

ALGUNAS PROPOSICIONES FUNDAMENTALES DE DERECHO PROCESAL *

Por el Dr. Eduardo J. COUTURE.

1. *Derecho y conducta.*—2. *Derecho y proceso.*—3. *Proceso y tutela jurídica.*—4. *Ciencia y técnica del proceso.*—5. *Proposiciones lógicas de derecho procesal.*—6. *Proposiciones ontológicas de derecho procesal.*—7. *Proposiciones axiológicas de derecho procesal.*

1) *Derecho y conducta.*—Kant llamó la atención acerca de la diferencia que hay entre derecho y conducta.¹ Conducta es *honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere*. Derecho es *honeste vive, alterum non laede, suum quique tribue*.

Los tres primeros preceptos son acción; los tres segundos son normas. Ser virtuoso, no dañar y retribuir, son formas de vivencia. Sé virtuoso, no dañes, retribuye, son admoniciones normativas. No matarás es una norma; no matar es una conducta. Castigarás al que mata es una norma; castigar al que mata es una conducta.²

El derecho son las normas. La ciencia del derecho es la rama de la cultura que aspira a conocer las normas jurídicas. La conducta es derecho

* Artículo publicado en “La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”, de Montevideo, año 54, núm. 2 (febrero de 1956), pp. 25-30.

¹ Kant, *Metaphysik der Sitten*, trad. y resumen en el volumen *Introducción a la teoría del derecho*, de Felipe González Vicén (Madrid, 1954), p. 95.

² El presente capítulo aspira a ser una investigación original y no tiene bibliografía dentro de su misma orientación. Cuanto aquí se expone es prolongación, aceptación o disidencia del pensamiento de muchos escritores que han trabajado preferentemente en el campo de la teoría general del derecho. A título de enunciación: Aftalión, *Crítica del saber de los juristas* (La Plata, 1951); Bruera, *Filosofía de la paz* (Buenos Aires, 1953); Carnelli, *La acción procesal* (en “La

en cuanto puede y debe ser juzgada en relación con las normas. La efectividad en la conducta humana es lo que da al derecho positiva vigencia.

Cuando la norma no juzga una conducta, es porque la misma debe considerarse jurídica (*rectius*: no antijurídica) con arreglo al principio de libertad. La libertad jurídica se expresa en el precepto de que toda persona está facultada para optar entre la ejecución y la omisión de lo que, estando jurídicamente permitido, no está jurídicamente ordenado.

El precepto ontológico jurídico de identidad permite afirmar que lo no prohibido jurídicamente es lo jurídicamente permitido. Dicho en los términos de la Constitución, "ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

No hay actos jurídicos *neutros*, como se les ha llamado. Los actos son jurídicamente permitidos o jurídicamente prohibidos. Los actos jurídicamente impuestos son actos jurídicamente permitidos, con arreglo a la proposición que se formulará más adelante, sin facultad de omitirlos. Es claro que en la conducta humana toda omisión es posible, incluso la omisión en el cumplimiento del deber. Pero esa omisión es antijurídica, vale decir contraria a la norma que determina la conducta y como tal, impone o faculta a otros a sancionar al omiso.

Ley", t. 44, p. 849); Cossio, *La teoría egológica del derecho* (Buenos Aires, 1944); el mismo, *El derecho en el derecho judicial* (Buenos Aires, 1945); el mismo, *Teoría de la verdad jurídica* (Buenos Aires, 1954); García Máynez, *Introducción a la lógica jurídica*, (México, 1951); el mismo, *Los principios de la ontología formal del derecho y su expresión simbólica* (México, 1953); el mismo, *Lógica del juicio jurídico* (México, 1955); Gioja, *Lógica formal y lógica jurídica* (en "La Ley", t. 58, p. 1046); Herrera Figueroa, *En torno a la filosofía de los valores* (Tucumán, 1954); Ibáñez de Aldecoa, *Meditaciones sobre la cientificidad dogmática del derecho procesal*, en el volumen "Instituto de Derecho Procesal", Actas del Primer Congreso de Derecho Procesal (Madrid, 1950), y luego reimpresso en Buenos Aires, 1954; Llamblas de Azevedo, *Eidética y aporética del derecho* (Buenos Aires, 1940); el mismo, *El sentido del derecho para la vida humana* (en "Rev. D. J. A.", t. 41, p. 16); Imaz, *La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos* (Buenos Aires, 1954); Lois, *Proceso y forma* (Santiago de Compostela, 1947); Magni, *Logica giuridica e Logica simbolica* (en "Riv. D. Proc.", 1952, I, 117); Mandrioli, *La tutela giurisdizionale specifica dei diritti* (en "Riv. D. Proc.", 1953, I, 30); Perriau, *Las reglas de conducta* (Buenos Aires, 1949); Pound, *The lawyer as a social engineer* (en "Journal of Public Law", de la Emory Law School, Georgia, 1954, p. 292); Segni, *Della tutela giurisdizionale in generale* (en el volumen *Tutela dei diritti del Commentario al Codice Civile*, de Scialoja y Branca —Bologna/Roma, 1953—, p. 282); Soler, *Los valores jurídicos* (en "Rev. J. C.", t. 1, p. 57); el mismo, *La norma llamada individual* (en "La Ley", t. 65, p. 47); Schönke, *La necesidad de la tutela jurídica* (en "Rev. J. C.", t. 1, p. 194; y en "Riv. D. Proc.", 1948, I, p. 132, con apostilla de Carnelutti).

