

LA MISIÓN DEL PROCESO EN EL SISTEMA DEL DERECHO

Por el Profesor

Dr. ANTONIO MARTÍNEZ BERNAL

Al estudiar un instituto calificado como jurídico, sería obligado considerar, antes de todo, lo que constituye la sustancia, el denominador común sobre el que apoya aquél sus características especiales; o sea, que aparece como previo el estudio del concepto «Derecho» antes de incidir en el de sus ramas o instituciones. Pero este concepto nos viene dado por la Filosofía y no vamos a analizarlo sino en cuanto, desde nuestro punto de vista, hemos de contemplar conflictos acerca del Derecho; término que, en su simple sentido etimológico, se concibe como «rectum», como camino por el que el *ser* se afirma en su *deber-ser* (para usar la terminología vienesa), el camino filosófico por el que el «yo» pone su exigencia de ser «persona», principio puro y trascendente para la elaboración de los institutos jurídicos, como POGGI expresa, y que HEGEL ponía como clave de su «Filosofía del Derecho»: «sé persona y respeta como personas a los demás». Con idéntico sentido consideraba SANTO TOMÁS DE AQUINO el Derecho como lo que es debido a otro según una relación de *igualdad* («Summa Theol. II.^a, II ae, q. 80). El conflicto surge, como veremos después detenidamente, cuando intrasubjetivamente las exigencias utilitarias—intereses—quieren so-



brepasar la exigencia universal (la «facultas» de ser... como se *debe ser*), e intersubjetivamente cuando para la defensa del propio interés otro ofende en nosotros esa antedicha exigencia de ser respetado como persona. Aquí el proceso, la «composibilidad» de los actos, de ROSMINI; la composición de la litis, de CARNELUTTI; la composición, en fin, por un principio ético, como escribe DEL VECCHIO.

Pero sí, ciertamente, la Etica, metafísica de las costumbres, estudio de los principios y de la finalidad de la conducta humana concretado en la «persona» como *valor* absoluto, es el común presupuesto del Derecho y de la Moral; si el Derecho pertenece, en su intrínseca naturaleza, al campo de la Etica—como el mismo DEL VECCHIO afirma—, a una esfera distinta de la «fuerza», a la esfera «superexistencial» de los valores, esta pertenencia no significa identidad sino comprensión y el Derecho tiene finalidad típica y tratamiento distinto. En la Etica, el deber es una adecuación entre la conducta y la exigencia íntima (el «yo» debe respetarse y respetar a las demás personas) mientras que en el Derecho se integra el deber con la pretensión, se hace exterior, bilateral, no se explica sin su opuesto; y esta exigencia, al exteriorizarse, se confronta con la exigencia universal—el *deber-ser* jurídico—que otorga una «facultas» de ser, de actuar (concebía RIJKE el «yo» como un «hacer»); y de tal modo, el derecho—subjetivo—se califica como esa «facultas» de ser yo y de que sean—actúen—los demás *como está mandado*.

El concepto del «deber» se queda, pues, en el campo de la Etica (así, BINDER) del mismo modo que sale de ésta el concepto de «sanción» (al menos, en el sentido económico-jurídico) o, si se quiere en otro término correlativo, el de «tutela» o «protección», para emplear el léxico germánico, tan admitido en la doctrina procesal. La adecuación de mi «ser»—de mi actuar—al «deber-ser» jurídico—a la norma jurídica—no me da derechos «frente» a los otros: me conserva mis intereses. La inadecuación de otros



no me da nuevos *derechos* ni les impone nuevos *deberes*: me confiere atribuciones para que se actúe la *sanción* contra el que, faltando a la exigencia universal del ordenamiento, ataca mi «interés». De este modo, también la sanción se actúa en caso de inadecuación aunque ésta no dañe, eventualmente, «mi» interés, o, por el contrario, no se actúa aunque lo dañe si el actuar—el ser—del otro no está en desacuerdo con el deber-ser jurídico.

Esta insuficiencia de la idea de «deber» o, mejor dicho, esta extrañeza a la esfera jurídica aparece clara, según hace observar ALLORIO, incluso en el campo de su más corriente aplicación, en el de las obligaciones, donde el concepto de «deber» cede el paso al de «responsabilidad», entendida como sujeción a la sanción, puesto que aquél, por su incoercibilidad, podrá considerarse como «*substratum*» moral o ético, es decir, metajurídico, pero no como elemento jurídico de ella; y en tal sentido lo demuestra el hecho de que contra la negativa del obligado no pueda dirigirse la «*vis extrínseca*» (artículos 921 a 925 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El ordenamiento jurídico, pues, el «*sollen*» correspondiente al «*müssen*», frente al «*sein*», establece un sistema de sanciones en el que se halla comprendido un sistema de atribuciones subjetivas; dualidad que, procedente de KANT, fué criticada por HEGEL y su escuela sin ser superada, pues también éste dice que el Derecho en sí, *como esencia*, es aquel frente al cual la voluntad particular se anula en cuanto no es verdadera. Este sistema es el «*civilis societatis vinculum*» de Cicerón, que *aspira* a realizar la Etica (así, concebía GRISPIGNI el Derecho penal como «el mínimo del mínimo ético»), en su grado posible, dado el tiempo y el lugar, *persiguiendo* el divino ideal de la justicia y de la verdad que—son palabras de CARNELUTTI—resplandece allá arriba y nos ilumina y nos conforta... pero que nadie podrá en esta vida alcanzar jamás, porque justicia, felicidad y paz son hermosos sueños, como dice SPENGLER, que



