

Tentativas de conciliación de algunas teorías procesales ⁽¹⁾

CARLOS COLOMBO

Profesor de la Universidad de Buenos Aires

Si pasamos revista a los problemas respecto de cuya solución la doctrina procesal todavía no es pacífica, advertiremos que los tres fundamentales son los que plantean el concepto y la determinación de la naturaleza de la *acción*, del *proceso* y de la *jurisdicción*.

A primera vista podríamos incluir en la enumeración otro tema básico que, asimismo, constituye un factor de discordia, o sea el que consiste en la fijación del número y en la adjudicación del contenido de los denominados *principios* y, dentro de ellos, en especial el de la adopción del *dispositivo* o del *inquisitivo*, o de la combinación de uno y de otro. Este último criterio trae aparejada la admisión del dispositivo como punto de partida acordando a la parte la libertad de promoción de la instancia, pero sin reservarle luego facultad exclusiva en la aportación de la prueba, ni asignarle a ella sola el impulso procesal: el juez de «simple espectador», o dios escondido—según suele decirse—se convierte en «director» del proceso.

No voy a referirme a las ideas que giran en torno de estas concepciones; a su substrato filosófico o sociológico, ni a la apreciación de su eficacia; tampoco a que, en definitiva, la valoración de la bondad de uno u otro principio sea, en realidad contingente y no pueda llevarse correctamente a cabo a *priori*, en abstracto y con pretensiones de validez universal, no sólo porque su buen éxito o su fracaso se hallan evidentemente condicionados por factores que escapan al concepto mismo—como ser el *tiempo* y el *espacio* (un principio pudo ser admisible ayer y no serlo hoy; puede producir buenos frutos en un país, y no, en otro)—sino también porque, en última instancia, a mi juicio, no es este un problema a resolver por los códigos procesales, sino por las leyes de organización de los tribunales y, sobre todo, depende de la calidad de la magistratura; si se desconfía de ésta, parcial o totalmente; si se teme que la arbitrariedad del juzgador no sea solamente posible sino probable, entonces, no se debe ni siquiera comenzar a hablar de implantación de principio inquisitivo o de sistema prevalentemente inquisitivo. La razón es bien simple: ello se traduciría en tornar concreto un peligro abstracto.

Pero he expresado que únicamente a primera vista es éste un problema de Derecho procesal propiamente dicho. En efecto, si bien se mira, aunque graviten decisivamente en el campo del Derecho procesal, *dispositivismo* e *inquisitivismo* (permítanseme estas voces) en su primer momento, que es el más trascendente, son po-

(1) Conferencia pronunciada en el I. N. E. J.

siciones que trascienden lo ritual, que son previa a lo formal y que, como tales, pertenecen a los dominios de la *Política procesal* como forma de manifestación especializada de la *Política jurídica*, sin perjuicio de que una vez concretado, este o aquel principio se convierta en uno de los cánones fundamentales de la interpretación.

En efecto, no se llega a ser *dispositivista* o *inquisitivista* de la misma manera como se puede ser partidario de la instancia única o de la múltiple, o de este o de aquel recurso, con ser éstos aspectos de subido interés. El alistamiento en una u otra de aquellas posiciones, depende de razones que se vinculan de un lado a la organización estatal y de otro, arraigan en la personalidad; es decir, provienen de causas objetivas y de inclinaciones, como tales, subjetivas. Las primeras nacen del sistema constitucional, de su evolución histórica, así como de la concepción política dominante; las segundas, emanan de la tendencia institucional y por así decirlo, del *credo jurídico* que profese el publicista puesto a encarar lo que mejor convenga—*convenga*—a determinada nación en una época dada.

La comprobación del aserto que acabo de formular es fácil. En definitiva, cuando se desbrozan los argumentos con los cuales *dispositivistas* e *inquisitivistas* quieren abonar sus respectivas tesis, y se procura penetrar en las capas más hondas de la disidencia, se encuentra que mientras los primeros se aferran a un individualismo acentuado, los segundos estiman que el Estado no debe dejar librada la suerte de la justicia al más astuto o al más fuerte, lo que equivale a decir que el Estado ha de poner en juego su autoridad para afianzar la justicia, tomando para sí, por medio de sus órganos, la tarea de restablecer el equilibrio y la igualdad, de colocar las cosas en su justo nivel, ejerciendo una función protectora de quien en la lid del proceso revelare no hallarse adecuadamente dotado para la lucha.

Quedamos, pues, que en un Derecho procesal concebido como Dogmática no han de tener ubicación problemas vinculados al fundamento y utilidad de los llamados *principios*. Y, en mi concepto, esta premisa reviste interés porque si se la acepta, la tarea del procesalista a la par que quedará circunscripta a la zona que en verdad le corresponde, contribuirá a simplificar su disciplina. Y creo que la ciencia jurídica en general y la procesal en particular no debe apartarse de la ley suprema de la simplificación. En este orden de ideas podríamos agregar que, o tampoco son exclusivamente propios del Derecho procesal los problemas que por su carácter general exceden su marco para ingresar en el más amplio de la Filosofía del Derecho o de la Teoría General del Derecho, verbigracia el alcance y significado institucional que ha de tener la interpretación de la ley, o que, si el Derecho procesal se propone examinarlos ha de llevar a cabo su labor en íntima compenetración con aquellos elevados estudios y no con olvido de los mismos. Si reconocemos al ordenamiento estatal y al orden jurídico el carácter unitario fundamental, ni la función del juez que interpreta la ley de fondo puede ser distinta de la que compete al juzgador que lleva a cabo

idéntica faena respecto de la procesal, ni la interpretación misma, en cuanto atañe a sus cánones esenciales (sin perjuicio de algunas modalidades particulares que no alcanzan a modificar la esencia) puede diferir sustancialmente. Si la judicatura, p. ej., interpreta la ley civil con criterio progresivo no se concebiría que interpretara la procesal con tendencia retrógrada.