Esta facultad de requerir la sanción da origen al proceso.

2) *Derecho y proceso*.—Los actos del proceso constituyen una conducta determinada en la norma para el caso de omisión de la conducta impuesta o de realización de la conducta prohibida en otra norma. En otras palabras, de obligar al agente de una acción o una omisión, a soportar las consecuencias de su acción o de su omisión (acciones de condena).

En las acciones declarativas o constitutivas, es función del proceso arbitrar los medios para la obtención de un fin lícito que no puede obtenerse de otra manera.

Con arreglo a lo expuesto, en línea general el proceso civil es conducta de realización facultativa, en cuanto que existe libertad del pretensor para optar entre promoverlo y no promoverlo. El proceso penal es, en cambio, de realización obligatoria, pues los agentes del poder público no tienen facultad de omitirlo.

El derecho puede y suele realizarse sin el proceso. Se llama *realización espontánea* del derecho a la conducta cumplida dentro de lo jurídicamente permitido, sea impuesto o no impuesto; y *realización coactiva* a la conducta lograda por medio del proceso.

El proceso no es el único medio de realización coactiva del derecho. Pero es el más importante de todos ellos.

Realizar espontáneamente el derecho es no sólo hacer sin coacción lo jurídicamente impuesto, sino también hacer lo no jurídicamente impuesto. En este caso, se realiza espontáneamente el derecho de libertad.

El derecho, como sistema, se halla implantado sobre la suposición de que los jueces siempre habrán de dar la razón a quienes la tienen. La conducta, en tanto realidad del derecho, sólo permite admitir que eso ocurre normalmente pero no necesariamente.

En último término, la realidad de la tutela jurídica consiste en que, en un lugar geográfico determinado y en un momento histórico determinado, existan jueces independientes, revestidos de autoridad y responsables de sus actos, capaces de dar la razón a quienes ellos creen sinceramente que la tienen. Y que las autoridades encargadas de respetar y ejecutar las sentencias judiciales las respeten y ejecuten positivamente.

Realizar coactivamente el derecho es cumplir la conducta atribuída u ordenada, para que, dentro de la relatividad de las cosas humanas, las previsiones normativas se cumplan efectivamente, ya sea *in natura*, ya sea mediante sustitutivos más o menos idóneos.

La fórmula de norma jurídica *dado A* (hipótesis) *debe ser B* (conducta), coincide con la norma moral y con los usos sociales. En cambio, la fórmula de norma jurídica procesal añade: *dado A debe ser B; o si no lo fuere, puede ser C* (coerción), con lo que se incluye el nuevo elemento *C* que ya no es propio de la moral ni de los usos sociales, los cuales tienen sanciones, pero no tienen formas de realización coercitiva.

Pero la norma jurídica procesal completa dice: *dado A debe ser B; y si no lo fuere, puede ser C previo P* (proceso), con lo cual se incluye un nuevo elemento que establece que no se puede llegar a la coerción sin el proceso.

Invirtiendo el recorrido: el proceso es la conducta, necesariamente previa a la coerción, que puede ser aplicada a aquel que ha realizado u omitido la conducta determinada en la norma.

3) *Proceso y tutela jurídica.*—A diferencia de lo que se ha sostenido,³ la necesidad de la tutela jurídica no es un presupuesto del proceso. El *intérêt d'agir* como se le denomina en la doctrina francesa, sólo es un presupuesto de una sentencia favorable. El derecho no puede suponer que sólo se promoverán litigios fundados. Tampoco puede asegurar que los jueces no se equivocarán nunca. Pero debemos suponer que la efectividad de la tutela jurídica acompaña normalmente a la necesidad de la tutela jurídica.