siempre serán sueños. Por ello, toda norma se justifica— «justus facere»—en cuanto es (mejor, *tiende a ser*) justa. Ahí está el gran «deber-ser», el «jussum quia justum», que, internamente, da su razón también a la norma como «facultas» de mandar... lo que *debe ser* mandado; el «nulla lex sine justitia» afirmado en CICERÓN—*recta ratio in juvendo et vetando*—y que vibra en el famoso «rex eris si recta facis». Lo que mantenía, de la misma manera, SANTO TOMÁS: «justitia ordinat hominem in ordine *ad alium*. Quod quidem potest esse dupliciter: uno modo, ad alium singulariter considerandum; alio modo, ad alium in communi»; y así lo estima DEL VECCHIO al decir que el Derecho vive más como aspiración que como hecho, o, con la gráfica comparación de CARNELUTTI en el «Sistema», entre Justicia y Derecho se da la misma relación que entre sustancia y forma: la justicia es en la Ley como el oro en la moneda y el Derecho es su cuño.

Del mismo modo que la noción del Derecho nos viene dada por la Filosofía, tampoco es propio de ninguna de las ramas de aquél formular el concepto de ordenamiento jurídico, a que antes hemos hecho alusión. Ahora bien: nos interesa destacar en este momento, por el sugestivo interés que para un procesalista tiene, la distinción puesta de relieve por PARESCÉ entre ordenamiento jurídico estático y dinámico, el primero como conjunto de normas, y el segundo como concreción de aquellas normas en un sujeto. Los dos momentos culminantes, el de la creación del Derecho y el de su aplicación o re-creación—ya que no puede negarse que cuantas veces se aplica el Derecho se re-crea—, son por completo semejantes a los de elaboración de una obra de arte y de su contemplación, volviéndola a sentir; en el momento recreador se acentúa el valor subjetivo, (no por esto particular, sino profundamente universal) del ordenamiento jurídico. Lo que era muerta escritura, simple suma de normas e instituciones modeladas—ordenamiento estático—, tan pronto pasa a la aplicación «concreta» se



reaviva, se polariza, vuelve a gravitar hacia un centro vital: el ordenamiento objetivo se tiende ávidamente hacia el sujeto, y el Juez, en cuanto revive el derecho *dado*, lo recrea perennemente, y es, en el instante en que lo aplica, legislador del caso concreto, no en el sentido en que lo entendía la Escuela del derecho libre sino en el de que—como veremos en seguida—*da la norma concreta*, hace concreto, particular el ordenamiento, vigente para *ese* caso; lo que encuentra expresión enérgica en las palabras de CICERÓN: «Vere dici magistratum legem esse loquentem» («De legibus», III, 1). Esto nos explica por qué sucede que quien aplica el Derecho lo sobrepasa a menudo, por qué la jurisprudencia, entendiéndola en el sentido latino, va siempre, de uno u otro modo, por delante de la dogmática formal.

Pero incluso ese ordenamiento estático no es puramente objetivo, porque el complejo de normas elaborado científicamente—en que el ordenamiento consiste, según la corriente definición—postula también un sujeto que lo fije en una unidad viviente y en él represente el principio motor. En esto encuentra su explicación el hecho de que semejante necesidad sea sentida principalmente en aquellas partes del Derecho más próximas a su producción: en el Derecho público, de un lado, y en los problemas de aplicación, o más bien, de interpretación del Derecho, de otro. Y esa postulación se refiere, en las más modernas doctrinas germánicas e italianas, sobre la base de *sugestiones* hegelianas y de *motivos* políticos, a «un sujeto legislador o creador en sentido universal», a un Jefe de la comunidad, intérprete de su sentido histórico. De aquí el profundo acento ético y político que informa el ordenamiento de los Estados nuevos, el acercamiento del Derecho—ordenamiento estático— a la moral política, de la que toma su fuente para vivificarse y no irse extrañando cada vez más de la conciencia de la comunidad, tan ágil y cambiante como la vida misma, evitando caer del rango de normas «espirituales» al de normas «naturales», en el sentido que las considera PE-



KELIS, y que la justicia cese de ser *pasión* (sentimiento de justicia: DEL VECCHIO) para convertirse en *hábito*.

