Una vez que las oportunidades atribuidas son equivalentes, la Justicia formal no pierde nada aunque las partes las administren como quieran, con tal que no se propasen los límites legales incurriendo en un exceso de defensa. El proceso, si ha de cumplir el fin a que tiende, no puede detenerse ante la consideración de que las oportunidades de defensa sean mal administradas, basta con que sean posibles. En consecuencia, el hecho de abstenerse de utilizar una posibilidad de actuación, cualquiera que sea, no produce más consecuencias que la de provocar una aportación unilateral del material histórico, de lo que naturalmente se resentirá la decisión.

c) Juntamente con este principio opera el de adquisición procesal. Por él los hechos no controvertidos son excluidos de la prueba, con lo cual tienen que ser integrados-sin más entre los supuestos en que se basa la decisión. Esta manera de adquirir es una consecuencia de cómo se forma la premisa histórica en el proceso y de la preclusión periódica que resulta de la sucesión de actos, cuya admisibilidad está limitada también por el tiempo. El poder de alegación está enmarcado en un plazo rígido, transcurrido el cual caduca. Por tanto, a causa! de dimanar la decisión del contenido de la premisa histórica y de componerse ésta de una serie de afirmaciones insubstituíbles, que si no se niegan en el momento no pueden ya negarse, resulta que los hechos no controvertidos son elementos indispensables para la fundamentación del fallo y, en consecuencia, la parte que se ve ante una afirmación incontestada, obtiene, por decirlo así, la

adveración formal de lo alegado y se le exime de la necesidad de probar. En este sentido se habla de la **ficta confessio**, reputándose confesado el hecho que a su debido tiempo no se niega.

Por obra de la adquisición procesal, el contradictorio aparece no sólo como poder, sino, además, como carga. Su omisión significa dar al adversario una expectativa favorable y crear una posición procesal desventajosa para el omitente. El juego del interés de las partes sigue siendo, pues, la energía que activa el proceso.

d) El avance sucesivo que supone la idea de proceso va preparando y acumulando el material de hecho en vistas a la decisión jurisdiccional. En virtud de este curso, las cargas procesales, cuando son renuídas, reaparecen en otra forma en el siguiente estadio, con peligro de que, si la renuncia es constante, se produzca una decisión desfavorable de la litis; en cambio, cuando las cargas se liberan, se transmiten a la contraparte, es decir, en otras palabras: carga liberada es carga deferida. Esto quiere decir que la situación procesal grava a todo aquel de quien el avance depende, que está coaccionado por eso a poner de su parte los actos que sean necesarios para que se complete el material de hecho y así sea posible la justa discriminación de la litis. Según esto, la justicia de la sentencia pesará, en gran parte, sobre los intereses de los litigantes, de modo que cualquiera que pretenda alcanzarla—y lo mismo se diga de la resolución favorable—ha de poner por obra los actos procesales a que se condiciona su realización. Así, pues, la contradicción está enlazada también al principio de transmisión de cargas, puesto que la necesidad de la doble audiencia que exige el contradictorio, y la necesidad de la doble alegación a que las cargas dan lugar, conducen a una aportación completa y contrastada, que hace menos penosa la labor del juez.

e) La reproducción de la interferencia real es, antes que nada, **jurídica**. Es decir, se verifica de conformidad a un sistema de límites: el que las normas procesales establecen. Es esencial, para que el proceso no pierda su carácter, que las normas rectoras de la institución no se infrinjan. A esto tiende el principio de "orden público", al encomendar al juez no sólo la resolución, sino también el cuidado de salvaguardar en todo momento las normas legales que regulan la estática (presupuestos) y la dinámica procesal (procedimiento).

Es condición fundamentalísima de la Justicia formal que no se altere el orden establecido para el desenvolvimiento del proceso, pues él expresa las más fundadas garantías de que la Justicia material pueda ser obtenida. Por esta razón se supone que cuando las normas relativas a los presupuestos procesales o al procedimiento se conculcan, se produce una lesión a la parte, que consiste en la privación de alguna de las medidas de seguridad, que son otras tantas garantías de su derecho. Y así como en el derecho privado a la lesión del contratante se concede un remedio en la **restitutio in integrum**, así también en el derecho procesal cabe restituir el proceso al momento en que se cometió la infracción de la norma asegurativa.

Se concretan aquí las causas y efectos del recurso de casación por quebrantamiento de forma, y también, desde este punto de vista, se debe intentar diferenciarlo de la casación por infracción de ley. Este se dirige inmediatamente a la consecución de la Justicia material, mientras que aquél únicamente se preocupa de que las garantías de la Justicia formal prevalezcan. No importa que la Justicia formal sea una aspiración de Justicia material, como tampoco importa que una y otra sean una aspiración de Justicia. La Justicia formal se basta a sí misma, por cuanto, una vez realizada, el fin del proceso se cumple. No se puede, pues, decir que los errores **in pòcedendo**

sean, en último término, errores *in iudicando*, porque perfectamente se percibe la diferencia (⁶¹).

Por último, el volumen de negocios sometidos a casación aumenta en el caso de quebrantamiento de forma, lo cual explica la preeminencia de la Justicia formal y se justifica por ella.

f) El principio de la carga de la prueba, que dio tanto que hacer a la doctrina a la luz de otras concepciones procesales, es una cuestión mucho más sencilla desde las perspectivas expuestas. Cabe reducirlo a muy pocas palabras. Sentado que sólo los hechos controvertidos son materia de prueba, este principio se puede enunciar así: ***La prueba corresponde y se transmite en razón inversa de la protección formal.***

La justificación de este enunciado es muy simple. El que tiene a su favor el principio de suficiencia de la forma, puesto que está defendido por la presunción de titularidad está dispensado de prueba, y, por tanto, sólo le es posible contraprobar; Ahora bien, la protección derivada de este principio se pierde cuando se presenta un medio de prueba que, según las disposiciones positivas, tenga fuerza bastante para destruir la apariencia de titularidad; y de resultas cuando el medio de prueba con que se impugna la titularidad presunta tiene fuerza para destruirla, entonces la protección formal se transmite al que aportó tal medio de prueba y la carga de probar grava al anteriormente exento.

La sola explicación de estos principios basta para entender todo el complejo mecanismo de la prueba. En efecto:

Durante todo el proceso, hasta la decisión por sentencia firme, toda titularidad es hipotética; está en duda, puesto que se va a decidir. Por este motivo, en caso de que se produzca una situación neutra entre los hechos y las pruebas proporcionados por cada litigante y cuando la investigación judicial no aporte tampoco ningún resultado decisivo, entonces sería imposible fundamentar en conciencia una decisión e inmensa la perplejidad del juez, obligado a pronunciar su fallo. Sin embargo, como, por obra de la legitimación, uno de los litigantes es titular presuntivo, él principio de suficiencia formal obra y, por tanto, a falta de hechos que signifiquen su derogación, se mantiene por medió de la sentencia. Es. decir, todo proceso plantea este dilema: o se destruye la titularidad formal, o no se destruye. En el primer caso, la decisión es favorable al impugnante; en el segundo, adversa.

Cuando con un medio de prueba adecuado se desbarata la protección formal, entonces ocurre un fenómeno curioso. La protección formal se desplaza beneficiando al que dispone de un medio de prueba bastante para la impugnación. Estamos en el relativismo, del "como si", donde todo son presunciones. Ahora ya, por consiguiente, las circunstancias del proceso han cambiado, y la carga de la prueba, por tanto, también. Si no se anula por otra prueba de más valor, lo que, en cierto modo, cabe hacer hasta la sentencia firme, el sentido de la resolución está determinado. Después de la sentencia firme, el acto ele soberanía dentro de la triple identidad de la cosa juzgada, es inmutable y vinculante.

En cambio, fuera de esa triple identidad, aun a pesar de la sentencia, estamos, como antes, en el reinado de la forma, con todas las consecuencias de su relativismo.

Después de lo dicho, podemos sentar, como principio que no admite ninguna excepción, el siguiente: La carga de la prueba, en un momento dado del proceso, grava al que no esté favorecido por la protección formal.

⁶¹ Vid. CALAMANDREI, *Sulla distinzione tra error in iudicando ed error in procedendo*, en *Studi sul processo civile*, I, págs. 213 ss. con acertada refutación de Beling.

g) El principio de economía procesal está enlazado con el fin institucional del proceso. El orden jurídico requiere no sólo la eliminación de toda interferencia, sino también la rapidez de la eliminación. Esto exige brevedad de los trámites, acortamiento de los plazos y extirpación de diligencias inútiles. Al mismo tiempo es menester liberar a la Magistratura del peso de las exposiciones de hechos difusas y largas en exceso, lo cual se consigue mediante la economía de las alegaciones y pruebas. Esto es fundamental, asimismo, porque el número de resoluciones que puede dictar un juez es inversamente proporcional al tiempo requerido por cada una, y, naturalmente, de nada sirve alcanzar la sumariidad en el procedimiento si la sentencia no es oportunamente promulgada.

Por otra parte, es necesario hacer asequible la Justicia a todas las clases sociales del país, evitando en lo posible dos graves obstáculos. En primer lugar, que las economías débiles no puedan alcanzarla o que le sea excesivamente gravosa. En segundo lugar, que la excesiva facilidad para litigar incremente, como lo suele hacer, la frecuencia de los litigios. He aquí, en esquema, una de las tareas de la Política del Derecho, nada sencilla; pero que cabe resolver manejando hábilmente la condena en costas.

9. El examen del contradictorio y del principio de adquisición procesal lleva de la mano a una de las cuestiones más interesantes que se ha planteado la teoría general del proceso. El proceso, considerado en su conjunto, ¿produce una situación o una relación jurídica? En otro momento hemos considerado ya este problema. Ahora corresponde enjuiciarlo a la luz del vínculo que se crea entre las partes.

En realidad, los poderes de las partes no provienen de la relación que exista entre ellas, sino más bien de la situación procesal en que se encuentran, puesto que toda posibilidad procesal deriva inmediatamente de la ley, que las va creando al compás de la dinámica del proceso. La relación jurídica implica un deber, también derivado de la ley, es cierto; pero procedente de un acto de voluntad previo, del cual depende. El vínculo legal supone necesariamente el mínimo de dos voluntades enlazadas por un imperativo ético que la disposición normativa recoge. En cambio, en la pretendida relación procesal no existe conexión jurídica ninguna establecida entre las partes; a ninguna está concedido el poder de subordinar al suyo propio un interés de la otra; recíprocamente, su posición es de independencia. Como en la guerra, la posición de los litigantes es antagónica, sin más analogías que la prosecución de un fin idéntico: el predominio de un interés y la sumisión al sistema normativo. Todo vínculo que se quiere vislumbrar entre ellas es ilusorio y nacerá después en la sentencia, o existirá desde antes en la relación jurídico-material si así quiere decirse. El correlativo actuar de las partes es aislado, inconexo, sin que dependa de acto alguno de ellas, sino del curso del proceso. Por esto, la omisión de un acto no impide la realización del correspondiente por la parte contraria, salvo que se trate de alguno que dependa en absoluto de aquél (p. e., el caso de la duplica, etc.).

Si, pues, la correlación jurídica que se pretende ver entre los litigantes es inequívocamente metafórica, vale más hablar de situaciones jurídicas originadas por el desenvolvimiento del proceso.

Añora bien, examinada internamente la situación procesal, ¿qué clase de facultades o deberes integra?

a) La teoría de la relación jurídica se estrella ante la interpretación de los nexos jurídicos que surgen por el proceso. Pensar en una relación jurídica sin un ligamen establecido entre las partes es pensar en un cuerpo inextenso. Para evitar la autoexclusión del concepto hay que recurrir a subterfugios dogmáticos, más o menos hábiles, pero siempre poco seguros. La teoría de la

situación jurídica es, para estos efectos, indudablemente superior. El más sutil análisis de esa conexión entre los actos procesales se debe, a mi entender, a Goldschmidt.

