

# NOTAS PARA EL ESTUDIO DE LA EVOLUCION DEL DERECHO PROCESAL

POR

VALENTIN SILVA MELERO

CATEDRATICO DE DERECHO PROCESAL

I

## Consideraciones generales

Carnelutti, el genial maestro italiano, ha expresado cómo la ciencia sirve al arte en el Derecho. El saber, ha dicho, sirve al hacer pero es evidente que antes de *saber* las cosas se *supieron hacer*. «El arte precedió a la ciencia. Las leyes están hechas de palabras, pero estas palabras producen efectos maravillosos, de un sí o un no depende el destino de los hombres, por un sí o un no se adquiere la riqueza como se pierde la libertad o la vida. La ciencia es el reino de lo abstracto, y el arte es el reino de lo concreto por eso antes de los conceptos y la formulación de teorías, antes de poner en orden las nociones científicas éstas nacieron confusamente en el ejercicio del arte» (1).

Si la ciencia es el reino de lo abstracto y el arte el de lo concreto parece evidente que el Derecho se realizó concretamente entre los hombres antes de que se formularan abstractamente los

---

(1) Carnelutti en Riv. di. Dir. proc. 1934-I-págs. 3 y ss. y III págs. 233 y ss.

conceptos generales, ésto puede explicar por qué durante mucho tiempo el Proceso se conceptuó función de los prácticos verdaderos artistas en sentido impropio que fueron «decorando» la realización concreta de la norma jurídica con una serie de ritos y solemnidades, actos formales, términos y cláusulas como si invistieran protocolariamente a la Justicia de un traje ceremonial. ¡Era un arte y cuando más un producto intermedio entre las exigencias científicas y las prácticas!

El tiempo y la labor callada de los estudiosos vindicaron su sustantividad e independencia hasta el punto de que ya no puede decirse del Derecho procesal que sea una disciplina que viva del crédito de las ciencias afines, según la frase que hizo fortuna y hoy será difícil poner en duda su carácter científico. De cómo se produjo esta evolución, de cómo se llegó a transformar el rito meramente decorativo de antaño en el módulo de la ciencia jurídica es lo que vamos a tratar de desenvolver a lo largo de nuestra exposición.....

.....

Existe una realización normal del Derecho y una situación anormal del mismo que se produce cuando el estado de hecho no concuerda en el orden jurídico. Estas palabras de Windscheid dan la clave para evizorar en toda su anchura el horizonte donde el proceso va a moverse. Por medio de él va a vivir el Derecho en toda su plenitud, el estatismo de la norma material estereotipada en los Códigos o latiendo consuetudinariamente, se transformará en vida dinámica y por medio del Proceso, volverán a marchar paralelos el estado de hecho y la norma jurídica. El Derecho es la paz, el paralelismo y equilibrio entre norma y vida; cuando se rompe y quebranta, el Proceso es la vía que canaliza la aplicación del remedio que restablecerá la salud circunstancialmente perdida, una especie de terapéutica para que el Derecho se realice y cumpla cuando roto el ritmo normal se olvida y conculca.

La humanidad ha luchado por perfeccionar los medios de alcanzar la instauración de los principios de Justicia y esta lucha

muchas veces dramática constituye un tema tan importante que con razón Reichel afirmaba que era un trozo de la historia de la cultura.

El término proceso se deriva etimológicamente de *procedo* denominación que equivale a avanzar y quizás por eso se le considere como una serie o cadena de actos tendentes a un resultado cuya finalidad es justa composición de un conflicto considerándose institución de carácter público (1).

Proceso, pues, no significa un avance repentino. Es un avance gradual consistente en una pluralidad de actos que implican un procedimiento (2) y que han de aparecer regulados jurídicamente (3).

El objeto del procedimiento puede ser diverso. A veces se refiere a cuestiones penales o administrativas, en otros casos se trata de una controversia jurídica de carácter civil y ello condiciona las diferentes ramas del Derecho procesal, denominación que se ha impuesto victoriosamente sustituyendo a la de Procedimientos judiciales, Práctica judicial, Derecho judicial, Enjuiciamiento y tantas otras que fueron utilizadas por la doctrina y la legislación en el curso de la Historia.

La esencia del proceso civil, por ejemplo, he sido entendida de manera distinta: para algunos se trata de un derecho técnico en

---

(1) Traviesas en Revista de Derecho Privado número 32.

(2) Carnelutti en su «Sistema» se ocupa de distinguir entre proceso y procedimiento, según este autor el primero es la suma de los actos que se efectúan para la composición de la litis y el segundo el orden o la sucesión de su conclusión. Procedimiento, es pues, la concatenación de los actos procesales, el proceso es el continente y el procedimiento es el contenido. El proceso puede agotarse en un procedimiento, pero puede ocurrir que la conclusión del mismo dé lugar a varios procedimientos. Procedimiento, es pues, la unidad elemental atómica del proceso. El punto de vista de Carnelutti constituye una teoría cíclica del proceso que abarca tres fases, proposición, instrucción y resolución, teoría solo aplicable a la fase cognitoria y no a la de ejecución, Vid «Il procedimento de cognizione nel «Sistema» de Carnelutti Riv. cit. Allorio vol. XVII páginas 196 y ss.