4) *Ciencia y técnica del proceso.*—La ciencia del proceso civil no tiene como objeto de conocimiento tan sólo los actos procesales: las demandas, las pruebas, las apelaciones, las ejecuciones, las formas y los plazos. Esta concepción errónea ha hecho pensar a algún filósofo que sobre esa base no se puede construir una ciencia de conocimiento de lo real con validez universal.

La ciencia del proceso se asienta sobre sustancias menos frágiles. Es probable que, mediante un esfuerzo de abstracción, sea posible señalar algunas proposiciones relativas a la esencia misma del proceso, no a su exterioridad. Esas proposiciones deben establecer el enlace riguroso del proceso con el derecho. Deben, asimismo, señalar de qué modo el proceso, en tanto tal, es un conjunto de reglas técnicas, en necesaria conexión con el derecho.

Las formas surgen de esas reglas técnicas. Su contenido constituye una ciencia. Las reglas técnicas son sólo medios para la realización de

3 Schönke, *op. cit.*, p. 194.

un fin. La ciencia procura el conocimiento de lo que una cosa es, ordenándola universal y ciertamente en el mundo conocido. Las reglas técnicas, en cambio, dicen cuáles son los medios a los que se debe necesariamente acudir para lograr ciertos fines. La ciencia no encara un hacer, sino un ser

La ciencia aplicada es una suma de conocimientos científicos y técnicos adaptados a un objeto útil. El derecho procesal es, en este sentido, ciencia aplicada.

Sólo en este campo, muy restringido, del conocimiento y manejo de las reglas técnicas y el aseguramiento de sus fines sociológicos, parece aceptable la aseveración, más metafórica que jurídica, de que el jurista es un ingeniero social.⁴

En cuanto ciencia, quienes la cultiven deben procurar el hallazgo de aquellas proposiciones arriba mencionadas, aptas para dar al conocimiento del proceso comunicación con lo real, al mismo tiempo que validez universal.

Esas proposiciones pueden referirse, en nuestro concepto, al orden lógico, ontológico o axiológico del proceso.

Cuanto a continuación se expone es una propuesta de fundamentación científica, lógica, ontológica y axiológica, de la ciencia del proceso.

5) *Proposiciones lógicas de derecho procesal.*—Los principios de la lógica jurídica tienen vigencia en la ciencia del proceso. Las proposiciones de lógica general se hacen proposiciones lógico-procesales cuando se aplican al objeto proceso.

Esto no significa que toda norma, en cuanto tal, deba ser lógicamente exacta. El precepto del artículo 51 de nuestro código civil que determina que “a los ojos de la ley el ausente, ni está vivo ni está muerto”, puede ser lógicamente incorrecto. Pero no lo es jurídicamente.

Existe una lógica jurídica procesal que se impone al legislador y que éste no puede recusar, a riesgo de invalidar su propia función. He aquí algunas proposiciones de esta índole:

a) *Ejercicio del derecho. La parte que tiene derecho a demandar, tiene también la facultad de no hacerlo.*

Esto acontece porque todo derecho es de ejercicio facultativo. Si no lo fuera, será deber. En materia civil, y en particular en derecho privado, la demanda está concebida como una facultad. El titular del derecho es libre para ejercer o no esa facultad. La situación es distinta en materia penal.

4 Pound, *op. cit.*, p. 294.

En algunos casos en que la ley impone la obligación de demandar, la omisión se castiga con la pérdida del derecho, pero no con la demanda *ex officio*, con arreglo a la proposición a) del parágrafo siguiente.

b) *Cumplimiento del deber. La parte que tiene el deber de demandar, tiene también el derecho de hacerlo, pero no de omitirlo.*

Si el cumplimiento del deber no fuere acompañado del derecho de ejercerlo, el deber dejaría de serlo por privación del medio necesario para cumplirlo.

Cuando la ley obliga a demandar y el obligado lo omitiere, la misma norma establece las consecuencias de la omisión.

c) *Ejercicio de la defensa. La parte que tiene el derecho de defenderse, tiene también la facultad de no hacerlo.*

La defensa es un derecho del demandado, como la demanda lo es del actor. Se rige, pues, por el principio lógico que inspira la proposición a). El que en uso de su libertad no ejerce su derecho de defenderse, se atiene a las consecuencias, ya que, además de derecho, la defensa es una carga procesal.

d) *Eficacia de las pruebas. Dos pruebas igualmente eficaces que prueben dos hechos jurídicamente excluyentes, no pueden ser válidas en un mismo lugar y tiempo.*

Con arreglo al principio ontológico de no contradicción, una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. Si los documentos fueren, por ejemplo, sucesivos, el segundo prevalece sobre el primero. Si son de distinto lugar, cada uno valdrá lo que determine la ley en su lugar.