Como se dijo ya, Goldsmichdt distingue cuatro categorías de situaciones subjetivas ante la evolución del proceso: expectativas, posibilidades, cargas y dispensas de cargas. Expectativa es una esperanza de obtener una futura ventaja procesal, sin necesidad de acto alguno propio. Por posibilidad se entiende la situación que permite obtener una ventaja procesal por la ejecución de un acto procesal. La carga es una situación de necesidad de realizar determinado acto para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal. La dispensa de carga se refiere a la situación en que se encuentra una parte que le permite abstenerse de realizar algún acto procesal sin temor de que le sobrevenga el perjuicio que suele ser inherente a tal conducta.

La última palabra de la investigación la ofrece Carnelutti, quien, excluyendo las facultades y deberes de juez y auxiliares, descompone las situaciones procesales referentes a las partes en *activas* y *pasivas*, comprendiendo entre las primeras: derechos subjetivos, potestades y facultades; y entre las segundas, las cargas, obligaciones y sujeciones. Entre los derechos subjetivos, Carnelutti estudia las acciones; las potestades, entendidas como "poder atribuido para la tutela de un interés de otro", las ve en los casos de persona (personación) compleja, administradores, por ejemplo; la facultad, que distingue del derecho subjetivo en que es el *prius* y no el *posterius* de la obligación del juez, es decir, cuando la parte puede hacer algo porque el juez debe dejárselo hacer, en vez de que el juez deba hacer o no hacer porque la parte así lo quiere". La carga es caracterizada por Carnelutti como "la subordinación de uno o más intereses del titular a otro interés del mismo que se le impone porque se hace de aquélla una condición para la obtención de ésta". La obligación procesal la define así: "vínculo impuesto a la voluntad de la parte para la subordinación de un interés suyo al interés (público) referente a la justa composición de la litis". Finalmente, existen sujeciones cuando la voluntad de la parte queda por la decisión del juez, no tanto vinculada como simplemente sometida" (62).

La concepción caneluttiana de los vínculos procesales quizá sea excesivamente analítica. Sin una repulsa definitiva, Guasp ha puesto, acertadamente, reparos a las figuras de carga y potestad. Comparando la carga, no con la obligación, sino con el derecho subjetivo, observa que también en éste la inactuación lleva consigo un perjuicio, puesto que, como en aquélla, el interés se condiciona a la realización de un acto. Por eso concluye que la carga no es más que un derecho subjetivo considerado *sub especie* de un resultado perjudicial. Y del mismo modo la potestad no es sino la obligación *sub especie* de los efectos favorables que produce, *id est*, de la situación de prevalencia que determina" (63).

b) Para dilucidar si existe alguna conexión entre las partes, conviene partir, ante todo, del examen de las dos categorías fundamentales: derecho subjetivo y obligación. Se estudiará, en primer lugar, esta última.

En la doctrina dominante suele negarse la existencia de obligaciones estrictamente procesales, alegando como causa de su exclusión el hecho de que no haya una sanción típica impuesta a la omisión de los actos procesales. Esta argumentación es especiosa. Una vez más se han introducido aquí arbitrariamente conceptos propios del Derecho natural, esto-es, de un orden ético ideal, dentro del estricto Derecho positivo. Un breve raciocinio basta para acreditarlo. Si

⁶² CARNELUTTI, *Instituciones*, *cit.* págs. 168 ss.

⁶³ GUASP, *Comentarios*, *cit.* págs. 23 ss.

el deber jurídico de la contradicción se mide a la luz de los deberes morales, claro es que el problema de la existencia de obligaciones procesales ha de sobreseer: la defensa, aun de los derechos indudables, no es nunca una obligación. Pero estos criterios no son científicamente los que corresponden al derecho positivo. Con independencia de tales puntos de vista, cabe argüir en favor de, la existencia de obligaciones de exclusiva índole procesal.

En efecto, si se analiza la obligación jurídicomaterial, cualquiera que sea, y se la compara con la carga, es evidente que, a la luz de la sanción que las acompaña, es necesario concluir —a pesar de cuanto se ha dicho— que hay identidad substancial entre las dos figuras. Si el derecho material considera obligaciones a todos aquellos imperativos seguidos de sanción, verdaderamente este modo de ver equipara este concepto al de carga. La sanción no es más que la posibilidad de obtener una sentencia contraria en el caso de omitir un acto prescrito: en definitiva, el valor jurídico esto es, la eficacia de la obligación no es otra. Si en el derecho natural hay un orden racional de deberes, en el derecho positivo el signo del deber es sólo la coercibilidad, a saber: la posibilidad de una futura condena procesal. Ahora bien: es el caso que la posibilidad de una sentencia contraria aún es más próxima durante el proceso, por la omisión del contradictorio, que antes de él; luego ¿no es claro que la obligación procesal es mucho más inmediata que la obligación material? ¿Podrá discutirse la existencia de un imperativo jurídico que imponga la obligación, cuando la omisión del acto previsto trae como consecuencia una sanción mucho más inminente que la de otras especies de obligaciones?

Según esto, el contradictorio puede valorarse legítimamente como una obligación, ya que la inactuación del uno cuesta lo mismo que el incumplimiento de la otra. Podrá pensarse tal vez que la contumacia procesal no implica la decisión contraria de la litis; pero a esto se puede redargüir con una alegación paralela: tampoco la omisión de un acto obligatorio supone la condena del omitente. Y de seguro que las probabilidades de una sentencia desfavorable no son en este caso mayores.

En realidad, la verdadera diferencia entre la carga y la obligación jurídico-material ha de buscarse en la dependencia que se establece en este último caso de la voluntad del obligado a la voluntad del facultado. La obligación nace de la ley y de la voluntad de éste, conjuntamente, mientras que la carga sólo se origina de aquélla.

La existencia de los derechos subjetivos procesales cabe ponerla, aún más, en tela de juicio. La concepción carnelluttina, identificando los derechos subjetivos con las acciones, es la más lógica y parece aceptable; pero la ordenación sistemática de esta obra constriñe a dejarla. Su sitio está en el estudio de la acción y sus relaciones con el derecho subjetivo. Sin perjuicio, pues, de una discusión ulterior, quiero dejar sentado que la existencia de derechos subjetivos, estrictamente supone, por lo menos, una deficiencia de elaboración. En su estructura, los actos procesales no se pueden considerar como derechos subjetivos, sino como manifestaciones concretas del derecho subjetivo preprocesal (la pretensión), ya que la pretensión como derecho lleva implícitos todos los actos necesarios para su actuación o ejercicio; luego estos actos concretos en que se descompone no son otra cosa que elementos integrantes de una sola y misma cosa jurídicamente considerada: el derecho público subjetivo en que consiste la pretensión. Además, en otro orden de ideas, hay que advertir que es antifilosófico multiplicar las causas explicativas cuando una sola basta para dar una explicación completa del fenómeno.

Esto aparte, desde la consideración de la relación hipotética entre dos litigantes, se puede repetir lo dicho de las cargas y obligaciones.

En lo que se refiere a las demás especies en que se descomponen los complejos vínculos

procesales, la elaboración de Carnelutti quizá sea excesiva. Más aconsejable de seguir por más simple y visible se muestra la de Goldschmidt y a ella se atiene la exposición dogmática de este trabajo ⁽⁶⁴⁾. ⁽⁶⁵⁾.

⁶⁴ *Biblg. gen.* BINDER, *Prosess und Recht*, 1927; BAUMPACH, *Elementarbuch des Zivilprozesses*, 1941; BATISTA, *Nozioni di procednra civile*, 1933; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 1936; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 1941; CONIOLIO, *Lezioni di diritto processuale civile*, 1938; JAEGER, *Diritto processuale civile*, 1942; MEVER-ZOLLER, *Die Zivilprozessornung*, 1938; REDENTI, *Profili pratici dil diritto processuale civile*, 1938; SATTA, *Teoría e practica del proceso*, 1940; *Introduzione allo studio del diritto proc. civ.* 1939; SCHÓNKE, *Zivilprozessrecht*, 1938; ZANZUCHI, *Diritto processuale*, 1936; BELING, *Derecho procesal penal (Fenech)*; DOHNS, *Das sirafprozessrech*, 1925; FLORIAN, *Diritto processuale pénale*, E939; GERHAND, *Des deutsche Strafprozes*, 1927; DE BARSICÓ, *Lezioni di diritto processuale pénale*, 1938; MANZINI, *Trattato di diritto processuale pénale italiano*, 1932; ROSENFELD, *Dentsches Strafprozessrccht (Col. Goschen)*, 1926; SABATINI, *Istituzioni di diritto processuale pénale*, 1933; VANNINI, *Manuale di Diritto processuale pénale italiano*, 1947.

⁶⁵ *Vid.* BALLBÉ, *La esencia del proceso*, RGLyJ, julio-agosto 1947, págs. 7 ss., aparecido durante la edición de esta obra, donde se sostiene el carácter procesal de los procedimientos administrativos. La tesis no puede prevalecer frente a una definición como la que hemos dado de proceso.

V EL CONCEPTO PURO DE PRETENSIÓN PROCESAL

1. Como de la historia de la dogmática se deduce es tendencia bastante general, patrocinada por las autoridades procesales acaso más destacadas, la que tiende a suplantar el concepto de **acción** ⁽⁶⁶⁾, al que se encuentra el gravamen de una interpretación civilística tan reiterada como errónea, por el término **pretensión**, más purificada y más útil para el procesalista. Siguiendo esta corriente doctrinal y la autorizada opinión de Guasp en España, estimo preferible, adoptando esta sugerencia, designar por aquel vocablo al acto procesal que insta la tutela jurídica, pues en él se recoge mejor que con la palabra acción, cuyo valor semántico actual difiere, la situación de expectativa e incertidumbre que la litis iniciación origina.

2. Se ha discutido en algún sector de la teoría jurídica acerca de la posibilidad de descomponer el derecho subjetivo en elementos más simples mediante una división paradójica que escinde la obligación de derecho en dos partes: **la deuda y la responsabilidad**.

Así se llega a interponer entre el derecho subjetivo y la acción una figura híbrida sobre la cual especulan algunos civilistas ⁽⁶⁷⁾ tal vez con el fin de substituir su antigua concepción de la actio, hoy procesalizada.

Ya en la tesis de Windscheid se encuentra el fundamento de esta alegación, pues, para el célebre pandectista el **Anspruch** designaba la **exigencia** de una persona con relación a otra u otras, siendo cosa distinta de la **actio** ⁽⁶⁸⁾. Terminantemente, aunque después, y de un modo un tanto inexplicable, venga a desvirtuar esta declaración, lo afirma así con estas palabras: «No se puede decir que la actio romana sea nuestra **Anspruch**; en el concepto de **actio** se comprende un elemento que no se contiene en nuestro concepto de **Anspruch** el elemento del Tribunal, de la audiencia y de la tutela judiciaria.»

⁶⁶ La historia de la dogmática del concepto de acción será expuesta en otra obra, como prolongación de ésta, **La polémica procesal**, que comprende los siguientes capítulos: Teoría de la acción; a) Historia de la dogmática; b) Nuevo sentido del concepto; Paralelismo de pretensión y acción y clases de pretensiones; La composición del proceso; La polémica procesal y los instrumentos de ataque; La paz jurídica del proceso: la decisión y su fuerza; Tipología y sistemática procesal.

Entre los autores que aceptan el término pretensión se distinguen: WACH, **Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts**, 1855, pág. 19 ss.; LANGHEINE-KEN, **Urteilsanspruch**, 1899, pág. 12; GOLDSCHMIDT, **Der Prozess als Rechtslage**, 1925, páginas 260 ss.; STEIEN, **Grundriss des Zivilprozessrechts**, 1928, págs. 13 ss.; SATTA, **L'esecuzione forzata**, 1937, págs. 23 ss.; CARNELUTTI, **Instituciones**, cit. páginas 32 ss.; cfr. t. en **Zeitschrift für deutschen Zivilprozess**, un estudio de Wach, volumen XXIX, págs. 387 ss.; HELLWIG, **Anspruch und Klagerecht**, pág. 149.

⁶⁷ COVIELLO, **Manuale di diritto civile italiano**, 1929, pág. 22. RUGGIERO, **Istituzioni di diritto civile**, 6ª ed. págs. 193 ss.

⁶⁸ WINDSCHEID, **Diritto delle Pandette**, cit. 1, 43, págs. 183 ss.