Una recorrida por las obras corrientes del Derecho procesal permitiría comprobar que, en cuanto atañe a lo que queda indicado, difícilmente se elude el escollo de los extremos: las más destierran a esa ciencia a una isla, casi sin contacto con los estudios filosóficos; las menos y conforme a una tendencia que en mi patria ha comenzado a insinuarse, padecen de una sobrecarga, de un exceso de infiltraciones filosóficas, donde se tratan de combinar en imposible alianza lo general y lo particular, lo abstracto y lo concreto. En las primeras, la exposición resulta chata y exhibe un déficit; en las restantes, el deslinde de lo que pertenece a una y a otra rama se torna confuso y, lo que es más grave, conduce a una abstrusa «trituration de conceptitos» que a la par que desorientan al especialista suscita la animadversión del práctico.

Por tanto, ni déficit ni superávit: una proporción racional que nos situará en el centro.

La pretensión de despejar el campo propio del Derecho procesal, desembarazándolo de tal sobrecarga que no tiene por qué soportar, no puede provocar alarmas fundadas, porque de ella no dependen en modo alguno ni su autonomía (para cuyo reconocimiento es más que suficiente la existencia de un objeto propio tratado con método jurídico) ni su condición de ciencia, lograda hace mucho al quedar superada la exégesis por el sistema. Desde luego, tampoco habría de constituir obstáculo para que un mismo jurista bien dotado abarcara el estudio integral de los aspectos político-jurídico, filosófico y puramente procesal de lo que gira en torno del proceso.

Lo que queremos significar es que si el Derecho procesal no quiere retroceder en el reconocimiento de su autonomía, lograda merced a los continuos esfuerzos de prestigiosos paladines sobradamente conocidos, no debe caer en el error de invadir el campo que pertenece al señorío de otras disciplinas; está bien que reivindicque el dominio de las parcelas que a justo título le pertenecen y en su campaña por emanciparse del derecho de fondo (también aquí, en cuanto realmente corresponda) no ceje y no conceda; mas si no se quiere correr el albur de provocar una fuerte reacción de los cultores de las ciencias y del arte a que hiciera las precedentes referencias, bueno es que lo mantengamos dentro de los límites que la ontología ha trazado y en el afán de cobrar deudas del pasado no lo llevemos a una hipertrofia opuesta, como si todo fuera procesal, que no lo es.

En este sentido, y para dedicar algún recuerdo a ese pariente

pobre de la ciencia jurídica que es el Derecho procesal penal (a quien acude generalmente el jurista tiempo después de advertir que su espíritu se ha saturado de tanto hurgar en las bien provistas arcas del Derecho procesal civil) la compenetración de las nociones de *pena* y *proceso* abiertamente propugnada por Carnelutti y que indirectamente surge de algunas concepciones de Goldschmidt, y que conduciría al resultado de que la pena y aun el delito se convertirían en instituciones puramente procesales, creo que no producen verdadero beneficio a lo procesal, antes bien, lo debilitan. El movimiento de que nacería una tendencia «pan-procesal», según el cual todo o gran parte del derecho sustantivo se resolvería en el procesal, no sólo ha dado lugar a la reacción de ciertos procesalistas como Bellavista, sino que—y era natural—ha provocado protestas airadas de los penalistas. Y, lo que es importante, tales quejas son, a primera vista, en gran parte fundadas.

En todo caso, el replanteo de los problemas a que da origen el deslinde de los campos sustancial y formal deberá hacerse con la sabia prudencia—que es a la vez justa medida—con que lo ha encarado, por ejemplo, el Prof. Fenech y Navarro, quien al disponerse a atribuir la exacta ubicación institucional que corresponde a la hipoteca la considera un embargo convencional anticipado, pero sin caer en el extremismo de adjudicar a la citada institución un carácter exclusivamente procesal, por el contrario, formula la ajustada reflexión de que «si se aplican las conclusiones a que llegan los procesalistas en materia de embargo, puede mejorarse el Derecho hipotecario y evitarse incongruencias y repeticiones». Esta es para mí una manera de hacer aquella *ciencia útil* a que se refería Scialoja. La ventaja de esta correcta posición es doble: reafirma concretamente y en una de sus importantes manifestaciones la autonomía del Derecho procesal, sin despertar fundados recelos de los civilistas y vierte un rayo de luz sobre los campos a deslindar iluminando precisamente la zona que en el caso ha de cobrar mayor relieve, o sea, la de sus confines.

Que en este aspecto quede mucho por hacer, no puede caber duda. En Argentina, por ejemplo, el aspecto procesal de la quiebra aún no ha concitado la atención de los procesalistas, materia que allá pertenece todavía al dominio absoluto de los comercialistas, quienes, como es natural, destinan sus mejores afanes al estudio de los *efectos*, con abandono total o parcial de la quiebra *como proceso* y de las trascendentes consecuencias que derivan de su emplazamiento y consideración como tal. Lo que quiero destacar es que aquí también entre las posiciones extremistas de Candián y de Bruneti cabe la intermedia que dando al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios, evita la artificial e inútil disputa entre procesalistas y comercialistas sobre la propiedad exclusiva del tema: que cada uno atienda a lo suyo es lo ideal, y es bastante.

Creo que lo dicho alcanza a comenzar a diseñar una tendencia que

quisiéramos ver transformada en hábito mental y que estimamos provechosa para la resolución de aquellos problemas jurídicos en general y de los procesales en particular, respecto de los cuales el ardor de las polémicas ha oscurecido un tanto su real entidad y, en ciertas hipótesis, y según creo, ha llegado hasta a desplazar el problema mismo. Sobre esta consideración he de insistir más adelante.

