

# CONFLICTO JURÍDICO Y PROCESO

HUMBERTO BRISEÑO SIERRA\*

1.- Existen en las sociedades contraposiciones semióticas de los discursos jurídicos individuales que suelen conducir a conductas personales, opuestas, necesitadas de una resolución imparcial.

El párrafo anterior puede parecer abstruso y hasta impertinente para un auditorio en el que predominan aspirantes a la profesión de abogado; pero no pasa de ser una forma cifrada de explicar el cometido social del conflicto jurídico y su carácter de antecedente necesario del proceso.

Tal vez la palabra que llame más la atención sea semiótica.

El diccionario de la lengua que la Academia española editó en 1992, señala tercera acepción: "Teoría de los signos" (pág. 1320). Es, pues, la disciplina que estudia la significación de las palabras. A su vez, el signo ha sido concebido como el "punto de apoyo que requiere la voluntad (o la conciencia) para proyectarse hacia un objetivo prefijado" Es entonces, "la concreción, el síntoma de una realidad invisible e interior y, a la vez, el medio de recordar al pensamiento esa realidad en un aspecto determinado" (Juan Eduardo Carlot, "Diccionario de simbolismos" Barcelona 1982, pág. 412).

En definitiva con la semiótica cabe observar que antes de expresar un juicio y por tanto también antes de expresar una conducta, que al fin y al cabo es el medio para llegar al choque, a la colisión con otro sujeto puesto que la conducta de éste será la que se oponga a la primera, antes pues de estos pasos hay en la conciencia del individuo la simbolización del objeto, de la situación que se persigue, de manera que más tarde y siempre, ese objeto aprehendido en la conciencia será el razonamiento que se sostenga para validar la conducta propia.

Se explica la contradicción semiótica que se produce apenas se formulan las proposiciones de cada individuo que por ello se convierten en parte de una relación conflictiva.

2.- Esta secuela de los significados es lo que ha sido omitido en otras concepciones o teorizaciones de la llamada escuela científica del procesalismo moderno. Para ubicar la cuestión conviene repasar, así sea sucintamente, el esquema que ha producido mayor atracción ya sea para adherirlo como para criticarlo.

Se trata de la idea expuesta con mayor precisión por Francisco Carnelutti ("Sistema de Derecho Procesal Civil", trad. Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Bs. As. 1944) sobre la causa del proceso, de su antecedente o como explicara Niceto Alcalá Zamora y Castillo en las notas bio-bibliográficas de introducción a la traducción que hizo del "Sistema", se sostiene que el proceso no nace del proceso, por ende tiene un motivo, un acontecimiento o un dato que justifican su surgimiento y éste es: el conflicto.

Lo que Carnelutti realizó fue la precisión de ese dato, al que llamó *litis* o litigio.

En su estudio sobre la premisa de la noción del proceso, estableció que el concepto de interés es fundamental para el estudio del proceso, y por interés entendió que significa la "posición favorable para satisfacer una necesidad". Y en cuanto al litigio, fue caracterizado como el conflicto de interés calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro" (pág. 44).

Esta noción de litigio surgió como una idea general que venía a explicar el problema de su anterioridad al proceso, vinculándola con la finalidad. De manera que el proceso, por sí sólo no tendría sentido, pues su justificación y hasta su explicación están en alcanzar la "justa" composición del litigio.

El declive de esta tesis la inicia el propio Carnelutti cuando llega a hablar de proceso sin litigio por boca de su discípulo Cortesia di Serego en 1930, y luego directamente al calificarlo de proceso impropio, cual una figura entre el proceso y la "jurisdicción" voluntaria como se ve en el "Sistema" (*cit.*).

En un trabajo posterior, las "Instituciones" del nuevo proceso civil italiano (Padua 1920) desaparece inclusive el rubro de proceso sin litigio y sólo se mantienen el contencioso y el voluntario al cual se le aplica la calificación de impropio.

De esa manera cuando escribe su última obra importante, las "Lecciones sobre el proceso penal" (trad. Santiago Sentís Melendo, con prólogo de Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Bs. As. 1950) la figura del litigio se ha desdibujado y apenas se habla del mismo en relación a los efectos civiles del delito (págs. 156 a 158).

En lugar del litigio Carnelutti propone la idea de controversia que no es un contraste de intereses como el litigio sino de opiniones (pág. 156 de la obra "Lecciones" *cit.*).

Esta tesis que ya Alcalá Zamora calificara de autotorpedo porque vino a minar la concepción del litigio, no tuvo ni la difusión ni la aceptación de la primera, de manera que su limitación y prácticamente su rechazo por quienes seguían la huella del profesor italiano, vino a dejar a la misma teoría general del proceso en una situación de equilibrio inestable.

En efecto, no cabe igualar el proceso civil con el penal, ni el contencioso administrativo con el castrense o el internacional con el canónico si además de variar el rito, el procedimiento, cambian la finalidad y hasta la razón de ser de cada uno de ellos.

Desarmada la estructura abstracta del proceso, cada una de sus partes que tratadistas como Couture en el Uruguay, llaman los conceptos fundamentales hablando de la acción, la jurisdicción y el mismo proceso, o los principios que estudiosos como el norteamericano Robert Wyness Millar llaman formativos del proceso (Robert Wyness Millar, "Los principios formativos del proceso civil", Bs. As. 1945), lo que quedó fueron ideas autónomas o individualizadas para referirse a los conflictos en el campo civil, en el penal o en el administrativo.

3.- En 1868 se editó en Giessen, Alemania, el libro del que se ha llamado el "fundador del moderno procesalismo" (Miguel Angel Rosas Lichtschein, traductor de "La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales", p. XI) Oskar Von Bülow; pero antes, el filósofo inglés Jeremías Bentham había publicado en 1789 su "Introducción a los principios de moral y de legislación", obra de la que existe una versión española sobre las "Pruebas judiciales" (Madrid 1841, trad. Baltasar Anduaga Espinosa).

Estos trabajos fueron seguidos por otros que entendieron también aspectos particulares de la disciplina, de entre los cuales cabe mencionar la intitulada "Polémica sobre la "actio" entre Windscheid y Muther que tuvo lugar entre 1857 y 1863.

Trabajos posteriores ahondaron en los temas, como cuando Degenkolb enarbó la tesis de la acción procesal como derecho abstracto de obras en 1877 y lo mismo hiciera el húngaro Plósz en 1880. Aparecen después quienes se han considerado los grandes maestros del procesalismo científico: Adolfo Wach en 1885, Hellwing en 1903, Weismann en 1905, Rosenberg y Kisch en 1934 y Schönke en 1946. Esa corriente pasa a Italia donde según Piero Calamandrei ("Chiovenda. Recuerdo de Juristas" Bs. 1959) y mejor aún, conforme a la clasificación de Carnelutti ("Sistema", *cit.*, I, págs. 3 y ss.), los estudios, la evolución de la ciencia procesal a partir de la entrada en vigor del código procesal civil de 1865 abarca cuatro periodos: a) el de la escuela exegetica que se caracteriza por seguir la metodología francesa de interpretación y explicación de la ley vigente, con obras como las de Borsari, Ricci, Gargiuloy Cuzzi; b) El periodo de las teorías particulares que presentan Mattiroló y Mortara; c) La fase de la teoría general del proceso de conocimientos con Chiovenda y su escuela; y d) Calamandrei, Liebman, que se refugiara en Brasil creando una subcorriente, Redenti que con Calamandrei y Carnelutti colaboraran para el nuevo código procesal promulgado en 1940 y en vigor desde 1942.

4.- Pero la marcha de los estudios data desde los viejos retóricos griegos como Gorgias, Demóstenes y Lisias, los romanos con Cicerón a la cabeza y aún antes de ellos Empédocles de Agrigento y Córax de Siracusa, considerado el primer autor de un texto aproximadamente en el 476 a.C., época en que también destacan Protágoras de Abdera con su afirmación de que el hombre es la medida de todas las cosas; Solón que en el siglo VI estableció la obligación del acusado de defenderse personalmente, Lisias de quien se dijera que si Sócrates lo hubiera contratado no habría sido condenado, Isócrates cultivador de la prosa artística y que en todos sus discursos insistió en el carácter ético

de la cultura recalcando el valor supremo de la medida; y desde luego Aristóteles cuya retórica en tres libros contiene el conjunto de nociones estéticas, literarias, lógicas, psicológicas y éticas, con su valoración positiva de la probabilidad, de donde sigue su afirmación en el sentido que el conocimiento humano se basa más de las veces en las opiniones fundadas en las verdades demostrables, dando el nombre de "Pruebas" a los medios suasorios (la persuasión).

Retóricos de menor inspiración y fama siguieron hasta desembocar en la llamada retórica latina con Cicerón a la cabeza y luego Lucio Ennea Séneca o Séneca el Rétor llamado el "viejo", en cuyos libros aparecen los discursos legales. Después, suele mencionarse a Tácito en el siglo I de la nueva era y a Quintiliano en cuyas Instituciones se resumen en forma didáctica las nociones de la retórica antigua.

Durante la Edad Media la retórica se combina con la poética lo que incluyó los estudios gramaticales que pronto desembocaron en la polémica cristianismo versus paganismo con sus representantes clásicos desde Tertuliano a Minucio Félix y Lactancio que desarrollaron el estilo llamado "sermo humilis" evangélico de expresiva sencillez. Como no todos siguieron esta línea, San Ambrosio atacó el lenguaje recargado de los oradores y defendió el estilo sencillo de las Sagradas Escrituras, considerando también la utilidad del ornato retórico.

En vísperas del fin del imperio romano que fue en el 476 después de Cristo, pero luego de la toma y saqueo de Roma por Alarico en el 410, San Agustín escribe desde Hipona en Africa, la Ciudad de Dios en el 426 y con su libro "De doctrina christiana" sienta las bases de la oratoria sagrada y marca un hito en la transmisión de la misma retórica a la etapa renacentista.

Entre tanto en Bizancio se crea una escuela de estudios superiores como centro cualificado de retórica y mayor importancia tuvo la escuela Patriarcal de Constantinopla, cuyos profesores tenían el encargo oficial de la pronunciación de los panegíricos y discursos oficiales.

5.- Dos rétores habrá que considerar muy especialmente, no sólo por lo que representaron para la cultura universal, sino para la hispana y luego para la iberoamericana, ellos son Quintiliano que en el año 88 d.C. se retiró de la cátedra para escribir su "Institut Oratoria" (cfr. la ed. en castellano "Instituciones oratorias", trad. Ignacio Rodríguez y Pedro Sandier, Bs. As. 1944), y S. Isidoro de Sevilla autor de las "Etimologías" y retórico de la escuela ciceroniana en plena alta Edad Media (su edición del 633 d.c. coincide con la primera edición del Corán). Habrá que volver a ellos, pero entre tanto es preciso hablar de otros acontecimientos que influyeron en la legislación procesal.

En el 535 d.C. Justiniano emperador de Oriente, en su guerra contra los ostrogodos, después de tomar Cartago, por conducto de su general Belisario invade Italia desde Sicilia, y pacificada la península, considerando que "no existe cosa alguna

tan digna de atención como la autoridad de las leyes, por cuyo medio se gobierna derechamente todas las cosas divinas y humanas y toda injusticia se destituye...” le pareció que debía mirar “primeramente a la obra de los príncipes antecesores...” “hasta conseguir que reunidas en un código y espurgadas de toda repetición inútil así como de toda dañosa discordancia, ofrezcan pronta y verdadera defensa a todos los habitantes del imperio”, dice en el Proemio del Digesto, a las dieciocho de las calendas de enero del 530. Para llevar a cabo tan magna obra dividida en cuatro libros la primera parte, y la segunda en siete a la que destinó los juicios, completando con una tercera, sobre las cosas en ocho libros, después una cuarta parte hizo referencia en ocho libros a los tratados sobre hipotecas, al edicto del edil y a la acción redhibitoria y la estipulación del duplo para la evicción, tratados correlativos con los de compraventa y sus acciones. Siguió el libro del interés del dinero, de los préstamos sobre los buques y de los instrumentos, pruebas y presunciones. Continuó el libro sobre los esponsales, las nupcias y las dotes. En la quinta parte se regularon los testamentos y codicilos lo mismo de particulares que de soldados. Siguiéron los legados y los fideicomisos. En la sexta parte se reguló lo relativo a las posesiones de bienes, el derecho concerniente a los grados de parentesco y afinidad, las herencias legítimas y todas las sucesiones ab-intestato, luego vino la denuncia de obra nueva, amenaza de daño por edificaciones ruinosas o ya destruidas y servidumbre de canales junto con lo dispuesto por las leyes sobre arrendadores de rentas públicas y sobre las donaciones tanto entre vivos como por causa de muerte. Otro más se destinó a las manumisiones y casas sobre la libertad se insertaron pasajes sobre la adquisición de dominio y la posesión, y los títulos que los prueban; otro a tratar de los que son juzgados o confiesan en juicio, de los embargos y venta judicial de bienes y de los medios de impedir que se defraude a los acreedores.