Recientemente Cornil⁽⁶⁹⁾ siguiendo las sugerencias de Bekker y Betti y aceptada la distinción entre deuda y responsabilidad sostiene que la obligación integra la suma de los deberes jurídicos representados por estas dos ideas. La pretensión es concepto correlativo a la deuda que se corresponde con el deber del obligado a verificar la prestación. En cambio, el concepto de acción es paralelo a la responsabilidad. Por todo esto, concluye afirmando la autonomía conceptual de la pretensión, cuya fusión con el derecho subjetivo equivale a confundir la parte con el todo.

Se ha querido también demostrar la independencia de la pretensión a partir de una serie de casos para los cuales se supone existir una desemejanza evidente con el derecho subjetivo. Así Mitteis⁽⁷⁰⁾, tras de alegar como ejemplo el contrato, del cual derivan una serie de pretensiones y un solo derecho subjetivo, deduce que los dos términos pueden identificarse.

Esta teoría de la pretensión debe desestimarse, porque introduce en la ciencia jurídica una categoría desprovista de toda significación, como se evidencia al no poder acreditarse para ella un efecto jurídico propio.

3. Hemos demostrado previamente que la interferencia es la figura central del Derecho, en cuyo alrededor los conceptos jurídicos se mueven. Definida como incompatibilidad entre una pretensión y un estado de hecho protegido, resulta algo eminentemente procesal. La interferencia, pues, *sólo se origina dentro del proceso*, porque sólo aquí se da la oposición defendida como su esencia.

Sin embargo, la causa de una pretensión es —sin que exista contradicción en ello— la misma interferencia como situación de posibilidad, es decir, el encuentro de conductas posibles. Para que claramente resalte lo lógico de esta construcción conviene mirar antelativamente cuál sea el contenido y el fin que la pretensión entraña.

Como sucede con el proceso, en la pretensión se podría distinguir la finalidad intentada por la parte de la que es razón de ser institucional de aquélla. El fin institucional de la pretensión coincide con el objeto del proceso y es, por tanto, la discriminación de una interferencia. El procedimiento demostrativo de esta aseveración es asaz sencillo. Lo más inmediato que hace la pretensión es producir la intervención del Derecho instrumental (Vid. c. II. b) n. 12 ss.) lo que ocurre únicamente en caso de interferencia. Por consiguiente, la pretensión se orientará en torno a la interferencia.

Sin embargo, en esta ecuación : pretensión más estado de hecho igual a interferencia ($P + E = I$), es necesario, para no volver a encontrar este término al inquirir el porqué de la pretensión, sustituir P por su igual, lo que puede hacerse después de examinar su contenido.

Un somero análisis descubre que se conjugan en la pretensión tres componentes. Primero, es el indicio de que una conducta determinada del sujeto realizada al amparo de una norma se *encontraría impedida* por una situación subjetiva tutelada también (interferencia potencial). Segundo, lo pedido tiene que ser en actuación de una norma, pues, en el caso contrario, el Tribunal no estaría autorizado para actuar. Tercero, la pretensión tiene que versar sobre la discriminación de una interferencia pues otra cuestión cualquiera quedaría, como ya sabemos,

⁶⁹ CORNIL, en *Studi Bonfante*, III, págs. 37 ss. BETTI, *Concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, 1920, págs. 18 ss. BEKKER, en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, IX, 371; *Die actionem*, I, págs. 15 ss.

⁷⁰ *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, 1908, págs. 89 ss

al margen de la actividad procesal.

Sólo con estos tres requisitos cabe la pretensión y, por ende, la interferencia. Lo que hemos denominado interferencia potencial es una mera situación de hecho jurídicamente irrelevante, a no ser como punto de referencia. No tiene, pues, otro valor jurídico que el servir de lugar de arranque.

Tras esta investigación estamos en condiciones de substituir el término pretensión por su cifra explicativa. **P** = excitación al Tribunal para que dirima la oposición de dos situaciones subjetivas determinando el alcance de la prescripción de una norma dentro de la totalidad del sistema jurídico.

La pretensión, implica, en consecuencia la potencialidad de una interferencia; esto es, la incompatibilidad entre un equivalente jurídico y el conducirse según lo previsto por una ley. Pero no basta la simple incompatibilidad si no va seguida de excitación al juez. La interferencia potencial es unidad vacía, puesto que no produce ningún efecto jurídico. Es necesario, entonces, actualizarla, lo que se consigue naciéndola llegar a conocimiento judicial, o sea, transformándola en interferencia procesal.

4. Todavía hay que insistir más para llegar a agotar la esencia de la pretensión. En realidad, el estudio de este concepto, como cualquier otro jurídico, presupone otro análisis de los efectos a que da lugar, juntamente con el de las causas productoras (Vid. I, n. 3). Cuando en la vida jurídica el estado de normalidad se altera, es decir, cuando se origina una interferencia potencial por incompatibilidad de que dos situaciones subjetivas subsistan simultáneamente, entonces hay un momento de desorden, cuya reparación hace precisa la intervención sancionadora del Derecho procesal.

Desde el instante en que, por el ejercicio de una pretensión y solicitando que se discrimine, una interferencia queda jurídicamente planteada, se suscita un cambio inmediato en el régimen de lo controvertido. Hasta que la pretensión no se deduce todas las relaciones de Derecho están presididas por la libertad individual; pero, a partir de su interposición, quedan ya ligadas a una regulación coactiva y todas las fases de su desenvolvimiento sujetas al control de un organismo jurisdiccional. El primer efecto, pues, de la pretensión consiste en transformar un orden de libertad privada en otro de desenvolvimiento público asistido por alguna sanción.

5. Para la interpretación clásica, que veía en la acción la fórmula polémica de los derechos subjetivos, la explicación de los efectos jurídicos derivados de la pretensión se estrellaba contra una insuperable dificultad : el derecho subjetivo no era un *antes*, sino un *después* del ejercicio de la acción. La acción no era un reaccionar el derecho subjetivo, sino que el derecho subjetivo futuro, que sería declarado por los Tribunales, era el. pretexto del ejercicio de la acción. En realidad, a pesar de todo, creaban el **concepto** de derecho subjetivo para explicar el **hecho** jurídico de la acción.

Esta construcción artificial era insuficiente para justificar las cosas, pues si la razón de ser de la pretensión, es decir, la causa motivadora del cambio del orden normal al coactivo, fuera el supuesto derecho individual, lógico en la ordenación del proceso sería no imponer la carga de la contradicción al demandado hasta que el actor no hubiera persuadido al Juez de la verosimilitud de sus alegaciones. Y aun así, la concepción clásica tendría lo mismo un punto vulnerable, puesto que el derecho subjetivo expresa en ocasiones una relación general —validez *erga omnes* de los derechos reales— y la acción una individualizada.

Otro de los efectos peculiares de la pretensión radica en el deber público que transmite a los

Jueces. Los órganos judiciales, en efecto, tienen la obligación ineludible de dar curso legal a toda pretensión fundada (a saber, formalmente viable) y resolver —salvo abstención o recusación legítimas— sobre las situaciones jurídicamente incompatibles de las partes. La función jurisdiccional no es posible, en ningún régimen positivo, rehusarla jamás a quien *debidamente* la solicita.

6. Pasando ahora del terreno de los efectos a la valoración de las causas, se impone desechar asimismo una concepción subjetivista del proceso como medio de actuación de los derechos individuales (Vid. sup. IV, n. 3, b') y recurrir al hecho objetivo de la interferencia.

Si desde el punto de vista del derecho subjetivo resulta inexplicable la posibilidad jurídica de que sea actuada la pretensión tanto por el que se declara asistido de ese derecho como por el que no, es evidente la necesidad de recurrir al otro criterio.

Para hallar la razón motivadora de un fenómeno procesal como el de la pretensión, es menester partir de algo que siendo esencial al proceso, se origine con anterioridad a él, esto es, algo que sea la transacción del orden material al jurídico-procesal. Si no existe con anterioridad al proceso, no puede ser el *príus* de la pretensión ; si no es esencial a la idea de proceso, no podrá servir de justificativo procesal. Estas dos cualidades las reúne únicamente la interferencia.

La interferencia tiene, en efecto, una causa extraprocesal: la incompatibilidad de las situaciones jurídicas; pero es algo eminentemente procesal, puesto que no existe jurídicamente hasta que no se alegue ante los Tribunales. Pero, además, resuelve el problema de la alegación bilateral, porque la interferencia es un desorden jurídico, una interrupción de la vida normal del Derecho que afecta a dos personas (al menos), y por eso, es lógico que se atribuya a las dos la posibilidad de requerir su discriminación.

El derecho positivo no se compromete —no podría hacerlo— a garantizar que los derechos subjetivos serán protegidos jurídicamente : nunca estaría en condiciones de valorar con certeza sobre quien recae la titularidad. El compromiso adquirido por el Estado es mucho más modesto. Le basta con garantizar el orden jurídico; con asegurar a cualquiera el restablecimiento de la normalidad para el caso de que surja alguna interrupción en el libre juego de las actividades posibles. Para el desenvolvimiento normal de la vida jurídica se requiere una predistribución de las conductas individuales que será el método decisorio una vez que se plantee el conflicto. La interferencia se produce cuando una parte no se aviene al predominio de otra situación, lo cual sólo se hace jurídicamente efectivo mediante el hecho de deducir una pretensión en juicio. El fin del proceso y la bilateralidad de las interferencias resuelve, por tanto, la cuestión de que no se investigue de oficio, antes de dar traslado, sobre el fundamento de las alegaciones del demandante.

7. Lo que acoge con unanimidad la doctrina del concepto de pretensión puede ser condensado en la siguiente fórmula de Guasp : «declaración de voluntad en la que se solicita una actuación de los órganos jurisdiccionales, frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración» ⁽⁷¹⁾. Los reparos hechos no afectan al concepto declarado en la definición, sino a la introducción de la nueva terminología. Hay que hacer una advertencia, sin embargo, con respecto al valor que da Guasp al término declaración de voluntad sobre la base de distinguir acto y derecho. «La pretensión es un acto, pero no un derecho, y, por eso se diferencia del derecho subjetivo material que puede servirle de fundamento y de la acción como derecho

⁷¹ *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento civil, I, pág. 339.*

subjetivo autónomo distinto del anterior» (72).

Esta posición coincide substancialmente con las ideas expresadas por Carnelutti (73) : «La pretensión es un **acto** no un **poder**; una cosa que alguien **hace**, no que alguien **tiene**; una manifestación, no una superioridad del querer»... Tal acto no sólo **no es**, sino que **tampoco supone** el derecho (subjetivo), la pretensión puede mantenerse por quien tiene o por quien no tiene derecho y ser, por tanto, **fundada** o infundada».

No se puede negar la exactitud con que se califica la pretensión como una declaración la voluntad. Sin embargo, toda declaración de voluntad si ha de producir efectos jurídicos ha de ser la expresión de un derecho que le servirá de soporte; el de emitir dicha declaración. La regulación legal de las condiciones formales de validez y la sanción de los impedimentos del acto confirman que se trata de un poder perfectamente delimitado y garantizado. No puede, a pesar de todo, confundirse este poder con la proyección del acto que lo representa, pues así como el testamento es un acto que manifiesta el derecho de testamentación, así la pretensión manifiesta el de actuación procesal.

8. Las realidades jurídicas que se necesita tener en cuenta para completar el concepto de pretensión son, por lo dicho, las siguientes: 1ª. El derecho subjetivo material que se discute en el proceso nada tiene que ver con la pretensión, como fundamento ni como objeto. 2ª. La pretensión sólo reconoce como causa una interferencia potencial. 3ª. Los órganos judiciales tienen el deber público ineludible de actuar toda pretensión que reúna el **mínimo formal** exigido. 4ª. La pretensión supone una declaración de voluntad. De la combinación de estas cuatro cualidades concurrentes obtendremos lo que es jurídicamente la esencia de la pretensión.

Para llegar a la posibilidad jurídica de actuación procesal deben coincidir las tres últimas de las cualidades enumeradas (la primera se da siempre). Es menester, ante todo, alegar una interferencia; pero basta el mero hecho de alegarla, pues sólo con deducirse la pretensión hay ya incompatibilidad jurídica entre dos situaciones subjetivas y el Tribunal se encuentra en el deber de actuar, si se han cumplido las solemnidades formales previstas.