(3) Schönke «Zivilprozessrecht», Berlín 1938 pág. 1.

su más depurada expresión. (1) Para otros, en cambio, no es más que la experiencia de los prácticos (2) y así lo entendieron nuestros antiguos procesalistas que empleaban la denominación de Práctica y bajo esta denominación estudiaban los juicios, la organización del Tribunal, la actuación ritual de la Ley, la organización de la Curia y atendían en sus obras más que al sistema general y al fundamento científico a la rutina formularia y a la sutileza en el manejo de los textos. Esto quizás justifique la lamentación exteriorizada en los primeros años del siglo pasado por don Lucas Gómez y Negro, Fiscal de Granada, al referirse a nuestra ignorancia y atraso en aquella época en estudios que calificaba de muy importantes (3). La misma concepción de la Práctica considerada como arte de litigar subsiste bien entrado el siglo XIX y un ejemplo típico de esta dirección es la obra de D. José Febrero, denominada «Librería de Jueces, Abogados y Escribanos», que aunque publicada en la centura anterior fué reeditada y reformada por Tapia, Alvarado, Aguirre, García Goyena Montalbán y otros. Si los estudios procesales llevan entonces diferentes títulos, ninguno de sus autores emplea en cambio, la palabra Derecho ni aún Vicente y Caravantes, cuando en 1856 publica su Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales, sin duda porque nuestros procesalistas seguían entonces la tendencia generalmente admitida entre los italianos y franceses en cuyos Tratados tampoco se empleaba la palabra Derecho, ni siquiera aquéllos que trataban de perseguir finalidades con aspiración científica como la titulada Philosophie de la Procedure Civile de Bordeaux (4).

---

(1) Stein en el Prólogo de su «Grundriss des Zivilprozessrecht»... (1921).

(2) «Sonne Zur Reform de- Zivilprozessrecht en Festgabe, fur Solden» (1933) página 73.

(3) D. Lucas Gómez y Negro en Elementos de Práctica Forense a la que precede un discurso preliminar sobre el Arte o ciencia de litigar.—2.<sup>a</sup> Ed. Valladolid 1827.—Págs. 2 y ss.

(4) Serrano Suárez. Discurso inaugural en la solemne apertura del curso académico 1942-1943. (Oviedo, 1942) y Estudio sobre el concepto del Derecho Procesal (inédito) págs. 2 y ss.

En el siglo XIX se produce un movimiento renovador en el campo de las ideas jurídicas y los nombres de Práctica y Procedimientos, así como el contenido meramente forense de lo que había de constituir el Derecho procesal sufren una crisis profunda.

De un lado la influencia de la codificación que obliga a sistematizar los juicios y hace sentir la necesidad de Tratados y Comentarios inspirados en estos conceptos y de otra parte la elaboración científica que determinó el abandono de las exposiciones formalistas y el comienzo de construcciones sistematizadas.

Sin embargo, la doctrina no había adoptado todavía una postura crítica y se limitaba a interpretar los Códigos. De esta manera se explica no sólo el formalismo sino el hábito de usarlo, se fomentaba la sótica pericia en el manejo de los incidentes y nulidades exclusivamente adjetivas creciendo como consecuencia entre los prácticos la resistencia a reformas que simplificaran los juicios (1).

Es cierto que las formalidades procesales son útiles y después del desafortunado ensayo de la Revolución francesa radicalmente parece que no podrán ser suprimidas, ni aún aceptando en todo su valor la declaración que hace a este respecto el recientísimo Código Procesal italiano.

Las formas establecidas en interés de las partes son también necesarias al juez cuya imparcialidad garantizan; Ihering ha escrito páginas notabilísimas sobre su importancia aunque quizás hoy no sea posible mantener en todo su vigor los conceptos de tan preclaro jurista, ya que hay que tener en cuenta la preocupación de una época por los conceptos de arbitrariedad y libertad hoy superados por las nuevas corrientes del Derecho Público. El formalismo exagerado ha producido graves daños y particularmente en la ciencia procesal ha constituido el principal obstáculo de la técnica legislativa para producir leyes orgánicas de procedimiento de las que carecemos en el sentido propio de Código aún en nuestra Patria, sin contar el daño inferido a la Administración de Justicia, larga, costosa, incierta, posibilitando inmoralidades y perpetuando el descrédito de aquella función augusta y que debe ser el

---

(1) Serrano Suárez. loc. cit.

mayor orgullo de un pueblo, según la frase feliz de Schiffert, cuando destaca la leyenda de Sans Souci como timbre de legítima gloria de la justicia alemana (1).

En esta primera etapa de la evolución del Derecho Procesal se aprecia cómo la doctrina ve en esta rama jurídica exclusivamente la faceta artística, la práctica y el rito y se caracteriza como una subordinación total del Proceso al Derecho considerando a éste como lo principal y a aquél como lo accesorio (2).

La renovación científica del Derecho procesal prescindiendo naturalmente de las influencias que haya podido acusar la renovación general del Derecho a partir de la Escuela histórica especialmente se debe a la elaboración doctrinal alemana que se inicia en el año de 1856 con la publicación por Windscheid de una famosa monografía a la que ulteriormente hemos de referirnos y que motivó una asombrosa reacción doctrinal. Desde aquellos días hasta el momento actual se han producido conceptos cuyas características precisaremos al referirnos a la evolución de la teoría de la acción con la consecuencia de haber proclamado el carácter científico de esta rama jurídica colocando el Derecho y el Proceso en un plano de igualdad y producirse luego el fenómeno de la inversión estimativa de ambos destacando la primacía del Derecho Procesal sobre el material o sustantivo con la pretensión de hacer de la ciencia procesal el eje de la teoría general del Derecho sustituyendo dentro de la misma a la función que se atribuyó al Derecho Civil en un tiempo (3).