Luego se destinó a los interdictos un libro y otro a las excepciones, y también a la prescripción de las obligaciones y a las acciones.

La séptima y última parte constó de seis libros, los dos primeros para el derecho sobre estipulaciones verbales, sobre fiadores y mandantes, sobre novaciones, soluciones y aceptilaciones y estipulaciones pretorianas. Más adelante en dos libros se trataron los delitos privados y extraordinarios y los crímenes públicos conteniendo los preceptos penales, más lo establecido respecto a los contumaces que intentan evadirse. Vino un libro sobre apelaciones de las sentencias definitivas en causas civiles y penales; y por último el quincuagésimo y libro final compiló cuanto los antiguos establecieron respecto a los asuntos municipales como decuriones, cargas, obras públicas, abastos, contratos de particulares con los municipios, empadronamiento y demás; así como lo atinente a la significación legal de las palabras.

A la muerte de Justiniano siguió un incremento de las invasiones del sur de Europa, longobardos y ávaros liquidan a los gépidos que se habían unido a los germanos; los eslavos llegan a Tracia y a Macedonia, al tiempo que los visigodos con Recaredo se

convierten al cristianismo en el 589. Y esta plenitud de la Edad Media trajo la formación de pequeños territorios políticos que con diversos nombres de reinos, ducados, condados y baronías formaron un mosaico comunicado precariamente por tierra, porque el Mare Nostrum Mediterráneo se había vuelto dominio de piratas que impedían la libre navegación ancestral, la era medieval comienza a despejarse por el 1088, cuando Irnerio funda la Universidad de Bolonia utilizando como texto una copia del Digesto encontrada en Pisa y llamada la copia pisana. De Babilonia se esparce por Europa la cultura clásica y se inicia la recensión del derecho romano, movimiento que llega a la España de Alfonso X de Castilla llamado el sabio, quien convoca a la formación de nuevas leyes, la principal de ellas elaborada bajo la dirección de Jácome Ruiz generalmente conocido como Jacobo de las Leyes porque, como recuerda Alcalá Zamora ("Evolución de la doctrina procesal", en Estudios de teoría general e histórica del proceso (1945-1972), UNAM 1974, pág. 298), los autores Ureña y Bonilla descubrieron que el supuesto Ruiz no fue sino una mala lectura de Juez, cargo que desempeñó el maestro de Murcia durante el reinado de Alfonso X y quien estudió en Bolonia, lo que explica la huella del derecho común en sus trabajos. Este maestro Ruiz fue, junto con Fernando Martínez y el maestro Roldán, uno de los redactores del código alfonsino intitulado "Las siete partidas", heredero finalmente del Digesto y que en la Tercera Partida intentó agrupar las reglas procesales, aunque no faltaron disposiciones que hoy en día se consideran de esta naturaleza y que van en otros lugares.

De Jácome Ruiz se conservan "tres escritos no muy extensos y todos ellos de contenido procesal. El primero y más importante son las "Flores del Derecho", que vienen a ser como el borrador o proyecto de la "partida III" (Alcalá Zamora, pág. 299). Esta obra se supone el punto de arranque de los estudios de la materia en España.

De las Partidas se siguieron las Ordenanzas Reales de Castilla y la Nueva Recopilación sancionada por Felipe II y publicada con Pragmática de 14 de marzo de 1567. Habría que avanzar hasta 1805 para encontrar la Novísima Recopilación como última regulación en materia procesal vigente en Iberoamérica, porque luego de ella, cada una de las Repúblicas que se formaron con la independencia expidió sus propias leyes, aunque se reconoce que todavía la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 y la criminal de 1882 tuvieron influencia en el nuevo continente.

6.- El movimiento legislativo desvió la corriente doctrinal. Las Universidades de Bolonia y de Padua fueron la suma de asociaciones de estudiantes denominadas Naciones, más la agrupación en fraternidades de los maestros. Agrupados todos conforme a la idea de gobierno de las mayorías, formaron cuerpos homogéneos que constituyeron la Universitas o sea la corporación de maestros y estudiantes empeñados en mantener sus prerrogativas municipales; tales fórmulas dieron a Bolonia y a Padua prestigio y nombradía universales. Cada año, después de la elección de los profesores, se redactaba el Rótulo que contenía la relación de las materias y de los temas de la enseñanza, así como la nómina de los profesores.

Este sistema fue redactado invariablemente hasta la reforma realizada por la invasión francesa en Italia.

La investigación de las fuentes del derecho romano, su análisis y su crítica condujeron a la Escuela de Derecho de Bolonia a un verdadero laboratorio jurídico. Después, Acursio completó su "glosa" y ésta se convirtió en texto que transformó la enseñanza en memorismo y repetición de ideas.

En la primera época, los estudiantes monopolizaban la hora de clase con preguntas que los profesores estaban obligados, por estatuto, a responder y resolver. El debate continuaba muchas veces en la calle y en las plazas de las ciudades. Por ello el examen resultaba innecesario y ocupó un lugar secundario con mero formalismo académico y sin considerarlo como prueba de la capacidad del estudiante, quien sin embargo, luego de concurrir un cierto número de años a la Universidad, rendía el examen para recibir el grado de licenciado, examen oral que consistía en desarrollar y resolver cuestiones sometidas a su estudio. Los Colegios de Promoción estaban encargados de recibir el examen doctoral, que era una suntuosa ceremonia académica.

La Nación no fue un organismo docente, tuvo necesidad del Studium, que algunos opinan designaba la comunidad de estudiantes y maestros, y otros creen hacía referencia a las materias, por lo que se supone había Studium de filosofía, de Teología, Leyes y Medicina. A fines de la Edad Media la distinción entre Studium y Universitas perdió su importancia y el vocablo Universitas tuvo epítetos como Gimnasio, Archigimnasio, Academia, etc.

Los primeros maestros y estudiantes dedicados a disciplinas del Derecho Romano respectivamente fueron denominados artistas. Los estudiantes de Filosofía, Medicina, Matemáticas, Astronomía, etc., formaban parte de la Universidad de Derecho y vivían bajo la autoridad del Rector de los Legistas. La política de los artistas se encaminó a conseguir su libertad administrativa y académica, la que obtuvieron después de varios años de encarnizada lucha. La Comuna de Bolonia reconoció en 1306 la independencia de la Universidad Artista, y la de Padua la declaró en 1399 por una sentencia arbitral que absolvió a los rectores de la Universidad Artista del juramento de observar los estatutos de la Legista y a los graduados en Medicina no sólo de un juramento igual sino de pagar los "denarios" a beneficio de la última.

Hasta el dominio de los franceses y luego de los australianos en el siglo XIX, la clásica división de la Universidad en Legista y Artista sufre varias transformaciones. Ya en el siglo XVIII la de Bolonia se encontraba en plena decadencia. Por decreto de 24 de julio de 1798 el gobierno francés dió término a la antigua organización de la Universidad.

Los esfuerzos por llevar las Universidades a su antiguo esplendor han sido inútiles, bajo el régimen austriaco la Universidad de Padua volvió a su antigua organización. Al regresar los franceses se decretó la organización de Padua en las mismas condiciones de

Bolonia y Pavía. Nuevamente duró el dominio austriaco medio siglo desde 1813 y las Universidades Legista y Artista se fusionaron en la Imperial y Real Universidad. Para 1872 se le da otra organización que con ligeras variantes es la que rige en todas las Universidades de Italia.

Esta mínima reseña de historia de las Universidades, que no difiere en muchos extremos de las restantes de Europa explica, primero, como llega la influencia de los estudios a lo que se ha llamado la recensión o recepción del derecho romano. La primaria compilación del Digesto vino a ser fuente de estudio, de cultura, de costumbre jurídica que se adaptó a cada época y región. Los autores que se dedicaron a los estudios del derecho hicieron, en cuanto a lo procesal, mirando a la práctica de los tribunales.

7.- A ese surgimiento de Bolonia atribuía Chiovenda la formación de una corriente doctrinaria procesal que ha sido llamada judicialista por concertar los estudios en el desenvolvimiento del proceso. Se citan autores como Tancredo en 1216 o Durante con su célebre *Speculum iudiciale* de 1270 en que trata del proceso civil y del penal. En seguida vienen las "sumas" o compendios que estudian la división en ocho o diez tiempos de los juicios como lo hiciera Jácome Ruiz en el siglo XIII, criterio que luego pasaría a la legislación hispanoamericana.

Al inventarse la imprenta en 1453, fecha también en que termina la guerra de los cien años entre Inglaterra y Francia, los libros se multiplicaron y aún acompañaron en el descubrimiento y conquista de Iberoamérica. Los autores clasificables en la rama procesal se caracterizaron por el tratamiento técnico y hasta artesanal de los juicios, de ahí que se les haya calificado de los prácticos, nombre que solían dar a sus obras como los "Elementos de práctica Forense" de Gómez y Negro, el más prestigioso entre los españoles de principios del siglo XIX. A ellos se atribuye por Gabriel García Rojas y por Alcalá Zamora la doctrina de la acción declarativa que el procesalismo moderno atribuye a Wach y Weissman dentro del procesalismo llamado científico alemán.

En realidad esta corriente podría denominarse propedéutica por estar destinada a la enseñanza de la manera de proceder en los juicios. Se hicieron famosas por ser constantemente consultadas obras como la "Librería de escribanos e instrucción jurídica teórico práctica de principiantes" de Joseph Febrero, impreso en Madrid en 1789; por influencia del mismo se publicó el "Febrero Mexicano" o "Librería de Jueces, Abogados y Escribanos" que refundida, ordenada y bajo nuevo método, adicionada con varios Tratados llevó luego el título de "Febrero Novísimo" que diera a luz Eugenio de Tapia, posteriormente adicionada por Anastasio de la Pascua.

Obras que perduraron en el tiempo, que fueron copiadas y a veces continuadas y aprovechadas por los abogados, fueron trabajos como la "Práctica Universal Forense de los Tribunales de España y de las Indias" de Antonio de Elizondo (Madrid, 1786). Del mismo corte fueron los diccionarios, como el "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia" de Joaquín Escriche (con notas y adiciones de Juan B. Guim, Méx.

1884). Este tratamiento proliferó en todas las regiones y así puede confirmarse con el "Black's Law Dictionary" para los países anglosajones (S. Paul Minnesota, 1979), el Vocabulario jurídico de Henri Capitant (Bs. As. 1961), el "Diccionario jurídico y de palabras técnicas tomadas de la legislación indiana" (de Rafael Altamira y Crevea, Méx. 1951) y una pluralidad de otras obras individuales o colectivas como el diccionario Omeba (Bs. As. de 1954) los que se enlazan con la finalidad propedéutica de las "Instituciones oratorias del célebre español M. Fabio Quintiliano" (Madrid 1799) y también con las producciones de la llamada corriente científica, de cuya aparición en el siglo XIX se ha hecho referencia.

Como lo expresara Sir Max Williams, expresidente de la "Law Society of London" ("Arbitration", The journal of the chartered Institute of Arbitrators, May 1985, London), la lectura al azar de los documentos y expedientes judiciales, la historia de la revisión y reforma del procedimiento en los últimos cien años son deprimentes.

Siglos de experiencia jurídica y específicamente del procedimiento judicial oficial o autónomo, millares de libros, de estudios, tratados y manuales, de monografías y ensayos, centenares de Universidades, de cátedras y profesores, otro tanto de congresos, conferencias, coloquios y reuniones de juristas, esfuerzos constantes, casi sin solución de continuidad para adecuar leyes y costumbres no han logrado alcanzar ni remotamente los ideales del enjuiciamiento eficiente. La enseñanza parece quedar en la mera transmisión de conocimientos, estética científica o verificable para la evolución efectiva del derecho positivo.

Siempre se hace necesario retomar el hilo, como si se estuviera ante un primer momento de reflexión ¿por qué y para qué el proceso?

Como se enunció al principio, al descubrir con la semiótica nuevo camino de análisis y de crítica, se entra en un campo cuya visión resulta menos escandalosa y dramática que la experimentada tradicionalmente. Ante todo puede advertirse que la razón de ser del problema es un fenómeno humano perenne: la contradicción semiótica de los discursos jurídicos.

El individuo, el ser humano se forma mentalmente un esquema de conducta social a partir de un deber ser. Este deber ser no es algo materializable sino después de ser comunicado con los semejantes, pero acontece que éstos o al menos aquél con el que se busca o necesita la comunicación se han forjado, a su vez, otro esquema de conducta debida y de ahí el choque, el contraste.