* * *

El ordenamiento estático, ese «querer ligante, soberano e inviolable» de STAMMLER aparece como un señero conjunto de mandatos que regula inflexiblemente la vida colectiva. Pero desde el punto de vista dinámico, actuante, mirando hacia el sujeto en el momento de la aplicación, en ese momento dramático en que la tierra firme que representa la norma se enfrenta con el gran mar de los hechos, de las experiencias, que diríamos parangonando a ZITELMANN, muestra a veces su insuficiencia como regla de conducta, su impotencia como mandato, su fracaso como programa de convivencia. Llega un momento en que la experiencia escapa a la norma, que la norma *no sirve* para regular *esta* relación de vida, carece de eficacia ante la vida. En ese momento en que, en la vasta extensión del campo del Derecho, suena un grito de socorro, como dice CAPOGRASSI, alguien pide ayuda porque la protección que el ordenamiento ofrece a quien obra dentro del círculo de atribuciones que concede la norma, no le alcanza; porque la garantía que el Estado ofrece a los súbditos, de respeto a su «personalidad» — monopolio del Derecho —, falla y deja en desamparo a quien en tal protección confiaba; alguien reclama auxilio al no poder satisfacer su interés, bien porque ignora qué norma lo protege con exactitud, o porque otro se opone a que lo satisfaga, o, en fin, porque por sí solo no puede conseguir el efecto que ese interés persigue.

Esta es la gran clave del proceso. Es de interés supremo del Estado que esa incertidumbre sobre la «validez» de la norma, cese; que se resuelva ese estado en que el «jussum», que *debe* valer, no vale en la experiencia concreta de vida para que nació, ya sea que se le desobedezca, ya que la norma — exigencia «universal», programa de atri-



buciones generales que no puede descender a lo concreto, orden estático—*parezca o pueda* comprender en su íntegra determinación intereses singulares opuestos, por lo que necesita particularizarse; o ya porque, en fin, el actuar conforme a ella, *no puede* conseguir por sí del obligado, a causa de su resistencia, el bien que persigue. La incertidumbre lleva consigo, en todos esos casos, que la norma *no vale* en el momento de la actuación, en el momento de su dinamismo: que funciona en el vacío, mientras, a su vez, la relación vital queda fuera del Derecho, en el campo antejurídico de la autodefensa.

Pero no es que el grave sentido de esta incertidumbre afecta solamente al «interesado», al poseedor de «interés», al que pide ayuda con su voz singular y mínima; afecta a *todos*, a la comunidad que vive bajo el orden *general* de la norma, a todos los sujetos de posibles atribuciones jurídicas. Porque lo que todos y cada uno quieren, por su permanencia en comunidad y porque esta comunidad es organización—Estado—, es que el mandato general, el «*jussum*», no se torne ético (deber) sino jurídico (sanción); que el «*jussum*»—la fuente de atribuciones de todos—se convierta en «*ordo*» para cualquiera de las relaciones de vida posibles dentro del sistema de normas de «su» Estado, no en abstracto sino en concreto, en *todos* los singulares casos concretos que en su múltiple originalidad produce la experiencia. Interés general inaplazable que exige la formación de una experiencia nueva destinada a la gran misión de *decidir lo que debe ser, contorne al contenido general de la norma*, en cada caso en que el «interesado» clame por su indecisión, y hacer *que sea*, que se actúe, que se elimine la doble incertidumbre sobre la aplicabilidad y la efectividad del ordenamiento jurídico en *todo* caso.

Así se explica, en su raíz, por qué aquella voluntad privada, aislada, insignificante dentro del grande ámbito de la experiencia general de una comunidad, produce, con su simple clamor, toda una nueva reali-

dad jurídica, compleja y solemne, mucho más compleja, solemne y trascendente que la propia realidad o experiencia cuya plenitud trata de realizar; por qué se transforma en pública esta débil actividad del sujeto privado, incapaz por sí misma para conseguir la satisfacción de su interés; por qué se convierte en un instituto jurídico *distinto*: el «proceso».

Este tránsito, profundo y delicadísimo, en que radica la esencia del proceso y la noción de todo el Derecho procesal, tiene lugar por una sustitución de finalidad en el acto de voluntad del sujeto, de la «parte» en cuanto tal, acto de voluntad de capital importancia pues que, al fin y al cabo, el proceso viene al mundo como un *resultado* de esa voluntad, siquiera por virtud de semejante traslación la voluntad particular pierda autonomía y quede sumida en el curso—extraño a ella—del proceso, en las actividades procesales, en el acto de su terminación y, como diremos enseguida, en el fin mismo perseguido por éste.

Porque frente a lo que opinan las dos extremas teorías acerca de los fines del proceso: la subjetiva—satisfacción de intereses privados—y la objetiva—aplicación de la ley—, lo que el sujeto quiere, cuando se hace «parte», es realizar *el proceso*, hacer triunfar no su derecho subjetivo sino la pretensión «procesal», conseguir su finalidad particular *en* el proceso, *con* el proceso; persigue la finalidad *del* proceso mismo: lo que quiere es que su realización de vida sea jurídica *por* el proceso (aquí intuyen este fenómeno las doctrinas que ven el fin del proceso en la producción de la cosa juzgada), que éste realice la conjugación de las dos invalideces: de la experiencia, que carece de Derecho en el momento preciso, y del Derecho que no «sirve» para ordenar «esa» experiencia; y así, en lugar de servirse del proceso como *medio* para la consecución de su interés, se sirve, inconscientemente, de este interés para realizar el fin, extraordinariamente superior a sus fuerzas y casi siempre a su propósito, de la total validez del orden



jurídico. Manifestación típica de uno de los caracteres más constantes en la historia del obrar humano, a saber: que la acción alcanza un fin por sí misma, distinto del fin que el agente se proponía, más lejano, más trascendente, y el agente va luego a remolque de su propia acción. Con lo que esta acción práctica realiza en institutos concretos, como dice CAPOGRASSI, el profundo querer objetivo de la Ley, conjuga lo universal con lo particular a propósito de esa simple llamada de auxilio en que consiste una «demanda».