---

(1) Cfr. Rossi «Dig it vol. XIX, 2.<sup>a</sup> parte voz Procedimento civile» páginas 142 y ss. Y Schiffert. «Die Deutsche Justiz», página 3 y ss.

Las garantías procesales no solamente se dan en interés de las partes sino que aparecen comprendidas en la esencia misma del derecho. Binder *System der Rechtsphilosophie* (1937) págs. 336 y ss.

(2) Cfr Binder «Prozess und Recht» (1927) págs 1-14.

(3) Binder ob. cit págs 103-112.

Para un resumen de direcciones en la sistemática procesal vid Manuel de la Plaza «Derecho Procesal Civil español» págs. 15 ss. donde se recogen principalmente las conclusiones de la doctrina italiana. Sobre las dificultades de elaborar una sistemática cfr. Sauer «Grundlagen des Prozessrecht» (1929) págs. 32 y ss.

El progreso de la ciencia procesal; la proclamación de su carácter público, la vindicación de su sustantividad e independencia; la manumisión plena de su pasado ritual, ha llevado a los autores no ya a la diferenciación entre Derecho Procesal y Derecho Sustantivo, sino a tratar de unificar los principios generales del proceso independientemente de sus diversas ramas, especialmente en la esfera penal, civil y administrativa. En verdad; todo proceso antes de especificarse en algunas de las categorías enunciadas resulta de un conjunto de actos tendente al desenvolvimiento de la actividad de sujetos determinados a los fines de obtener un pronunciamiento jurisdiccional. Las características propias que distinguen cada tipo del proceso en particular son consecuencias de la naturaleza de relaciones que no forman parte de su objetivo privativo y si bien es cierto que no puede perderse de vista esta diferencia es también exacto que sus características singulares, las típicamente procesales, son comunes a todas las distintas formas de procesos (1).

A pesar de que todo el proceso de cualquier clase que sea, se

---

(1) Sobre los fundamentos del Derecho Procesal prescindiendo de los citados en mis «Notas sobre el concepto del Derecho Procesal» Revista de Legislación y Jurisprudencia 1934 págs. 330 y 12. cfr. Bley «Klagrecht und rechtliches Interesse» (1923) Hegler «Zur Aufbau der Systematik des Zivilprozessrechts» en Festgabe für Heck (1931) págs. 216 y ss. Neuner «Privatrecht und Prozessrecht» (1925) Sonnen «Zur Reform. en Festgabe für Sölden (1933) pág. 69 y ss, Volkmar »Die Neugestaltung des Zivilprozesses in Geiste nationalsozialistische Rechtsauffassung» (1935-2.ª ed). Cfr. Sabatini Principi di Diritto Processuale penale italiano (1931) págs. 85 y se. Tratar el proceso con los criterios de la Teoría General del Derecho representa una tendencia de la doctrina procesal germánica, según se desprende de los «Grundlagen» de Sauer citados. La ciencia procesal italiana bajo la dirección de Carnelutti va orientándose decididamente en esta dirección. Cfr. Calamandrei. El concepto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti. (Riv. di Dir. Proc. Civile 1928, págs. 3 y siguientes y Pekelis en «Il diritto como volonta Costante» y en Azioni (nuovo Digesto it—1937) Cfr. Mauro Miguel Romero—. El Cod. procesal único en Revista de los Tribunales Madrid páginas 393 y ss. del año 1927.



desenvuelve como ejercicio de la función jurisdiccional para satisfacer las exigencias de actuar la voluntad del Derecho en relación con un determinado hecho controvertido o dudoso, no es menos cierto que pese a la unificación de la teoría general del proceso no nos atrevemos de un modo absoluto a mantener la tesis de una unificación total de las distintas ramas procesales (1).

Es verdad que la teoría de la acción penal, por ejemplo, puede desenvolverse en el misma forma que la acción civil, que la teoría de la jurisdicción, relación jurídica procesal, sujetos procesales, actos y negocios de este carácter han sido trasplantados del campo del Derecho Procesal Civil al del Penal con propósitos unificadores, y al contrario, la inmediatividad, oralidad, concentración procesal impulso oficial del Juez y tantos otros principios del De-

---

(1) Esta tendencia aparece hoy reforzada por el propio Carnelutti en su nuevo Sistema del Dir. Proc. Civile, vol. II (1938) donde construye la teoría unitaria del acto procesal para los varios tipos de proceso. Por lo demás sostener la unidad sustancial del Derecho Procesal puede retrotraerse en Italia a la renovación científica allí introducida por Chiovenda. Cfr. Angelotti. «La pretesa giurídica (1932) págs. 3 y ss. Massari en Il Processo Penale nella Nuova Legislazione italiana» (Napoli) Libro 1.º que establece los principios fundamentales del Derecho Procesal Penal bajo la influencia de los conceptos del Derecho Procesal Civil (vid. especialmente el cap. II sobre el concepto de la acción penal. Páginas 7 y ss.) Manzini por el contrario afirma que el Derecho Procesal tiene naturaleza accesoria porque presupone la existencia de normas de derecho sustantivo para aplicarlas, agregando, que puede concebirse que se aplique sin la garantía de *formalidades* procesales un derecho Penal sustantivo mientras que es imposible concebir un Derecho Procesal que tenga el fin en sí mismo y que encuentre aplicación en ausencia del Derecho sustantivo (Manzini, Trattato 1931, vol. I, páginas 68 y 69.) Se nos ocurre objetar que la aplicación del Derecho con más o menos formalidades o sin ellas sería siempre proceso y si ese Derecho Penal no iba a tener posibilidad de realización y si esa Ley Penal sustantiva no podía aplicarse sería cualquier cosa menos Derecho Penal precisamente. El error radica, a nuestro juicio, en la anticuada concepción de ver en el proceso sólo el aspecto de formalismo, por lo demás existen muchas ciencias que se complementan sin que por ello se nos pueda ocurrir afirmar de que carecen de fin propio y sustantivo sobre todo tratándose del Derecho penal que solo puede tener vida dinámica a través del proceso. Ello puede explicar por qué desde Carrara a Carnelutti se considera al «juicio» o al «proceso» como formando parte del contenido del Derecho Penal.