Por supuesto, cabe tener un discurso jurídico mentalmente y conducirse contrariándolo, sea por necesidad física o fisiológica, por enajenación, por desgracia o por azar como suele suceder en lo criminal.

Y también cabe que el discurso jurídico anteriormente elaborado corresponda a la manera de proceder ante los juzgadores: éste es el campo del derecho procesal y llegado

a él, lo que ha venido inquietando a la doctrina no es tanto la contrariedad entre el discurso y la conducta, sino el aspecto técnico de la tramitación y nuevamente, recordando la evolución académica: ha preocupado el análisis y la síntesis de los elementos, de los factores y de la organización general de la administración de justicia, relegando a segundo o último plano la verificación real de la teoría en el ámbito del derecho positivo, el pasar de la ciencia a la *lege ferenda* y de ésta a la *lege data*, se habla de la corriente científica, que se supone, aspira a verificar que en el proceso se dan ideas, nociones y conceptos que tienen entre sí la correlación indispensable para hablar de una sistematización, de una manera de interconectar los elementos para llevar a un conocimiento completo no contradictorio y verificable del proceso, de todo proceso: Teoría General.

Por ello, es a partir del conflicto que debe buscarse la concepción del proceso como el instrumento, que según una gran parte de la doctrina, entiende está al servicio de la finalidad, de la imparcial y fundada resolución del problema consistente en la existencia de discursos jurídicos contrastantes.

Sin esa resolución, sin esa imparcialidad, y sin ese instrumento, el contraste de discursos que conduce al conflicto de conductas sería no sólo permanente sino insostenible y auto destructivo de la sociedad, ésta es la importancia del proceso; lo que sigue es estudiar y convencer de su teoría general: el tema de la unidad, la diversidad del proceso.

La contradicción normativa, esto es la oposición de dos o más ideas de conductas se da, entonces intelectivamente antes que en la experiencia social. Esa noción de litigio debida a Carnelutti, tanto en sus Lecciones sobre el proceso penal y en su Sistema de derecho procesal civil. Como en su Proyecto de proceso civil donde en el artículo 87 expresa:

"Dos personas están en litis cuando la una pretende que el derecho tutele inmediatamente su interés en conflicto con un interés de la otra, y ésta niega la pretensión, o, aún no negándola, no la satisface", es severamente combatida por Piero Calamandrei ("El concepto de 'litis' en el pensamiento de Francesco Carnelutti", en "Estudios sobre el proceso civil", trad. S. Sentís Melendo, Bs. As. 1961, pp. 265 y ss.) para quien "la más eficaz refutación" se encuentra en su categoría de procesos sin litis que denominan el "proceso civil inquisitorio", el cual consiste en servir para conseguir a las partes "mediante una sentencia constitutiva, un efecto jurídico (creación, modificación o extinción de una relación jurídica) que las partes, aún estando de acuerdo, no podrán conseguir fuera del proceso" (p.275), tal como podía ser el juicio de nulidad de matrimonio en que, inclusive estando de acuerdo ambas partes, es forzoso demandar.

Pero la contrariedad, el conflicto existen efectivamente, porque hay contraposiciones semióticas mentales antes de la manifestación real o material de la pretensión de resolución jurídica por sentencia.

Calamandrei mismo avanza en la explicación diciendo: “El proceso penal, en efecto no tiene la finalidad de remover un desacuerdo existente entre acusador y acusado en torno a la existencia del delito y a la medida de la pena, de suerte que el proceso pierda su razón de ser allí donde este desacuerdo sea compuesto amigablemente entre los dos ‘litigantes’; sino que tiene lugar porque en nuestro ordenamiento jurídico el castigo del culpable no puede producirse más que a través del pronunciamiento jurisdiccional. El proceso penal tiene, pues, en todos los casos, para alcanzar el efecto jurídico del castigo del reo, el mismo carácter de necesidad (‘nula poena sine iudicio’) que en el campo civil es propio del proceso de tipo inquisitorio para conseguir efectos jurídicos que no se pueden lograr por las partes a través del convenio” (*id.*, p. 279).

Una es la circunstancia de que existe contradicción, verdadero contraste entre dos discursos normativos, porque se trata de ideas sobre conductas que se conciben como necesariamente debidas o indebidas, y otra es la situación de conductas externas o exteriorizadas que chocan. Carnelutti, y también Alcalá Zamora, sus epígonos contemplan esta última situación hablando de litigio como conflicto de intereses, lo que sólo se da, lo que únicamente puede suceder cuando las conductas se exteriorizan, cuando una exige y la otra se resiste, y por ello también habla Carnelutti de la ‘jurisdicción’ (“*rectius*”: sentencia) como la justa composición de la *litis*, que sería lo característico del proceso (Calamandrei, *cit.*, p. 267), con lo que nació sociológicamente se eleva a la metafísica.

Es cierto que el espectador sólo se percibe del conflicto cuando el choque sale a la superficie social, cuando se materializa lo que la doctrina ha venido identificando con la ‘pretensión’: “La pretensión de tutela jurídica pertenece al derecho justicial ‘material’: a saber, al derecho justicial civil; no forma parte ni del derecho procesal civil ni del derecho privado”, dice James Goldschmidt (“Derecho Justicial Material”).

Esta distinción novedosa que doctrinariamente ha perdido no sólo influencia sino su mismo conocimiento, no hace sino reforzar la tesis ahora expuesta, porque si la pretensión pertenece a otro campo que no es ni el propio del enjuiciamiento, ni el característico del derecho privado (o del derecho público según lo caracterizó su hijo Roberto Goldschmidt, que discurrió sobre el “Derecho Justicial Material Civil”, trabajo incluido en la misma obra editada por S. Sentís Melendo), se deja supuesta la circunstancia de una intuición semiótica del deber ser base de la pretensión. Dicho de otra manera, para admitir que hay tres esferas jurídicas, ligadas entre sí por una manifestación de voluntad que se ha llamado ‘pretensión’, las cuales son una resolución o sentencia que Goldschmidt ubica en el derecho procesal, un accionar que es el instar característico de las conexiones seriadas formando el proceso y, por supuesto, un dato antecedente de juridicidad que es el que ha venido intentándose identificar: el dato semiótico, la idea previamente concebida por el pretendiente, en el sentido de un deber ser.

8.- Todo lo anterior puede ser concretado con las cuestiones que Eduard Kern, profesor de la Universidad de Tübingen ha ejemplificado en sus "Casos prácticos de derecho penal" (Parte especial del "Código Penal Alemán", trad. Conrado A. Finzi, Bs. As. 1962).

Por ejemplo respecto de delitos contra el estado, cita el caso de Scheidemann quien el 9 de noviembre de 1918, proclamó la república.

Luego el de 13 de marzo de 1920 en que se presentó en Berlín la brigada Erhardt proclamando: "El gobierno ha terminado. Todo el poder del estado ha pasado al gobernador general de distrito Kapp como canciller. La asamblea nacional está disuelta".

En el renglón de la exposición del Estado a peligro menciona:

Por iniciativa de Rojo (pseudónimo), de 23 años, doce jóvenes de 17 a 25 años se han unido en una sección local de la "Juventud Alemana Libre". Aspiran a formar una constitución tomando como modelo la de la Democracia Popular Alemana y hace propaganda en favor de esta idea.

En la Cámara Baja y en mítines, un diputado ha hablado con desprecio, reiteradamente, de la bandera "negra, rojo y amarillo" de la República Federal.

Respecto de falsedades electorales, cita el caso en que tres personas entran violentamente, poco antes de la clausura, en el local electoral, se apoderan de los padrones y de las boletas que habían sido depositadas y las arrojan al fuego.

Durante una elección, "Schmidt" ha votado a las 9 y, de nuevo, a las 17, bajo el nombre de un amigo que estaba en cama enfermo, con su conformidad y presentando su boleta electoral. Una de las autoridades del comicio lo ha advertido y tolerado en silencio.

Por cuanto a la resistencia contra la autoridad pública, sucede que en un tumulto, un policía exhorta a "Fanfarrón" a alejarse, quien le contesta: "Usted no tiene que decirme nada. Me iré si quiero", y luego se marcha.

Un policía ha detenido de noche a un ebrio que producía ruidos perturbadores. A fin de no ser trasladado a la comisaría, se aferra al poste de un farol, después se tira al suelo y no se mueve de allí.

En cuanto a la usurpación de funciones, en un rápido que está por llegar a la frontera, un estudiante, para hacer una broma, entra en un compartimiento y dice: "Control de pasaportes" y se hace exhibirlos.

Un poseedor particular de un coto de caza, sin dar a conocer su carácter de empleado público, realiza un registro domiciliario en la casa de uno de los jornaleros sospechosos

de caza furtiva. El registro domiciliario da por resultado el hallazgo de armas, lazos y animales muertos.

Como delitos contra la administración de justicia, la policía ha anotado a "Zorro" para que declare como testigo en un caso de accidentes de tránsito. Al ser interrogado, dice contrariamente a la verdad, a fin que el tribunal no lo cite, que no ha visto nada.

Interrogado por el juez, un testigo ha negado haber sufrido una condena por estafa. Se hace traer inmediatamente el registro penal del cual resulta que su declaración es falsa. Admite haber declarado contra la verdad.

No se le había tomado juramento y tampoco se había contado con la prestación del juramento.

Como favorecimiento personal se relata que un estudiante ha hecho ruidos escandalosos una noche, huyendo antes que la policía acudiera, desapareciendo en una calle lateral. La policía pregunta a un segundo estudiante a dónde se había ido el perturbador de la tranquilidad pública e intencionalmente el segundo estudiante indica un camino equivocado.

Como falsa imputación, una mujer comparece en juicio por injurias cometidas mediante cartas anónimas. Es culpable, pero niega el hecho y a sabiendas de su falsedad, hace recaer sospechas sobre otra.

Para desviar la sospecha que pesa sobre él, un ladrón pone ocultamente una parte del botín en casa de otra persona y escribe una carta anónima a la fiscalía invitándola a realizar un registro domiciliario, el cual se efectúa encontrándose parte de los bienes hurtados, deteniendo al inocente.

Fuga luego del accidente: Sin ser culpable, una persona atropella con su automóvil, en un lugar solitario, a un muchacho, lesionándolo de gravedad. Lo carga en el automóvil para llevarlo al hospital más cercano. Durante el viaje, el atropellado muere. El conductor lo saca del vehículo y lo coloca en una zanja para seguir viaje sin dar parte de ello a la policía.

En cuanto a delitos contra la religión, un católico dice en una taberna que Lutero ha sido el más grande comilón, bebedor y don Juan que ha habido y que el diablo ha hecho bien llevándose.

Un hijo de campesino, de dieciséis años, ha escupido en el piso durante la misa en una iglesia. El sacristán lo ha visto y ha denunciado al muchacho.

La parroquia denuncia al tabernero por haber hecho funcionar la radio en tono alto durante la misa en las inmediaciones de la iglesia, causando perturbación y escándalo.

Como falsificación de documentos, se cita el caso de un estudiante de bachillerato que en el examen ha empleado la conjunción final "ut" en el modo indicativo. Después de entregar el trabajo advierte el error. Para no ser reprobado soborna a la mucama del profesor y en su ausencia corrige el error.

Un presunto acreedor solicita de su supuesto deudor la devolución de un préstamo de cien marcos pero ve cuestionada la deuda. El acreedor muestra el pagaré y el deudor lo arrebató y lo arroja al fuego. La deuda había sido efectivamente pagada pero se omitió la devolución del pagaré.

Un individuo no tiene credencial de conductor y se hace prestar por dos días una que muestra en un control.

La conducta criminal tiene tres orígenes: a) el infortunio, b) la ignorancia y c) la intención. Si en las dos primeras situaciones no cabe hablar de una ideación previa, es manifiesto que ella está presente en el último supuesto.

Pero en todo caso hay una larga distancia entre la conducta inicial, llamada en todo caso criminal entre los romanos, y que de esta manera puede ser distinguida del delito y luego de la pena que viene determinada en la sentencia. Entre el crimen y el delito aparece eso que para Goldschmidt es obvio y que ha recibido el nombre de pretensión.

