

EL PROCESO COMO RESPUESTA DEL DERECHO AL CONFLICTO SOCIAL *

por Jerónimo Corral Genicio **

RESUMEN

El presente trabajo ofrece una reflexión sobre la juridificación del conflicto, entendido éste como una manifestación social previa al fenómeno jurídico. Sosteniendo que la dimensión conflictual es tan constitutiva de lo humano social que el Derecho ha de juridificarla, aparece una de las instituciones arquetípicas de nuestra disciplina: el proceso, y necesariamente unido a él, el Poder o Autoridad que lo conduce. Para la demostración de la anterior tesis se ofrece una argumentación histórica, otra técnico-procesal y otra filosófico-sociológica, sin perjuicio de otros modelos interpretativos, como el puramente filosófico.

PALABRAS CLAVE

Proceso, Sociología Jurídica, Violencia, Conflicto, Poder, Decisión judicial, Necesidad jurídica, Justicia, Ley, Autotutela, Heterotutela.

SUMARIO

1. Aspectos introductorias. 2. Aproximaciones al fenómeno conflictual. 3. Aspectos históricos en la formación del proceso. 4. Una aproximación técnico-procesal. 5. Modelos explicativos del proceso. 6. El proceso como institución social. 7. Para una sociología del proceso. 8. Bibliografía.

1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS.

Si Jhering decía ya en 1907 que "wie die Wärme oder Elektrizität dir Körper, so durchdringt heutzutage das Recht die Wirklichkeit" (tal cual el calor o la electricidad penetran en los cuerpos, así penetra hoy en día **el Derecho en la realidad**)¹, hoy no sería exagerado afirmar, recogiendo la tradición de Weber, Geiger, Gurvitch, Ehrlich y de otros tantos fundadores de una ciencia sociológica para el Derecho², que también la realidad penetra en el Derecho, tanto en su fase generativa como en la de aplicación³.

Si el Derecho forma parte de la realidad, y más especialmente de la social, parece que no se puede negar la palabra a la ciencia cuyo objeto sea el fenómeno humano colectivo. Con Sánchez de la Torre, "la Sociología del Derecho asume la realidad jurídica en su proyección normativa. Mas la proyección normativa viene enfocada desde la propia sociedad global, o sea, desde la categorización típica en la cual tiene sentido. Esta categorización es el marco situacional, el *topos*, el *situs*, el *ubi*, corte transversal sincrónico del proceso cambiante de la realidad en que transcurre la coexistencia humana. Es en este punto de ubicación donde aparece, junto con la necesidad del orden social, el estímulo de la

* Fecha de recepción: 24 de junio de 2006. Fecha de aceptación/publicación: 27 de octubre de 2006.

** Abogado. Doctorando en Filosofía del Derecho en la UNED (España).

¹ Rudolf von Jhering, *Geist des Römischen Rechts*, II (1907), pág. 8, cit. por Elías de Tejada, *Tratado de Filosofía del Derecho*, tomo II, Universidad de Sevilla, 1977, pág. 594.

² Vid. Renato Treves, *La Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*. Trad. de Manuel Atienza, Ariel Derecho, Barcelona 1988, en especial págs. 19-133.

³ Ya que el Derecho, como afirman, entre otros, los representantes de la *Interessenjurisprudenz* (Heck, Rümelin), no sólo baja a aplicarse a la realidad, sino que la efectiva realidad vivida es la que sirve de **fundamento** a lo jurídico.

especialización funcional del orden jurídico. El Derecho aparece así, no sólo como resulta para los juristas que lo conocen y aplican, *regula et facultas agendi*, sino también al establecer pautas ordenadoras que afecten al conjunto de la humanidad, *vinculum societatis humanae*⁴. Es decir, que existe un orden social (normatividad social), que se alimenta, estimula y fructifica por el orden jurídico (normatividad jurídica).

Esto obliga al jurista a emplear el prisma sociológico en el estudio de ciertas manifestaciones jurídicas clásicas; en este sentido, es objeto del presente trabajo ofrecer cauces de demostración para entender que el proceso jurídico, entendido como "el instrumento que ostenta la jurisdicción para la resolución definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales⁵", tiene su **origen social** en el conflicto. Dicho de otro modo, de cómo la dimensión conflictual es tan constitutiva de lo humano social que el Derecho ha de juridificarla, dando lugar a una de las instituciones arquetípicas de nuestra disciplina: el proceso, y necesariamente unido a él, el Poder o Autoridad que lo conduce.