recho Procesal Penal han pasado al Civil al destacarse su carácter público, proclamarse el deber de veracidad y debilitarse el llamado principio dispositivo, pero pese a reconocer esta realidad, entendemos que es difícil no se destaquen diferencias sustanciales entre ambas ramas del Proceso. Sin perdernos en torno a las múltiples discrepancias surgidas en relación a tan debatido problema, creemos que las modernas corrientes del Derecho punitivo exigen que en este Proceso quede perfectamente perfilada la figura del presunto delincuente y no solo la de sus actos, en cambio al proceso civil le interesa fundamentalmente la actuación humana, y solo excepcionalmente el aspecto somático o psíquico del individuo podrá ser puesto a debate (supuestos de incapacidad o vicios de voluntad en los actos o negocios jurídicos) y aún en estos casos dejan de interesar múltiples facetas de una personalidad que para el Proceso penal parece lo primordial. Por ello aún reconociendo que el propósito unificador es loable, comparando los principios que informan la ciencia jurídica penal y la civil existen diferencias acusadas como las que acabamos de destacar (1).

---

(1) Vid Carnelutti «Sistema» por lo que respecta a la noción unitaria del acto procesal en relación a los diferentes tipos de proceso. La preocupación unitaria de este insigne jurista había sido puesta ya de relieve en su «Teoría General del Delito» y reforzada en la «Teoría General del Derecho» ambas obras vertidas al castellano por la Editorial Revista de Derecho Privado (1941).

Cfr Diana «Unità del processo e della dottrina processuale» (1914).

Calamandrei «Linne fondamentali del processo inquisitorio» en «Studii en onore di Chioevenda» (1927) págs. 131 y ss. Sabatini «La teoría generale del processo e in processo penale e civile en «Scuola penale unitaria» 1930 páginas 81 y siguientes.

Para llegar a la unidad de las dos ramas procesales se ha seguido otro camino creando el concepto de litigio (lite) como un conflicto de intereses regulado por el Derecho, siendo el objeto del proceso obtener la justa composición del litigio, vid Calamandrei «Il concetto di lite... cit, pero es que en el proceso penal puede ser coincidentes el interés del inculpaado y el del Estado. Además no siempre hay controversia como con razón opina Schönke en Zivilprozorecht». (Berlín, 1938) pág 1.

Existe por lo demás otra orientación que trata no de unificar las distintas ramas procesales sino codificar el Derecho sustantivo respectivo con cada una de

Al llegar nuestros días nos encontramos con la afirmación de que el Proceso es lo primordial y el Derecho lo accesorio. El fenómeno se debe probablemente al choque entre la concepción liberal y la totalitaria que a tanto equivale el haberse enfrentado la tesis de Wach que presupone un juez pasivo, para salvaguardar los derechos subjetivos y donde el Estado es ajeno al interés individual y la concepción atribuida a Klein que ve en el proceso civil tanto la protección de los intereses de la comunidad como los bienes jurídicos particulares. El Proceso, dice Schönke, es un mal social que causa daños, por ello debe de ser rápido y económico lo cual solo puede lograrse cuando el Estado tiene la posibilidad de impulsar e influir en el Proceso que no es un deporte si no garantía de la paz entre los individuos y si ciertamente, agrega, todos tenemos derecho a la protección jurídica, ello no significa ningún derecho subjetivo contra el Estado sino que en aquel caso éste ejercita aquella facultad que le es propia con carácter general. Revolucionariamente podría decirse, asegura el citado autor, que la demanda no precisa una pretensión procesal que sea idéntica a una pretensión de derecho sustantivo o material (1).

---

las mismas, pero considerando el Proceso como más importante que el Derecho cfr. acerca del particular, Frank «Nationalsozialistische Strafrechspolitik» (1939) páginas 38 y 39.

Para las modernas orientaciones sobre el interés de la «personalidad delincuente» en el Derecho penal vid. Mezger «Kriminalpolitik» 1942 resumida por mí en Revista de Legislación y Jurisprudencia. Septiembre 1942, págs. 330 y ss.

---

(1) Schönke, ob. cit. págs. 3 y ss. Cfr. Binder «System» cit. pág. 354, donde dice: «No es la existencia del Derecho material en sentido objetivo si no las afirmaciones jurídicas y la prueba de mi Derecho, la presunción de la sentencia favorable». «Desde el punto de vista procesal, mi derecho material, mi pretensión, mi derecho de obligación contra el deudor es la posibilidad de accionar contra él y exigir una sentencia...»