El análisis permite, pues, establecer ahora como científicamente definido este concepto que caracteriza **internamente** la pretensión :

«La pretensión es un poder de actuación circunscrito jurídicamente, que se corresponde con un deber exigible del órgano jurisdiccional y cuyo fin es iniciar el curso de un proceso.»

9. Señalada ya la esencia de la pretensión mediante el análisis de sus elementos constitutivos, falta verificar su síntesis vital, determinando el modo de relacionarse jurídicamente las partes; es decir, queda por aclarar la naturaleza de la **composición jurídica** de la pretensión.

Dos notas van a bastar para caracterizarla. Por un lado, atendiendo a su aspecto exterior, la pretensión se presenta como una declaración de voluntad, puesto que produce un efecto jurídico típico mediante una manifestación unilateral.

Pero, además, no cabe negar que la pretensión es un derecho subjetivo, en el sentido que la doctrina dominante da hoy a éste término.

En efecto, se trata de un **poder jurídico** —posibilidad de actuar que produce efectos de

⁷² *i. e. l.*

⁷³ *Instituciones, cit. pág. 32.*

derecho— destinado a instar la *tutela procesal* de un *interés* —remoción de una interferencia como obstáculo de la actividad individual— que tiene como contrapartida una obligación correspondiente a los Tribunales. Se coordinan, pues, aquí la exigencia y la prohibición características de todo derecho subjetivo.

No se trata, con todo, de un derecho contra el Estado. Este con la organización de la función jurisdiccional ha satisfecho su deber de prestación de justicia. Pero, en cambio, es un derecho frente a los órganos jurisdiccionales a quienes compete la obligación, de naturaleza pública, de actuar.

Existe, por consiguiente, un poder de ponerse en las condiciones de la norma; un deber correlativo de someterse a las exigencias lícitas de una voluntad; un efecto jurídico-positivo valorable : se puede, pues, hacer referencia a un *derecho subjetivo preprocesal* (derecho de pretensión), cuya esencia no está en la voluntad (que sin la norma no vale nada), ni tampoco en la norma (pues sin declaración volitiva individual no está permitida la actuación del juez), sino en la conjugación de ambos elementos. El uno aporta la materia y el otro la energía, por cuya fusión la norma se identifica con la persona. El derecho ha sido *individualizado*.

De todo esto aparece la pretensión como un derecho público subjetivo preprocesal; el único derecho de carácter positivo que existe •con anterioridad al proceso, pero que basta por sí solo para explicar satisfactoriamente todos los fenómenos y efectos que se producen en la vida jurídica. Los demás supuestos derechos subjetivos o se consideran en un orden ideal (derechos naturales) o no existen. Serán expectativas más o menos fundadas, derechos en potencia; pero nunca, *preprocesalmente*, se traducirán en un poder positivo eficaz.

10. Con estas investigaciones tenemos ya ultimado el concepto de pretensión. Por una parte se han determinado (sup. n. 3) las cualidades externas; es decir, sus características más generales. Después (n. 8), los elementos esenciales que precisan la naturaleza jurídica. Sumados unos y otros, es lícito definir la pretensión como *poder jurídico de vincular un órgano judicial a la discriminación de dos situaciones subjetivas jurídicamente incompatibles por medio de una declaración unilateral de voluntad*.

Aquí convienen el fin público y el privado lícito de una pretensión. Sin embargo, como el fin puramente privado de la pretensión es aprovechado por el Derecho instrumental de tal modo que se consiga por él el objeto del proceso, es posible definir más sintéticamente la pretensión, sin incurrir en inexactitud, desde este solo punto de vista. Séalo así: *Declaración de voluntad que solicita la actuación de una norma frente a un estado de hecho protegido*.

11. Cualquiera de las dos definiciones satisface plenamente las exigencias científicas tanto del Derecho procesal civil como del Derecho procesal penal. Hay aquí una razón más para romper con el aislamiento tradicional de las dos disciplinas. Este, como los demás conceptos fundamentales, según se irá diciendo sucesivamente, coincide en uno y otro. Y ni siquiera se puede suscribir la pretendida diferencia que suele asignarse a la pretensión punitiva de una actuación *de oficio*. Suele decirse, inexactamente, que sólo en un aspecto se puede hablar de pretensión en el proceso inquisitivo, en cuanto cabe la interposición independientemente del Estado, pues la actuación de oficio excluye precisamente la pretensión. El que habla así no siente por entero la esencia del proceso penal.

El proceso penal es la garantía del Estado sometido al Derecho: un principio de autolimitación que compele al Poder ejecutivo a sujetarse a la ley, coartando una ofensa posible a la libertad y

la seguridad individuales ⁽⁷⁴⁾.

Ahora bien; en consecuencia de este principio, el Estado se presenta en el proceso como un sujeto de Derecho casi en las mismas condiciones que los particulares (sólo modalmente desemejantes). Para iniciarlo, tiene, como ellos, que actuar una pretensión.

Resulta ilusorio creer que la fase sumarial sea resultado de actuar una pretensión cuando es el período preparatorio (hay que exceptuar el caso de la querella), que decidirá si la pretensión será o no actuada. La actuación *de oficio* en que hizo pensar el hecho de ser un Juez el instructor del sumario, no es predicable, puesto que el instructor actúa en este caso en concepto de órgano distinto —policial—, como lo demuestra su ausencia del verdadero proceso (juicio).

Cuando existe querella se suman la actuación de la parte y la estatal que trata de inquirir en los hechos si existe causa para interponer una pretensión.

Cabe, por tanto, sin forzar la interpretación de las cosas, estudiar el concepto de pretensión procesal de modo que sea común a los dos tipos de proceso.

⁷⁴ Vid. MARAVALL, *El proceso judicial penal como garantía política*, en *Información Jurídica*, junio 1947, pág. 3.

VI TEORÍA DE LOS ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN

1. Si la definición que se ha dado de la pretensión procesal es descompuesta en sus modalidades lógicas, se hallará constituida por los cuatro siguientes elementos : personales, objetivos, cualitativos y formales. Sin un examen razonado del alcance que corresponde a cada uno, no es posible adquirir conciencia del contenido y eficacia de la pretensión.

Los elementos objetivos y formales de la pretensión guardan entre sí relación estrecha, de causa a efecto. La interferencia potencial, el elemento objetivo primario, sólo se puede determinar *formalmente*, y es, al mismo tiempo, la causa inmediata de la pretensión. Prefijar la génesis de la interferencia, equivale, por tanto, a señalar el fundamento de la pretensión, lo cual tiene gran importancia práctica, especialmente en la teoría del litisconsorcio.

Como sabemos ya, la interferencia potencial consta de los mismos elementos que la ya planteada, excepto que no ha sido formulada la pretensión. Supone, por eso, una norma jurídica, cuya actuación se pide, que, resultando incompatible con un estado de hecho, no es directamente actuable.

Ahora bien, como la aplicabilidad de una norma jurídica depende inexcusablemente de un supuesto fáctico, él es el hecho originario de la interferencia potencial, y debe ser, consecuentemente, el fundamento lejano de la pretensión procesal.

En efecto, toda norma jurídica no es otra cosa que un procedimiento para discriminar una interferencia. Prevé, pues, un estado de hecho protegido y las circunstancias que han de sobrevenir para que se deponga la protección ; tras esto viene una orden de invertir la tutela del Derecho —tesis— si el conjunto de circunstancias —hipótesis— ocurre. La tesis es, por tanto, la consecuencia jurídica del acaecimiento de la hipótesis; un valor preferente, atribuido por la norma a una determinada sucesión de hechos, sobre el otro estado de hecho, protegido en principio.

La norma, al regular jurídicamente un estado de hecho, previene una serie de fases en su vida, durante las cuales no se produce, sin embargo, ningún efecto típico. Es sólo a partir de un momento que se concede a los hechos valor jurídico. Este momento es el hecho decisivo que hace prevalecer una cierta situación de las cosas sobre el principio de suficiencia formal. La última circunstancia de hecho que produce este cambio en la protección jurídica, es el fundamento de la pretensión; la parte substancial de la interferencia, su centro de iniciación.

El verdadero problema jurídico-procesal que suscita la pretensión versa, por ello, acerca de la existencia y evolución de un hecho que le sirve de base. Pues bien; si el origen de la pretensión viene a ser así un acontecer, externo al proceso, es necesario algún medio de justificación que permita el conocimiento judicial. La substanciación del proceso significa, como se ha dicho ya, una reproducción histórica del conjunto de hechos que produjeron la interferencia. Pero como esta reproducción es artificial y no directa, se precisa de alguna manera disponer de un procedimiento de investigación que permita al Juez substituir los hechos (que, en general, no son cognoscibles en sí) por algo que jurídicamente los represente. De nuevo los equivalentes jurídicos suplen aquí la realidad del Derecho. El hecho fundamental de la pretensión se hace presente al proceso por medio de substitutivos dotados de la protección formal. Por este motivo, el proceso aparece, considerado desde aquí, como una lucha de poderes formales, y el Derecho, forzado a establecer

una hegemonía que termine la litis, como un orden de prelación de los equivalentes jurídicos. La teoría de los equivalentes jurídicos —elementos formales de la pretensión— es, pues, la teoría de la prueba.

Tres maneras hay por las cuales pueda conocer el Juez si ha sucedido o no un hecho alegado : Primera, la investigación objetiva de las cosas; es decir, el examen directo de la realidad exteriorizable y permanente, externa al proceso o surgida en él; segunda, el examen de un medio que acredita y describe los hechos sometidos a discusión ; tercera, una deducción lógica por las huellas o mutaciones que en el mundo exterior ha producido o debe producir el hecho.

En el primer caso, como el hecho persiste, la prueba de su realidad o falsía está en la investigación o comprobación directa. El artículo 564 CC puede servir de ejemplo (caso de la finca enclavada a la que se concede servidumbre de paso). El reconocimiento judicial revela, sin más, si la hipótesis legal se ha o no verificado.

En el segundo caso, ya que no es asible hacer llegar al Juez los mismos hechos identificativos, se preconstituye, en previsión de posible interferencia, algo que los *represente* en el proceso. Tal instrumento probatorio es un equivalente jurídico del hecho tipificado. Estamos, por eso, ante la prueba formal, que se caracteriza por su naturaleza preconstitutiva, es decir, el ir de *antes a después*.

Pero puede suceder también que sea menester para la convicción judicial andar el camino inverso: ir de *después a antes*, porque sea necesario deducir unos hechos de otros hasta llegar al hecho fundamental, inaccesible a otros medios de conocimiento. Entonces se da la prueba deductiva, caracterizada por aproximarse a los hechos a través de su sintomatología.

Por otra parte, existen ciertos acontecimientos procesales que resultan equivalentes jurídicos de la hipótesis legal en cuanto ocasionan en el proceso efectos análogos a los que produciría un medio de prueba. No constituyen, con todo, prueba, en el verdadero sentido, sino más bien una exención o dispensa basada en algún principio procesal. Tampoco entran entre los elementos formales de la pretensión, porque son un consiguiente y no un antecedente de ella.

Los elementos formales de la pretensión se muestran, según esto, como los diversos hechos, dotados de valor formal, que contribuyen a la justificación de la hegemonía de una situación subjetiva sobre otra protegida por el principio de suficiencia. La ley positiva gradúa para estos fines la jerarquía diversa que se atribuye a cada uno de los instrumentos de convicción y el Juez apreciará el conjunto de los resultados, a la luz del orden hegemónico legal, y hará valoración analítica de su fuerza demostrativa, libremente determinada según las reglas de la sana crítica.

La justificación formal de la pretensión es el centro de gravedad del proceso. Por eso, ante equivalentes singularmente privilegiados, el proceso se *pospone* a la ejecución o aseguramiento, invirtiendo, así desde la litisiniciación, la carga de la prueba.

2. Al primer análisis se descubre en la pretensión un triple elemento subjetivo. Además del órgano judicial, existen un sujeto activo, que deduce la pretensión, y un sujeto pasivo, frente al cual se ejercita. Aquellas pretensiones por las cuales se intenta ser investido de una facultad o de un estatuto jurídico determinado, parecen exceptuarse de esta regla. Sin embargo, en tales casos, el sujeto pasivo es el Estado o la sociedad entera, representada por medio de un órgano estatal.