Volviendo al punto de partida la política procesal dirá si ha de concretarse el principio dispositivo o el inquisitivo o una combinación de ambos. El procesalista aportará su técnica para que el establecimiento de uno u otro sea como ha de ser, logrado y perfecto; esta faena, que es la auténtica suya, habrá de exigirle, ya de por sí, el despliegue de sus mejores galas intelectuales.

En relación a este punto y a título puramente informativo quisiera poner un ejemplo de un hecho que acaba de ocurrir en Buenos Aires y que en mi concepto confirma las manifestaciones que acabo de formular.

Hasta el día 1 de febrero de 1954 ha regido en la ciudad capital de la República Argentina el Código de Procedimientos Civil y Comercial promulgado en el año de 1880 inspirado en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 y, en consecuencia, de corte netamente dispositivo. Se dijo que bajo este sistema que pudo ser el más apropiado para la época que se acaba de mencionar, en cambio, en los años que corren la actividad del proceso era conducida con la lentitud somnifera de la anacrónica carreta. Por otra parte, a excepción de algunas escasas «medidas para mejor proveer» que el juzgador podría adoptar en el estadio inmediatamente anterior a la sentencia, sus atribuciones para dirigir el proceso eran casi nulas.

Ahora bien, en mérito a diversas razones que fuera fatigoso enunciar, a partir del 1.º de febrero de 1954 se pone en vigor una nueva Ley, la número 14.237, que de súbito coloca el centro de gravedad de todo el proceso en el juez. Preceptúa, en efecto, su artículo 21 que «En cualquier estado del juicio los jueces y tribunales podrán disponer las medidas necesarias para esclarecer la verdad de los hechos, mantener la igualdad de los litigantes o prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe, así como aquellas tendentes a la más rápida y económica tramitación del proceso», amén de parecidas atribuciones que le provienen de otros textos de esa Ley y que concuerdan con la nueva tónica y el flamante espíritu.

Así las cosas, en aquel medio se producen en el acto los siguientes fenómenos: 1.º Una inmediata y airada reacción de los *prácticos*, quienes por conformación mental rutinaria y por hábitos inveterados protestan ante la para ellos presumible invasión de la magistratura en zona que hasta ese momento les estaba vedada. 2.º Parte de la doctrina procesal se contagia y en las primeras producciones cae en una inconveniente mezcla de consideraciones de política procesal y de dogmática, con el infeliz resultado de que

la interpretación de la Ley queda enturbiada para los no avisados. 3.º Una parte de los procesalistas intenta mitigar el espíritu de la nueva Ley (que no reemplazó en su totalidad al antiguo Código, sino que sólo la reemplazó parcialmente) y para ello se proponen sincronizar las nuevas disposiciones con las que quedan de las anteriores, dando primacía a las supervivientes. 4.º Otros se colocan en el campo opuesto y conceptúan totalmente superados los viejos tiempos y todo lo criban en el tamiz de los nuevos.

¿Cuál es la enseñanza a recoger? Que cuando se deja de tener en cuenta la *oportunidad* y la *finalidad* que han de ser inherentes a los estudios procesales puede comprometerse la suerte de la interpretación de la Ley y en este aspecto la doctrina deja de cumplir su cometido, que pasa a ser el primordial en los primeros tiempos de vigencia de aquélla.

He dado este rodeo antes de comenzar a desarrollar el tema fundamental de esta exposición—(*Tentativas de conciliación de algunas teorías procesales*)—porque me parece que si se comienza por tener en cuenta que sí, como creo, la necesidad de abandonar determinados extremos se presenta ya en relación a los presupuestos de la ciencia procesal, no habrá de ser juzgada empresa imposible o varra la que se disponga a hallar el punto de equilibrio entre las doctrinas aparentemente opuestas que se disputan primacía en la solución de aquellas contiendas a que precedentemente aludíramos.

Pues bien: reservando a la política procesal lo que legítimamente es de su dominio; asignando a la filosofía del Derecho la misión que en verdad le compete y dejando de lado los aspectos prevalentemente rituales, reglamentarios o de trámite, resultaría que las tres cuestiones máximas a cuyo estudio se ve abocado el Derecho procesal son las que se refieren a la *jurisdicción*, a la *acción* y al *proceso*, sobre todo a la determinación de su naturaleza. Según es de todos sabido, es sobre estas materias que constituyen la *parte general* del Derecho procesal donde la doctrina sigue acusando disonancias frecuentes cuando no estridencias manifiestas, a pesar de que, según algunos, las dificultades están superadas, en cambio, respecto de los temas de la *parte especial* los acuerdos son más fáciles de lograr y la armonía si no perfecta es por lo menos aceptable.

Si hubiéramos de otorgar crédito en descubierto y por igual a los autores—desde que todos ellos de buena fe y con el mejor de los propósitos—han tratado y procuran develar esos tres misterios—de misterios habla Satta, cuando se refiere a uno de ellos y teniendo en cuenta que las teorías con pretensiones de explicarlos se suceden unas a otras y como punto previo concentran sus mayores esfuerzos en la destrucción de todo lo anteriormente edificado más que para dotar de cimientos sólidos a la propia construcción, deberíamos llegar a la conclusión—paradoja excluída—de que, verbi gracia, mientras estamos habilitados para afirmar rotundamente

cierto que como ocurre en todos los campos de la investigación científica, conocer qué *no es* «algo» puede significar, desde ya, un progreso, que evite el error, no es menos exacto que lo que realmente importa es poder determinar *qué es* ese «algo»; lo que interesa es la verdad.