Sobre la tesis de Wach cfr. «Handbuch» (1889) págs. 12 y ss. Sobre la crisis del concepto de Derechos públicos subjetivos vid. Maunz «Das Ende des subjektiven öffentlichen Rechts» en Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (1936) vol. 96 págs. 71 y ss. Sobre la influencia de la obra de Klein vid. Sotter Das Werk Franz Kleins und sein Einfluss und die neuen Prozessgesetze en Busch vol. 60 págs. 272 y ss.

La prioridad del Proceso con respecto al Derecho tema de nuestro tiempo parece tener además una fundamentación en las nuevas corrientes de la filosofía contemporánea. Se consideraba antes que una tesis científicamente jurídica o una decisión judicial solo podría ser admitida como verdadera y exacta cuando apareciera fundada lógicamente, en cambio hoy trata de distinguirse lo justo de lo injusto a través del sentimiento instintivo o intuitivo.

En lugar de considerar la esencia de las cosas se aprecian éstas con un sentido de totalidad, cuyo método es la contemplación intuitiva. Este punto de vista se apoya en la llamada Filosofía de la vida, cuyos principales representantes con influencia destacada en tal dirección doctrinal sea entre otros Bergson, Nietzsche, Dilthey, Summel, Husserl y Klagen, cuyos conceptos referidos al derecho procesal hacen, naturalmente, destacar el ámbito de aplicación del derecho en su realización práctica sin necesidad de un análisis racional lógico y jurídico del problema que se trata de resolver, y consiguientemente, hacen también destacar la mayor importancia del Derecho Procesal sobre el sustantivo o material (1).

Las consecuencias de tal dirección doctrinal son conducir a un sentido de totalidad de tipo irracional sustituyendo al método analítico, y si ciertamente a veces ocurre aquello que Unger destacaba al afirmar que cuando se le sometía un caso jurídico instintivamente se forjaba un prejuicio, y que al intentar resolverlo lógicamente y jurídicamente rara vez se monificaba aquella impresión inicial, no es menos cierto que la solución instintiva e intuitiva de las cuestiones jurídicas puede aparejar consecuencias tan graves para el orden jurídico como lo que resulta de la ordenación soviética desde lo que la ley prescribe no es en última instancia lo decisivo que aparecerá subordinado a las exigencias de los principios revolucionarios (2).

La totalidad no es inútil en ciencia, pero sin olvidar que una

---

(1) Erich Schwinge «Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der Deutschen Rechtswissenschaft» (1938), págs. 3 y ss.

(2) Schwinge, ob. cit. pág. 27.

consideración total y un exacto análisis deben laborar conjuntamente ya que como afirma Schwinge ninguna consideración de totalidad puede liberarnos de analizar y mucho menos en los problemas jurídicos ya que en el Derecho al decir de Bismark no existen pequeñeces (1).

La etapa terminal de la evolución del Derecho Procesal que venimos estudiando se caracteriza por un quebranto grave de las instituciones procesales. El Derecho Procesal, para emplear la expresión del Profesor De Boor se ha relajado y se encuentra en una verdadera escrucijada. De la indiferencia del juez y de su falta de poderes de impulso y dirección se trata de implantar la «inquisitio» aun en vía civil. De la exigencia de solemnidades rigurosas de cumplimiento ineludible se pretende dotar al Proceso de tal flexibilidad que prácticamente todo se desenvuelva a la manera de la jurisdicción voluntaria, y en fin, de la lentitud desesperante se quiere pasar a una rapidez tal que puede perturbar gravemente a la Justicia (2).

Es admisible una distensión o relajación del Derecho Procesal en el sentido de multiplicar las posibilidades de adaptación al caso concreto, pero con una firme normación legal. Destruir ésta para transformar el Proceso civil en inquisitorio, en un proceso arbitral, o en un acto de jurisdicción voluntario es verdad como afirma el aludido De Boor que sería inferir al Derecho el daño más grave que pudiera ser imaginado (3).

---

(1) Schwinge, *ob. cit.* pág. 69.

(2) Cfr. Baumbach en «Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (1942), págs. 49 y ss. Vid Deutsches Recht (1942), págs. 311 y ss.

(3) De Boor «Die Auflockerung des Zivilprozus (1939), págs. 81 y 82.

## II

## La evolución del Derecho Procesal a través de la teoría de la acción

Sobre la célebre definición romana *Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*, la doctrina sentó proporciones aparentemente diversas, mas todas llegaban a elaborar un concepto de acción que se ha estimado mixto e impuro (1). Algunos la consideraban como la potestad inmanente del derecho de actuar contra la violación, o, como el Derecho mismo en su tendencia a la actuación, otros, como un Derecho nuevo e independiente, que envolvía la consecuencia de hacer cesar la perturbación.

Es preciso tener presente este estado de la doctrina, para comprender el famoso escrito publicado por Windscheid en 1946, sobre la acción del Derecho moderno (2) y es preciso también señalar que en Alemania se conocía una terminología doble: La *actio* romana sobre cuyo sentido se discutía desde hacía mucho tiempo, particularmente desde la época del descubrimiento de la Instituta de Gayo, que había desvanecido muchas dudas sobre la ordenación del proceso romano clásico, y el concepto de *Klage* como derecho de querrela, término traído del proceso medieval germánico. Comúnmente los dos términos se amalgamaban sobre un sólo concepto del que era nota destacada la persecución judicial del Derecho, si bien se aprecia la sutil diferencia de ambos conceptos

---

(1) Cfr. Affolter, en «Busch» vol. XXXI, pág. 433, donde niega el carácter publico a la *actio* romana. Vid. Pernice, en «Zeitschrift der Savigny Stiftung» (1898), páginas 140 y siguientes. Schlossmann, «Litiscontestatio» (1905); Lenel, en «Zeitschrift», cit. vol. XV, pág. 374; Sohm, «Die Litis contestatio» (1914), «Wenger Institutionem» (1925), páginas 10 y siguientes.