Precisamente porque esta incertidumbre representa una crisis de valor, una deficiencia de la ley—que no «puede» regular ese concreto—y de la experiencia—que no «puede» o no «quiere» ser jurídica—el proceso se presenta como la suprema fuente de garantía de todo ordenamiento, y tanto lo es que, del mismo modo que el particular se «somete» a la dura necesidad del proceso, el Estado se «somete» también a él, lo reconoce no digamos que por encima de él pero sí con autonomía y firmeza tales que a él entrega su ley como el particular su pretensión, para que allí se «confronten» y se «compongan» el mandato que no manda y la relación que está aún fuera de ese mandato; para que en él se «realice» el Derecho, esa «disciplina de los egoísmos en el seno de lo general» según la definición hegeliana.

Y esta es la *composición*, porque este es el *litigio* verdadero: el de la norma, dictada para ser ella misma realidad a través del sujeto, y la realidad carente de norma indisentida. Es, a nuestro juicio, erróneo buscar la esencia y el fin del proceso en la composición de los intereses privados puestos en litigio, porque para el Derecho no existen tales intereses contrapuestos, tal par de intereses iguales o de la misma naturaleza que se enfrentan, sino *un solo* interés digno de protección, aquél al que es *debida* la tutela jurídica, como decía WACH, y la propia «tutela»... que no ha podido aún tutelarlos; y si se objeta, como a WACH,



que sólo al final del proceso es cuando se decide cuál es el interés «jurídico», habrá de observarse que *solo ese* es el que se declara digno de protección por ser el correspondiente al «jussum» del ordenamiento; pues lo contrario llevaría a la concepción inicial de DEGENKOLB de ser la acción un derecho subjetivo público correspondiente a todo aquel que de buena fé cree tener razón, para ser oído en juicio y obligar al adversario a personarse (concepción de la que el propio autor se desdijo posteriormente, como es sabido); o la de PRÖSZ, para quien es suficiente que el acto, créalo o no, afirme simplemente que existe esa razón de Derecho privado al ejercitar la acción procesal. Doctrinas éstas que se enlazan con las más recientes que, en su intento de superar la estimación de la acción como un instituto procesal, creen reducida la misión del proceso al examen de «pretensiones», olvidando que no puede pretender el Estado la composición, el arreglo de dos intereses, uno de los cuales *no es jurídico*, por el sólo propósito de evitar las luchas privadas; que tanto equivaldría como volver a tiempos en que se compraba la paz con el «precio de la sangre».

Por eso, desde antes de la constitución del Estado moderno, en el período de formación de la soberanía real, aquella realeza incipiente, para llegar a serlo firmemente, ya «juzgaba» aun antes de tener ejército organizado, ni hacienda, ni verdadero poder político en el sentido moderno; y fué la jurisdicción el primero en el tiempo y en el rango de los atributos de la soberanía. Porque lo que apareció más perentorio a la conciencia de aquel poder político en formación fué garantizar la efectividad, la *validez* del mandato real, para que esa realeza pudiese tomar *estado* efectivo, convertirse en *estado* permanente dando al súbdito la sensación plena de sentirse protegido por su rey no sólo en la esporádica urgencia de la guerra, hacia *fuera* del territorio, sino sobre todo en la continua labor de la paz, hacia adentro, en la relación de un súbdito con otro. Gran



conquista que hizo posible la constitución en Estados de los agregados humanos con base territorial, dándoles la cohesión, permanencia y seguridad de vida propias de un organismo «político»; y al igual, del Estado moderno europeo. Que de aquella corrección, eliminación de incertidumbre sobre la eficacia del mandato real (que por la gravedad efectiva que suponía para el naciente poder debía verificarse por la directa comprobación del rey mismo, quedando las partes «in potestate regis», acogida al favor real la cumplidora del mandato y sometida a su disfavor la infractora: recuérdense las fuentes medievales españolas cuando hablan de «perder el amor» real, «perdat meum amorem»...) se pasa a la gran necesidad política de la seguridad del Estado frente a los ciudadanos y de los ciudadanos frente al Estado —el equilibrio de MONTESQUIEU—; y, finalmente, a la jurisdicción como garantía total del ordenamiento.

Esa conjugación de los fines perseguidos en el proceso, a que antes nos hemos referido, como dinámica del ordenamiento jurídico, en cuanto proyectado hacia el sujeto y a su interés particular en la vida, puede estimarse como una superación del modo de ver el proceso muy diversos sectores de doctrina. CAPOGRASSI, en líneas sugerentes, alude a que la ciencia procesal oscila entre estos dos lados de la doble realidad del proceso: toda su historia se desenvuelve entre el proceso visto como medio y el proceso visto como fin; el proceso visto como actuación de la obligación y el proceso visto como actuación de la ley; y, en suma, el proceso visto en sus resultados y el proceso visto en su intrínseca esencia de actividad conservativa del Estado. Y no se puede negar que la realidad del proceso responde a una y otra configuración; la realidad del proceso está conformada de tal modo que se deja expresar tanto en uno como en otro tipo de construcción nocional, porque ambos son esenciales: necesaria la determinación de la esencia constitutiva del proceso y necesaria también la apreciación del momento del resul-



tado, porque a través del resultado el proceso, *como actuación de valor positivo*, muestra su significado vital, su alcance formativo de experiencia.