El presente trabajo ofrece una argumentación histórica, otra técnico-procesal y otra filosófico-sociológica para la demostración de la anterior tesis, sin perjuicio de otros modelos interpretativos, como el puramente filosófico. Basten aquí dos reseñas de este último planteamiento. La primera se debe a Francisco Carpintero⁶, que parte del concepto kantiano de persona, la cual posee una *Freiheitssphäre* o esfera de libertad, que busca imponerse y defenderse (Jhering, Radbruch), lo que se refleja en el orden jurídico: "en un mundo de sujetos egoístas es necesario un forcejeo que lleve a un **equilibrio** o **ajustamiento** de los intereses de los sujetos que luchan por imponerse, y el **derecho** sería el resultado de esa pelea, de la fuerza en definitiva" (*Ibid.*, pág. 15). A pesar de este conflictualismo, Carpintero reniega de construir una Filosofía del Derecho que parta del *bad man* de Holmes o de la teoría de los derechos antinómicos de Bobbio⁷, siendo el pacto la única categoría jurídica admisible como fundante, e incluso la *oculta obviedad* de que es el propio ordenamiento jurídico el que hace posible el ejercicio pacífico y legítimo de los derechos individuales.

Otra aproximación puramente filosófica a la realidad del proceso en la esfera jurídica es la de Frison-Roche, que entiende la dialéctica del conflicto como una transformación *sui generis* de la violencia: "Ainsi, il y a tout à la fois de la guerre et de la paix dans le mécanisme du procès, une dialectique du conflit qui aboutit à l'apaisement social recherché. La

⁴ Angel Sánchez de la Torre, *Sociología del Derecho*, ed. Tecnos, Madrid 1987, pág. 119.

⁵ Moreno Catena, Víctor; Cortés Domínguez, Valentín; Gimeno Sendra, Vicente: *Introducción al Derecho procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1993, pág. 225.

⁶ Francisco Carpintero, *Derecho y Ontología jurídicas*, Ed. Actas, Madrid 1993.

⁷ Norberto Bobbio sostiene una especie de teoría de vasos comunicantes en las esferas jurídicas de los individuos, de manera que cuando el poder de uno aumenta, ha de disminuir la libertad de otro. La realización del Derecho es antonomasia porque sólo se entiende en detrimento de derechos ajenos.

Vid. *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís, Ed. Sistema, Madrid 1991.

procédure opère une transformation de la violence (...) le procès est l'organisation mécanique d'un ralentissement de la violence s'épuisant et se vidant par le sas procédural qui permet seul son arrêt par le jugement⁸.

2. APROXIMACIONES AL FENÓMENO CONFLICTUAL.

2.1 La relación bipolar justicia-conflicto y el papel del juez.

Para Perfecto Andrés Ibáñez, se trata de términos que han ido y van siempre unidos. Sin embargo, han cambiado los términos de la relación: "Tradicionalmente el aparato judicial incidía sobre el conflicto para componerlo o reprimirlo. Era, antes que nada, una instancia, no neutral, pero sí pacífica y pacificadora. Hoy el propio palacio de justicia se ha hecho permeable al conflicto y ha terminado siendo un ámbito conflictual en sí mismo. A la vez, las relaciones sociales, la conflictividad social, en un mundo como el actual, particularmente fluido, cambiante y abierto a lo imprevisible, ha adquirido una indudable dimensión de instancia explícitamente reguladora en la que todo mediador debe necesariamente leer ante la insuficiencia y la parquedad, muchas veces, del dato normativo⁹". Estos nuevos ingredientes alumbran un giro en el marco de la jurisdicción. En el ámbito profesional de la magistratura, el movimiento *Jueces para la Democracia* pide en su documento fundacional "un nuevo tipo de juez, capaz de expresar una sensibilidad diferente, capaz de asumir con rigor una concreta responsabilidad histórica: la de abrir el Derecho a los nuevos principios que la Constitución expresa. La de mediar en clave progresiva en los conflictos sociales" (*Ibid.*, pág. 26).