"Prescindiendo de las expresiones ajenas a la lengua jurídica, podemos decir que para denominar el delito había dos palabras con alguna pretensión de valor técnico, y que a la vez eran de un uso y de una aplicación generales: las palabras 'crimen' y 'delictum'. \*Crimen, de cernere, esto es, cribar y separar, es la voz que sirve para designar el objeto que hay que cribar, lo mismo que 'semen' (designa lo que hay que sembrar. La criba, lo que sirve para cribar es 'cribum'). La injusticia, prescindiendo del acto de su persecución ante los tribunales, no se llamaba 'crimen', como tampoco se llamaba así el acto de hacer valer ante los tribunales una pretensión que no incluye una injusticia. La aplicación inmediata de tal significación a la administración de justicia es común a la lengua latina con sus hermanas. 'Crimen' (representa aquí la inculpación de una injusticia; es, pues, una voz procesal; es el asunto que se presenta ante el juez para que lo resuelva. En vista de esta procedencia, léxicamente comprobada, y en vista del uso, tanto de expresiones griegas afines a estas como cepa, apenas cabe duda de que, primitivamente, 'crimen', lo mismo que 'iudicium' y 'legis actio', y en general todas las voces referentes a las contiendas jurídicas, abrazaban todo el campo del derecho en general, y servían para designar la acción o demanda, cualquiera que fuese la especie de ésta. Pero con el uso adquirió la palabra de que tratamos un colorido ético, significando, no ya la inculpación de una injusticia, sino la inculpación de un delito. Nunca se aplicó la palabra 'crimen' a la acción o demanda de un carácter puramente patrimonial, sino se concretó a la esfera de los delitos; pero aquí se hizo uso de ella, tanto con respecto a los delitos privados, como también y con mucha mayor frecuencia con relación a los delitos públicos. Con ese carácter de generalidad se sirvió de ella la ciencia jurídica de

la época del Imperio, igual que se sirve la ciencia de nuestros días; sin embargo, la voz sinónima de ella, 'delictum' de que ahora vamos a tratar, ha llegado a adquirir antes carta de naturaleza en el uso científico." (Teodoro Mommsen, "Derecho penal romano", Trad. P. Dorado, Bogotá, 1976, pp. 7 y ss.).

No sólo no es descabellado hacer la distinción semántica y semiótica, sino conveniente, recomendable y aún necesario recuperarla, porque de esta manera se precisan las situaciones, se establecen las relaciones y se logra alcanzar un tratamiento científico del tema. Por lo demás, no es ésta la única fuente para esclarecer la etimología de los términos que ahora suelen emplearse como sinónimos, J. Corominas y J.A. Pascual (Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico", Madrid 1980, T.CE-F, p. 243) explica: "Cimen, tomado del lat. crimen, -minis, 'acusación', en la baja época, 'falta, crimen' la. doc.: Berceo.- Está también en Nebrija, Apal (98b), la 'Celestina' (ed. 1902, 13.26) y en H. del Pulgar, 'Crónica de los R. Cat.' (h. 1493); los tres últimos emplean el plural latinizante 'crimines'....".

En tanto que "Delito, tomado del lat. 'delictum', id., del participio de 'delinquere' faltar, cometer una falta, derivado de 'liquere' dejar. la. doc.: Ya en 1301 BHisp. LVIII. 89; h. 1490, 'Celestina' ed. 1902, 58.14, 155.14, 166.17 (escrito 'delicto' en el primer pasaje) 'delicto', APal. 108b..." (Corominas, *cit.*, p. 440).

Aconsejable, útil y hasta necesario empeñarse en la sutil diferenciación, hay que aprovechar hasta la etimología de los términos si con ello se logra precisar las ideas. En lo penal, la separación que puede hacerse entre crimen y delito, permite observar, captar con mayor facilidad la distancia que media entre la conducta reprochable y la acusación formal ante el juez, porque si bien muchas conductas no llegan al proceso y la sociedad está conciente, está cierta de haberse cometido una infracción merecedora de un disvalor éticosocial de carácter público, como diría Hans-Heinrich Jescheck ("Tratado de Derecho Penal", trad. de S. Mir Puig, Barcelona 1981, Vol. I, p. 91), es trascendental comprender que entre el crimen, rubro en el que están enmarcadas todas las conductas recordadas por Eduardo Kern, y el delito que es la conducta acusada por el ministerio público fiscal (según sea la denominación que cada país dé al acusador público) y más todavía, entre ambos tipos y el que aparece en la condena, existen diferencias, no sólo empíricamente advertibles (conductas que no llegan a perseguirse o a acusarse por distintos motivos), sino jurídica o legalmente explicables (razones por las que la culpa o la imprudencia y hasta la iqratorancia se eximen, se exculpan y en general resultan inimputables o de mero eximente).

He aquí el núcleo psicológico buscado; la contraposición semiótica de los discursos jurídicos. Es obvio que en los casos de ignorancia y de infortunio, el titular de la conducta censurable pone en peligro el bien social y por ello es un disvalor punible, en términos de las tesis de Jescheck, (*ob. cit.*, vol. primero, p. 11). Se dice que el derecho penal protege los valores fundamentales del orden social contra cualquier perturbación de la vida comunitaria (*Id.*, p. 9).

Ahora bien, si no se concibe que el actor de la conducta imprudente o contraria a una normatividad ignorada, pueda formular un discurso de contradicción normativa, como sí lo hace quien se conduce intencionadamente y, por supuesto, quien viola o desconoce las estipulaciones convencionales en el orden privado o las reglamentarias en el administrativo que está obligado a conocer, en cambio no sólo es factible sino incuestionable que ese discurso de contradicción semiótica sea seguida de la acusación, porque de otra manera no habría defensa en juicio.

En el momento de la conducta imprudente, o mejor aún, del infortunio es comprensible que el infractor no tenga la idea de una contraposición semiótica, lo que de ninguna manera se confunde con el desconocimiento del contraste, todo lo más puede acontecer que el deber de un comportamiento distinto no se represente ni siquiera simultáneamente con el acontecimiento, pero no que se desconozca el deber de abstención y aún de conducta activa como salva del riesgo a la víctima.

Pero en todo caso, lo importante estriba en que la contradicción semiótica se da en el acusador y esto es suficiente para pretender la sustentación del proceso, dentro de la cual vendrán las explicaciones y argumentaciones de la parte acusada, adecuadas a su defensa.

En realidad la naturaleza semiótica de la contradicción normativa, de la que surge la pretensión de sentencia es la única explicación plausible de lo que Carnelutti y Alcalá Zamora llamaron el litigio y quisieron ver como la causa o motivo del proceso, pues precisamente cuando ese litigio, que es externo, que se da en la conducta perceptible (porque hay una corriente en psicología que considera que la conducta aparece desde el interior del individuo) o todavía más, en el choque de lo que Clamandrei explicaba diciendo que puede suceder que el deudor quiera y no pueda o pueda y no quiera, cuando el conflicto aflora a la superficie, es probable que no haya tal contraste de pretensiones.

Alcalá Zamora y Castillo se encargó de traer a cuento el caso de lo que denominó "El allanamiento en el proceso penal" (Bs. As. 1962), recordando que, "Como es sabido, la ley de enjuiciamiento criminal (española), que se inspiró en el código austriaco de 1873, representó al tiempo de promulgarse la más avanzada cristalización del sistema procesal penal mixto, o anglofrancés, y ese doble origen se descubre en la conformidad con la acusación; el antecedente inglés, en la conformidad como acto procesal de parte; el precedente francés, en la conformidad como juicio o procedimiento especial" (pág. 27).

No hay litigio, ni siquiera hay conflicto, en realidad no se llega al contraste o mera contraposición ni de intereses, ni de opiniones, sea cualquiera el concepto que de ellos se tenga (ya en 1852, Teodosio Lares, "Lecciones de derecho administrativo dadas en el Ateneo mexicano", Méx., había explicado: "En materia administrativa se llama interés a aquella ventaja, comodidad o conveniencia que puede sacar tal individuo de una medida administrativa, de la consecución de una gracia, de un favor que desea obtener

para utilidad particular. En todos estos casos se percibe claramente que la administración puede ofender este interés rehusando lo que se le pide, sin que este acto produzca un debate contencioso”, pág. 60).

En el allanamiento, que según Goldschmidt (citado por Alcalá), corresponde a la institución inglesa del ‘plea guilty’ (para mejor comprensión del problema, Alcalá transcribe en la nota 3 de la pág. 27 y vta. el art. 655 de la ley española y el correspondiente cubano de la orden 181 de 30 de abril de 1900: “Si la pena pedida por las partes acusadoras fuera de carácter correccional al evacuar la representación del procesado el traslado de calificación, podrá manifestar su conformidad absoluta con aquella que más gravemente hubiese calificado, si hubiere más de una, y con la pena que se le pida; expresándose además por el letrado defensor si esto no obstante conceptúa necesaria la continuación del juicio.- Si no la conceptúa necesaria, el tribunal, previa ratificación del procesado, dictará sin más trámites, la sentencia que proceda según la calificación mutuamente aceptada, sin que pueda imponer pena mayor que la solicitada.- Si ésta no fuese la procedente según dicha calificación, sino otra mayor, acordará el tribunal la continuación del juicio.- También continuará el juicio si fuesen varios los procesados y no todos manifestasen igual conformidad.- Cuando el procesado o procesados distintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará el juicio a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad”).

La pregunta que no podría contestar la doctrina del litigio para lo civil y la controversia para lo penal es cómo, allanándose el acusado a las pretensiones punitiva y de condena en cada caso, puede el tribunal continuar con el proceso si no acepta la calificación dada por las partes.

Ese allanamiento que proviene del sistema inglés, ha sido explicado por sus doctrinarios de la siguiente manera: Kenny: “*Outlines of criminal Law*” (15a. ed., pág. 558): “When the indictment has been read to him (i.e. the prisoner), he has several courses open. He may either confess; or stand mute; or take some legal objection to the indictment; or plead to it.- If he confesses, i.e. ‘pleads guilty’, he may be at once sentenced. But in serious cases, lest he should be confessing under some misapprehension as to law or even as to the facts of his case, the court often advises him to withdraw his plea of guilty, and so let the matter be fully investigated”.

Harris: ‘*principles of Criminal Law* (15a. ed., pág. 399): “If the accused pleads that he is guilty, no further proof or trial is necessary and the Court proceeds to judgment on this ‘own confession’. Before doing so, however, it usually hears the main facts of the case from the prosecuting counsel and also any statements which the prisoner or his counsel may desire to make. Usually also, with a view to fixed punishment, the Court obtains such information as to the character of the accused as may be relevant and available”.

Shephen: "Comentaries on the Laws of England (vol. IV. 'Criminal Law', 19a. ed., 1928), pág. 210: "If the prisoner confesses, he pleads 'guilty' and the Court will proceed to pass sentence... in serious cases(!), however the Judge usually advises the prisoner to retract his confession and plead to the indictment". (Alcalá Zamora, *cit.*, pp. 20-30)".

Parece que esta figura apareció también en el derecho alemán, en el artículo 90 de la ley de Württemberg de 14 de agosto de 1849 y luego en el 75 de la ley prusiana de 3 de mayo de 1852, conforme a la cual y según explicación de Planck, al que cita Alcalá (nota 5, pág. 30), cuando el acusado se reconocía culpable y el ministerio público y el defensor estimaban que la cuestión de hechos era susceptible de ser fijada mediante el reconocimiento de aquél, y el tribunal profesional no tenía dudas acerca de la pertinencia del mismo, dictaría la sentencia procedente sin intervención de jueces legos (el jurado), previa audiencia de la acusación y la defensa acerca de la aplicación de la ley; en cambio en Württemberg, bastaba que el presidente llamara la atención del acusado acerca de las consecuencias de su acto, para que el reconocimiento de culpabilidad entrara en funciones.

Es manifiesto que la tesis de la procedencia del conflicto respecto al proceso, tropieza con el escollo del consentimiento del acusado, lo que práctica y materialmente destruye la idea de oposición de pretensiones como algo objetivo, o al menos como algo que se afuera de la ideación, algo que se observa en la conducta externa de las partes.

Por eso, decir que el contraste normativo está en la contraposición semiótica del discurso jurídico, permite sostener que esa contraposición se da unilateralmente, esto es, apenas en la ideación del acusador o del actor, esto es, del demandante en términos generales. Si después, el acusado o el demandado, el reo para generalizar, se somete, confiesa, reconoce o se allana totalmente, a no importa qué para que el proceso se dé, y aun cabe que el juzgado exija ratificación, y, lo más importante, verificación de la correcta calificación (art. 655 de la ley española).

9.- Cabría estimar a la contradicción semiótica constitutiva del discurso jurídico intrasubjetivo, como la "condictio sine que non" del proceso, como su causa, dado que será hasta que aparezca la pretensión de sentencia que se podrá hablar de la "condictio per quam" del mismo proceso.