Se podría decir que la visión del proceso en su actividad constitutiva (celebración del Derecho *como valor positivo en la experiencia concreta*) señala el punto diferencial de esta posición de la experiencia con respecto a otras posiciones en tanto que la visión del proceso en su resultado señala el momento de la identidad de esta particular posición con respecto a la entera experiencia; pues el Derecho—como dice PERTICONE, el Profesor de Ferrara, con pensamiento concurrente al nuestro—es verdaderamente el poder del individuo y del Estado, de obrar para alcanzar *en la comunidad el fin común*.

Pero es que el proceso no es solamente el instituto para la actuación de la ley—conformes en esto con la definición de CHIOVENDA—, para la validez «actual» del Derecho, para salvar del fracaso las quiebras del ordenamiento frente a la experiencia, haciendo esa providencial conjugación de norma y realidad. Es que el proceso, entendiendo por justicia la profunda e histórica razón de la vida colectiva que informa la sustancia de todo ordenamiento jurídico, es, además, realización de la justicia y produce, por ello, la tutela del derecho subjetivo y la composición de la litis—la composición «justa» de CARNELUTTI, pero en un sentido distinto de la formulación dada por el maestro italiano, como antes dijimos—; porque se tutela el derecho subjetivo, cada derecho subjetivo, al tutelar *todos* los derechos subjetivos en cuanto la norma es fuente de ellos; porque la litis se compone al eliminar la incertidumbre, al resolver la «descomposición» no entre un interés jurídico efectivo y otro supuesto sino entre norma e interés. Es la tutela de *todo* el ordenamiento lo que persigue—sin perseguirlo el sujeto—aquella demanda de individual tutela, intentando solucionar el problema de la validez del Derecho del único modo en que es posible lograr esa solución para cada caso.



La validez del Derecho a que nos referimos no es, naturalmente, la validez jurídico-formal—la ley válidamente promulgada—, que corresponde al período de elaboración y que se da por supuesta, ya que operamos sobre el concepto de ordenamiento jurídico como «conjunto de normas jurídicas que regulan *efectivamente* la vida de un pueblo en un determinado momento histórico», según la definición de DEL VECCHIO. Se trata, por el contrario, de la validez jurídico-material, basada en la nota de *facticidad*, de regulación efectiva de los hechos sometidos a su imperio, de la observancia generalmente realizada en la vida y que nunca llega a los extremos de cumplimiento absoluto o de inobservancia completa. Porque la ley no deja de valer *como norma general* de conducta porque «una» conducta no la siga, pero si deja de actuarse *como mandato específico* en ese caso particular. Validez esencial que hay que predicar siempre y que consiste en el enlace entre los actos de la experiencia jurídica y las consecuencias asignadas a éstos por la norma. (Ejemplo: si estoy obligado a la devolución se imputa al contrato celebrado, *pero porque así lo establece una norma*; con lo que aparece perfectamente claro que la invalidez no es, en realidad, del contrato sino de la norma, al asignarse consecuencias que, incumplido el contrato, no llegan a producirse. Como venimos sustentando).

A la luz de la filosofía de los valores, la doctrina que sostenemos deja a un lado la consideración del Derecho como realización de los valores morales, o aun como realización del valor de justicia, toda vez que ambas son, Moral y Justicia, aspiraciones, de estimativa cambiante, que difícilmente pueden suministrar una base de atribución positiva. Así, todo derecho positivo representa *un ensayo*, desgraciado o feliz, de realización de la moral y la justicia; pero éstas *se sienten* de manera distinta de época a época, de pueblo a pueblo y aun de individuo a individuo; que si cada Juez pudiese llevar a efecto su juicio de valor «sobre» la norma que ha de aplicar, para estimarla válida caso de



acomodarse a *su* criterio de justicia e inválida en el supuesto contrario, el Estado cedería inmediatamente el paso a la anarquía. Lo que no quiere decir que repudiamos la justicia como tendencia metajurídica *de la norma*—ya lo habíamos indicado bien al contrario—, pero sí en cuanto fundamento de referencia con respecto a la validez positiva de la misma. Problema de relaciones sobre el que, con razón, ha podido decir CALAMANDREI, en la última formulación sistemática de sus ideas, que al juez, y más en general al jurista, no corresponde discutir la bondad política de las leyes; le corresponde sobre todo, en cuanto juez y en cuanto jurista, observarlas y hacerlas observar... No es lícito al juez realizar acerca del derecho constituido aquellas valoraciones críticas *de jure condendo* respecto a las cuales las mismas leyes pueden calificarse de «justas» o «injustas» según que respondan más o menos a ciertos ideales de justicia en sentido moral o social; pues desde un punto de vista estrictamente jurídico calificar de *injusta* una ley puede parecer una *contradictio in adjectivo*; que si el mandato judicial vale no es por justo sino porque tiene para el caso concreto la misma fuerza de la ley (*lex specialis*).