La decisión judicial **no sólo** ha de resolver el conflicto amparándose en la norma. De lo que se trata es que desaparezcan los conflictos, dado un determinado modelo político y social¹⁰. Por eso anima Elías Díaz: "El juez debe salvarse y liberarse junto con la norma, junto con el Derecho, cumpliendo una función creadora en la aplicación de la norma, contribuyendo a su vez para que ésta sea, cada vez más, auténtica expresión de la voluntad de la sociedad de que se trate, realizando un juicio crítico de la legislación vigente con objeto de ayudar así a su transformación hacia objetivos progresivos de carácter amplia y genuinamente democrático¹¹". Esto responde al fenómeno del desplazamiento de una parte de la responsabilidad ordenadora que compete al legislativo hacia el poder judicial; de hecho, es el juez quien va

⁸ Marie Anne Frison-Roche, "La philosophie du procès, propos introductifs", en *Archives du Philosophie du Droit*, t.39, Sirey, Paris 1995, págs. 20-21.

⁹ Perfecto Andrés Ibáñez, *Justicia/conflicto*, Ed. Tecnos, Madrid 1988, pág. 11.

¹⁰ Aquí se podría decir, con José María Mardones, que "resuenan lejanos ecos de la tradición aristotélica, que cultivaba la ciencia para ser más y mejores hombres en una buena sociedad o vida buena (*pros to eu shen holos*)". Vid. *Filosofía de las ciencias humanas y sociales*, Ed. Anthropos, Madrid 1991, pág. 49.

¹¹ Elías Díaz, en el *Escrito preliminar* a la edición castellana de *El juez y la sociedad*, de Renato Treves, cit. por Andrés Ibáñez, *ibid.*, pág. 98.

estando políticamente presente en la sociedad: ya hemos visto cómo la Administración de Justicia es un universo conflictual en sí¹².

2.2 El problema del conflicto reconducido a la relación Derecho-Poder.

Hay dos presupuestos antropológicos básicos en el Poder: la circunstancia de que el hombre viva en sociedad, y el hecho de que el hombre esté dotado, de una parte, de fuerza física, y de otra, de capacidades intelectuales. Pues bien, cuando el Poder se regula e institucionaliza, se convierte en autoridad, y aparece el Estado: "tan pronto como un grupo mayor de hombres se da un ordenamiento jurídico en un determinado territorio y establece un tribunal, hablamos de un Estado¹³". Efectivamente, los politólogos hablan de un triple elemento en la constitución de un Estado: el territorial, el normativo, y el elemento de institucionalización de los conflictos, o uso normado del Poder. En el tribunal, el poder de un individuo frente a otro se diluye; el Derecho no suprime el poder, atenúa su arbitrariedad. El poder que pierde el individuo lo gana el Estado: históricamente, como veremos más adelante, se pasa de la relación desigual de dominación -intersubjetiva- a la *auctoritas* o *potestas* -pública-. Esta distribución entre Derecho y Poder es la Política, llamada así desde la Antigüedad clásica: "la *politiké techné* define la capacidad de administrar una polis de forma que los ciudadanos de una misma ciudad y de las otras ciudades vivan en común de forma provechosa" (*Ibid.*, pág. 261). Y es este equilibrio el que tiene que ser redescubierto, una y otra vez: hemos vuelto a topar con el problema de la justicia, que se manifiesta como lucha-por-la-justicia, el **incesante esfuerzo** del que habla el Corpus Iuris Civilis, *constans et perpetua voluntas*. Y viene a ilustrar muy bien esta última idea el contenido de un texto en papiro procedente de la isla de Elefantina, en el Nilo (Alto Egipto), datado hacia el siglo V a.C., atribuido a una comunidad de mercenarios samaritanos, y que se entiende como un texto apócrifo del Génesis: "Cuando en la noche del quinto día de la creación el mundo estuvo listo y Dios pensó en crear al hombre según su imagen, convocó a los ángeles del consejo real. Rodearon su trono y el ángel del Amor habló primero: - ¡Señor, no lo hagas! El hombre sólo se amará a sí mismo, nunca podrá alcanzar tu Amor-. Después el ángel de la Verdad levantó su voz: -¡Señor, no lo hagas! El hombre perseguirá la mentira; sólo querrá reconocer lo que les es útil-. El ángel de la Justicia advirtió el tercero: -¡Señor, no lo

¹² "La vigente situación del modelo de Estado acogido por nuestra Constitución comporta lo que Ippolito ha descrito como *la gradual expansión del rol de la jurisdicción*, que tiene que intervenir en terrenos inéditos y hacer frente a situaciones que no hace mucho eran francamente imprevisibles, y con instrumentos de dudosa idoneidad (...) el juez del Estado de Derecho se encuentra como si el suelo se hubiera movido bajo sus pies, inmerso en un contexto cualitativamente diferente y particularmente problemático, el propio de la crisis del Estado social, que proyecta sobre ella [la sociedad] demandas profundamente contradictorias que la colocan en permanente conflicto consigo misma y ponen también en crisis sus propias señas institucionales de identidad" (*Ibid.*, págs. 124-125).