La pretensión es, entonces, la declaración de voluntad de que se emita una resolución al conflicto 'intrasubjetivo' semiótico. De esta manera se comprende que es factible que provocado el proceso por disposición legal, concurra el reo que es la contraparte del demandante y asuma cualquiera de las posibles actitudes que ya la doctrina ha clasificado (*cfr.* Humberto Briseño Sierra, "Compendio de Derecho Procesal", Méx. 1989, pp. 333 y ss.; Humberto Briseño Sierra, "Derecho procesal", Méx. 1995; Humberto Briseño Sierra, "Estudios de Derecho Procesal", "Actitudes que puede asumir el demandado", T.I, pp. 227 y ss., Méx. 1980, donde se examinan en detalle: la abstención total, el allanamiento, la confesión, el reconocimiento, las defensas, las excepciones, la negativa,

la denuncia, la reconvencción y las figuras anómalas), y que es forzoso explicar para comprender que puede haber proceso, no sólo cuando el reo se abstiene o rehusa y aún niega colaborar, sino cuando se somete total o parcialmente y también cuando combate y hasta cuando traslada a otros el conflicto, o cuando estos otros, llamados terceros, intervienen espontáneamente en el proceso de los primeros dos.

No hay duda que el conflicto, objeto del proceso, está necesitado de precisión, porque ni es siempre la contradicción semiótica del discurso jurídico individual, ni siempre aparece en tanto que esta última es indispensable 'condictio per quam'.

Después de los estudios de Alcalá Zamora y Castillo y de los autores que menciona, resulta de la mayor importancia advertir que una concepción del conflicto como algo conductista (conocimiento y control de las acciones del hombre, mediante la observación del comportamiento o la conducta, sin recurrir a la conciencia o a la introspección, Dic. de la Lengua española, Madrid 1992, p. 378) es inadecuada, incompleta y finalmente errónea. No es en la conducta (en la exteriorización del comportamiento) donde aparece la contraposición, sino en el discurso jurídico intrapersonal (no interpersonal), y por ello, si el reo no acude al proceso, o si se somete y no hay conductas contrapuestas, el objeto del proceso como conflicto jurídico sigue existiendo, porque es la unilateral exteriorización de la contradicción interna, de la semiótica aparición del discurso lo requerido de resolución imparcial, y de ahí la necesidad del proceso.

Y hay algo mucho más todavía. La tesis de la contradicción semiótica permite explicar los problemas del objeto del proceso y de la impugnación de sentencia.

En la moderna literatura procesal, dice Karl Heinz Schawb ("El objeto litigioso en el proceso civil", trad. Tomás A. Banzhaf, Bs. As. 1968, pp. 6-7), pueden distinguirse, a grandes rasgos, tres corrientes procesales sobre el objeto del proceso.

La primera es aquélla que ve en la pretensión procesal la afirmación de un derecho material, de manera que la afirmación de varios derechos materiales configuraría una acumulación de pretensiones.

La segunda abandona toda vinculación con el derecho material y el objeto litigioso se integra por factores puramente procesales: el estado de cosas que el actor debe exponer y la solicitud que presenta, factores que son elementos de igual valor e importancia; de manera que si fueron varios los estados de cosas, varios serían los objetos litigiosos siendo una la solicitud, y varias solicitudes basadas en un mismo estado de cosas tendrían como consecuencia la acumulación de pretensiones y, por supuesto, serían varias las solicitudes si se basaran en varios estados de cosas, operándose la modificación del objetivo litigioso, tanto por la modificación del estado de cosas como por la modificación de la solicitud y también por la modificación de ambos elementos.

La tercera corriente va más lejos que la anterior que es enteramente procesal, ya no ve siempre en el estado de cosas el elemento equivalente a la solicitud, sino que asigna gravitación decisiva exclusivamente a la última, limitándose hasta ahora a la acumulación de pretensiones sin extraer consecuencias para los restantes fenómenos, como la modificación de la demanda, la litispendencia y el caso juzgado; para ella, la acumulación de pretensiones presupone pluralidad de solicitudes, y si fuere una la solicitud, sería una la pretensión procesal, uno el objeto litigioso, aunque hubiere pluralidad de estados de cosas.

No es difícil advertir las deficiencias de las tres posiciones.

Ante todo se observa una limitación trascendental: las tres atañen al proceso en lo civil (y también a lo mercantil), como si no hubiera una exigencia de teoría general que requiere de las mismas explicaciones para lo penal y lo castrense, lo constitucional y lo internacional, lo administrativo y lo laboral, el arbitraje y el agrario, el minero y el aéreo, y así en los demás ramos y disciplinas jurídicas.

De otra parte, se hace una insistente referencia al estado de cosas, que es lo mismo que referirse al litigio, a la contienda de conductas exteriorizadas. Y no hay duda que inicialmente la experiencia es lo que atrae la atención, el espectador y aún el doctrinario lo que perciben en primer lugar es ese litigio que enfrenta materialmente a las partes. Un conflicto es, casi por hipótesis, un enfrentamiento de hecho en el que, como expresa la doctrina italiana: una parte exige y la otra se resiste.

Pero en la realidad judicial, en la práctica forense y en el laboratorio de la clínica procesal, lo que acontece es diferente. Para bien o para mal, hay una distancia inzanjable entre lo que se oyó y se lee en las acutaciones de los tribunales y lo que históricamente pudo haber sucedido.

Los más grandes, importantes y conocidos monumentos literarios de la humanidad, y muy especialmente de pueblos tan importantes como los griegos de la *Iliada* y la *Odisea*, o el hispánico del Mío Cid, construyeron sus epopeyas, sus culturas y sus regímenes jurídicos en la tradición, la leyenda y las narraciones de gesta. Rápsodas y viejos cantares, no sólo hicieron las nacionalidades, sino edificaron sus culturas, y construyeron sus lenguas.

Sin embargo, en gran medida, por mucho tiempo, temprano o tardamente, sobre episodios reales de conflictos socio-jurídicos, elaboraron historias que los especialistas de todos los tiempos se han encargado de interpretar.

“La anécdota de la infancia de Babieca unida a la infancia del héroe (el Cid), y la historia del casamiento de éste, son la más clara muestra del prurito que hay en el ‘Rodrigo’ por preparar y explicar los pormenores de la leyenda ya formada, tal como era conocida en su tiempo. Pero es que el poema entero no es más que una introducción a los cantares viejos; según venimos indicando, trata de enterar al público de los

antecedentes del héroe y de dar cuenta de una porción de pormenores descuidados o despreciados por los juglares de la edad áurea de la epopeya. Claro es que, como obra tardía, escrita cuando ya el recuerdo vivo de los sucesos cidianos se había perdido, no tiene el carácter histórico de los viejos cantares; es una obra de pura imaginación; ninguno de sus episodios tiene el menor fundamento en la vida real del héroe. Es decir, que mientras los poemas de los siglos XI y XII hunden sus raíces en la realidad histórica, el 'Rodrigo' toma su savia en esos poemas viejos, a los cuales quiere servir de glosa" (Ramón Menéndez Pidal, "La epopeya castellana a través de la literatura española", Madrid 1974, pág. 99).

Esto que ha sucedido en la literatura es cabalmente lo mismo que acontece en la realidad jurídica. La celebración de un contrato de apertura de crédito, con garantía hipotecaria y suscripción de pagarés para confirmar los pagos parciales y sucesivos puede tener, según los análisis de Schwab, tres o más desenlaces procesales: una demanda de cumplimiento del contrato, una demanda para hacer efectiva la garantía real o una demanda para ejecutar los títulos de crédito, y los problemas van surgiendo a medida que se opta por una solución o las otras. Hay que pensar en la posible transformación de las demandas: si se solicita la pretensión derivada del contrato, ¿qué pasará con la garantía y qué con los títulos y viceversa?

10.- Será algo más que probable, algo casi seguro que se calificará de cinismo o por lo menos de pesimismo pernicioso, afirmar, como se hace ahora, que entre el conflicto preprocesal y el debate intraprosesal hay una distancia variable pero indisputable.

Fuera de las calificaciones y más todavía, sin temor a ellas, lo cierto es que el conflicto no puede considerarse la "condictio sine qua non" del proceso, y en cambio en debate es la "condictio per quam" de la sentencia.

Hay un cierto grado de autonomía del debate frente al conflicto, de manera que es factible encontrar casos históricos en que las disimilitudes son manifiestas y hasta plenamente conocidas como hechos notorios.

El proceso simulado y el proceso fraudulento sólo encuentran explicación en esta abstracción de la acción, porque al no poder negarse que ha habido proceso y que no ha existido el conflicto o al menos ese conflicto que podría esgrimirse o invocarse como antecedente del debate, es forzoso concluir que hubo proceso y el conflicto simulado o fraudulento (en fraude de terceros) no pudo ser la "condictio sine qua non". Pero dentro del proceso, la simulación (legítima como la "manumitio" romana o ilegítima en la mayoría de los supuestos) se vuelca como un debate real, o peor aún, como una exclusión del debate que lleva a la confesión, al reconocimiento del derecho invocado por el demandante (tanto en lo civil y mercantil, como en lo penal según se viera en el proceso truncado de que hablara Alcalá Zamora) y sobre todo en el allanamiento de todo tipo, que es la máxima sumisión del reo, puesto que admite hechos y derecho.

Entonces, el proceso que tropieza con el debate hasta la primera fase y no antes, se ve originado en la pretensión demandante de carácter contradictorio, porque el sujeto que insta por vez primera no presenta un hecho indiscutible y ni siquiera un hecho que aparezca como simple problema, sino un hecho, una anécdota o un panorama jurídico de contenido controversial que, ya se sabe, puede ser simulado o fraudulento, pero de índole debatible.

Esa declaración de voluntad de recibir un pronunciamiento favorable no se hace acompañar de una instancia simple como la petición, la denuncia, la querrela, la queja o el reacertamiento, sino de una acción (reiterada o pleonásticamente) llamada procesal, porque a diferencia de las anteriores, no se dirige incondicionalmente hasta la parte contraria, sino que ha de ser calibrada, medida en sus supuestos, presupuestos y requisitos por la jurisdicción, de ahí que tenga esa figura geométrica de arco que comenzando en el demandante, llega al reo a través del juzgador.

Normalmente, de una manera natural (porque lógicamente se supone que ha habido conflicto) la contraposición de pretensiones está ya en potencia desde que se ejerce la acción, pero se convierte en acto en el debate.

Esta es la razón por la que la contraposición sea semiótica, pues ya en el primer documento o en la presentación inicial del demandante, el discurso jurídico prevé el debate, lo propicia o provoca.

Pero hay que considerar que la pretensión que acompaña a la acción es sólo semióticamente debatible, porque ello explicita el posterior debate.

Hay otros discursos también combativos, igualmente provocadores, pero no potencialmente debatibles, como sucede con los camarales, para no llamarles políticos, palabra que al igual que lo filosófico, ha llegado a señalar situaciones diversas y hasta cotidianas (política, comercio o filosofía de mercado, política de partido y partido político, etc.) que son más bien vulgarizaciones de la expresión antaño distintiva de actitudes superiores o de suprema valoración.

Pues bien en lo camaral el discurso es polémico pero no debatible, el orador arguye, sostiene puntos de vista polémicos, que posiblemente o muy probablemente conducirán a una respuesta de objeciones, negativas y rechazos, pero no hay una instancia proyectiva: primero porque las proposiciones ni pasan por el tamiz de un tercero imparcial que verifique las condiciones (el presidente de debates no ordena el traslado de las pretensiones a los opositores, preside, dirige el acto concediendo, limitando o negando la palabra a los intervinientes, pero no la condiciona para poder trasladarla a los adversarios).

Y en las polémicas teóricas o doctrinarias, a la manera de la muy conocida y apreciada de Windsceid versus Muther, ni hay pretensión de pronunciamiento imparcial de tercero, y ni siquiera hay sujeción a reglas de comportamiento, como podría ser que el interlocutor se refiera de cierta manera a los argumentos de la contraria y en determinado orden o composición.

Las tres retóricas: a) la religiosa, b) la política y c) la judicial, dentro de la que cabe englobar otras como la concerniente a los juegos florales o certámenes de oratoria estética que cabría, según el argumento, en cualquiera de las otras dos (a y b); las tres especies concuerdan en ser argumentativas y coinciden en esquematizar al final la conclusión.

Pero la judicial se distingue de las anteriores en su carácter necesariamente combativo que de inicio deja implicada o explícitamente señalada la contradicción, la cual surge (o se supone que debe aparecer) en la fase postulatoria del proceso (aunque ello no impide que en su lugar se presenten la confesión, el reconocimiento o el allanamiento).

11.- La polémica filosófico-religiosa no llegó a alcanzar niveles de efervescencia y en cantidades tan apreciables sino hacia el siglo II de la actual era. Desde antes de ella venían apareciendo tesis sostenidas desde todos los ángulos: el paganismo, el ateísmo, el judaísmo y el cristianismo; pero fue en esa época en que las circunstancias geográficas, sociales y políticas propiciaron la aparición del gran debate.