Por eso, el valor jurídico que tiende a realizar el Derecho y a cuya celebración el proceso provee es el *valor de seguridad y de orden*, porque, como dice BERGBOHM, el orden es el valor jurídico fundamental y exige que el Derecho positivo sea cumplido totalmente, sin que el juez encargado de aplicarlo tenga por qué examinar el valor intrínseco de cada precepto aislado, ya que la justicia intrínseca de las leyes no constituye el valor esencial y propio del Derecho. Este vale por sí *en tanto que es eficaz*, produce el orden y engendra seguridad en las relaciones sociales. De ahí la afirmación kelseniana de que el jurista no debe preguntarse acerca del fundamento material de validez del orden jurídico; no debe averiguar el «por qué» sino el «cómo».



La expresión más noble de la tesis que hemos sustentado, de ser el proceso la garantía de la existencia del Estado mismo como unidad política organizada por el Derecho, la encontramos, con la entrega ejemplar de su vida, voluntariamente sacrificada a la idea de que el orden jurídico vale por sí, debe valer como orden, independientemente de la bondad o maldad de su contenido, en la contestación de Sócrates a la propuesta de Critón de que huiese porque había sido comprado el carcelero: ¿Qué Estado puede subsistir si los fallos dados—las leyes de atenas—no tienen ninguna fuerza y son eludidos por los particulares?

* * *

Esta concepción del proceso, que proyecta viva luz sobre su esencia y que en su síntesis recoge parciales visiones tan opuestas entre sí, ha sido escasamente acentuada por la doctrina procesal. Con ese primario alcance de la intuición, que BERGSON ha colocado en la clave de la teoría del conocimiento, había sido, sin embargo, efectivamente prevista por HEGEL al afirmar que el individuo, con respecto a las leyes, voz necesaria del Ethos («Sittlichkeit») tiene derecho a la pretensión de su validez, por cuanto una ofensa a su derecho debe ser considerada como una ofensa al universal. Reflexión que lleva a la consecuencia, según observa POGGI, de que, en el pensamiento hegeliano, no debería distinguirse el Derecho público del privado, siendo toda ofensa hecha a la ley y no al particular; y que halla su eco en la Filosofía del Derecho más reciente.

Pero en el campo de nuestra disciplina no ha sido puesta de relieve con el vigor que requiere su auténtica comprensión de la naturaleza propia y la misión del proceso, y del valor del Derecho procesal en la Sistemática jurídica. Es cierto que CHIOVENDA reconoce que la *certidumbre jurídica* es un gran bien, puesto que asegura el goce y la disponibilidad de los demás bienes y trae la confianza, la



precisión y la tranquilidad de las relaciones humanas, y que esa certidumbre no puede conseguirse sino en el proceso; pero esta apreciación la hace de pasada, sin ahondar sobre su profundo sentido, sin llegar al fondo del análisis que nos pone frente a la dramática duda sobre la validez total del Derecho. Lo intuye claramente GOLDSCHMIDT, quien estimando la jurisdicción «metajurídica», como la legislación (recuérdese aquí CALAMANDREI cuando dice que en la vida del Estado el momento legislativo o normativo no se puede entender separado del momento jurisdiccional), añade que la ley, al reconocer la fuerza de la cosa juzgada, *se sujeta* a una necesidad; que la jurisdicción *legítima al poder* que, *al fracasar la ley*, basada en la obediencia de los ciudadanos, hace de aquella un segundo orden, que la precede en caso de colisión según el principio sociológico del poder superior. Empero esta intuición no aflora en GOLDSCHMIDT como fundamental explicación del proceso sino sólo como explicación de uno de los efectos de la cosa juzgada.

También alude ANGELOTTI a que la actuación del Derecho es una de las principales funciones del Estado moderno, constituyendo un interés del Estado a la vez que de los particulares que el derecho sea actuado, por reposar sobre ello todo el ordenamiento jurídico; mas semejante alusión es solo premisa para sentar que la intervención del Estado en este respecto no puede realizarse sin una solicitud del particular, la pretensión jurídica—después, pretensión procesal—, en la que centra el punto de gravitación del proceso, como CARNELUTTI y en general, el sector de doctrina que ha pretendido superar el concepto de acción; problema de mecánica y no de esencia que cae fuera de nuestra consideración puesto que incluso, como ya sugería ROSENBERG puede discutirse su encaje puramente procesal. En fin, entre nosotros, el Profesor PRIETO CASTRO reconoce que el Estado, no pudiendo dejar *la validez de sus normas* al arbitrio de los particulares, se encuentra en



la necesidad de completar la función legislativa con otra cuyo fin es hacer patente ante los ciudadanos *la eficacia que la ley posee*, y proteger en el caso concreto al particular.