¹³ Alexander Demandt (ed.), *Los grandes procesos*, trad. de Enrique Gavilán, Ed. Crítica, Barcelona 1993, pág. 259.

hagas! El hombre hará pasar el Poder por delante del Derecho, tu justicia será despreciada-. Pero llegó el diablo. Era astuto y sabía que el hombre se asemejaría más a él que a Dios. Habló y dijo: -Señor, tienes que crear al hombre, pues si no tu creación no quedará coronada-. Dios reflexionó y decidió: -Bien, lo crearé. Pero debe ser el único de todos los seres eternamente inacabado. **Debe llevar siempre amor, verdad y justicia como imagen mía, y nunca las realizará**-. Entonces de la noche se hizo la mañana del sexto día¹⁴.

2.3 El conflicto como razón del Derecho.

La necesidad de resolver los conflictos constituye un presupuesto justificador de la existencia del Derecho, junto con otros motivos, como la escasez y el altruismo limitado¹⁵. Estas situaciones favorecen la violencia y el uso de la fuerza, que es consustancial al ser humano, por lo que se precisa la intervención de otra fuerza racional y sometida a reglamentación, el Derecho, con el fin de limitar y excluir la violencia espontánea como forma habitual de comportamiento social. Se puede hablar de una dialéctica de violencias, la del interés propio y la normada, del interés común. La violencia institucionalizada y sancionada por el Poder se justifica porque produce seguridad, que actúa a modo de síntesis entre la tesis violencia y la antítesis represión estatal. Tal seguridad constituye el origen de la moderna cultura político-jurídica que, junto con la llamada ética pública de la modernidad, va perfilando otros valores políticos, como la libertad, la igualdad, la tolerancia y la solidaridad.

La heterotutela de los intereses no sólo es una exigencia de estabilidad social -a nadie se le ocurre discutir que la autotutela vendría a proclamar el reinado del poder fáctico frente a la razón-, sino una manifestación propia de lo jurídico, en su faceta socializadora -el Derecho como forma de organización social, o de endoculturización -la integración de las personas en la vida social y en un sistema de valores.

2.4 Una referencia al sistema anglosajón.

El papel del proceso judicial cobra una especial importancia en el ámbito anglosajón, donde se ha definido el Derecho como las predicciones de lo que harán los jueces¹⁶, en una postura que desde el sistema continental se puede fácilmente calificar como un exagerado realismo judicialista. Lo que sigue es un breve resumen del pensamiento sociológico-jurídico de Roger Cotterrell, catedrático de Teoría del Derecho en el Queen Mary and Westfield College de la London University, en lo que se refiere a la naturaleza y funciones de los litigios¹⁷. En su opinión, éstos son "una **relación social** creada cuando alguien -individuo, grupo u organización- tiene un agravio, hace una petición, y esta demanda es

¹⁴ *Ibid.*, págs. 276-277.

¹⁵ Sigo aquí la opinión de Peces-Barba, en "Las razones del Derecho", diario ABC, 31-1-96, pág. 3.

¹⁶ Debida al juez Oliver Wendell Holmes, en su *Common Law* (1881), cit. por José María Rodríguez Paniagua, *Historia del pensamiento jurídico*, vol. II, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, UCM, Madrid 1993, págs. 565 ss.

¹⁷ Roger Cotterrell, *Introducción a la Sociología del Derecho*, trad. de Carlos Pérez Ruiz, prólogo de A.E. Pérez-Luño, Ed. Ariel, Barcelona 1991, en especial págs. 177-209.

rechazada" (*Ibid.*, pág. 181). En tal caso se acude al tribunal como foro de resolución. Un primer aspecto ha quedado claro: el del origen social del conflicto, que crea la necesidad de acudir a un foro especializado, imparcial e institucional.