Y ¿poseemos esa verdad o esas verdades?

Muy lejos de mi ánimo el incurrir en precipitaciones o en exageraciones en materia jurídica que casi como ninguna otra ha de ser ponderada y serena; menos exhibir la pedantería de descubrimientos sensacionales, insuperables, absolutos y que, por lo demás y aquí también paradoja aparte, serían candorosos porque sobrada experiencia existe en el sentido de que muy a menudo las verdades jurídicas son *provisorias*... Pero con estas salvedades que son casi una confesión entiendo que la respuesta al interrogante formulado en relación a aquellas tres cuestiones, se halla considerablemente dificultada. Ni siquiera es fácil saber si poseemos o no la verdad o las verdades.

Pero ¿cómo puede esto ser así? ¿Cómo es posible que haya escapado a la penetrante sagacidad, a la intuición, al saber de tanto y tan eximio jurista de toda latitud y de todo tiempo el hallazgo de tales verdades? Una de dos: o se trata de problemas que exceden el alcance y el poderío de la mente humana (y no participo de ese pesimismo) o la verdad ya está descubierta o puede serlo. Lo que podría ocurrir es que no la hemos visto o no la vemos.

Para que lo que acabo de decir no genere reacciones anticipadas, preciso es traer a colación un ejemplo indiscutido que permita apreciar cómo puede ser posible que las dificultades aparentemente insuperables que durante mucho tiempo impiden aprisionar la verdad, pueden provenir de dos grandes causas: la primera, que una ciencia, en su etapa de formación, comienza por concentrar sus principales esfuerzos en el afianzamiento de su autonomía y luego consolidación de las materias que le son propias y que la intensidad de ese esfuerzo produce inevitablemente desviaciones y discrepancias en la apreciación de la naturaleza jurídica, de la real entidad y de la solución de las cuestiones fundamentales; la segunda, que la exigencia impuesta por ese afán de asegurar la vida misma de la ciencia de que se trate y fijar su proyección en relación al resto de la enciclopedia jurídica, da lugar al nacimiento de *escuelas*, que en lo fundamental son siempre dos, en abierta y casi total oposición, que se atribuyen el monopolio de la verdad y se combaten, no quieren ceder en nada o en casi nada, en la contraria sólo destacan errores o, en todo caso, tímidos atisbos de verdad, inconscientes.

Ese ejemplo nos lo suministra el Derecho penal, conmovido, esterilizado por la lucha entre la *escuela clásica* y la *escuela positiva*, que, partiendo de concepciones diametralmente opuestas, ha provocado una inquietud científica de tal suerte exagerada, que en ocasiones llega hasta la desesperación.

Y mientras tanto, la verdad ¿dónde estaba y está? ¿Es uno u otro de esos extremos? En manera alguna. Era, por tanto, inevitable que la cordura llevara a un eclecticismo que no fué pusilánime como se ha pretendido con desconocimiento real o fingido de la naturaleza de las cosas y de los hombres. Tomar la parte buena que tienen las doctrinas y desechar la equivocada, y con ello—en lo que sea susceptible de ser conciliado—presentar un producto que, lejos de ser híbrido, revele sano propósito de ajustar las concepciones a la realidad, no puede ser juzgado deleznable. Que el genio lance sus teorías innovadoras o revolucionarias y con ello despierte y promueva el cambio de una de aquellas verdades provisorias por otra a la larga también provisorias, es plausible. Pero el jurista teórico que trabaja para el práctico, el que no puede esperar a que los sueños se realicen, no ha de especular con despertares a veces tardíos. El debe actuar para su presente y, a lo sumo, para su futuro próximo, y debe aprovechar lo conveniente de todas las ideas, para presentar a los hombres de su época soluciones concretas y satisfactorias.

He recurrido al ejemplo del derecho penal porque, como en lo que se refiere al proceso de evolución, para éste es pasado lo que para el derecho procesal es presente, cabe aprovechar aquella experiencia como guía que permita recorrer sin extravíos los caminos de nuestra disciplina.

Ahora bien, ya en referencia exclusiva al derecho procesal, el contenido de algunas manifestaciones doctrinales contemporáneas nos induce a concluir que tal vez sería posible y oportuno fijar la atención sobre el «movimiento» conciliador—tendente a la pacificación de las doctrinas que pretenden interpretar el tríptico *jurisdicción, acción, proceso*. Esta tendencia (que sin duda no podría ser bautizada con el pomposo nombre de «escuela») no estimaría justo que fuera menospreciada. A ella hice referencia hace varios años con impaciencia juvenil, y en una frase suelta de la introducción a un modesto ensayo cometí el error de denominarla nada menos que *escuela rioplatense de Derecho procesal*, porque creí encontrar en las obras de los principales procesalistas argentinos y uruguayos un particular modo de ver que los separaba un tanto de las encontradas concepciones corrientes, y los ubicaba en una posición intermedia.

Si bien algunos de los procesalistas que en conjunta acabo de indicar han evolucionado y otros se han rectificado o superado, según el calificativo que apliquemos a las oscilaciones del pensamiento, ahora, en producciones recientes, aquel eclecticismo vuelve a aflorar, esta vez con mayor claridad.

Por tanto, he estimado que podría revestir cierto interés una sucinta información sobre alguno de los aspectos reveladores de la tendencia señalada. Con el fin de no abusar en demasía de la amable atención que hasta aquí se me ha dispensado, me limitaré a describir el estado actual de la doctrina argentina respecto

de la naturaleza del proceso y, luego, a tratar de comprobar si la ya referida tendencia conciliadora sobre que se asienta es susceptible, resulta, asimismo, provechosa para valorar la teoría del proceso como institución, propiciada por el eminente maestro Guasp.