Como se ha dicho (sup. V, 9.), queda establecido por la pretensión un vínculo jurídico entre dos personas. Tanto para ser sujeto activo como sujeto pasivo es necesario, en primer término, disfrutar ante el Derecho de esa condición. Paralelamente, aunque en sentido contrario, se podría decir que es persona, en Derecho Procesal, el ente jurídico que puede ser sujeto, activo o pasivo,

de una pretensión. Y cualquiera de las dos formas de expresión suscita, por de pronto, el problema de determinar quienes tienen la condición de *personas*, o, de otro modo dicho, quienes están facultados para actuar activa o pasivamente como sujetos de una pretensión. La discordancia de pareceres que reina en el Derecho material en torno a este concepto de persona, nos autoriza para hacer, desde el punto de vista procesal, un examen del mismo, a lo que fuerzan además las ideas acerca de los conceptos yusfilosóficos expuestas en la Introducción.

3. La palabra *persona*, como algunas otras utilizadas por la ciencia jurídica, procede del teatro. Dejando a un lado su más remota significación etimológica, de que ninguna consecuencia cabe extraer, cuando la palabra se trasladó al lenguaje jurídico fue con el estricto significado que tenía ya en las tablas, designando *el papel desempeñado en escena*. Las *dramatis personae* eran los papeles atribuidos a cada actor. Según este sentido la palabra persona hacía referencia a un oficio de substitución. En forma idéntica la terminología pasó también a la gramática. Aquí la persona (gramatical) es el pronombre (el que va en vez del nombre): la substitución del ser. Gramaticalmente el ser se identifica con el nombre, pero el oficio gramatical designativo de éste se puede desempeñar sin él con el auxilio de la palabra que lo representa. Esta dirección semántica del vocablo, que por su valor lógico ha quedado también en la Filosofía, guarda para el Derecho una sabia lección. En este aspecto, la persona jurídica ha de aludir al hecho de desempeñar el cometido jurídico propio del sujeto de derecho.

Como gran número de problemas jurídicos, el de la personalidad se puede plantear tanto con respecto al Derecho natural, como con respecto al Derecho positivo. Ante el Derecho natural, el hombre y sólo el hombre cuenta como sujeto. En el Derecho positivo, por el contrario, del mismo modo que cabe la exclusión parcial de algún sector humano (esclavitud, p. e.), se puede también hacer que algunas agrupaciones de hombres figuren con el papel de uno solo en condición de sujeto de derecho. Por eso, a grandes rasgos, la personalidad jurídica consiste en una cualidad atribuida por el Derecho a un hombre o grupo humano por la cual su actividad es susceptible de producir efectos jurídicos. Es a la persona corporativa, persona jurídica en sentido estricto, a la que en adelante nos referiremos.

No se crea que el Derecho positivo ejerza sobre la persona jurídica un poder absoluto. Nada más distante de la verdad que esta supuesta omnipotencia. Ni el simple reconocimiento jurídico basta para producir la persona, ni son éstas tipos diversos de las realidades vitales, que aquí distan tanto de la verdad las teorías orgánicas como la formalista⁽⁷⁵⁾. En realidad la persona jurídica se constituye mediante la integración de dos presupuestos: una calificación legal y un conjunto de condiciones objetivas. Sin estos dos requisitos los efectos de sujeto que le son peculiares no se consiguen.

4. Fijando en otro trabajo⁽⁷⁶⁾ las condiciones objetivas de la personalidad jurídica exigía, como mínimo indispensable, estas dos cualidades: 1ª.) Un ente autónomo, para lo que era preciso una voluntad diferenciada, en potencia, de cada una de las voluntades sin-iguales que la componen; y 2ª.), la posibilidad de trabar relaciones jurídicas con el exterior. Substancialmente se llegaba con esto a resultados próximos a la verdad, si bien el orden cronológico de la aparición de este artículo impedía desarrollar los conceptos a la luz de las fórmulas innovadas.

⁷⁵ Vid. esta oposición en GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887, y FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, edic. espñ.

⁷⁶ *La distinción de condominio y sociedad*, en RGLyJ. Junio 1947, págs. 691 y siguientes.

Indudablemente, para hacer ante el Derecho el papel de persona se requerirá : Primero, una pluralidad de individuos; puesto que las leyes actuales acatan la exigencia natural de que todo hombre sea persona y, por tanto, sólo se concibe, desde ya, que la persona jurídica lo sea por asimilación a la humana. Segundo, una relación vinculante establecida entre ellos (ya veremos cómo se establece). Tercero, un sistema de autodeterminación, sin el cual no habría unidad de decisión ni, por consiguiente, el elemento individualizador que unifica el designio e integra las voluntades dispersas en una sola, permitiendo una estructuración única de la pluralidad. Cuarto, la posibilidad de intervenir en la vida jurídica mediante actos de voluntad.

La segunda y tercera condición pueden ser suplidas por el legislador, ya que tanto la relación vinculante como el sistema de autodeterminación pueden tener un origen legal. Sin embargo, su valor objetivo es evidente, pues, si provienen de un acto jurídico de las partes, son el resultado de manifestaciones individuales de voluntad, y si de la ley, hay que remitirse al hecho a que el legislador asigna los efectos creativos y, por consecuencia, en ambas hipótesis, la concesión depende de un acontecimiento externo ajeno al imperio de su voluntad.

Pero, la primera y cuarta condición ni siquiera pueden ser suplidas. Si no hay una pluralidad de individuos no hay más que una persona humana, la cual, o es reconocida con este título o no lo es con ninguno. Lo que no cabe es hacer de una persona humana una persona social. Si falta la posibilidad de intervenir en la vida jurídica mediante actos de voluntad, el capricho legislativo se estrella contra los hechos. No se desempeña el papel de sujeto de derecho. No hay *relación* jurídica con otras personas. No una actividad productora de efectos jurídicos. El ente así creado sería, por tanto, una paradoja del legislador, semejante a la de investir de capacidad jurídica a un difunto, o una locura como la de Calígula con su caballo. Quedan, pues, éstas, como barreras infranqueables de la legislación.

5. Aunque las cuatro cualidades señaladas se encuentren reunidas no se llega todavía a constituir la persona jurídica. Faltará aún otro requisito de origen netamente legal.

En oposición a la doctrina civilista, que busca la esencia de la persona jurídica en un terreno que se puede decir casi exclusivamente sociológico, afirmo que la nota distintiva es la *comunidad de riesgo procesal*.

Ante todo conviene esclarecer este mismo concepto, el cual está formado por las nociones de riesgo procesal y comunidad. Riesgo procesal es la situación de quedarse a la expectativa de la resolución de un proceso civil. El riesgo procesal es común cuando activa y pasivamente afecta de una sola vez a una pluralidad de personas. Por tanto, la comunidad de riesgo procesal es el estado de una pluralidad de personas sujetas a la vez, activa y pasivamente, a los efectos de un mismo proceso civil. Que esta es la clave en el concepto de persona jurídica, pasamos inmediatamente a demostrarlo.

Una prueba rigurosa de estas afirmaciones se obtiene de este modo : Demostrando en primer término que existe persona jurídica allí donde aparezca una comunidad de riesgo procesal, y demostrando a continuación que donde no se dé la comunidad de riesgo procesal no puede existir tampoco la persona jurídica.

a) De las condiciones objetivas que reputábamos necesarias para que la persona jurídica obtuviera el reconocimiento de la ley, la comunidad de riesgo procesal suple unas, otras las supone y las completa todas con la fuerza de la calificación legal. Por esto reúne todos los requisitos de la persona jurídica y, como consecuencia, la constituye.

La comunidad de riesgo procesal, presuponiendo ya la pluralidad de individuos, necesita aún,

conceptualmente, otras características. En primer lugar, no puede haber riesgo común, activo ni pasivo, sin que exista la posibilidad de intervenir en la vida jurídica mediante actos de voluntad que sean imputables a todos los miembros de la pluralidad total e indivisiblemente, para lo cual es necesario a su vez, que exista un poder de autodeterminación. Y esto es así porque, sin esta intervención jurídica diferenciada y autodeterminante se producirían a lo más interferencias de persona a persona, que se resolverían en riesgo individual, y nunca actuaría la pluralidad como sujeto autónomo.

Ahora bien, tanto la voluntad autodeterminadora como la relación-vinculante, que operan en parecidos términos, van ya tan implícitas en la comunidad de riesgo procesal, que con sólo atribuir ésta a un ente que reúna los otros requisitos, aquéllas las poseerá *ope legis*.

En efecto, la relación vinculante y el poder de autodeterminación, que es su consecuencia, pueden originarse de un negocio jurídico privado o de una disposición legal. Pero ¿qué alcance tienen esas dos. cualidades? Cuando coinciden dan lugar a los siguientes hechos: los actos jurídicos realizados del modo previsto para obligar al conjunto revierten sobre toda la entidad indisolublemente, la cual para exigir su cumplimiento dispone de una sola pretensión, estando, por tanto, al riesgo de un mismo proceso. Y las obligaciones, contraídas de la misma manera, han de reclamarse de una sola vez a todo el conjunto, creándose así una misma suerte procesal. Por consiguiente, a la viceversa, con establecer la comunidad de riesgo . procesal se echa sobre los partícipes el vínculo de una misma responsabilidad y, con que la ley suplante a la voluntad de las partes en el determinar el modo de obligarlas, se habrá creado una persona jurídica, puesto que la comunidad de riesgo procesal implica ya el reconocimiento legislativo.

b) Del mismo modo, y en sentido contrario, si excluimos o privamos a un ente de la comunidad de riesgo procesal le hacemos perder su condición de persona jurídica.

Imaginemos, para comprobar este aserto, que existe un sistema jurídico —y la suposición no es absurda— en el cual no se reconozca la posibilidad de que varias personas afronten a la vez el riesgo de un mismo proceso. La primera consecuencia que se produciría de aquí sería borrar del mundo del Derecho esa entidad particular a que se denomina persona jurídica. Veamos por qué. Desaparecida la comunidad de riesgo procesal, supongamos que varios individuos se someten por un contrato a la decisión de la mayoría con el fin de dedicarse al ejercicio del comercio. Si falta la comunidad de riesgo es evidente que no pueden demandar ni ser demandados conjuntamente. Por consiguiente, sólo cada uno individualmente y para sí puede actuar en el proceso y, por ello, sean iguales o no los resultados de todos los procesos que hay que seguir hasta hacer efectiva la obligación en el último de los obligados, se rompe la actuación corporativa del ente, disgregándose en una serie de actos particulares provisto cada uno de su correspondiente pretensión. La suerte del proceso puede ya ser distinta. Desaparece, por tanto, el fenómeno jurídico de la persona social. En resumen, por cualquier lado que se mire, la esencia de la persona jurídica está en la comunidad de riesgo procesal.

6. Antes de dar por clausurada esta investigación precisa todavía que se esclarezcan dos problemas. Primero, si el fin propio de la persona jurídica queda comprendido en la comunidad de riesgo procesal; segundo, si ésta se distingue de algunos casos en que parece que varias personas asumen el mismo riesgo procesal.

Uno de los requisitos legales impuestos a las personas jurídicas es el de la determinación del fin que persiguen. El Derecho no admite la sumisión ilimitada de la voluntad, es decir, que la corporación absorba totalmente al hombre. En consecuencia, será menester prefijar en qué género de asuntos el poder autodeterminante de la pluralidad tiene fuerza para imponerse sobre cada una

de las voluntades que la componen.

Sin embargo, esto que puede ser problema en el Derecho material, correspondiendo su resolución a la ley o a las estipulaciones privadas, en el Derecho procesal se presenta ya tácitamente resuelto, puesto que siendo la comunidad de riesgo uno de los modos de deducir, activa o pasivamente, una pretensión en razón del sujeto, es evidente que si ha de referirse a una pluralidad sea indispensable su previa organización unitaria y su actuación como tal en una interferencia. Ahora bien, comunidad pasiva no la hay una vez que la estipulación del fin no sea conforme a la ley, pues, entonces, cada miembro es dueño de declararse inobligado (ya que fuera de la ley nadie se obliga) y no existe ya identidad de riesgo, sino para los aceptantes. Si la comunidad es activa, además de los partícipes, pueden los demandados oponerse a la coparticipación en el riesgo. En cualquier hipótesis, por tanto, incluye la idea de fin. Y no podía por menos de suceder así, pues siendo la comunidad de riesgo una calificación legal no cabe que contradiga una cualidad esencial del sistema jurídico.