Como intento de construir un análisis teórico-funcionalista aplicable a todas las sociedades se puede calificar la definición de *tribunal* de Theodore Becker: " (i) una persona o grupo de personas (ii) con poder para decidir un litigio, (iii) ante quien las partes o sus representantes presentan los hechos en disputa y citan los principios normativos existentes, expresos -en estatutos, constituciones, reglas, casos previos- que (iv) son aplicados por ésta o éstas personas, (v) que creen que deben atender a la presentación de los hechos y aplican tales principios normativos imparcialmente, objetivamente o con ecuanimidad, (vi) que pueden también decidir, y (vii) como un cuerpo independiente¹⁸".

Dado un tribunal, cuya tarea central es resolver conflictos, Cotterrell se pregunta por su verdadera capacitación hacia esta función, y si son los conflictos la tarea más importante en el trabajo de los tribunales. A ello responde: en la medida en que el *modus operandi* de los jueces se basa en la **adjudicación** -dar una solución dicotómica al conflicto, de manera que una parte ve afirmada su petición, y la otra negada-, la resolución judicial aparece como una estructura decisor-vencedor contra vencido, rompiéndose la relación triádica de los contendientes, que acuden a un tercero imparcial para solucionar su conflicto. La sentencia judicial no tiene así la virtualidad de ser la categoría de verdadera solución del conflicto, porque la adjudicación rompe con la igualdad de los litigantes, lo que no ocurre en los casos de consenso -mediación, negociación, transacción-. Además la decisión jurídica tiene una marcada orientación hacia el pasado, porque se interpreta y decide en función de un cuerpo normativo, una jurisprudencia y una doctrina dada con anterioridad, "pero la resolución de conflictos puede necesitar también de una planificación innovadora, y el establecimiento de medidas que rijan las futuras conductas y acontecimientos sobre el Derecho se entiende mejor, así, no como resolución de conflictos en primer lugar, sino como afirmación del orden normativo, como definición de términos de doctrina política, del modo en que ha de entenderse una situación o relación social particular¹⁹".

¹⁸ T.L. Becker, *Comparative Judicial Politics: The Political Functionings of Courts*, Chicago 1970, cit. por Cotterrell, *op. cit.*, págs. 178-179.

¹⁹ *Ibid.*, pág. 182. Que la resolución de conflictos sea la primera función social del Derecho lo sostiene también Karl Llewellyn, para quien existen cinco funciones primordiales: la función de reacción o sancionadora (resolución de conflictos), la función de orden o reguladora (orientación del comportamiento), la función constitucional (legitimación y organización del Poder), la función de planificación o configuradora (configuración de las condiciones de vida), y la función de supervisión (cuidado del Derecho); y las resume diciendo que la principal función del Derecho consiste en la integración del grupo -*job of producing and maintaining the groupness of a group*- (Manfred Rehbinder, *Sociología del Derecho*, trad. de Gregorio Robles, Ed. Pirámide, Madrid 1981, págs. 155-170).

En cuanto a la existencia de conflicto como parte fundamental en la labor del tribunal, diversos sociólogos norteamericanos -Friedman, Percival, Shapiro²⁰- han hecho notar que en la mayoría de los procesos se pierde la estructura conflictual por la aparición de pactos previos al juicio, o confesiones de culpabilidad o reconocimiento de la pretensión de la contraparte, o incomparecencia de las partes. Muchos procesos son meros recolectores de solicitudes administrativas, como todos en los que los acreedores, fundados en un título suficiente, pretender cobrar sus deudas contra deudores que, si asistieran siempre a las vistas, colapsarían totalmente el funcionamiento de los juzgados. Frente a estos hechos, algún autor prefiere decir que la función del tribunal **no es resolver conflictos, sino simplemente juzgar**²¹. En este sentido, entiendo que acierta nuestra Constitución al reconocer que la función de los tribunales es *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado* (art. 117.3).

Desde una perspectiva más general, se puede seguir la relación *necesidad jurídica-existencia efectiva del Derecho* en Cotterrell a través de la siguiente premisa, que toma de Weber: "La marca distintiva de un orden jurídico es la presencia de un staff ocupado en su cumplimiento, un grupo de personas cuyas actividades demuestran que la conformidad con las demandas del Derecho no es opcional, sino forzosa²²". ¿Qué es *necesidad jurídica*? Un problema o queja de un ciudadano, lo que ya implica un orden político preexistente y efectivo, que al no ser atendida voluntariamente, reclama la intervención de una estructura coactiva, aun a sabiendas del mayor coste en tiempo, dinero, preocupación y esfuerzo. El Derecho aparece así en Cotterrell como un remedio subsidiario a la ineficacia o imposibilidad de consenso en la conflictualidad social. Pero creemos que el uso del Derecho no pasa siempre por el ámbito judicial; hay intereses privados que no encuentran terceros opositores, e invocar lo jurídico no equivale en modo alguno a sostener una demanda o defenderse de ella²³.