Quisiera aclarar que no obstante alguna opinión que tiene por esclarecida y superada la cuestión a que da lugar la naturaleza del proceso, los calificados estudios que continuamente se dedican a este punto demuestran que el tema no está agotado. Creerla superada. Que no lo está lo prueba la cantidad de trabajos que sobre el tema se siguen produciendo.

Me limitaré a estos casos, pero, va de suyo, muchas otras hipótesis podrían ser contempladas a la luz de la misma idea.

Tres son los principales procesalistas argentinos de la hora presente que se han ocupado de la naturaleza jurídica del proceso: Alsina, Podetti y Sartorio. Es en los trabajos de los dos mencionados en primer término donde vemos perfilarse con toda nitidez la conciliación de las teorías aparentemente irreductibles; Sartorio, en cambio, da una definición del proceso como «método» cuya consideración exigirá extensas dilucidaciones no directamente relacionadas con la finalidad que perseguimos. Por otra parte, el proceso como método de debate ya ha sido encarado, entre otros, por Goldschmidt y Couture.

Durante una etapa prolongada, dos han sido las concepciones fundamentales acerca de la naturaleza del proceso: la de la *relación jurídica procesal* (Bulow, Wach, Chiovenda) y de la *situación jurídica* (Goldschmidt).

Para la teoría de la relación el proceso es una unidad jurídica, una organización jurídica; existe una relación de carácter procesal entre todos los que en él intervienen, que les crea derechos y deberes; pero mueve a todos un fin común, que es la actuación de la ley; la relación es autónoma, compleja y pertenece al derecho público.

Goldschmidt, para edificar su doctrina sobre la *situación jurídica*, comienza por tratar de demoler la construcción anterior que le embarazaba el campo y lo hace: negando la existencia de tal relación procesal que, por lo demás, se considera inútil, y sosteniendo que no puede hablarse de derechos y deberes, sino de cargas procesales, porque los supuestos deberes no constituirían otra cosa que algo que se ejecuta o en el propio interés o como una manifestación de la carga que pesa sobre todo ciudadano de colaborar con la administración de justicia. Por otra parte, el deber del juez de decidir la controversia no sería de naturaleza procesal, sino constitucional. Los actos procesales tendrían la calidad de negocios jurídicos y no de una relación jurídica. Agrega Goldschmidt que no es suficiente para que quede constituida una relación jurídica la presencia de un complejo de actos encaminados hacia el mismo fin. Por todas esas razones y otras más que fuera extenso exponer, el procesalista germano, encarando ya la parte

constructiva, concluye que en realidad las partes en el proceso tienen *expectativas* esperanzas de obtener una ventaja procesal sin un acto propio, como la que tiene el demandado de que la demanda sea rechazada por un vicio de procedimiento; *posibilidades* (de obtener una ventaja mediante la ejecución de un acto, como la demanda) o de liberación de cargas procesales (reconocimiento del demandado), todo lo cual se traduce en *situaciones*.

Según la opinión de autorizados procesalistas, Goldschmidt habría tenido mayor suerte en la parte de su concepción destinada a la crítica de la teoría de la relación jurídica que en el aspecto positivo. Es decir, tampoco su doctrina conformaba plenamente.

Que ninguna de las dos teorías, por sí sola o aisladamente consideradas, satisficiera completamente la inquietud de los procesalistas, es un hecho notorio. Ya en el año 1941, en su magnífica «Exposición del Derecho procesal civil de España», escribió el Maestro Prieto Castro estas palabras: «Realmente el proceso no es una relación jurídica, en el sentido técnico de la palabra; todo lo más se compone de una serie de relaciones concretas y puramente de hecho.» Y párrafos más adelante, refiriéndose a la teoría de Goldschmidt, manifiesta: Radicalmente tampoco se puede aceptar esta tesis, pues el proceso es también, en todo caso, un conjunto de situaciones jurídicas.»

Ese estado de insatisfacción dió lugar al advenimiento de numerosas otras teorías, como la del estado de ligamen, de Kisch; la de la *entidad jurídica compleja*, de Foschini; la de la *modificación jurídica*, de Satta, y principalmente la del *proceso como institución*, debida al profesor Guasp, de quien escuchamos brillantísimas explicaciones en la Facultad de Derecho de Buenos Aires.

A la teoría de la institución habré de referirme más adelante.

De manera que la insuficiencia advertida en la explicación suministrada por las dos teorías tradicionales trató de ser superada por una doble vía: primero, mediante la creación de teorías totalmente distintas, como las que acabo de recordar, y luego —y a esto quería llegar—, con la tentativa de conciliación de esas dos teorías fundamentales, aparentemente ni conciliables o irreductibles, a punto tal que, anticipándose a tales intentos, el propio Goldschmidt los había juzgado imposibles.

Asina, en diversos trabajos y principalmente en el muy reciente titulado precisamente «La teoría de la situación jurídica no se opone; antes bien, integra el concepto de relación jurídica», llega a estas conclusiones:

- 1.° El análisis que hace Goldschmidt del desenvolvimiento de la situación procesal, con su conjunto de expectativas y consecuencias desfavorables recíprocamente entre actor y demandado, revela la existencia de una *vinculación* regulada por la norma procesal.
- 2.° No es vano un intento de conciliación entre las doctrinas de la relación jurídica y la de la situación jurídica.