El segundo punto que se ha dejado por analizar se presenta especialmente en el caso de obligaciones solidarias. Aparentemente, la solidaridad entraña también una comunidad de riesgo procesal, pues la obligación solidaria, unificando en la responsabilidad el elemento subjetivo, parece dar lugar a un solo actuar conjunto. Sin embargo, no es así. Como dice Giorgi : «Ningún acreedor puede representar a los coacreedores en los actos que extingan el crédito o lo perjudiquen sin satisfacerlo» ⁽⁷⁷⁾, y «cada deudor goza de la facultad de oponer al acreedor... todas las excepciones personales»... ⁽⁷⁸⁾. Por la acción de estos dos principios la comunidad de riesgo procesal queda excluida.

7. Por todo esto la persona jurídica lícitamente se puede definir como el *estado de una pluralidad de individuos organizados en una comunidad de riesgo procesal* ⁽⁷⁹⁾.

Las consecuencias prácticas derivadas de esta teoría son sumamente fecundas, tanto en el orden material como en el procesal. En aquél permite decidir con suma sencillez las discusiones planteadas acerca de si algunos entes tienen o no personalidad jurídica. Así las compañías

⁷⁷ GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, ed. espñ. I, página 96.

⁷⁸ *Op. cit.* págs. 144 ss.

⁷⁹ *Las obras fundamentales sobre la persona jurídica, espigando en la inmensidad de la bibliografía, son: SAVIGNY, Sistema, cit. II, págs. 59 ss.; BRINZ, Lehrmüch der Pandekten, II, págs. 226 ss. (1857-61); BESELER, Volksrecht und Juristenrecht, 1843, págs. 158 ss.; ZITELMANN, Begriff und Wesen der s. g. juristischen Personen, 1873; GIERKE, Das Wesen der menschlichen Verbände, 1902; MICHOU, op. cit.; PADOAN, Sulla teoría delle persone giuridiche, 1899; LINGG, Empirische Untersuchungen zur allg. Staatlehre, 1890; VAREILLES-SOMMIERES, Des personnes morales, 1902; ENNERCERUS, Lehrbuch des burg. Recht., 1904, I, págs. 96; BEHREND, Die Stiftungen, 1905, I, págs. 312 ss.; y la citada obra de FERRARA, en donde hay un magnífico estudio sobre las diversas doctrinas, al cual nos remitimos. Vid. t. Cervantes op. cit. En España, si bien no se ha elaborado una teoría original, el tema ha sido objeto de estudios diversos. Así, GINER, Estudios y fragmentos sobre, la teoría de la persona social SANTAMARÍA DE PAREDES, El concepto de organismo social; OTERO VALENTÍN, La persona social; POSADA, Le doctrine des personnes sociales, en Rev. Droit public., 1900, págs. 65 ss.; TRAVIESAS, en Rev. Der. Priv., 1921, julio-agosto, págs. 193 ss., etc. (Vid. trad. espñ. Enneccerus, I, 1º, pág. 434 con bibliografía.)*

colectivas en el Derecho mercantil, que tanto han dado que pensar a la doctrina y tan diverso trato han tenido en las leyes positivas, hay que recusarlas como personas jurídicas, puesto que carecen de comunidad de riesgo procesal. Dentro del Derecho procesal hemos de consignar en adelante diversos casos.

8. Resuelto el problema lógico de la persona jurídica, podemos pasar al análisis inmediato de las circunstancias indispensables para actuar de sujeto activo o pasivo de una pretensión.

Se llama **personación procesal** al conjunto de condiciones requeridas para instar eficazmente la discriminación de una interferencia. El número de notas que integran la personación procesal son las siguientes : capacidad de parte, capacidad procesal, legitimación activa y pasiva y postulación procesal. Importa considerar separadamente cada una de ellas.

9. La capacidad para ser parte, mejor llamada **titularidad procesal**, no prejuzga más que ser sujeto de derecho. Es un presupuesto procesal evidente, ya que no es dable actuar jurídicamente sin existir antes en el mundo jurídico. Por eso tiene capacidad de parte todo el que tiene aptitud para ser destinatario, en abstracto, de derechos y obligaciones. Parte en un proceso puede ser, según esto, cualquier sujeto de derecho.

Lo son : las **personas físicas** en cuyo concepto hay que incluir, naturalmente, dentro de nuestro derecho positivo, al **nasciturus** en virtud de la prescripción del artículo 29 del Código civil; las **personas jurídicas**, es decir, aquellos grupos humanos que por convenciones particulares o por ministerio de la ley supongan una comunidad de riesgo procesal y al Estado, que en el proceso penal asume el papel preponderante.

A la luz de las teorías **materialistas** de la persona jurídica ha dado que pensar a los autores la existencia incuestionable de ciertas pluralidades que suponen carentes de personalidad. Entre los ejemplos son ya tópicos el de la junta que intenta reunir fondos mediante suscripción pública, el de los promotores de una sociedad en los momentos prefundacionales, etc. La respuesta está dada de antemano. Si se les atribuye capacidad de parte es que pueden ser sujetos de derecho. Lo serán corporativamente, como personas jurídicas, si se les concede la actuación procesal en una comunidad de riesgo. Esto depende de la regulación y tratamiento procesal que reciban en cada ordenación positiva.

Respecto a los patrimonios autónomos, el segundo de los problemas, se observa, a la luz de nuestra teoría, la misma sencillez. El patrimonio adscrito a un fin es la masa de bienes incorporada al servicio de una pluralidad de personas que existe en el espacio y aun en el tiempo. Sobre esta pluralidad, convenientemente representada (como todas las que se encuentran en casos iguales), gravita una comunidad de riesgo procesal. Hay, por ello, persona jurídica.

Otro tipo de patrimonios autónomos, **patrimonio separado**, diríamos mejor, es el estado especial y pasajero de una masa de bienes sobre la que se produce una situación comunitaria pendiente de solución. Suelen citarse por ejemplo la masa concursal y la herencia yacente, a las que; por ministerio de la ley, se reconoce, en ocasiones, una comunidad de riesgo transitoria.

10. La capacidad procesal es correlativa de la capacidad de obrar de que en el Derecho material se habla. Es una forma de la capacidad de obrar según se manifiesta en el Derecho civil o en el penal, que fija la responsabilidad del delincuente. Capacidad procesal es, pues, la facultad de determinar eficazmente en nombre propio o ajeno, la concreta gestión de un proceso. Es **facultad**, como impuesta por el legislador, y **concreta**, porque podría hacerse distinta según la clase de proceso. Su contenido es aportar el elemento volitivo que sirve de soporte a los actos procesales, de modo que se establezca un nexo causal que los haga imputables a la parte. Para esto es

necesario : capacidad para obligarse en nombre propio o capacidad para obligarse a través de otro, o lo que es igual (en sentido contrario), para obligarse por otro.

La LEC se refiere, aunque algo vagamente, a la capacidad procesal en su artículo 2, diciendo que «sólo podrán comparecer en juicio los que están en el pleno ejercicio de sus derechos civiles». Son capaces según la ley civil: 1.º) Las corporaciones dotadas de comunidad de riesgo procesal (capacidad incondicionable por razón de su esencia), por las cuales comparecerán sus representantes legales (LEC 2.a; 2.º) toda persona humana mayor de edad (artículo 320, modificado por la ley de mayoría de 12-XII-43 *a contrario sensu*), que no venga incurso en alguna causa restrictiva (artículo 32 CC, artículo 60 id., artículos 1.181, LEC 878 Cco, y 1.914 CC).

La incapacidad procesal se suple por órganos adecuados, encargados de completarla (LEC, art. 2º).

En caso de minoridad es necesario actuar *asistido* (CC. arts. 317, 592, 324, 200) por el padre, la madre o el tutor, o *representado* (artículos 155, 165, 269¹³) por las mismas personas (con los requisitos legales) o por el defensor judicial o el protutor si los intereses del menor y su representante ordinario se oponen (art. 236²). En el proceso laboral hay especialidad (art. 452 Código del trabajo).

Las demás incapacidades del artículo 32 CC se subsanan mediante la representación por el tutor en las mismas condiciones que los menores (arts. 200 y 229 CC y 43 CP).

La mujer casada necesita *autorización* marital (art. 60 CC) o subsidiariamente del juez para litigar sobre bienes parafernales (1.387 ídem) o sobre otros cualesquiera si no actúa *representada* por su marido. Se exceptúa, cuando litiga contra él (art. 60), cuando es administradora de la sociedad conyugal, en juicio criminal, representando a hijos habidos de otro matrimonio si conserva la patria potestad (art. cit. y 63², 1.441-2 CC). En el proceso laboral, en casos de separación, la licencia no es necesaria (art. 452²-CT).

En caso de ausencia el artículo 181 del Código-civil autoriza al juez (según la nueva redacción del precepto), a nombrar un defensor que ampare y represente en juicio al ausente y además, declarada la ausencia legal, se le nombre un representante (art. 184 CC).

La posición del concursado y quebrado es, como dice Guasp, específica (⁸⁰). Realmente, su incapacidad es de orden material, no procesal. Lo que ocurre es que el carácter atractivo del concurso y quiebra impide la tramitación independiente de cuestiones de índole patrimonial (⁸¹). Por lo demás, tanto en el concurso como en la quiebra, su voluntad es factor decisivo en la realización de muchos actos procesales, ¿cómo, pues, se va a sostener su incapacidad procesal?

En el proceso penal las condiciones de capacidad son distintas en los diversos intervinientes. El ministerio fiscal (en su caso abogado del Estado) la tiene estatutariamente : es oficialmente capaz por razón de su cargo. La posición del inculpado como parte depende de su efectiva responsabilidad penal, cuya no existencia constituye uno de los motivos de sobreseimiento libre (art. 637³ LECr en relación artículo 8 CP). Una incapacidad típicamente procesal es la demencia sobrevenida con posterioridad al delito (LECr 383). Temporalmente opera como incapacidad la indisposición repentina que impida participar en el juicio (art. 746⁵). La persona jurídica no podrá

⁸⁰ *Comentarios, cit. I, págs.110 ss.*

⁸¹ *LEC arts. 1173, 1186, 1187, 166, 1003.*

ser inculpada.

En todos los supuestos la capacidad del acusador privado coincide en su regulación y tratamiento con la capacidad general estudiada en el proceso civil, salvo el sujeto pasivo del delito y familia (artículo 102) como se dirá.

El civilmente responsable tiene que ser, por esencia, capaz.

La capacidad procesal es un indiscutible presupuesto del proceso. Resulta, pues, inaudito que nuestra LEC le convierta en excepción dilatoria (art. 533) sólo alegable por el demandado.

11. La legitimación, uno de los conceptos de mayor interés en la doctrina procesalística, se encuentra todavía tarada por ambiguos criterios que envuelven una verdadera tautología, ya que, como se concibe generalmente, implica una referencia al derecho subjetivo de las partes antes de saber si existe. El único punto de vista útil para enfocar este problema es el que proporciona la interferencia como causa del derecho subjetivo preprocesal, que asiste lo mismo a los particulares que al Estado.

Cada proceso concreto supone como causa una interferencia. Pues bien, alegando esta interferencia sólo pueden actuar las personas que son en ella el elemento protagónico. Es decir, la legitimación expresa la relación etiológica entre la causa del proceso y los que hayan de actuar como partes. Así están legitimados, con respecto a una interferencia determinada, quienes demuestren poseer las condiciones de titularidad formal en alguna de las dos situaciones incompatibles que componen aquélla. Por eso la legitimación en causa es «la justificación de la titularidad formal como sujeto activo o pasivo de una interferencia». Así legitimación activa y pasiva se comprenden en la definición.

La LEC en sus artículos 503², 533^{2 y 4} y 1.693 se refiere, sin duda, a la legitimación, aludida de una manera bien equívoca, exigiendo justificación documental del carácter con que el litigante se presente al juicio, coetáneamente a demandar, y convirtiendo en excepciones dilatorias la falta de legitimación activa y pasiva, con la misma falta de respeto a la lógica que antes.