Ciertamente hay que considerar el Derecho como una realidad más amplia. Incluso en el particular -y a veces reducido- modelo hobbesiano el Derecho es el reflejo o garantía de un acuerdo colectivo imaginario por el que cada miembro renuncia a una parte de su libertad individual en aras de la libertad y seguridad comunes. Esto explica cómo el orden común

²⁰ Vid. M. Shapiro, *Courts: A comparative and political analysis*, University of Chicago Press, Chicago 1980; L.M. Friedman and R.V. Percival, "A tale of two courts", in *Law&Society*, Rev 267-301, citados por Cotterrell, *op. cit.*, págs. 182 ss.

²¹ M. Cain, *Where are the disputes? A study of a first instance civil court in the UK*, in Cain and Kulasar (eds.), 1983, cit. por Cotterrell, *op. cit.*, págs. 183-184.

²² *Op. cit.*, pág. 209.

²³ Cuando Hernández Gil comenta el realismo judicialista de Alvaro D'Ors, para quien el Derecho es "ante todo, un ser y sólo secundariamente un deber ser; el Derecho procede del iudicium y no a la inversa; Derecho es lo que el juez considera justo", objeta: "¿No hay un Derecho más espontáneo, más irreflexivo, producido en el curso de la vida, insensiblemente? ¿La diaria compraventa doméstica, el uso de las vías públicas, la relación de parentesco, etc., sólo tienen significado jurídico con vistas a una posible situación de conflicto?" (Antonio Hernández Gil, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, en Obras completas, t.V, Espasa-Calpe, Madrid 1988, págs. 520-522).

sirve de punto medio -el *mesotés* aristotélico- o equilibrio en los conflictos de intereses individuales, pero también es un germen de la idea de función bienestar social y la función justicia que han de ser promovidas por el Derecho. Roscoe Pound, que acuña el término *social engineering*, piensa que el Derecho asegura la cohesión social y el cambio ordenado, armonizando los intereses en conflicto²⁴. Estos pueden ser de tres clases: individuales, si afectan a los intereses privados; sociales, si se predicen de las condiciones de la vida social; y públicos, si son los del Estado. Los intereses emergen o se ponen de manifiesto cuando se demandan ante los tribunales o cuando se presiona ante el legislador: "nuevas demandas y situaciones de conflicto de intereses constituyen el material con que trabajan legisladores y magistrados, para transformar el caos del cambio social en el orden de una ingeniería social realizada mediante la regulación jurídica²⁵".

3. ASPECTOS HISTÓRICOS EN LA FORMACIÓN DEL PROCESO.

3.1 Sentido antropológico de la venganza como forma de justicia.

En el moderno pensamiento occidental, se entiende que los conceptos de justicia y venganza han de ser nociones, si no incompatibles, sí bien diferentes. Por eso los códigos éticos y los normativos legitiman el ejercicio de una cierta justicia, y no se legitima la venganza como forma reparadora. Sin embargo, esto es fruto de una evolución de los sistemas de justicia, ya que inicialmente la venganza era "un recurso que hacía posible que reinase cierta moderación y cierta conciencia de responsabilidad, en la conducta de grupos humanos que no disponían de instituciones especializadas, propias de épocas posteriores, en que cierta autoridad pública, antes incluso de ser denominada Estado, pudiera cumplir ciertas funciones de mediación y control²⁶". Efectivamente, el paso de las formas de autotutela a las de heterocomposición no se hace necesariamente bajo los auspicios de una organización estatal; basta un tercero con poder, una autoridad reconocida por las partes.

La venganza tiene una cierta dimensión social, no queda en un mero acto privado de reparación: "Cuando la venganza es la pieza principal de un sistema social de compensaciones por las ofensas recibidas, se convierte en una obligación colectiva del grupo entero al que pertenece el ofendido. Dada la ofensa debe darse la venganza (...) no se trata de una modalidad de reacción en un contexto social de intercambios, sino del mantenimiento de la dignidad del grupo ofendido" (*loc. cit.*). Algún autor, como Verdier, quiere aquí ver un marco cuasi-contractual entre acreedor y deudor. Por su parte, Hegel cree que la venganza consiste en una voluntad objetiva, que se enmarca en un proceso indefinido transmitido de generación en generación sin nunca acabar, y que caracteriza las prácticas penales de los pueblos inciviles,

²⁴ Vid. Rafael Hernández Marín, *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, Ed. Tecnos, Madrid 1989, pág. 283.