Las dos pruebas deben ser igualmente eficaces. Si no lo fueren, la más eficaz prevalece sobre la otra.

e) *Eficacia de la cosa juzgada. Dos sentencias contradictorias pasadas en autoridad de cosa juzgada, no pueden ser válidas en un mismo lugar y tiempo.*

También por aplicación del principio de no contradicción, una conducta no puede ser permitida y prohibida al mismo tiempo. Lo que una sentencia declare, no puede ser válidamente negado por otra. La cosa juzgada es, como se ha dicho, óbice de procedibilidad para un juicio ulterior. El segundo proceso es jurídicamente innecesario. La no existencia de cosa juzgada anterior es un presupuesto procesal. La segunda, no es cosa juzgada.

f) *Prohibición de un acto. Toda vez que la ley prohíbe realizar un acto procesal, se entienden prohibidos todos aquellos otros que supondrían indirectamente la realización de aquél.*

De acuerdo con el principio de no contradicción, una cosa no puede suponerse prohibida y permitida a un mismo tiempo. La permisón indirecta significa invalidar la prohibición. Ambas normas, la prohibitiva y la permisiva, no pueden, por las razones ya dadas, ser igualmente válidas en un mismo lugar y tiempo.

6) *Proposiciones ontológicas de derecho procesal.*—La ciencia del proceso tiene, además, proposiciones ontológicas: afirmaciones cuyo contenido dice relación con la esencia de su objeto. Son razones de ser de la conducta jurídica, inherentes a la sustancia misma del proceso.

Pero a diferencia de las proposiciones lógicas, que sólo son verdades de razón, éstas son al mismo tiempo verdades de experiencia.

Una experiencia secular ha mostrado su certeza y muchas de ellas han salido del campo del derecho para integrar el patrimonio de la cultura común de nuestro tiempo.

He aquí, también a título de ejemplo, algunas de ellas.

a) *Libertad de demandar. Nadie puede ser obligado a demandar en asuntos de interés privado.*

El derecho a demandar es un poder jurídico de ejercicio facultativo. La obligación de demandar le quitaría su carácter de atributo de la libertad, para hacerlo entrar en el ámbito de los deberes jurídicos.

La excepción es cuando el pretensor difama: *diffamare statum ingeniorum, seu errore, seu malignitate, iniquum est.*⁵ En ese caso, como en otros análogos, la ley instituye la carga procesal de demandar. Transforma el derecho en un imperativo del propio interés (jactancia, embargo preventivo, etc.).

b) *Acceso al tribunal. A nadie puede ser negado el acceso al tribunal para demandar en juicio.*

El derecho a demandar es inherente a la persona humana, tal como reiteradamente ha tratado de demostrarse. Es, incluso, inherente a la persona humana de los que no tienen razón para pretender de los jueces algo contra alguien. Sería mejor que no fuera así, si ello fuese posible. Pero no es posible.

Aparte de la admonición de la experiencia, la proposición se apoya en el principio lógico de que los órganos legislativos no pueden prohibir lo que permiten ni permitir impunemente lo que vedan.

c) *Derecho de defensa. Nadie puede ser condenado sin tener oportunidad de ser escuchado.*

⁵ *Cod.*, 7, 14, 5.

Si a *C* (coerción) no se puede llegar sin *P* (proceso), a *P* no se puede llegar sin *D* (defensa). Todo juicio es relación de dos o más términos. Sin defensa, queda omitido el conocimiento de uno de los términos. En el proceso dialéctico, como se ha dicho, la demanda es tesis, la defensa antítesis y la sentencia síntesis. No puede haber síntesis sin tesis o sin antítesis.

Pero la parte que, con arreglo al precepto precedente, pudiendo hacer u omitir su defensa, opta por la omisión, acepta que el juicio se reduzca a la relación entre la demanda como tesis y el saber del juez como antítesis.

d) Autoproducción de prueba. Nadie puede hacer por sí mismo prueba en su favor.

La prueba civil es la confirmación de una proposición, mediante una cosa o hecho tomados de la realidad. Si el que tiene que demostrar la verdad de su proposición pudiera por sí mismo crear la realidad apta para confirmarla, el juicio carecería de razón suficiente. En ese caso, la proposición y la razón de la proposición tendrían un mismo origen: la voluntad del proponente o pretensor. Se juzgaría la proposición por la misma voluntad del proponente y no por la realidad exterior, idónea para confirmarla.