(2) Binder, *Process* cit., páginas 14 y siguientes.

Para un resumen de la Historia de la acción vid Brugi en *Nuovo Digesto* vol. II, págs. 108 y ss.

en cuanto la actio se refiere propiamente a una actividad dirigida contra el obligado, y la Klage o querrela no se entiende más que dirigida contra el Estado (1).

El escrito de Windscheid (2) parte de esta doble base romana y germánica para la negación de la acción en su sentido tradicional. La actio romana, escribe, no es otra cosa que el derecho mismo metafóricamente denominado, no el nuevo derecho que surge con la violación, ni es el derecho de querrela, *el Klagerecht*, pues éste es un concepto creado por los juristas sin realidad en el Derecho romano ni en el moderno (3). Analizando los derechos absolutos, Windscheid afirma que el derecho que surge de la lesión del Derecho de propiedad, por ejemplo, no es un derecho de actuar sino un derecho a la restitución de la cosa contra el poseedor, configurándose esta obligación en derecho a la actuación sólo en cuanto no sea satisfecha. Para expresar esta dirección personal, esta tendencia a someterse a la voluntad de otro, Windscheid sustituye el término de acción por el de Anspruch, que es equivalente a pretensión o derecho en sentido material (4).

La teoría de Windscheid inició una serie de cuestiones infinitas para la determinación precisa del concepto de Anspruch, lo que determinó cierto confusionismo incluso en la esfera legislativa, pues mientras para el Código Civil del Imperio Alemán, Anspruch en el derecho de pretender de otro una acción o una omisión en la Ordenanza procesal, parece entenderse como un derecho no

---

(1) Chiovenda, «L'azione nel sistema dei diritti», en Saggi (1930), páginas 7 y siguientes, Dante Angelotti, «La Pretesa Giuridica» (1932), páginas 30 y siguientes. En la época en que en Alemania se debatían ya los problemas que se insinúan en el texto, se aceptaba en los demás países, Italia inclusive, como clarísima, la definición de Celso y se perpetuaban las cuestiones de Donello y de Heineccio sobre la corrección sistemática de aquella definición y sobre la oportunidad de completar *el sibi debeatur* con la mención de los derechos reales.

(2) Windscheid, «Die actio des römischen Zivilrechts, etc.» (1856).

(3) Windscheid, *ob. cit.*, páginas 2, 66, 222 y 229.

(4) Angelotti «La Pretesa», *cit.*, páginas 31 y siguientes.

satisfecho o un derecho a obtener una sentencia favorable (1).

Este confusionismo, hoy quizás más acentuado a pesar del trabajo constante de los procesalistas, hace pensar si no tendría razón el pontífice máximo de la vieja escuela alemana, Bethmam Hollweg, que en los últimos años de su vida juzgó severamente el concepto de Anspruch como indeterminado e infecundo (2).

Es clásica la viva polémica mantenida entre Windscheid y Muther, que mencionamos, porque perfila los rasgos dominantes del proceso.

Para Muther, el derecho de actuar es un derecho hacia el Estado en la persona de sus órganos jurisdiccionales, es un derecho a la fórmula y, para nosotros, un derecho a la tutela jurídica (3). Se trata, pues, según este concepto, como un derecho del ciudadano de exigir de la tutela jurídica, de carácter subjetivo público, que presupone la existencia de un derecho privado y una perturbación, y aparece distinto el derecho de acudir al Estado, del derecho privado violado, desconocido o controvertido.

La tesis de Muther era la comúnmente acogida en Alemania con ciertas variaciones que sustancialmente no cambian su sentido. Así Bülow, al definir el proceso como una relación jurídica de carácter público (4); Degenkolb y Plosz, al considerar el derecho

---

(1) Cfr. el art. 194 del Código Civil Alemán y los 5.º 33, 40, 72 95 entre otros de la Zivilprozessordnung.

(2) Chioenda, Saggi, cit., página. 8; Angelotti, «La Pretesa», cit., pág. 51, distingue tres conceptos: a) Derecho subjetivo (Willensmacht). b) Pretensión (Anspruch) y Acción (Klage). La Pretensión en el sentir de este autor, servía de lazo de unión (collegamento) entre el Derecho subjetivo y la acción. Cfr. Betti, «Ragione e azione» en Rivista di Diritto Processuale civile, 1932, número 3, páginas 213 y siguientes.

(3) Muther, «Zur Lehre der Römischen actio dem heutigen Klagrecht» (1856), págs. 35 y 40.

(4) Bülow, «Die Lehre von dan Prozeßreden, (1868), y en «Busch»; vol. XXVII, págs. 224 y siguientes. Es cierto que la existencia de la relación jurídica procesal ha sido proclamada por la mayoría de los autores, pero en lo que respecta al modo de entenderla, no reina mayor unanimidad que sobre el concepto de Anspruch, Cfra. nuestro trabajo «Contribución al estudio de la relación jurídica procesal» Revista de Legislación y Jurisprudencia, Agosto-Septiembre, 1930, págs. 156 y siguientes.

de actuar en juicio como derecho subjetivo público, independiente de la expectativa efectiva de un derecho privado (1), y Wach (2), al definir la acción como pretensión o derecho concreto a la tutela jurídica, con lo cual queda perfectamente determinada la autonomía del derecho de obrar.