La legitimación en el proceso penal es una consecuencia de estos mismos principios. El Ministerio Fiscal la tiene excepto en los delitos privados (LEcr art. 104) y en algunos casos excepcionales (CP art. 467⁶).

Para el acusador particular la legitimación depende sólo de la ciudadanía (art. 10 LEcr); el extranjero está sujeto a la limitación prevista en el artículo 270². Sin embargo la LEcr, con manifiesto error técnico hace entrar en el supuesto de falta de legitimación lo que son sólo faltas de capacidad procesal. Esto es consecuencia del artículo 102, en relación con los inmediatos siguientes, pues dicho artículo, después de enumerar a los *incapaces* en sil párrafo primero, abre una brecha en el sistema considerando legitimados a continuación (incluso a incapaces), a quienes tienen cierta relación de parentesco con el ofendido o encomendada su guarda legal (102^{2 y 3}).

Carecen de legitimación, salvo que el hecho delictivo les afecte (artículo 103) los cónyuges y familiares entre sí (dentro del grado legal en la extensión prevenida por el citado artículo).

En los delitos privados la legitimación se restringe al ofendido (y representantes legales en su caso) (arts. 104 LEcr y 443, 450, 452, 466, 467³ CP).

12. Una vez reunidos los anteriores requisitos está justificada la actuación en un proceso determinado : la parte (concepto que se fija por el concurso de aquellas tres notas) puede comparecer ante el juez. Sin embargo, todavía señala la ley otra condición ulterior, casi siempre necesaria, que es típicamente procesal y expresión de la capacidad técnica. Así como la capacidad

de obrar se fija en relación a los fines que una persona puede alcanzar por sí misma, también la **postulación procesal**, el último de los impedimentos procesales, está en razón de la aptitud de la parte para actuar en el proceso. Como la reproducción de una interferencia ha de ser jurídica, esto es, acomodada a ciertas fórmulas de la ley, y por otra parte el **modo** de reproducirse la interferencia es el factor decisivo de la resolución ; lógicamente, atendiéndose tanto a la justicia como al interés de los mismos litigantes, se impide, por regla general, intervenir en actos procesales a personas no técnicas. Por ello la capacidad de postulación, o sea, el poder o facultad de instar la pretensión procesal y demás actos necesarios hasta que se resuelva, queda atribuido solamente a persona habilitada y perita.

En el proceso penal es donde se extrema más el rigor en este caso. Descartado, por razón de su oficio y carácter, el Ministerio Fiscal, con excepción del juicio de faltas (LO 856⁵) las partes actuarán representadas por Procurador y asistidas de Letrado (LEcr 277, LO 855). Los nombran libremente las partes o se le nombran de oficio (LEcr arts. 118 y ss. y 652²). Para asesorar al inculcado mientras no se hallare asistido de defensor la LEcr (art. 2) hace obligatorio la información de las autoridades que intervengan en el proceso.

Para nuestra LEC la postulación procesal es autónoma o directa, en que se deja a la voluntad de la parte (categoría aplicable al proceso penal) el actuar por sí o por otro, si bien en este caso el intermediario habrá de ser Procurador o factor mercantil con apoderamiento inmatriculado; y **heterónoma** o mediata, cuando es necesario hacerla por medio de representante procesal. La representación mediata es la regla general (LEC arts. 3 y 10), cuyas excepciones se contienen en los artículos 4 y 10 de la LEC y apartado C), 1^a. m. Base 10 de la LBJM.

El vínculo jurídico que liga a las partes con Abogado y Procurador es de naturaleza contractual, si bien distinta. Al Abogado le une a la parte —como señala Prieto— una relación de servicios (⁸²), mientras que el Procurador, en cambio, ostenta un poder de representación.

No existe nota alguna tan característica de la representación procesal que la convierta en una institución sui generis; ni el otorgamiento de poder se integra en los actos procesales, ni la imposición de una forma solemne es admisible como fundamento de una separación : siempre será —nos parece— una cualidad discrecional legislativa (⁸³).

13. Se han considerado hasta aquí los sujetos activos y pasivos de la pretensión cuando actúan aislados en el proceso, es decir, cuando únicamente intervienen dos personas, o más, separadamente, unas contra otras.

Pero, puede ocurrir también que, sin existir comunidad de riesgo procesal —que de producirse nos llevaría al anterior supuesto— haya, en cambio, **coparticipación procesal**, bien por darse consorcio en la pretensión o bien por varias intervenciones en la litis, en cuyo caso el proceso afecta a una pluralidad de personas, sean como demandados o demandantes o en ambos conceptos. Las dos figuras merecen ser estudiadas con detención.

Entre los diversos modos de participar varias personas en un proceso el **litisconsorcio** —consorcio procesal— es el más frecuente. Consiste, en realidad en una serie de pretensiones que se superponen de tal modo en un sujeto que pueden ser tratadas como si fueran una sola —litisconsorcio facultativo—, o en una pretensión compartida —litisconsorcio necesario—. El

⁸² *Derecho Procesal, cit. I, pág.*

⁸³ *Contra, PLAZA, Derecho Procesal, cit. pág. 318.*

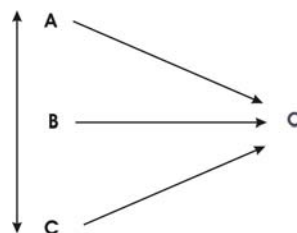
litisconsorcio es, además, activo, pasivo o mixto según que sean varios los demandantes o los demandados o unos y otros.

El litisconsorcio y la comunidad de riesgo, que pudieran prestarse a malentendidos sin una advertencia, son, por esencia, términos excluyentes. Precisamente el litisconsorcio no se puede dar más que donde no exista comunidad de riesgo y está llamado a suplir con sus efectos la ausencia de ésta. En efecto, el litisconsorcio facultativo, cediendo a un motivo de economía procesal, permite formular a la vez varias pretensiones, y, en cambio, en la comunidad de riesgo la pretensión es una sola. En el litisconsorcio necesario se trata de hacer extensiva la cosa juzgada —por encima de sus límites subjetivos— a todas las personas a quienes afecta la relación material de que ha surgido la interferencia. Como la cosa juzgada se extiende sólo a los litigantes, si no fueran parte los interesados en la relación material, el efecto de la sentencia que no alcanzara a todos quedaría frustrado, pues en las resoluciones sucesivas cabría la posibilidad de decidir en sentido contrario, siendo, como son, otros los intervinientes y, por tanto, los elementos de convicción aportables. El litis-consorcio necesario persigue, pues, subsanar una ausencia de comunidad de riesgo cuando en la relación material existe una pluralidad comunitaria, estableciendo un consorcio procesal paralelamente al material para equilibrar así los efectos del uno y del otro. Otras diferencias de fondo existen también que oportunamente señalaremos.

Con estos antecedentes por guía, el intento de reducir a sistema las teorías un tanto confusas de las situaciones litisconsorciales es factible. Pero antes ha de hacerse profesión de fe procesal. El carácter autárquico de esta disciplina, su substantividad en el Derecho positivo, imponen que se dé a los problemas surgentes un tratamiento peculiar y autónomo; no hay por qué pedir de prestado a otras ciencias.

14. Litisconsorcio facultativo activo es la situación de Una pluralidad de personas que demandan a una sola, ejercitando cada una distinta pretensión, pero siendo análogos el hecho fundamental de donde parten y el estado protegido a que se oponen.

Se arranca, por eso, como supuesto, de una pluralidad de personas **A, B, C**, cada una de las cuales puede dirigir contra **O** una pretensión independiente, aunque versando todas sobre la misma motivación de hecho. Esto, en esquema gráfico, se representaría así:

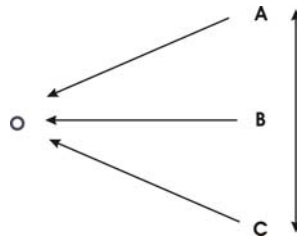


Si no existiera en las diversas pretensiones otro elemento común que el sujeto contra quien se dirigen, los medios de ataque y de defensa serían distintos, por lo cual, los procesos derivados de cada pretensión no podrían fundirse. Habría que tramitar independientemente tantos procesos cuantas pretensiones, pues la motivación de cada una se diferenciaría de las demás. Lo que hace posible la tramitación conjunta de varias pretensiones es, ni más ni menos, la factibilidad de un ataque procesal simultáneo con elementos probatorios comunes. Ahora bien, la comunidad de los elementos probatorios proviene de compartir la protección formal, bien porque la situación material que garantiza sea una para todos los demandantes, y en este caso se incurre en el litisconsorcio necesario, o bien porque el hecho originante de la interferencia es uno en esencia y

los afecta a todos por separado.

El litisconsorcio facultativo activo es fruto de un acuerdo entre los copartícipes en un supuesto de hecho que, pudiendo utilizar instrumentos de convicción análogos, convienen en hacerlo conjuntamente.

El litisconsorcio facultativo pasivo crea una situación exactamente inversa de la anterior. Un solo demandante se dirige simultáneamente contra varios demandados, amparándose en un supuesto de hecho que les es común y contra un estado protegido que se repite en cada uno de ellos. Gráficamente:



El litisconsorcio facultativo, en sus dos formas, puede ser, además de *inicial*, *sobrevenido*, cuando un acontecimiento posterior a la litisiniciación lo produce.

Las exigencias de nuestra ley positiva acerca del litisconsorcio facultativo vienen expresadas en la LEC, artículos 159, 531, 991², 1.119, 1.150, 1.166, 1.244, 1.264, 1.276, 1.316, si bien deban ser depurados, y en algunas sentencias del Tribunal Supremo que deben serle aún más.

Estas ideas acerca del litisconsorcio facultativo permiten hacerse cargo del fenómeno procesal en que consiste. Sin embargo, no bastan a satisfacer las necesidades prácticas sin haber trazado una neta división con el litisconsorcio necesario. Este, que se caracteriza, como hemos dicho, por la necesidad de igualar en efectos personales la relación material y la procesal, no es un supuesto análogo al anterior que se hace imprescindible por la naturaleza comunitaria de la relación originante. Por el contrario, constituye una hipótesis muy distinta. En este tipo de litisconsorcio no existe pluralidad de pretensiones, sino una sola pretensión alternativamente deducible por cualquiera de los litis socios. Es decir, esquemáticamente :

$$A-B-C \text{-----} O, \text{ o sea } \left(\begin{array}{c} A \\ B \\ C \end{array} \right) \text{-----} O$$

Según esto, no es necesario recurrir al Derecho material para perfilar el concepto de litisconsorcio necesario. La idea de coparticipación procesal es mucho más fecunda. Pero, antes de construir en esta dirección es necesario justificar su arranque demostrando que la pluralidad de sujetos no basta para asegurar que es distinta la pretensión de uno de las de los demás.

Toda pretensión supone, en efecto, como causa, una interferencia. Por consiguiente, no hallándose en la pretensión ni en el sujeto pasivo de ella o en el activo la razón del litisconsorcio, se requiere salir a la averiguación de la causa. Pues bien, si pretensión e interferencia están estrechamente ligadas, si no cabe pretensión sin interferencia ni interferencia sin pretensión, es evidente que el número de pretensiones depende del número de interferencias y que a cada interferencia no puede corresponder más que una pretensión. Ante esta regla surge el problema capital del litisconsorcio:

¿Existen tantas interferencias como sujetos menos uno, esto es, la interferencia se plantea siempre con dos situaciones incompatibles entre sólo dos personas (jurídicas o naturales), o cabe que se plantee afectando a varias en comunidad? La solución correcta es indudablemente la segunda. La interferencia no consiste en una colisión de personas, sino en la incompatibilidad jurídica de que subsistan simultáneamente una pretensión y un estado de hecho protegido por la ley, es decir incompatibilidad entre una pretensión y su antítesis. Ahora bien, en la pretensión lo importante no es el sujeto que actúa, sino el origen (supuesto de hecho) y el fin (que versa sobre la legitimidad del estado protegido). Si el supuesto de hecho afecta —uno solo— a una pluralidad la interferencia es una y una también la pretensión (litisconsorcio necesario), si son varios supuestos de hecho, pero de la misma esencia, tenemos varias interferencias, varias pretensiones y litisconsorcio facultativo. En un ejemplo se puede aclarar esta verdad. En una comunidad de bienes, si surge interferencia con base en la cosa, ésta *es una*, aunque afecte a todos los partícipes; la pretensión, por consiguiente, es una, también, que corresponde a todos. Si un incendio destruye tres casas aseguradas en la misma compañía, las interferencias son tres, tres las pretensiones, triple el hecho originario en su realidad —los incendios se diferencian en el objeto—, pero uno solo en esencia : incendio.