“La ciudad egipcia de Alejandría, fundada por Alejandro Magno el año 331 a.C. y dedicada a las ciencias y las artes gracias a la protección de los Ptolomeos, fue, mucho antes de la aparición del cristianismo, cuna del helenismo, crisol intelectual de una civilización en la que se fundían las culturas oriental, egipcia y griega y a la que se añadió desde el primer momento la cultura hebrea. Por su localización estratégica, en la encrucijada de las rutas de África y Asia, Alejandría era un centro mercantil y cultural de primer orden que realizó y tomó el relevo de Atenas” (Angel Castiñeira Fernández, introducción a Clemente de Alejandría, “El pedagogo”, trad. Joan Sariol Díaz, Madrid 1988, p. 7).

En ese ámbito casi único e irrepetible, donde “La ley” judía seguía imperante dentro de las sinagogas suplantando, a menudo, la de los tribunales griegos, hasta llegar a convertirse en un derecho acordado oficialmente” (cit., pág. 12), “donde se intentó demostrar la superioridad de la “Biblia” sobre las doctrinas filosóficas (Aristobulo, por ejemplo, en el 150 a.C.)” (Id.), donde se desarrolló una extensísima literatura, “Clemente polemizó violentamente contra las religiones paganas de misterios, proponiendo que la ‘gnosis’ que ofrece la teología cristiana era el único misterio verdadero del mundo (‘Protepticus’, caps. 1 y 2)” (Id., p. 14, nota q4).

La situación se complicaba por momentos, “en el cristianismo hay también gran número de sectas: judaizantes, simonianos, marcelianos, carpocracianos, mercionistas, etc.” (Id., p. 16). Los discursos teológicos se remontaron siglos de historia y ya Justino se enfrenta al platónico Celso, afirmando que los griegos habían plagiado sus doctrinas de la sabiduría primitiva judaica, por lo que “Según Celso, Platón no copió a Moisés, sino que Moisés tomó la circunscripción de los egipcios y su sabiduría de otros pueblos anteriores (asirios e indios).” (Id.). La polémica continuó “aún por Porfirio (‘Contra los cristianos’), Hiericles (‘Discurso amigo de la verdad’), Libiano (‘Discursos’) y Juliano el Apóstata (‘Contra los galileos’). Orígenes, en su ‘Contra Celso’ (248), brillando a un

altísimo nivel filosófico, dará buena cuenta del libro de Celso (cfr. 'Contra Celso' 1 14 y 16) y, posteriormente, Eusebio, ya al comienzo del siglo IV, en su 'Demostración evangélica' 1 2, 1) continuará la polémica. Acabará así una primera fase del diálogo entre cristianismo y el paganismo quien acabará asumiendo la defensa de los derechos de la razón" (*Id.*, p. 17).

12.- Como ha quedado planteado ya, esta contienda, además de prolongarse ilimitadamente en el tiempo alcanzó una creciente pluralidad de frentes. Si ya no se quiere admitir que Filón perteneciente al siglo I fuera gnóstico, porque la corriente "se ha definido como una corriente del siglo II" ("Los gnósticos", trad. introducción y notas de José Montserrat Torrentes, Madrid 1990, p. 9), en cambio se registran prototipos no sólo del siglo II en que se centra el núcleo, sino del III (Hipólito, Clemente de Alejandria, Orígenes, Tertuliano, Plotino y Porfirio), y aún del III (Hegemonio, Epifanio, Efrén Sirio, Filastro, Eusebio y Arbobio) y todavía del V (Teodoreto de Ciro y el armenio Eznik de Kolb).

No se desconocen conflictos jurídicos que duran años y hasta siglos, pero sus estructuras y diseños se apartan de los teológicos, como puede verse en seguida.

"Al finalizar el siglo XVI, la monarquía española se hallaba frente a graves dificultades financieras, Felipe II estaba asediado por sus acreedores, y mientras tanto su ambiciosa política europea exigía constantemente nuevos recursos. En la Nueva España aumentaba los impuestos, creaba otros nuevos, fomentaba la venta de cargos públicos, elevaba considerablemente el precio del azogue, monopolio real, hasta el punto de que no tardó en disminuir el ritmo de la producción minera. Las "composiciones de tierras" fueron uno de los expedientes destinados a llenar las arcas de la Real Hacienda. Las superficies desocupadas pertenecían al rey: por consiguiente Su Majestad podía vender las nuevas mercedes lo mismo que las tierras poseídas irregularmente, según los legistas de la Corona" (Francois Chevalier, "La formación de los latifundios en México", Méx. 1982, p. 326).

"En 1629 la Corona ordenó una vasta operación que de un golpe debería producirle \$122 mil que se realizó 2 años después; se pusieron en pública subasta 650 caballerías en las regiones más ricas del virreinato -las tierras de caña de azúcar o de trigo en Cuautla, Atlixco, Oaxaca, Toluca, etc. y además 30 estancias de ganado menor cerca de Querétaro, que era el centro por excelencia de la cría de ovejas. Se trataba sin duda de "demasías" y de tierras recuperadas sobre las heredades de los españoles, pues hacía ya tiempo que no quedaban espacios libres en las zonas citadas". (*Id.*, p. 329).

"Por último, al virrey y a sus funcionarios de confianza, por bien intencionados que fueran, les era materialmente imposible examinar con el suficiente cuidado los centenares de composiciones de tierras que se presentaban a un mismo tiempo, de manera que a veces se cometieron injusticias, no sólo de hecho, sino también de derecho, lo cual comprometía gravemente el porvenir de un país gobernado por juristas.-. Desde este

punto de vista, un caso típico es el de la comunidad indígena de Huatusco, cerca de Orizaba, en la tibia vertiente del Golfo. Gracias al pago de una modesta composición de \$200, la heredera de 8 estancias de ganado menor, no contiguas pero situadas todas ellas en este distrito, se vio dispensada de la visita del juez agrimensor en 1643. En conflictos ulteriores con los indios, este documento habría de demostrar la propiedad de todas las tierras en bloque, estancias con sus "sobras" o espacios intermedios, y en consecuencias de casi todo el distrito de la comunidad, que acabó por quedar reducido a sus 600 varas legales alrededor del campanario de la iglesia" (p. 335).

"Así como los encomenderos y funcionarios -los únicos que en los comienzos pudieron tener rentas estables- se preocupaban tanto por obtener para sus familias la perpetuidad de los tributos y de los cargos, así también, un poco más tarde, con ese vivido sentido de los lazos de sangre y del parentesco, los españoles que habían adquirido tierras, quisieron vincularlas para siempre con su linaje, cuya preminencia pensaban asegurar de ese modo. Pero si por una parte el rey pensaba recuperar las encomiendas y vender los encargos público a cada generación, no había, por otra parte, ninguna razón para oponerse a la constitución de grandes mayorazgos territoriales y de ricas familias de propietarios, lo cual, por lo contrario, se juzgaba útil para el orden y defensa de la "república". Así pues, la Corona concedió las licencias solicitadas cuando se demostraba que los demandantes eran personas honradas, dueños de un capital suficiente para legar a sus hijos un conjunto de bienes indivisibles e inalienables, sin privar con ello de recursos al resto de la prole." (p. 363).

Los antecedentes ilustrados, a los que hay que añadir la existencia o formación de las comunidades agrarias de indígenas y a su lado la formación de las propiedades de manos muertas como fueron llamadas las correspondientes a la iglesia católica, porque fueron excluidas del comercio inmobiliario, todo ello produjo a través de los siglos un complejo socio-económico que en un primer momento, durante la vigencia de la Constitución Política Mexicana de 1857 que recogiera las llamadas leyes de Reforma se decretara la extinción de esas fórmulas, con grave daño indígena.

"De acuerdo con las disposiciones dictadas por el Rey de España, la propiedad agraria de la Colonia se dividía en tres categorías: 1. La propiedad privada de los elementos militares del ejército conquistador, y la de los españoles que vinieron después de consumada la conquista; 2. La propiedad eclesiástica destinada a la Iglesia y a la clase sacerdotal; y 3. La propiedad de los pueblos indígenas, adjudicada a ellos mediante las Cédulas y disposiciones de la Corona." (Jesús A. Cortázar, "La tendencia de la tierra, antes y después de la colonia", Méx. 1982, p. 15).

Un cuadro sinóptico aleccionador fue el elaborado por Andrés Molina Enríquez ("Los grandes problemas nacionales", Méx. 1964, p. 58). Al hacerse la Independencia mexicana, el estado de la propiedad territorial era:

La propiedad toda se asentaba jurídicamente en la bula "Noverint Universi" y en las leyes 14 y relativas del Tit. XII, Lib. 4º de la Recopilación de Indias. Se le titulaba conforme al sistema escrito implantado por la dominación colonial y aparecía en estado comunal de hecho, en manos de los indígenas. Eran terrenos ocupados precaria o accidentalmente por tribus indígenas que no tenían noción alguna de derecho territorial, ni la de simple ocupación. Luego, había terrenos ocupados por tribus indígenas que tenían la noción de la ocupación, pero no la de posesión. Y después venían las tribus indígenas que tenían la posesión sin título alguno.

Seguían los terrenos baldíos no deslindados, y por consiguiente, no titulados.

Al lado de esa masa, aparecía la propiedad primordialmente titulada por merced directa, frente a la propiedad titulada por composición.

En el primer grupo se encontraban: la propiedad comunal sin titulación notarial sucesiva y la propiedad individual con titulación notarial sucesiva.

En el segundo estaban la propiedad aisladamente titulada sin titulación notarial sucesiva; y la propiedad titulada en corrección de mercedes anteriores.

De la propiedad comunal sin titulación notarial sucesiva se derivaron: La propiedad comunal desde su origen, con la merced primordial y la constancia de alguna otra operación, como títulos primordiales y únicos en manos de indígenas.

Luego la propiedad de origen individual, hecha comunal después, con la merced primordial y la constancia de alguna otra operación más, como títulos primordiales y únicos, en manos de criollos y mestizos.

La individual con titulación notarial sucesiva originó la del grupo civil o laico, compuesto de pocos peninsulares y muchos criollos. Así como la propiedad individual del grupo eclesiástico, compuesto de pocos peninsulares, muchos criollos y muchos mestizos.

La aisladamente titulada sin titulación notarial sucesiva dio lugar a la comunal desde su origen con título de la composición y la constancia de alguna otra operación, como títulos primordiales y únicos en manos de criollos y mestizos.

De la titulada en corrección de mercedes anteriores, salió la titulada en corrección de la comunal con titulación incorporada a los títulos generales. Y de ahí surgieron fracciones comprendidas o agregadas a terrenos de propiedad comunal por su origen, en manos de indígenas.

Y también fracciones comprendidas o agregadas a terrenos de propiedad individual en su origen y hechos comunales después, en manos de criollos y mestizos.

El otro grupo fue de propiedad titulada en corrección de la propiedad individual, con titulación incorporada a la notarial sucesiva, de las cuales provinieron fracciones comprendidas y agregadas a los terrenos de propiedad individual de grupo civil o laico,

compuesto de pocos peninsulares y muchos criollos y asimismo, fracciones comprendidas o agregadas a los terrenos de propiedad individual de grupo eclesiástico, compuesto de pocos peninsulares, muchos criollos y muchos mestizos.

Hubo un grupo individualizado históricamente que se llamó propiedad de temporalidades, titulada desde la expulsión de los jesuitas.

Que esta problemática es radicalmente jurídica no hay duda, si bien por siglos se le trató política y económicamente, de tal manera que conforme al artículo 27 constitucional, en vigor hasta el 6 de enero de 1992, los conflictos fueron llevados ante la Administración activa y resueltos en sentencia del Ejecutivo Federal, de la que cabía revisión ante la Suprema Corte de Justicia. Pero ya el 7 de enero de ese año, entró en vigor la reforma que creó los tribunales agrarios, determinado que son de competencia federal todas las cuestiones que por límites de terrenos ejidales y comunales, cualquiera que sea el origen de éstos (obviamente seculares), se hallen pendientes entre dos o más núcleos de población (y por lo general, la contienda es entre más de dos), así como las relacionadas con la tenencia de la tierra, de los ejidos y comunidades. Para la administración de justicia agraria, la ley instituye tribunales dotados de autonomía y plena competencia, integrados por magistrados propuestos por el Ejecutivo Federal y designados por la Cámara de Senadores o, en los recesos de ésta, por la Comisión Permanente. Basta, pues, revisar el artículo 9º de la Ley Orgánica de estos tribunales, para verificar la lista de cuestiones agrarias que son de su competencia, desde deslindes hasta la revisión del Fondo Nacional de Fomento Ejidal, para reclamar la reversión parcial o total de los bienes expropiados a los ejidos y comunidades, cuando se hayan destinado a fines distintos de los señalados en los decretos respectivos. Hay, además, competencia llamada extraordinaria y transitoria, para terminar con el rezago (que todavía en 1995 explica la existencia de la Secretaría de la Reforma Agraria) de varios miles de expedientes instruidos con motivo de las solicitudes de dotación de tierras, ampliación de ejidos, creación de nuevos centros de población, controversias por restitución de terrenos y conflictos de límites de terrenos comunales y ejidales" que durante varios lustros se guardaron, sin lograr su cabal 'integración' en los anaqueles de los distintos órganos de impartición de justicia agraria (Delegaciones Agrarias, Comisiones Agrarias Mixtas, Cuerpo Consultivo Agrario, y Direcciones Generales de la Secretaría de la Reforma Agraria)... Gonzalo Armienta Calderón, "Algunos aspectos relevantes de la competencia en materia agraria", México 1994, p. 22).