Desenvolviéndose en el proceso la acción, interesa a la fijación de la evolución del Derecho procesal analizar si la acción tiene carácter sustantivo e independiente del derecho, objeto de la controversia.

Para la doctrina de los Pandectistas, el concepto de acción era exclusivamente de Derecho privado, la metamorfosis de este derecho, como Savigny, pretende (3); una accesión del derecho o una facultad adherida (*anklebende*) al mismo, para el caso de su violación, con llamamiento a la protección del Poder judicial (4). El Derecho o por mejor decir, la pretensión, era identificada plenamente con la acción de índole procesal, destacándose el primero sobre la segunda de naturaleza accesoria y complementaria. La teoría dualista al diferenciar el derecho de obrar de carácter público y el derecho material de naturaleza privada, significó una reacción contra la teoría monista clásica que identificó ambos conceptos. Opuesto a estos puntos de vista, Binder construye su teoría a base de considerar que el derecho es tal, solamente por los medios de la tutela jurídica, es decir, por medio de la acción, que es la creadora (*Erzeugende*), al paso que el derecho se subordina a ella, por ser lo creado (*Erzeugte*) (5).

El punto de vista de Binder tiene su explicación en la concep-

---

(1) Degenkolb, «Einlassungszwang und Urteilsnorm» (1877), y Plosz, «Beiträge zur Theorie des Klagerechts» (1880).

(2) Wach, «Handbuch» (1885), págs. 19 y siguientes.

(3) Savigny «Sistema di Diritto romano attuale», trad. Scialoja, volumen V, cap. 204 y 205.

(4) Puchta, «Pandkten», cap. 81.

(5) Binder, «Prozess», cit., pág. 12. Cfr. Becuña «Magistratura y Justicia» (1928) pág. 20.



ción del Derecho, que destaca la nota de la sanción sobre las demás característica de la norma jurídica (1).

El proceso, pues, aún sin aceptar en toda su extensión la tesis de Binder, implica una serie de actos mediante los cuales el derecho de una mera expectativa se convierte en realidad. El derecho mediante el proceso no solamente es sino que vale (2) se realiza, en suma.

Kohler (3), entendía que concebir el derecho abstracto de obrar como un derecho autónomo, envuelve en sí el equívoco fundamental de dar este carácter a lo que significa una simple manifestación del derecho de la personalidad. Esta observación acogida en Italia y Alemania, ha sido impugnada por otros autores que no ven en el derecho de acción una facultad comprendida en el derecho de libertad o de la personalidad, siendo indiferente en este respecto que se le dé el carácter de público o privado (4).

No faltan autores que aunque conciben el derecho de acción como derecho independiente, niegan que pueda hablarse de un derecho contra el Estado a la obtención de la tutela jurídica, puesto que al hablar de acción se entiende un poder del ciudadano hacia el ciudadano y no de éste hacia el Estado (5). Por lo demás, la obligación de otorgar la tutela jurídica, la prestación jurisdiccional por parte del Estado es, a nuestro juicio, la consecuencia inmediata de la acción, ya que dirigido a él exclusivamente se da este dere-

---

(1) Vid. Prieto Castro, «Acción declarativa» en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Agosto de 1932, páginas 242 y 243 y especialmente Goldschmidt, «Der Prozess als Rechtslage», (1925), págs. 229 y siguientes.

(2) Wach, «Handbucg», cit., páginas 20 y siguientes.

(3) Kohler, «Prozess als Rechtsverhältniss» (1888), páginas 6 y siguientes y 13 y siguientes y 74 y siguientes.

(4) Chiovenda «Principios» (1922), páginas 44 y ss.; Wach, «Hanbuch», cit. página 22, texto y nota; Bülow en «Busch» cit., páginas 242 y 245; Hellvig, «Lehrbuch» (1907), vol. I, páginas 47 y ss. Vid. contra Ugo Rocco, «L'autorità de la cosa giudicata», (1987) página 303.

(5) Así Chiovenda, «Saggi», cit., páginas 14 y ss, y »Principios», loc. cit.

El problema hoy tiene otra faceta ya que cierto sector de la doctrina moderna niega los derechos contra el Estado, vid Maunz ob. cit., por eso decimos ulteriormente «hacia el Estado» y no «contra Estado».

cho (1) sólo así puede explicarse por qué el derecho de acción puede ejercitarlo también aquél que no tiene a su favor el derecho material, y sólo así puede tener el proceso un carácter autónomo independiente del Derecho privado (2).

Chiovénda (3), define la acción como el derecho de dar vida a las condiciones para la actuación de la ley. Se trata, en opinión de este autor, de un derecho de los llamados facultativos o potestativos porque se agotan en un poder jurídico (4).

Hemos visto algunos aspectos interesantes en torno a la teoría

(1) Contra Chiovénda, loc. cit.

(2) Rocco (Alfredo), *Sentenza*, cit. por Angelotti, ob. cit., página 44.