* * *

Así, pues, claramente aparece después de esta indagación la misión grandiosa del proceso, que excede de ser una simple institución jurídica para convertirse en «metajurídica»—así, WACH—, en principio político fundamental que nace con el Estado organizado, como primaria función de soberanía, inmediata a su origen, que hace posible que el Estado se constituya como tal, porque el ordenamiento jurídico tiene como predicado de su propia existencia el de «efectuarse» siempre y en todo momento (recuérdese BRINZ), porque el Derecho es, por sí, un paralelo sistema de permisiones y sanciones «para» el sujeto y solamente alcanza su plenitud *en cuanto* se actúa en éste: ordenamiento dinámico. De este modo, por la naturaleza misma de la norma, nacida para todos los casos *posibles* dentro de su enunciado, el proceso nace a la par de ella, a su propio tiempo, como un imperativo político de seguridad, tan imperativo como la norma y tan político como la organización toda del Estado. El punto en que se cruzan la función del legislador y la función del juez está marcado por el proceso, con el que se realiza la creación no del Derecho sino de una experiencia *jurídica* allí donde el Derecho quedaba *fuera*, por encima de la experiencia, flotando en el vacío, sin recoger en ese su sistema de permisiones y sanciones la relación de vida entablada.

Este engranaje de particularidad y universalidad, de particularidad en la universalidad y a la inversa, es la honda realización que el proceso consigue, por encima del querer del particular y por encima del querer del Estado dentro del propio proceso. No cabe duda de que los parti-



darios de la teoría subjetiva tienen razón al afirmar que lo que tipifica al proceso es la existencia de una pretensión; la pretensión diferencia el proceso especialmente de la actividad administrativa del Estado, puesto que, de modo paralelo a la famosa clasificación de DUGUIT, los elementos subjetivos del proceso podrán dividirse, simplemente, en «unos que piden» y «otros que conceden», siendo la actividad administrativa propia y espontánea y la judicial, en cambio, sustitutiva y provocada, hasta el punto de que para mantener esa distinción fundamental, aun en el tipo de proceso en que menos puede encontrarse el principio de rogación, el proceso penal, se hace preciso un órgano del mismo Estado «que pide», el Ministerio Fiscal, con separación del otro órgano «que concede», el Tribunal. Pero estas consideraciones no pueden hacer descender la misión del proceso a la de simple resolución de pretensiones, precisamente porque, como tiene que confesar CARNELUTTI, no tanto sirve el proceso a las partes cuanto las partes sirven al proceso, bajo el principio de que el interés de las partes es transferido del plano de los fines al de los medios. Lo que puede predicarse de cualquier tipo procesal.

A poco que se comprenda, aparece patente que en la concepción apuntada, que venimos manteniendo en cátedra desde hace varios años, no se sostiene, del modo que lo hacía BÜLOW, que antes de la sentencia no exista el derecho material, ya que postulamos que en el proceso se conjugan norma y experiencia pero no que nazca una nueva norma para el caso concreto. Claro que toda aplicación supone, por sí misma un cierto grado de creación, pero esto es propio del problema esencial de la interpretación de la norma, que tan agudamente ha trabajado la filosofía jurídica italiana y sale de este lugar. Lo que sucede es que para la relación de vida determinada es como si aún no hubiese nacido la norma, no llega a ella, no tiene validez, o mejor, eficacia, quebrando así *en un instante* el atributo esencial que a todo Derecho debe acompañar *siempre*. Por



eso aquella insignificante voz que entre los ingentes intereses de una nutrida comunidad política se alza pidiendo ayuda a los Tribunales adquiere tan impresionante resonancia como para producir una nueva y gran experiencia jurídica, totalmente distinta a la anterior, complicando en el minúsculo problema todo un mundo de distintos sujetos, ajenos en absoluto a la cuestión—jueces, peritos, funcionarios, testigos ..—, costoso mecanismo a cuyo mantenimiento atiende el Estado no porque le importe «arreglar» las pretensiones contradichas o insatisfechas de los particulares sino, fundamentalmente, porque es una exigencia tácita de *todos* los que en esa comunidad viven, persuadido de su necesidad política, de que no podría subsistir al fracaso de su ordenamiento, por mínimo que fuera, como se hundiría todo el barco con que fallase una sola plancha.



A D D E N D A

Compuesto este artículo aparece una obra de indudable importancia en la producción jurídico-procesal española: un primer volumen de «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», del Profesor Jaime GUASP (Madrid, Aguilar, 1943). Dedicada la introducción de ese trabajo a exponer los conceptos fundamentales del proceso y del Derecho procesal, se alude directamente en la segunda nota de la página 6 a la posición que mantenemos, hecha pública desde hace varios años y conocida de dicho autor, aunque no habiendo sido inserta con anterioridad en ningún trabajo impreso no se nos podía citar nominalmente.

Esta posición, que nosotros hemos creído útil para la disciplina procesal, sobre la base de sugerencias obtenidas en otro campo de la especulación científica, supone un matiz distinto de la teoría objetiva del proceso y es rechazada por GUASP desde el punto de vista, en verdad interesante, que adopta para la fijación de un concepto del proceso. Ahora bien: si el reparo que en la aludida cita se contiene cae por su base a la más simple lectura, porque nunca hemos sostenido que la norma perdiese su validez formal sino que el proceso surgía—podía surgir—al no actuar la norma *como valor de orden en una relación concreta de vida*—«*ordo specialis*»—, la consideración antes expuesta nos lleva, sin embargo, a algunas consideraciones (siquiera el espacio de que disponemos las imponga muy breves, de momento) respecto a la formulación ofrecida por GUASP en punto tan esencial.