3.* «En realidad, no puede hablarse de situaciones jurídicas si no se presupone una relación jurídica. Para que haya un acreedor, dice Kelsen, debe haber un deudor; no hay padre si no hay hijo. Lo mismo puede decirse del proceso: para que haya un demandado debe haber un demandante, y si la sentencia es consecuencia de la actividad de las partes y esa actividad está regulada por una norma de derecho que determina deberes y facultades, parece evidente que *no puede negarse la existencia de una relación jurídica*. Pero ello no se contrapone a la doctrina de la situación jurídica. Podría decirse que el concepto de relación jurídica considera el proceso en su aspecto *estático*, como el conjunto de facultades y deberes que vinculan a las partes con el propósito común de obtener una sentencia que decida la litis; el de la situación jurídica considera el proceso en su aspecto *dinámico*, referida a las distintas posiciones que, como consecuencia de su conducta, las partes ocupan recíprocamente en la relación procesal y que mejoran o empeoran en la esperanza de una sentencia favorable, según que cumplan o dejen de cumplir con las cargas procesales que constituyen alternativamente sus deberes y facultades.»

Hasta aquí reproducido en lo fundamental el pensamiento de Alsina; antes de valorarlo digamos dos palabras sobre el enfoque que a la naturaleza del proceso da otro procesalista argentino, Podetti, dado que—aunque por distintos caminos—en ambos casos coincide el resultado que interesa tener en cuenta a los fines que nos hemos propuesto en esta disertación, o sea, la tentativa de conciliación de las dos teorías fundamentales aparentemente discrepantes.

Asienta Podetti su construcción sobre una base constitucional: el artículo 29 de la C. N. argentina, que dispone que *es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos*. La reglamentación de esta garantía constitucional está en las leyes procesales; éstas, por tanto, deben asegurar la bilateralidad del proceso: la deducción y prueba, dentro de un orden establecido, de las pretensiones y defensas de los litigantes; y establecer los deberes, facultades y garantías necesarias, para que el juez pueda administrar justicia. Por eso, el ejercicio de la acción requiere un *molde preestablecido*, molde que es una estructura dada «*a priori*» por las leyes procesales y que constituye el proceso *en visión estática*, que podemos estudiar *en los códigos*. Esta estructura es un esquema complejo, que permanece inerte en las normas que la instituyen y coordinan. Los actos de quien actúan—litigantes y jueces, auxiliares y terceros—la animan y *transforman* en un fenómeno específico, con dimensión temporal. Estos actos impulsan el proceso *vivo* hacia su culminación en la sentencia y en su ejecución. Frente, pues, al proceso como estructura vacía se yergue el proceso que el autor denomina *viviente* y define como «fenómeno específico jurídicamente regulado, que nace con la petición de protección jurídica del actor ante el poder jurisdiccional (o

con la instancia del órgano del Estado habilitado para ello); se desarrolla gracias al ejercicio, por el órgano y los sujetos, de las diversas *facultades* que integran la acción, mediante las formas procesales, y tiene por fin la actuación del derecho objetivo, en procura de la satisfacción del interés individual de los sujetos y del general mantenimiento inalterado del orden jurídico estadual» (*Tratado de la competencia*, página 26).

Como Podetti, en otros trabajos, al referirse al proceso, ha hablado de *cargas*, *expectativas* y *posibilidades*, de *derechos* y de *obligaciones*, acepta elementos de la teoría de Goldschmidt y acude a Stammler en procura del basamento filosófico de la doctrina que propugna, se ha entendido que trata de combinar la relación y la situación jurídica.

Lo cierto es que frente a la categórica opinión de reputados autores (comenzando por Goldschmidt, por ejemplo), en el sentido de que sería imposible lograr un avenimiento entre la teoría de la relación jurídica y la de la situación jurídica, advertir ahora hay procesalistas que estiman que la conciliación es posible, en los casos a que nos acabamos de referir, sobre la base de la distinción entre proceso estático y proceso dinámico (o viviente).

Pero es que en realidad, y para quien participe de esa manera de pensar, en el fondo se trataría de algo más que una simple composición: se concilia lo que se halla *realmente* en discordancia, pero en caso de aceptar esas explicaciones habría que ir un poco más lejos en las conclusiones: lo que habría ocurrido es que las teorías de la relación jurídica y la de la situación jurídica *nunca* fueron discordantes; al contrario, desde su origen se habrían referido a aspectos distintos del proceso, y, al revés de la opinión comúnmente admitida, un error habría perdurado: el de creer que eran incompatibles.

Esta afirmación podrá parecer atrevida. Sin embargo, en la penetrante sagacidad de algunos maestros se vislumbra ya la posibilidad del acuerdo. Calamandrei, por ejemplo, ha escrito: «Creo que se puede permanecer fieles a la teoría tradicional de la relación procesal que se refiere a la constitución *externa* del proceso, sin desconocer la validez fundamental de la teoría de Goldschmidt, la cual es importante sobre todo para aclarar las relaciones internas entre el proceso y derecho sustancial, y para demostrar en qué modo el delicado mecanismo de la dialéctica procesal, que es el trámite necesario a través del cual la ley abstracta se concreta en el fallo judicial, opera de manera determinante sobre el contenido de la sentencia» (*Un maestro del liberalismo procesal*, «Rev. de Der. Proc.», Argentina, t. I, pág. 57).

Schonke, de probada fidelidad a la teoría de la relación jurídica, afirma: «No obstante, se puede designar como situación jurídica cada uno de los períodos de la relación jurídico-procesal.» No puede ser más claro. (*Derecho Procesal Civil*, pág. 17.)

En síntesis: las tentativas conciliatorias a que aludimos tienen base seria.

Pasemos ahora a considerar una teoría expuesta por uno de los eximios maestros de la doctrina procesal española: el profesor Guasp, no tanto en sus detalles, lo que nos sería imposible, sino en cuanto a su real significado y a las críticas que se le han formulado. Veremos por qué pueden ser consideradas infundadas.