La característica del litisconsorcio necesario es la irreproductibilidad de la pretensión, esto es, que el contenido de la pretensión se agota una vez actuada cualquiera que sea su proponente. Hay alternidad de deducción, pero cierta unidad de efectos; no todos, de lo contrario habría comunidad de riesgo. Si la pretensión pudiera reproducirse no se hablaría ya de litisconsorcio necesario. Ambas ideas se excluyen, porque la reproducción de las pretensiones es lo contrario de la cosa juzgada subjetivamente extendida a los litis-socios, el objeto preciso del litisconsorcio.

La unidad de efectos (a que aludíamos) está limitada necesariamente por la ausencia de comunidad de riesgo procesal. No excluye la pluralidad de personas, antes la requiere, puesto que impone la oportunidad de participar en el proceso para que la cosa juzgada sea extensible. Deja subsistir, además, las excepciones personales que cada litisconsorte pueda oponer. No afecta los poderes de gestión procesal que a cada uno correspondan como parte y, por consiguiente, la relación de servicios o de representación (o ambas) es referible a todos. Por último, la no intervención en el proceso puede ser causa que autorice la impugnación de la sentencia por fraude, cosa improcedente en el caso contrario o en la comunidad de riesgo. Por lo dicho se colige que hay una diferencia esencial entre el litisconsorcio facultativo y el necesario: la existencia en aquél de varias pretensiones que se actúan simultáneamente, en tanto aquí es una sola pretensión correspondiente a diversas personas.

La cuestión de determinar prácticamente cuándo se da uno y cuándo el otro tipo de litisconsorcio está, naturalmente, en función de la norma cuya actuación se solicita. Si en ésta la hipótesis abarca nada más que a una persona individualmente, aunque puedan concurrir otras situaciones análogas en la realidad, el litisconsorcio es facultativo. Si la norma prevé ya una situación de conjunto, una actuación que afecta a una pluralidad de personas, entonces y sólo entonces el litisconsorcio es necesario. Los casos de litisconsorcio necesario en nuestro Derecho están esparcidos por la legislación material; pero es inútil citarlos en concreto, pues son fácilmente reconocibles con sólo averiguar el contenido de la norma.

El litisconsorcio necesario es susceptible también de las dos formas del anterior: activo y pasivo. En uno y otro se habla, además, por los autores de un litisconsorcio mixto que carece de especialidad, ya que es la suma de los activo y pasivo, en realidad un litis-consorcio doble.

Los efectos del litisconsorcio necesario retratan a las claras la existencia de una sola pretensión. Por eso, la comparecencia de uno solo es bastante para la ultimación del proceso, sea cual sea el

comportamiento de los demás, y con tal que uno se mantenga en la pretensión, aunque sobrevenga desistimiento de los otros, la litis sigue su curso hasta el fin. De aquí la regla general de que cada litisconsorte es indiferente a las actitudes de los demás: sólo la suya propia le afecta; efecto natural aquí de la inexistencia de comunidad de riesgo.

15. Los elementos cualitativos de la pretensión, último tramo de este estudio, radican en aquellas condiciones externas a que el ordenamiento jurídico somete su admisibilidad; es decir, la fórmula a que debe ajustarse para ser viable. En nuestro Derecho positivo la pretensión se deduce en el *petitum* o súplica de la demanda, fijándola con claridad y precisión, y precedida de su razón jurídica, esto es, interferencia en que se apoya a través de su doble aspecto: estado de hecho protegido y norma incompatible que ha de ser actuada, juntamente con la determinación del hecho — madre de la incompatibilidad. Nuestra demanda va recogiendo, pues, los diversos elementos integrantes de la pretensión, los subjetivos en el *encabezado*, los objetivos y formales en los *hechos y fundamentos jurídicos*, y la pretensión, propiamente dicha en la *súplica*. De la relación que hayan de guardar entre sí los otros elementos y del medio de expresión exigido para su validez brota la admisibilidad de la pretensión : el elemento cualitativo.

Nuestra LEC se acuerda de la fórmula de la pretensión en sus artículos 524, 533⁶, 490, 525, 503, 504, 720, 1.439, 1.537 y algún otro accesorio. Por lo que se refiere a la fórmula de la reconvención, que es una verdadera demanda, la lógica de las cosas exigiría que sus elementos cualitativos fueran coincidentes con los de cualquier otra pretensión, pero el T. S. no lo ha entendido así y a cualquier pretensión reconvenional, como quiera que sea formulada, atribuye viabilidad. Esta tesis no puede ser totalmente aceptada (⁸⁴).

En la LEcr, las disposiciones relativas a la pretensión necesitan inducirse y reconstruirse en el sistema del articulado. Hay que tener en cuenta los artículos 270 ss esp. 277, al que sigue el período de fijación de hechos y los 649 y 650 en que verdaderamente la pretensión se formaliza y aún el 732 es preciso tener en cuenta, puesto que opera como condicionamiento de la situación anterior. Esto es una indudable deficiencia técnica de la ley que debiera ser subsanada (un intento doctrinal de corrección se hace en un trabajo que preparo), fijando a un momento concreto la formulación de la pretensión (⁸⁵).

⁸⁴ Vid. *La reconvención implícita desde el principio de adquisición procesal*, en RDPr, III, 2, págs.. 217 ss.

⁸⁵ *Biblg. gen.* BETTI, *Diritto processuale*, cit, págs. 95 ss. CHIOVENDA, *Instituciones*. II, págs. 263 ss. *Principios*, II, 1^a págs. 5 ss.; CARNELUTTI, *Sistema*, , págs. 360 ss.. *Instituciones*, págs. 111 ss.; GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal*, páginas 191 ss.; GUASP, *Comentarios*, págs. 92 ss.; PLAZA, *Derecho Procesal*, páginas 297 ss.; PRIETO, *Derecho Procesal*, § 41 y ss.; REDENTI, *Diritto Processuale* páginas 107 ss.; ROSEMBERG, *Lehbuch*, 3^a. ed., § 34-36; ORBANEJA-HERCE, *Derecho Procesal*, I, 95 ss.; BARSOTTI, *La capacità processuale delle associazione prive di personalitá giuridica*, 1906; BLEY, *Klagerechts und rechlich Interesse*, 1925; BUNSEN, *Die Parteien im Zivilprozess*, en *Ztschr. f. deutsch. Zivilprozess*, XXVI, págs. 197 ss.; BRUNN, *Die gewillkürte Prozesstandschaft*; CHIOVENDA, *Sul litisconsorzio necesario*, en *Saggi*, I, págs. 427 ss.; EHEMANN, *Dei Parteibegriff*, 1898; GALLI, *Sul concetto di parte e sul mandato alle liti*, en *Legge*, 1909; Goldschmidt, *Prozess ais Rechtslage*, págs. 526 ss. y en *Juristische Wochenschrift*, 1926, págs. 707 ss.; Gensler, en *Archiv für d. ziv. Prax.* 1871, páginas 175 ss.; GIOVENE, *Associazione di fatio e legitthnazione ad agiré*, RDPC 1925, páginas 115 ss.; HEIM, *Identität der Partei*, 1918/1925; HEIMSHEIMER, *Das Zweiparteien prinzip*

im Prozess und Vollstreckung, en *Festchr*, Wach, 1913, III, páginas 129 ss.; HERGENHAHN, *Rechtsprechung über Prozessbevollmächtigte und Rechtsanwälte*, 1894; INVREA, *Interesse ed azione*, en *RDPC*.1928, I, págs. 320 ss., y *Possibilità giuridica e legittimazione*, en *Id*, 1939, I, págs. 313 ss. Jaeger, en *Lpzg*, *Fest. für Sohm*, 1915, págs. 1 ss.; KISCH, *Das Reichsgerichts und der Parieibe-griff*; LENT, *Reichsgerichts über process. Stellung des Konk Vervo*, I. e. I. VI, páginas 275 ss.; LETTOW, *Die Bestimmung der Parteien im Zivilprozess*, 1936; LUDEWIG, *Jurisiische Personen in Zivilprozess*, en *Ztschr. f. deutsch. Zivilprozess*, LII, págs. 169 ss.; MICHAELIS, *Die Überwindung der Begriffe Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit*, en *Deutsche Rechtswissenschaft*, 193.7, págs. 301 ss.; NAGLER, *Der Parteibegriff im Zivil und Strafverfahren*, en *Rechtsgang*, I, págs. 56 ss.; NUSSBANM, *Nichtrechtsfähige Vereine im Prozess*, en *Ztschr. f. d. Zivilproze.ss*, XXXIV, págs. 107 ss.; NEUNER, *Die Sachlegitimation*, en *Judicium*, II, págs. 113 y siguientes; OERTMANN, *Deutsche Juristenzeitung*, 1906, págs. 735 ss.; PETERSEN *Über die Parteibcgriff uñd die Parteifahingkeit*, en *Ztschr. f. d. Zivilprozess*, XVIII, páginas 1 ss.; PLANK, *Die Héhrheit der Reahrtstreitigkeiten im Prozessrecftt*, 1844; REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, 1911; ROCCO, *La legittimación para obrar*, apéndice de la 2ª. ed. de su *Derecho Procesal* cit.; ROSENTHAL, *Die Sadhlegitimation*, 1903 SKEDL, *Parteiunfähigkeit nbsoluter Nidhtgkeitts grund*, en *Rheinische Ztschr. f. Ziv. und Prozessrecht*, XII, págs. 347 ss SCHERER, *Die Klage gegen den toten Mann*, 1909; STEGEMANN, *Die Parteien Prozess*, en *Ztschr. f. d. Zivilprozess*, XVII, 326 ss.; TEA, *Interesse ad agiré*, 1907 y en *Anuario di Cuzzeri*, XXVII, págs. 52 ss.; WACHENFELD, *Notwendige Streintgenossenschaft*, 1894; WEIZSACKER, *Unrichtige Parteibezeichnung in der Klagesóhrift*, en *Ztschr. f. d. Zivilprozess*, XXVII, págs. 80 ss. CASTRILLO, *Escritos sin firma de letrado*, en *Rey. D. Priv. IV*, págs. 166 ss.; DIEZ ENRIQUE, *El menor emancipado: su comparencia en juicio*, en *Rey. Trib.* 1907, págs. 742 ss.; ENCISO, *Acción y personalidad*, en *Rey. D. Priv. XXVIII*, páginas 126 ss. 165 y 210 ss.; GARCÍA VALDÉS, *Teoría de las acciones y de su acumulación*, en *RDPr. N° 11* pás. 131 ss.; LUNA, *Las uniones sin personalidad*, en *Rey Trib.* 1932, págs. 67 ss.; id. *Las partes en el proceso*, i. e. I. 1932, págs. 84 ss.; ORTUÑO, *Personalidad para comparecer en juicio*, *Rev Trib.* 1921, págs. 513 ss.; PÉREZ ARDÁ, *Comparencia en juicio de la mujer casada*, *RGLyJ*, 1908, págs. 375 ss.

A los que hay que añadir en el proceso penal: FRAEB, *Beiverfahren*, 1905; FRIEDLANDER, *Auwaltszwang in deutschen Strafprozess*, en *Gerichtsaal*, XL, páginas 401 ss.; SAUER, *Selbstand. Rechte Dritter im Strafverfahren*, en *Ztschr-Strafrechtswissenschaft*, XXXVII, págs. 186 ss.

INDICE

	<u>Páginas</u>
Prólogo	5
Índice analítico	6
I Introducción	9
II El derecho subjetivo	15
III Teoría de la forma y de los equivalentes jurídicos	33
IV Teoría del proceso	41
V El concepto puro de la pretensión procesal	65
VI Teoría de los elementos de pretensión	73