13.- El discurso político es también recordatorio y requiere como los otros dos, un desenvolvimiento lógico que corresponde a la polémica o discusión de adversarios, aunque carece, como es obvio de instancia proyectiva.

Muestra de tal discurso y clásico además, es el pronunciado por Cicerón a su regreso a Roma, luego del autoexilio que se convirtiera en destierro en virtud de una de las llamadas leyes privativas, prohibidas ahora y también entonces, por tratarse de decretos

camarales (el Senado romano) expedidos para regular la situación de uno o varios individuos claramente identificados.

"Cum senatui gratias egit" fue pronunciado el 5 de septiembre del 57 a.C., al entrar triunfalmente a Roma, manifestando su agradecimiento al Senado y a cuantos habían contribuido a facilitar su regreso (dos días después lo haría ante el pueblo: "Cum populo gratias egit"), reconocido por haber recuperado sus posesiones, en especial su casa del Palatino, de la que Clodio, el responsable directo del exilio, se había apoderado para construir los cimientos de una gran villa consagrada a la Libertad. Fue casi todo un año de memorables discursos políticos, de septiembre del 57 a mayo del 56 a.C. y dentro de su curso llegó a defender a uno de los personajes que más ayudaron a su retorno (el "Pro Sesio"), al que se suele añadir el 'interrogatio' contra uno de sus acusadores "In Vatinius", en todos los cuales aprovechó la ocasión para explicar las causas de su exilio, la situación política de Roma y la responsabilidad de su más enconado enemigo Publio Clodio.

Pero con todo y que en estas piezas oratorias hay verdaderas acusaciones, no se está ante instancias judiciales, al menos no ante actos proyectados contra Clodio para que éste los respondiera ante jueces imparciales.

Los siete discursos que se engloban en esa época tienen dos ejes: el exilio de Cicerón y Publio Clodio (las consecuencias de una enemistad personal prolongada, implicaron en estos sucesos a personajes importantes de la vida política romana, en especial a Pompeyo y a César, la causa que cabría llamar inicial fue la conjura de Catilina en cuyo seno subyace la causa de los "optimates" (oligarquía senatorial cuyos intereses defendería Cicerón y el denominado partido democrático liderado por César. El pretexto o motivo inmediato fue la actuación de Cicerón durante su consulado en el 63 cuando efectuó la represión de la conjura de Catilina. Pese a su condición de "hom. novus", Cicerón alcanzó el consulado en el año 63 a.C., fecha en que descubre la conjura Catilina que sofoca con energía. Su caída se debió a que, conforme a la legislación romana, preveía en situaciones críticas como ésta la concesión de plenos poderes a los cónsules para defender al Estado a fin de prevenir los riesgos de todo poder absoluto, el pueblo había conseguido, mediante la "*lex de capite civis Romani*", impedir que se pronunciara sentencia capital fuera de los comicios centuriados o que se diera muerte a un ciudadano romano que había apelado al pueblo.

Cicerón, que obviamente conocía esta legislación, y algunos precedentes famosos de magistrados enjuiciados por actuar con demasiada energía contra enemigos públicos, sin atenerse a la "*lex de capite civis Romani*", buscó la aprobación del senado antes de ejecutar a los conjurados, lo que no dejó de ser insuficiente: los partidarios de Catilina fueron ajusticiados sin la consulta previa a los comicios centuriados, y desde el primer momento su actuación fue criticada, de manera que cuando aún no había terminado su actuación, Quintiliano Cecilio Metelo Nepote, tribuno de la plebe, lo acusó en el 63 de haber dado muerte ilegal a ciudadanos romanos.

La acusación fue presentada de nuevo en el senado y ante el pueblo en el 62, y aunque el senado reaccionó declarando enemigo público a quien intentara pedir responsabilidades por la ejecución de los cómplices de Catilina, ya se habían sentado las bases para la posterior acción judicial de Clodio (para un enfoque moderno sobre la legalidad o no de la actuación del cónsul en el 63 a.C., *cf.* J. Guillén, "Héroe de la libertad", Salamanca 1981, p. 267 y ss.)

Acusado Clodio de sacrilegio, el juicio se celebró con irregularidades en mayo del 61 y fue absuelto con la corrupción de los jueces y el apoyo de César y a partir de ese momento, Clodio fue un acérrimo enemigo de Cicerón.

La intransigencia del senado en esa época y la defensa del sistema, provocó la alianza de tres personajes decisivos, Pompeyo victorioso en sus campañas de oriente, César demasiado ambicioso y Craso defensor de los intereses de los caballeros, de esta manera, la figura de Cicerón fue opacándose y aunque el propio César le ofreció importante papel en el triunvirato las dudas entre la defensa de los intereses senatoriales y la adaptación a los cambios inevitables, le condujeron a mantenerse al margen, dedicándose al estudio y redacción de algunas de sus obras, de lo cual se aprovechó Clodio contra el que se opuso Cicerón para que fuera electo tribuno de la plebe siendo un patricio. Clodio utilizó el subterfugio legal de hacerse adoptar por un plebeyo, y nuevamente con la protección de César e inclusive el consentimiento de Pompeyo fue adoptado por P. Fonteyo en marzo del 59, operación cuyo nulidad atacó Cicerón en varias ocasiones.

En medio de un clima de violencia Clodio logró el aislamiento de su enemigo, presentándose como defensor de los intereses de César en Roma y manitando a Pompeyo por los compromisos del triunvirato y posteriormente por las bandas callejeras formadas con esclavos y gladiadores que aterrorizaron y vaciaron las calles de Roma.

El poder de los magistrados fue limitado por Clodio al negarles el derecho a la "obnuntiatio" y se ganó el favor del pueblo con repartos gratuitos de alimentos y el restablecimiento de la libre asociación, obteniendo además el apoyo de los dos cónsules, L. Calpurnio Pisón y A. Ganinio.

Aislado y atacado, pues sin nombrarlo directamente, Clodio logró en febrero del 58 presentar su proyecto de ley "de capite civis Romani" en que se prescribía la "prohibición de agua y fuego" a quien hubiera dado muerte a un ciudadano sin juicio previo, Cicerón se sintió aludido y atemorizado, en vez de provocar un proceso en su contra o de acompañar a César como legado en las Galias, se vistió de luto, suplicó humillantemente la protección del cónsul Pisón y de Pompeyo y aún el apoyo de los ciudadanos, del orden ecuestre y de los senadores, pero las bandas callejeras de Clodio impidieron toda manifestación popular y los cónsules Gabinio y Pisón llegaron a prohibir que se vistieran de luto como muestra de apoyo a Cicerón, quien en precipitada reacción que luego lamentaría se exilió, aproximadamente el 19 de marzo de 58. Su partida facilitó las posteriores maniobras de Clodio quien, además de saquear su casa de Roma, lo hizo

con las restantes propiedades mediante nueva ley denominada "de exilio Ciceronis" por la que se aplicaron sanciones de la "lex de capite civis Romani".

Aunque Cicerón no se cansó de criticar la validez de tal ley, lo cierto es que le fue aplicada y hubo de residir más allá de 500 millas de Italia.

El exilio se prolongó por más de quince meses y Cicerón desorientado y deprimido no supo sobrellevarlo con dignidad, como lo asevera Plutarco (Cic. 32, J. Carcopino "Les secrets de la correspondance de Cicerón", I, Par's 1947, p. 323).

Pero Clodio, distanciado cada vez más de Cicerón, hizo lo mismo con Pompeyo y aún con César, de manera que el primero, recluso en su casa rehusó seguir las propuestas en favor del regreso de Cicerón, hasta la instancia del nuevo cónsul P. Cornelio Léntulo, partidario de Cicerón, a la que luego siguieron la de ocho tribunos de la plebe y el apoyo personal de Pompeyo que arrastró con él a gran parte del senado, pese al veto del tribuno Sexto Aulio Sero no partidario de Clodio.

Convencido otro tribuno de la plebe de las dificultades para llevar a Clodio ante los tribunales, instigado por Pompeyo, utilizó las mismas armas de aquél, reclutó bandas de mercenarios y las calles de Roma se convirtieron en batallas campales, quedando las actividades políticas y judiciales suspendidas. Esa inestabilidad ciudadana fue restando apoyo popular a Clodio y la opinión comenzó a cambiar. Al ver a Clodio distanciado de César, los partidarios de Cicerón cobraron nuevas fuerzas, mientras el mismo Pompeyo recorría Italia para promover el apoyo a Cicerón. Así, en una sesión multitudinaria en el senado, a propuesta del cónsul Léntulo y con la intervención decisiva de Pompeyo, se votó una moción en favor del regreso de Cicerón: de los 417 senadores asistentes, sólo Clodio votó en contra, y similar fue la reacción popular en la asamblea del día siguiente, en la que Léntulo y Pompeyo fueron aclamados, de manera que el 4 de agosto los comicios centuriados dieron su entusiasta aprobación a la "lex Cornelia" que prescribía el regreso.

14.- En este resumen del momento ciceroniano más dramático (para ampliar los datos, véase Gastón Boisseier, "Cicerón y sus amigos" México 1986, Salustio, "Conjuración de Catilina", U.N.A.M., M. Tulio Cicerón, "Discursos", 'En agradecimiento al senado', 'En agradecimiento al pueblo', 'En defensa de P. Sestio', 'Contra P. Vatinius', 'En defensa de T. Anio Milón', Madrid 1994, y bibliografía ahí citada), la línea jurídica corre sobre extensas bases políticas, y la intervención de Cicerón se hace a base de retórica.

El título del discurso orienta suficientemente de su propósito y de su contenido ("Si no os doy, senadores, suficientes muestras de agradecimiento por vuestros inolvidables favores hacia mi persona, mi hermano y nuestros hijos, os ruego y suplico que no penséis que ello es debido a mi forma de ser sino más bien a la importancia de vuestra ayuda", comienza expresando Cicerón que aquí intenta retóricamente desarrollar el tema "de lo indecible" insistiendo en una supuesta incapacidad de hablar dignamente de un tema

que desde Homero, según los críticos -'Discursos', cit., p. 33, nota 1- aparece con múltiples variantes en la literatura occidental).

En este tipo de exposición literaria, el orador tiende a resaltar los momentos dramáticos ("... Contemplábais cómo el foro permanecía mudo, la curia sin voz y la ciudad silenciosa y abatida", p., 37). Pero no cabe argumentar acontecimientos estrictamente temporales, la calificación jurídica se impone inexorablemente ("Desde el momento que fue designado, nunca dudó en expresar sobre mi situación una opinión digna de él y de la República: al verse vetado (Publio Léntulo, su defensor en el senado) por un tribuno de la plebe (Clodio, cuyo nombre procura no citar), al citársele aquel famoso decreto de que nadie acudiera a vosotros con una proposición, de que nadie promulgara nada al respecto, ni discutiera, hablara, votara o suscribiera, consideró todo esto -tal como he señalado con anterioridad- no una ley sino una proscripción por la cual un ciudadano benemérito de la República (por supuesto, Cicerón), de forma nominal y sin juicio, había sido arrancado de la República y el senado con él" (recurso retórico manifiesto aunque es sabido que Cicerón no esperó en Roma para ser citado a juicio, p. 39).

Cicerón va enumerando a sus amigos y a sus enemigos, no sólo para agradecerles o reprocharles sus conductas, sino para establecer las bases jurídicas de sus postulados: Lucio Calpurnio Pisón y Aulio Gabinio eran los cónsules del 58 "cuyas mentes estrechas, mezquinas, débiles y cubiertas de tinieblas y fango fueron incapaces de intuir, de defender y de comprender el nombre mismo del consulado, el espesor de aquella magistratura y la magnitud de tan gran poder; más que cónsules, fueron traficantes de provincias y mercaderes de vuestra dignidad. Uno de ellos me exigía, ante numeroso auditorio, la presencia de su amante Catilina; el otro, la de Cetego, su primo hermano, estos dos, los mayores criminales nunca conocidos, bandidos más que cónsules, no sólo me abandonaron en un proceso que concernía especialmente a la República y al consulado, sino que me traicionaron, me atacaron y quisieron verme privado de toda ayuda, no sólo de la suya sino también de la vuestra y de la del resto de estamentos" (pp. 39-40).