La idea central de esta concepción surge de estas palabras del profesor Guasp, que podemos leer en sus *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, tomo I, página 22: «Entendemos por institución, no simplemente el resultado de una combinación de actos tendentes a un fin, sino un complejo de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común objetiva, a la que figuran adheridas, sea o no su finalidad específica, las diversas voluntades particulares de los objetos de quienes procede aquella actividad. La institución se compone, pues, de dos elementos fundamentales que son como la trama y la urdimbre de un tejido: la idea objetiva, que está situada fuera y por encima de la voluntad de los sujetos, y el conjunto de estas voluntades, que se adhieren a dicha idea para lograr su realización. Entendido de esta manera no es difícil aplicar el concepto de la institución al proceso: la idea objetiva común que en él se aparece es la actuación o la denegación de la pretensión; las voluntades adheridas a esta idea son las de los diversos sujetos que en el proceso figuran, entre los que la idea común crea una serie de vínculos de carácter jurídico también.»

Esta atrayente teoría fué adoptada por distinguidos procesalistas españoles de todos conocidos y prohijada por el uruguayo Couture. Mas, como no podía dejar de suceder, contra la novedad se levantaron las voces de algunos críticos que, a mi juicio, incurrieron, entre otros, en el error de pretender exigir a la teoría mencionada un requisito que no exigieron, en cambio, a otras. Le pidieron que resolviera, *a la vez*, todos los puntos de vista desde los cuales puede ser contemplado el proceso.

Por de pronto se da el caso, muy sugestivo, de que no todos los críticos concuerdan en sus objeciones, y el no menos curioso de que algunos de ellos no concuerdan entre sí. Pero lo que ya supera todas las previsiones sobre la materia es que también un mismo crítico se contradiga. Ejemplo de la contradicción entre dos o más: Alcalá Zamora y Castillo (Rev. de Derecho procesal argentino, cuarto trimestre de 1952, pág. 257, nota 227) sostiene que la definición que ofrece Guasp de «institución» «no es referible a las demás figuras que se suelen presentar como institucionales, por ejemplo, la familia». Solus, en cambio (que es procesalista francés y de la ciencia procesal francesa ha dicho y repetido Alcalá que es *rudimentaria*), cree que con aquel concepto, en definitiva, *todo sería institución*. Ejemplo de la contradicción en un mismo crítico: Alcalá, que luego de haber manifestado, según hemos recordado, que la definición de Guasp no permitiría encuadrar en ella a las demás instituciones tradicionales tenidas por tales, verbigracia, la fa-

milia; dos líneas después agrega que «mediante ese expediente *todo se convertiría en institución*».

Otro crítico, aunque éste sólo a medias, Morel, comienza por confesar que en lo que atañe a la entidad real de la institución «no es mucho lo que sabe» y luego de exigirle por su cuenta un carácter permanente que el proceso no tendría—¿A qué permanencia se quiere aludir? Permanencia no quiere decir eternidad, ni siquiera perpetuidad—, termina admitiendo que «Es cierto que el proceso ha sido, en cierta medida, una institución en tanto que ha permitido al juez decir el derecho».

De manera que mientras para unos es obvio que el proceso es una institución—muchas cosas resultan obvias una vez que se han descubierto, pero lo interesante es que no lo eran tanto antes, también podría decir ahora que es obvio, que es una relación jurídica—, para otros no podría ser institución. Pero la crítica no ha querido destacar el extraordinario mérito de esta concepción, que consiste en explicar mejor que ninguna otra la confluencia en el proceso civil de los intereses privados y de los públicos, que ésta es, precisamente, la característica dominante de las instituciones. Satta mismo ha dicho que «La base sulla quale tutto il processo si fonda, il rapporto giuridico sostanziale le accomuna (a las normas) nell'unità del fine, che é quello della realizzazione della tutela giuridica». (Introduzione allo studio del diritto processuale civile, página 39).

¿Y por qué la teoría de la institución suministra esa explicación feliz? Sencillamente, porque ha enfocado el proceso contemplándolo en la órbita que describe en el ordenamiento estadual; ha considerado la *función* del proceso como medio excogitado por el Estado para asegurar la «paz con Justicia» a que alude el lema carneluttiano. Para lograr esa paz y esa justicia el Estado necesita poder llegar a la norma jurídica particular o concreta; lo hacen por medio de sus órganos los jueces y es su instrumento la sentencia; la sentencia requiere una coordinación de las actividades de los órganos y de las partes, y mientras estas últimas buscan el reconocimiento de sus derechos o las satisfacciones de sus intereses, el Estado, a la par que cumple con una de sus actividades fundamentales, fuera y por encima de la voluntad de los sujetos establece el molde a que debe ajustarse la organización de la discusión; y *esto, señores, no es otra cosa que una institución*, y precisamente la institución «proceso».

Ahora bien, alguien quiere confundir el proceso con el matrimonio sólo porque ambas sean instituciones, que cargue con la inevitable ironía; pero ese alguien, para ser lógico, deberá confundir también una compraventa con un mandato sólo porque los dos sean contratos.

¿Por qué alarmarse ahora y no haberlo hecho antes cuando, por ejemplo, entre otros, Betti en su *Diritto Processuale Civile Italiano*, página 1, estampó esta definición: «El proceso civil, *considerado en la órbita de un ordenamiento jurídico*, es una INSTITUCIÓN

destinada a la actuación de la ley por obra de los órganos jurisdiccionales en orden a un concreto interés que por él se pretende protegido? ¿Y por qué tampoco cuando Ugo Rocco (Derecho procesal civil, trad. castellana, pág. 60) manifestó que el proceso civil «es el conjunto de las actividades del Estado y de los particulares con las que se realizan los derechos de éstos y de las entidades públicas, que han quedado insatisfechos por la falta de actuación de la norma de que derivan»? ¿Sólo porque antes se expresó sin conciencia plena del significado de la expresión empleada o sin concretar cómo correspondía el sentido o sin extraer las consecuencias pertinentes? Por lo demás y en otro orden de ideas, el Profesor Guasp siempre ha reconocido la existencia de precursores de su tesis, en particular Vizioz y Renard.