Distinta es la situación de la prueba en contra, pues en este caso la proposición no tiene la misma fuente que la demostración. O la voluntad que inspiró la proposición se ha modificado demostrando el error de lo anterior, o la demostración responde a una circunstancia más fuerte que el interés: la verdad.

e) Juicio del juez. Nadie puede ser juez en causa propia.

Todo juicio supone una razón idónea. La razón se tuerce frente a aquellas circunstancias que, como el interés o el amor propio, son frecuentemente más fuertes que el propio sentimiento del deber.

Juzgar bajo la presión de esos sentimientos es juzgar sin razón, o bajo el imperio de fuerzas más poderosas que la razón.

El juicio en causa propia puede ser un juicio cierto. Pero el derecho, por tradición inmemorial, no quiere que se emita ese juicio, ni aunque sea cierto.

f) Contenido de la sentencia. La sentencia que no decide la causa no es sentencia.

Ontológicamente, el sentido de la sentencia es decidir la causa. Si no la decide, frustra su ser. No vale como acto procesal, sino como hecho procesal.

El proceso se decide por acto de juicio. Sin juicio, en sentido lógico, es decir, sin la aserción de que a tal objeto conviene tal o cual determinación, no hay juicio en sentido jurídico, es decir, atribución de un derecho o imposición de un deber a uno o más sujetos.

Ontológicamente, la omisión del juez en acoger o rechazar la pretensión del demandante, priva a la sentencia de su condición de tal.

7) *Proposiciones axiológicas de derecho procesal.*—A las proposiciones lógicas y ontológicas se unen las axiológicas. Estas atañen a la función del proceso, a su deber ser como tal. Son también, como las proposiciones anteriores, verdades de razón al mismo tiempo que de experiencia.

He aquí, siempre por vía de ejemplo, algunas de ellas:

a) *Omisión de cumplir el deber. La parte que omite la conducta procesal que la ley le impone, sufre las consecuencias de su omisión.*

El fin de la conducta impuesta consiste en hacer efectivos los valores que el derecho debe asegurar. La omisión de la conducta impuesta tiene como consecuencia axiológica la responsabilidad.

Esa responsabilidad puede ser penal, civil, administrativa, disciplinaria, etc.

En las cargas procesales, la consecuencia no es la responsabilidad, sino el sacrificio del propio interés.

b) *Omisión de ejercer el derecho. La parte que omite la conducta procesal para la cual la ley la faculta, sufre las consecuencias de su omisión.*

A diferencia de la omisión del deber, que debe aparejar perjuicio, la omisión de ejercicio del derecho sólo supone privación de beneficio.

La conducta del que omite un deber es antijurídica. La conducta del que omite el ejercicio de un derecho no lo es. Es un acto de estimativa del titular del derecho, que lo ejercitará o no en la medida de su interés material o moral.

c) *Coercibilidad de la cosa juzgada. La cosa juzgada que impone una conducta es necesariamente coercible.*

La imperatividad propia del derecho se hace efectiva mediante la imperatividad propia de la cosa juzgada. Privada la cosa juzgada que impone una conducta de su condición de ejecutabilidad, privaría al derecho del atributo que lo distingue de la moral y de los usos sociales.

Pero el titular del derecho a ejecutar la cosa juzgada es libre de hacerlo o no, según lo dicho precedentemente. La coerción no es una

necesidad, sino una eventualidad. La nota axiológica de la cosa juzgada es su coercibilidad, no su coerción.

d) Dolo de la cosa juzgada. La cosa juzgada obtenida con dolo, no vale como cosa juzgada.

El dolo obsta al juicio. Al desnaturalizar en su esencia la tesis o la antítesis, o ambas, hace imposible la síntesis cuya fuerza compulsoria es la cosa juzgada.

Valen aquí las razones ya anticipadas relativas a la estructura dialéctica del proceso, proyectadas hacia el fin del mismo.

e) Predominio de la cosa juzgada. La conducta determinada en la cosa juzgada prevalece sobre la conducta determinada en la ley.

Si la cosa juzgada no prevaleciera sobre la ley, las partes quedarían habilitadas para seguir discutiendo el alcance de la ley, con lo cual quedaría invalidada la cosa juzgada.

¿Y cuándo la cosa juzgada es errónea y va contra la ley? Prevalece la cosa juzgada. Aquí comienza el discurso final, e inmortal, de Sócrates.⁶

⁶ *Critón*, 50: "¿Crees que puede persistir, sin arruinarse, aquella ciudad en que las decisiones judiciales nada pueden y en que los particulares las anulen y depongan a su señorío?"