Pero los argumentos jurídicos tendieron a impresionar los ánimos y no a establecer fundamentos de pretensión conflictiva alguna. Por ello no puede asombrar que Cicerón aduzca: "A su vez vosotros habéis podido valorar con qué ánimo se mostraron hacia mi persona los pretores, ya que Lucio Cecilio se esforzó en apoyarme en privado con todos sus medios; públicamente promulgó una ley sobre mi regreso de acuerdo con casi todos sus colegas y no concedió a los saqueadores de mis bienes la posibilidad de acudir a juicio. Por su parte, Marco Claudio, desde el momento mismo de su designación, manifestó con su voto cuán grato le era mi regreso" (p. 50). Aquí Cicerón no invocó la privación de juicio como ilegalidad ni una injusticia; en su caso sólo importaba que la "*lex de exilio*" violaba la constitución romana que prohibía dictar una ley de forma expresa contra un particular, lo que se denominaba "*privilegium*" (p. 55, n. 58).

Frente al planteamiento retórico que lleva el lineamiento jurídico como venas que recogen de todos los extremos los argumentos para atacar a los enemigos, pero apenas ante un auditorio que atiende a los planteamientos, más con ánimo de aplaudirlos que de juzgarlos, en contraste con esta técnica discursiva, cabe acudir a los discursos del griego Demóstenes.

Demóstenes de Peania, padre del orador, muere dejando a su viuda Ceobula y a sus hijos (Demóstenes de siete años y su hermana de cinco) una considerable fortuna de trece talentos y cuarenta y seis minas. Otorgado el testamento en trance de muerte, contiene la designación de tutores, la concesión de legados, la oferta de matrimonios que condicionan los legados: de su viuda e hija, y reglas para la administración de los haberes cuyo heredero fue su hijo. El documento desapareció y cuando Demóstenes alcanza la mayoría de edad, impugna las cuentas de la tutela y demanda, en primer lugar, a Áfobo uno de los tres tutores, mediante la acción "dike epitropés" en el 364 a.C.

Tal instancia se hizo inicialmente en vía de arbitraje, por lo que el laudo favorable al orador fue impugnado por el demandado y la causa llegó al tribunal, ante el cual Demóstenes pronunció el discurso, el que contiene una minuciosa descripción de los hechos seguida de argumentaciones que mediante medios de confirmación de la dolosa administración conducen a la pretensión de sentencia de condena.

Hay entre los escritos de Demóstenes y las piezas oratorias de Cicerón diversas y obvias diferencias, de entre las que cabe destacar el sentido descriptivo del conflicto y la intención de alcanzar sentencia favorable.

La pretensión final está claramente concretada en la estimación de diez talentos la que fuera aceptada por los jueces. Y con independencia de la técnica legislativa aplicada y en vigor en la Atenas del siglo IV a.C., en la que se aprecia una concentración de actuaciones por efectuarse el trámite en un breve lapso de tiempo, lo importante es que los tres momentos del proceso: postulación, confirmación y conclusiones, se encuentran presentes a todo lo largo del desarrollo de la serie de instancias.

En la audiencia, las afirmaciones (las postulaciones) van seguidas del examen (contradictorio) de lo que en el documento se denominan testimonios (así, al referirse a los bienes, cuántos eran y su calidad productiva, Demóstenes expresa: "Pues bien, en primer lugar presentaré testigos de que concertaron ingresar en mi nombre la citada contribución en la simoría y, a continuación, de que mi padre no me dejó pobre ni tampoco poseedor de una hacienda de setenta minas, sino de una tan grande que ni ellos mismos pudieron, por su cuantía, ocultarla a la ciudad. Tómame este testimonio y léelo", p. 12; adelante agrega: "... si resulta evidente que ha reconocido estos hechos ante Demócrates y las otras personas que se hallaban presentes... ¿cómo no va a ser un hecho manifiesto que ha recibido públicamente la dote, las ochenta minas, y que con harta desvergüenza niega haber entrado en posesión de la misma? como prueba de que digo verdad, toma los testimonios y lee..." p. 15. Con las

lecturas de los testimonios ofrecidos en cada período de su exposición y demanda, las fases procesales se van cumpliendo lógicamente y progresivamente.

En este procedimiento, que ya no era oral puesto que los testimonios constaban por escrito y así se ofrecían al tribunal, dentro de esta técnica, lo importante está en la proyectividad del instar que lleva las afirmaciones, los postulados, desde una parte a la otra a través de un tercero imparcial. Sigue diciendo Demóstenes: "así pues, ¿en cuánto hay que calcular el material relicto, siendo así que, por lo que se ve, abastecía tan importantes talleres (de marfil y de hierro heredados, así como fábricas de lechos y de cuchillerías), y además era vendido por los tutores? ¿En poco o en mucho más que lo que se reclama? toma, pues, estos testimonios y léelos." (p. 20). Y adelante: "...Pues bien, este mismo individuo, que, además de la dote, tomó posesión de las esclavas y habitó la casa, cuando ha de rendir cuentas de estos hechos, dice que se ocupaba de sus negocios; y a tal grado de mezquinidad llegó, que incluso ha privado de sus horarios a mis maestros y no hizo el depósito de algunas contribuciones, pero me las carga en cuenta. Toma ahora estos testimonios y léelos". (p. 24). Tal era la práctica procesal ateniense de la época.

Tendrá necesariamente que meditar en la relación que existe entre el conflicto previo al proceso y el debate dentro de éste.

Ante todo, Demóstenes demanda sólo a uno de los tutores (a Áfobo mediante la "acción", 'rectius': pretensión llamada 'diké apitropés' y, para ello, según la leyenda, tuvo no sólo que estudiar derecho, sino retórica y aún oratoria por su comentada tartamudez). Es interesante advertir que en las exposiciones del rétor se contienen enseñanzas de derecho de familia y sucesiones, de usos y prácticas mercantiles, de usufructo y hasta distinciones entre capital activo y no activo, fortuna visible e invisible.

El problema detrás o antes del proceso es que los tutores debían entregar a Demóstenes, por capital y rentas treinta talentos, Áfobo debía desposar a la viuda y Demofonte a la hija. Cabe advertir que si bien no demanda sino a Áfobo, le requiere apenas diez talentos por ser la tercera parte.

Asimismo, hay que advertir que la pieza intitulada "Contra Áfobo" es un discurso que ha sido pronunciado como réplica a las manifestaciones hechas por Áfobo ("Pues bien jueces, comienza diciendo Demóstenes, sé que, frente a hombres versados en la oratoria y capaces de cualquier manejo, es difícil oponerse en un proceso por la totalidad de su fortuna para quien es completamente inexperto, en cuestiones de éstas a causa de edad. Empero, aunque le soy muy inferior, tengo muchas esperanzas de alcanzar mis derechos en vuestro tribunal y hasta de exponer los hechos e informar suficientemente, de modo que no carezáis del conocimiento de los asuntos, ni siquiera en detalle ni ignoréis los puntos sobre los que habréis de emitir voto. Os suplico, jueces, que me escuchéis con recta intención y, si os parece que he sido víctima de injusticia, me prestéis ayuda justa, que, por mi parte, formularé los alegatos del modo más breve posible a mi alcance.

Por tanto, intentaré, en primer lugar, informaros tomando como punto de partida aquel que os facilite más el conocimiento de los hechos (p. 10).

Todo queda resumido en el periodo transcrito entre paréntesis, Demóstenes procurará exponer los hechos como mejor y más clara y brevemente convenga a sus pretensiones, pues el tiempo del que disponía cada orador para exponer sus alegaciones, era medido por un reloj de agua o clepsidra como puede verse en el volumen citado (p. 14, y sobre todo en Aristóteles, "Constitución de Atenas" 67, 2: "Hay clepsidras que tienen pequeños caños, por los que se desliza el agua, cuya medida determinan los discursos de los juicios: se conceden diez congios -El congio o 'chus', 'khou's' es la medida para los líquidos, contiene 12 cótilos, equivale a tres litros y cuarto aproximadamente..."- para las causas de más de cinco mil dracmas, y tres congios y dos para la réplica; para las de menos de mil cinco congios y dos respectivamente; y seis a las discusiones en las que no admití réplica").

15.- Otro análisis del problema es el que se contempla a partir del caso juzgado James Goldschmidt ("Teoría general del proceso", Barcelona 1936, pp. 38 y ss.) dice: "Sostiene esta teoría (la llamada material de la 'cosa' juzgada) que a la sentencia corresponde una eficacia constitutiva a saber, que la sentencia que declara haber lugar a la demanda constituye, y la sentencia denegatoria extingue el derecho objeto del pleito. Esta teoría descansa en el derecho romano, según el cual la sentencia producía una '*actio iudicati*'. Pero en primer lugar, la concepción de la '*actio iudicati*' parte de una consideración material del derecho, la cual supone como existente la obligación que es objeto del pleito, y, en consecuencia la '*litis contestatio*' y la '*condemnatio*' como ejercicio de esa obligación, de suerte que la '*actio iudicati*' aparece como la última transformación de la obligación original. Es decir, esta concepción es la inversa de aquella otra según la cual la sentencia produce el efecto de constituir un derecho que antes no existía... Tampoco se ajusta al derecho moderno la teoría material de la cosa juzgada. No es aplicable más que a sentencias cuyo objeto es pecuniario; además, no es compatible que a sentencias cuyo objeto no es pecuniario: además, no es aplicable a sentencias constitutivas, no es compatible con el hecho de que el efecto de la cosa juzgada se limita a las personas de los litigantes (artículo 1252 del Código Civil). En vano trata de evitar ese conflicto sustituyendo el derecho que constituye el objeto del pleito, por las relaciones que existen con respecto a él entre las partes. De ese modo renuncia a su fin de producir un acuerdo entre la sentencia y el estado del derecho material. Además, ni siquiera las relaciones siempre obligatorias que existen con respecto al objeto del pleito entre las partes, coinciden en todos los casos con el objeto verdadero, que puede ser un derecho real."

No parece quedar duda que existe la conciencia, inclusive doctrinaria, sobre las diferencias que se dan entre el conflicto real ante-procesal y la sentencia. Pero la explicación sería peligrosa, pesimista, perjudicial y aún nociva, si se invocaran argumentos o tesis como la mencionada por Goldschmidt de la eficacia material de la 'cosa

juzgada', de la eficacia constitutiva del fallo o del efecto extintivo del pronunciamiento respecto del objeto del pleito, en fin, la idea de que es el juez quien hace nacer en su fallo (que puede significar también error) el nuevo derecho. Inclusive, la consecuencia de la facultad judicial para llenar lagunas que va implícita en la tesis de la "lex specialis" es igualmente destructiva, por lo menos de la lógica jurídica, porque si la premisa mayor es una norma objetiva, no vale, no puede decirse que es el juez quien la crea al momento de sentencia como expresa Calamandrei ("Instituciones", *passim*) para aludir a la llamada sentencia o juicio en equidad. No puede admitirse tal esquema, y no porque sea imposible material o políticamente, de poco serviría invocar o aludir a la supuesta división de poderes en el Estado democrático. Lo que viene a oponerse a tal criterio es la lógica, esa especial *sindéresis* del pensamiento jurídico, porque si el juez está llamado a resolver un dilema, lo que realice tiene un antecedente lógico, esa premisa mayor le está presentada, no se le confiere potestad para crearla. En el debate procesal, una y otra parte ha ofrecido la premisa; toca al juez establecer cuál de las dos es la admisible, vigente y aplicable. Aún más, dada la facultad de buscar por sí la propia norma objetiva, cabe que el juez la busque y encuentre por sí, discrepando de ambas partes; pero entonces, el juez ha buscado, ha indagado y ha encontrado, pero no ha inventado.

Queda aislado y precisado el problema: la sentencia está en relación con el debate y no con el conflicto preprocesal. Y la demanda explícita, describe el conflicto, porque antes, en la mente del demandante (acto o acusador) hay la ideación de la contraposición semiótica, hay el discurso jurídico conflictivo que está llamando, que está exigiendo (lógico-jurídicamente) la intervención del reo, la participación de la contraria.

No se va al proceso con las manos vacías, no hay esa "acción como derecho abstracto de obrar", pero tampoco esa otra "como derecho concreto a la tutela jurídica" que vendría a destacar la veracidad del derecho material discutido y preexistente.

Lo que hay, es una ideación, un discurso jurídico, una contraposición semiótica que es la razón de ser del proceso, y que se explicita en el debate intraprocésal.