En los «Comentarios» recién publicados se define el



proceso como «serie o sucesión de actos que tienen lugar en la actuación de una pretensión fundada mediante la intervención de los órganos del Estado instituidos especialmente para ello». Coloca el autor en la «pretensión» el eje de su concepto, acentuando vigorosamente la necesidad de fundamentación de aquella, por estimar (pág. 9) que sería absurdo afirmar que *cualquier* pretensión puede ser actuada o tutelada mediante un proceso», lo cual sólo ocurre «con las pretensiones que se hallan conformes con el derecho objetivo». En tal respecto, rechaza como errónea la equiparación de dichas pretensiones fundadas con los derechos subjetivos, puesto que no cabe hablar de tutela o protección de éstos, que son, por definición, intereses ya protegidos jurídicamente.

Por si nos detenemos a analizar esas expresiones, cardinales en la dogmática de GUASP, obtendremos las conclusiones siguientes: a) que sólo pueden ser tuteladas o actuadas en el proceso las pretensiones *conformes con el derecho objetivo*, y en esto estriba la misión de aquél; b) que hay que separar por completo el concepto de derecho subjetivo del de pretensión procesal, porque sería un contradictorio pedir la tutela de lo que estaba tutelado ya; c) que el proceso, al actuar pretensiones fundadas, hace que el derecho objetivo tutele o proteja intereses conformes con él, en que aquéllas consisten; d) que, en lógica deducción de lo expuesto, hay una categoría de intereses conformes con el derecho objetivo que están protegidos jurídicamente sin necesidad de proceso (derechos subjetivos), y otros intereses, también conformes con el derecho objetivo, a los que la protección jurídica no alcanza sino a través de la institución procesal (pretensiones fundadas); de lo que es preciso concluir que hay una categoría de intereses «protegibles» que *aún* no han sido protegidos y por eso saltan al campo procesal investidos como «pretensiones», o sea, que el derecho objetivo *no ha valido aún* para proteger esos intereses a pesar de conformarse con él; y *sólo mediante el pro-*



ceso valdrá para actuarlos. Con lo que, sin quererlo y pese a su escueta repulsa, viene GUASP a mostrar hasta qué punto el criterio que sustentamos sobre la misión del proceso tiene una base indudable.

Cabe otra afirmación de estimativa. Nuestra opinión tentaba señalar un matiz en la doctrina objetiva. GUASP, con alto y laudable vuelo, proyecta una superación de ambas concepciones, objetiva y subjetiva, del proceso: la primera le parece insuficiente; la segunda, *inexacta por completo* (pág. 7). Pero, con una contradicción flagrante, sienta su teoría vuelto en absoluto del lado de los sujetos, porque esta dirección «le parece estar más de acuerdo con la esencia de la institución procesal» (pág. 9). Ello nos lleva a recordar cuanto decíamos respecto a la construcción del concepto por CARNELUTTI. Precisamente, el reparo—que el propio GUASP, en meticulosa revista a las objeciones posibles a su pensamiento, califica de fundamental (pág. 14)— es el de la existencia de procesos originados por pretensiones sin fundamento. Intenta salvar esta dificultad esencial con la afirmación de que «el proceso no se instituye pensando en que es necesario denegar ciertas pretensiones sino en que es necesario actuarlas»; idea sostenida «por la colocación del centro de gravedad del concepto del proceso en la tendencia y no en el resultado definitivo de los actos». La verdad es, en cambio, para quien quiera contemplar la realidad del proceso, que éste no tiene como misión actuar los pedimentos *del actor* sino los de aquél que los acomode a los supuestos del derecho objetivo; lo que, por su evidencia, no puede ser contradicho aun contemplando los tipos de procesos que, con agudeza, pone GUASP de relieve: el de equidad y el dispositivo, ya que en el primero (a la inversa de lo que ocurre en el arbitral para que merezca tal nombre, y que no es más que uno de tantos casos de ejercicio privado de funciones públicas *en cuanto está determinado por el ordenamiento jurídico*), si las partes acuerdan someter su discusión a un juez para que re-



suelva según criterios de equidad y no jurídicos, no se trata de otra cosa que de la 'substitución' de decisiones privadas en un funcionario público, que bien puede no ser del orden judicial; y en cuanto al proceso dispositivo, muestra una análoga delegación de facultades normativas. Hasta el punto de que el propio autor de los «Comentarios» a que hacemos alusión, sitúa ambos supuestos, también sin querer, fuera del alcance de su definición, puesto que refiere el proceso a pretensiones *conformes con el derecho objetivo*, cuya comparación con ellas tiene lugar en la institución procesal.

* * *

Nos obligaba a adicionar estas líneas el hecho de que al publicarse casi simultáneamente dos exposiciones de concepto con diversa tendencia, no era lícito a la más modesta silenciar el interés que la otra ofrece, tanto más cuanto que la postura adoptada por el joven procesalista español que ha acometido la grande y necesaria tarea de comentar nuestra ley procesal básica, «tiende» a ampliar, desde el inicio y por modo decisivo, los postulados de autonomía científica de esta rama del Derecho.