(3) Chiovénda «Principios», cit., vol. I, páginas 57 y ss., y «Saggi», cit., página 18. Sobre la importancia de esta definición, cfr. Xirau, prólogo a la obra de Chiovénda, «La condena en costas», trad.- *Revista de Derecho Privado*, páginas 14 y 15.

(4) El nombre de derechos potestativos se debe a Zittelmann quien propuso también el de derechos del Poder jurídico (*Rechte des Rechtliche Können*). Difiere del concepto de Bekker, que hablaba de derechos negativos y del de Enneccerus, que proponía el de facultades adquisitivas (Vid. Hellwig, «Lehrbuch», vol. cit., pág. 232; Chiovénda, «Saggi», cit. pág. 20 y Principios, cit. página 56, texto y nota. Para los que admiten la existencia de estos derechos tienen una importancia procesal extraordinaria y aparecen en el sentir de Hellwig (loc. cit.), tendiendo a la realización de un cambio jurídico que consiste en la creación, modificación o anulación de una relación jurídica, o creando un derecho que no existía con anterioridad a la sentencia. (Vid. nuestro trabajo «Las sentencias constitutivas», en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Abril, 1931, páginas 431 y siguientes). La acción es para Chiovénda, el derecho potestativo por excelencia con distinción plena de las meras facultades, y siendo sus características la de ser un bien y un derecho autónomo, es decir, sin correlativa obligación. La objeción más sería que se ha formulado a Chiovénda entre muchas, claro está, se debe a Alfredo Recco, al afirmar que se trata de facultades, porque en su opinión no existen derechos a los que no corresponda una obligación jurídica (Angelotti, *Pretesa*, cit. pág. 39). Claro que esta afirmación no es unánime, pues hay quien piensa como Cicu, y, en cierto modo, Carnelutti, que existen obligaciones jurídicas a las que no corresponden derechos subjetivos (Cicu «*Diritto di famiglia*», 1914, página 43 y Carnelutti, «*Prova civile*», 1915, página 59, nota (2). Esta concepción es inversa a la de los que admiten la existencia de los derechos potestativos pero para algún autor no menos equivocada. (Cfr. Ugo Rocco, «*L' autoritá*», cfr., página 311, nota).

de la acción a la que se considera como derecho, facultad, posibilidad, negocio público, función pública, manifestación de vida del Derecho subjetivo privado, el arma de guerra de este derecho, una posición particular del mismo, medio de tutela, y tantos otros conceptos como la doctrina ha ido acumulando hasta el punto de proclamarse que es vano intentar acercarse al verdadero sentido de la acción, cuya polémica no es mas que una faceta de la más amplia controversia sobre el concepto del Estado. El estudio de esta institución procesal permite darse cuenta de esta evolución que va desde el carácter de facultad adherida al Derecho subjetivo hasta la afirmación contemporánea de que todos los derechos subjetivos están en la acción o sea en la posibilidad de realización judicial. Distancia enorme que marca la etapa inicial y terminal. La de la subordinación del Proceso al Derecho, tesis de Savigni a la de la prioridad de aquél sobre éste, punto de vista de Binder, pasando por el concepto de Wach que al considerar la acción como un derecho subjetivo diferenciado de aquél que tutela no tiene otra finalidad que ser su salvaguardia como servicio que el interés público ofrecía al interés privado (1).

La importancia de esta evolución en el momento actual es clara. El punto de vista de Wach responde a una concepción liberal del Estado. La dirección actual que fué ya percibida por Hegel en 1821, por Hasse en 1833 y por Kielruff en 1839, responde a las direcciones totalitarias. Cabría quizás extrañarse por qué los grandes procesalistas alemanes cuyos principales puntos de vista hemos estudiado no recogieron aquellas sugerencias que solo en el momento actual han llegado a consecuencias incluso de tipo legislativo. Para Petrelis pudiera explicarse este fenómeno porque los juristas aparecían formados bajo la potente influencia del histori-

---

(1) Una exposición de las diferentes teorías sobre la acción puede verse en *Nuovo Digesto*. vol. III págs. 92 y ss. Sobre la relatividad del concepto de acción cfr. Calmandrei en *Riv di Dir proc. civ. cit.* 1939, número 1, páginas 24 y ss.

Para un resumen Bibliográfico de las tendencias contemporáneas, cfr. Schönke ob. cit., páginas 144 y ss.



cismo de Savigni para quien la integridad y autonomías dogmática del Derecho Privado era una exigencia política y social fundamental, y por ello, les era muy difícil admitir que el Derecho Privado, o sea el Derecho por antonomasia lejos de ser el fundamento del mismo Estado, lejos de representar el modelo, según el cual debía ser concebido el Derecho público interno y externo fuera construído, al contrario, bajo la base del Derecho público, dependiendo esencialmente de la voluntad del Estado y viviendo solo en cuanto hubiere lugar a la actuación de la justicia estatal. Por eso si los procesalistas reivindicaron la autonomía de su ciencia no podían formular premisas dañosas para el Derecho privado (1).

Hoy la subordinación de los intereses particulares y privados a los públicos invierte la apreciación del problema y ello explica por qué el derecho de acción puede llegar a condicionar los derechos subjetivos particulares, pero con cautela y cuidado no vaya a producirse aquel daño que el Profesor de Boor señalaba derrumbándose nada menos que todo el orden jurídico indispensable para que el Derecho aparezca al servicio de la Justicia y la Verdad.

*(Continuará)*

---

(1) Petrelis en Nuovo Digesto cit. vol. II, pág. 108.