Muchos procesalistas no han tenido reparos en explicar el proceso como relación jurídica y emplear, simultáneamente, la voz «institución» para referirse a él. Así, en el *Derecho procesal civil español*, del ilustre Manuel de la Plaza, se lee: «que la idea de relación con fuerza vinculatoria ha presidido los fundamentales trabajos en pos de una doctrina científica del proceso civil como INSTITUCIÓN y del derecho llamado a regularlo, como disciplina jurídica». Y agrega que el proceso «en cuanto INSTITUCIÓN», constituye una relación *sui generis* fuertemente matizada por el interés público (tit. I, pág. 11).

Pero si me he extendido en la consideración de esta teoría no es seguramente para intentar su defensa, que ni la necesita ni se ha pedido. Lo he hecho porque creo encontrar en ella una prueba más de que cuando no se tiene en cuenta la verdadera ubicación de una teoría el primer error en que se incurre es criticarla apuntando a un blanco distinto del propuesto y se comienza entonces a hablar de discrepancias y de contradicciones, que desaparecen apenas se la sitúa en el terreno que le es propio.

Resumiendo, podría quizá llegarse a una doble conciliación: en primer término, no habría contradicción entre la teoría de la relación jurídica procesal y la de la situación jurídica, si se atiende a las explicaciones de Alsina, Podetti, Calamandrei, Schönke y otros ya recordados; en segundo lugar, no habría contradicción entre esas dos teorías y la de la institución si se piensa que mientras aquéllas ven en el proceso lo que ocurre desde *dentro*, poniendo en primer plano la relación *ya nacida*, en la que se producen situaciones jurídicas, ésta no enfoca desde *afuera* en su significado en relación al ordenamiento estadual; pero ni las primeras impiden ver desde dentro lo que ocurre afuera ni la última obstaculiza la visión de lo que ocurre en el interior. En otros términos: la función da la idea de la estructura y viceversa.

La tentativa conciliatoria hasta aquí esbozada podría extenderse a las otras hojas del tríptico famoso. No lo haré, sin embargo, porque demasiado he abusado de vuestra paciencia. Me limitaré a recordar que, por ejemplo, en cuanto atañe a la *acción*, Redenti, con su puzante estilo ha dicho con todas las letras que el «embrollo»

nace de diferencias terminológicas y hasta se divierte con un juego de palabras en el que repite tres veces el término «acción», pero con distintas acepciones, haciendo derivar de él, deliberadamente, un verdadero galimatías (*Diritto processuale civile*, I, página 31).

Por mi parte, hace casi diez años, preocupado por el esclarecimiento de la *naturaleza jurídica de la sentencia sujeta a recurso*, creí advertir que las dos teorías fundamentales en que la doctrina se agrupa, a saber, la que considera que aquélla no es en realidad la sentencia, sino sólo algo que podrá llegar a serlo, un simple elemento de la que se pronuncie por la última instancia y contra la cual ya no quepa la posibilidad de recurso alguno, y la otra, que estima que la sentencia sujeta a recurso tiene ya desde su origen alguno o todos los atributos de la verdadera y propia sentencia, pero que puede llegar a perderlos por efecto del o de los recursos deducidos; creí hallar, decía, que esas dos teorías aparentemente opuestas no son irreductibles, y que lo único que ocurre es que se ha enfocado un solo problema desde dos puntos de vista distintos a la vez. La primera teoría resuelve el problema de cual es la sentencia que ha de conceptuarse manifestación suprema y auténtica de la función judicial *como poder del Estado*; la segunda se refiere a otro aspecto: a la naturaleza de la sentencia impugnada *en el ámbito del proceso*.

Creo que con muchos ejemplos podríamos abonar la tesis propugnada.

A manera de epílogo, permítaseme que formule una salvedad: No quisiera dejar la impresión de que el «movimiento» a que he aludido le inspira el propósito de conciliar lo inconciliable, a toda costa. Tampoco se pretende adoptar como sistema la actitud de dejar a los demás la fatigosa tarea de la creación para asumir *a posteriori* la cómoda posición componedora. Sin duda, no puede ser esa la inteligencia en que se ha de tomar la tentativa pacificadora. Sin pretensiones admonitorias que fuera visible concebir y, a lo sumo, como una simple expresión de deseos, entiendo que podría omitirse la búsqueda de las novísimas teorías antes de tener la certeza absoluta de que las que componen el caudal ya constituido son, en verdad, insuficientes. Esto que es elemental no siempre se observa. En este sentido puede que la originalidad a veces consista en tratar de no ser siempre originales.

Es seguro que aquí nadie necesita de estas reflexiones. Si las he vertido es porque entre todos los temas posibles me pareció que era de preferir el que permitiera exhibir el panorama actual de los estudios procesales argentinos y, sobre todo, la tendencia que los inspira, que es lo primordial. Si esta corriente, que aspira a circular por los meandros de las teorías, tiene la fuerza suficiente para llegar a destino, es respuesta que dará el tiempo. Entretanto, he querido traer a la España que tanto amo y a sus insignes procesalistas que mucho admiro, un poco de agua de aquellas fuentes, que —como se habrá advertido— si alguna pretensión tiene es la de manar límpida, con la pureza de las buenas intenciones.