²⁵ R. Cotterrell, *op. cit.*, pág. 73.

²⁶ Angel Sánchez de la Torre, "Desde la justicia de la venganza hasta la justicia civil", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Reus, Madrid 1986, pág. 364.

que a su vez constituye una nueva vulneración, "incorporándose como tal contradicción en el progreso al infinito y pasa en herencia ilimitadamente (...) la exigencia de que sea resuelta la contradicción, que existe en esto como superación de lo injusto, consiste en la exigencia de una justicia emancipada del interés y del aspecto subjetivo, como de la accidentalidad al poder; una justicia no vindicativa, sino punitiva²⁷". La reacción vengadora no es, por tanto, el mero cobro de un daño, sino la reivindicación de un ultraje moral o material, que se hace con la anuencia del grupo.

3.2 La justicia, entre la venganza y la seguridad.

La justicia aparece en la literatura grecolatina como criterio o razón suprema de intercambio que pertenece a los dioses: "Sólo éstos son capaces de ver exactamente la justicia, y son capaces por tanto de medir el alcance de la venganza lícita. En los avatares de su vida, los héroes se hacen justicia graduando al alcance de su venganza según una manifestación conforme de los dioses²⁸". Ya no hay dos partes enfrentadas, una de las cuales ejercitante del derecho de venganza; aparecen los dioses, titulares del derecho de corrección, gracia y medición de los criterios de venganza. Se entiende que la venganza privada - autotutela- no puede ser verdadera justicia, pues la ofensa que responde al ultraje primigenio es injusticia que reclama nueva venganza. La introducción del criterio medido de los dioses y la creación de tribunales es signo de que se empieza a abandonar las formas atávicas de justicia, la justicia de la barbarie, y se cimentan los principios de una justicia de polis, una justicia civilizada²⁹. Así lo entienden los autores de la época: "La ausencia de la justicia será, por sí misma, el mayor mal que pueda caer sobre la gente, mientras llega inexorablemente la destrucción de la ciudad³⁰". En Esquilo hay dos clases de justicia: la cruel de las Erinias o fuerzas vengadoras, habitantes del Hades, que instan la vigencia de la venganza taliónica, a modo de autotutela de los dioses; y la justicia civil del Tribunal del Aerópago, fundado por Atenea. Dice en la tragedia citada que "la acción de los tribunales implica un sistema de legalidad aplicable en que pueda cobrar fuerza la determinación de *Dike* (...) consiguientemente ningún hombre estará facultado para hacer justicia por su propia mano". Atenea escucha cuando el Coro le pide "una justicia

²⁷ G.F. Hegel, *Filosofía del Derecho*, prólogo de Juan Garzón Bates, Universidad Nacional Autónoma de México, 1975, págs. 113-114.

²⁸ Angel Sánchez de la Torre, *op. cit.*, pág. 366.

²⁹ "Esta conexión entre ciudad y legalidad resulta de la comprobación de que la libertad política, cualquiera que sea el régimen constituido, pueda persistir en algún grado con tal que el Derecho se aplique con igualdad y por encima de la arbitrariedad del poder (...) además se precisa una decidida actitud de toda la colectividad para mantener íntegras las condiciones sociales dentro de las cuales la vigencia pacífica de una legalidad adecuada (igualitaria, respetada servidora de los intereses concretos) tenga eficacia para asegurar la libertad" (Sánchez de la Torre, *ibid.*, pág. 402-403).

³⁰ Esquilo, *Las Euménides*, 565, edición de José Alsina Clota, Ed. Cátedra, Madrid 1986. La conexión entre la justicia y la polis es tema habitual en dramaturgos como Píndaro y Esquilo, y en políticos como Platón, Plutarco y Cicerón.

bien implantada (*eutheian díken*) que haga terminar con las inacabables venganzas (*aitías télos*), y que constituya una cierta esperanza para alcanzar la seguridad³¹".

3.3 La ley como elemento pacificador.

3.3.1 El Derecho sin violencia. El mito de Cronos en *Las Leyes* de Platón.

La violencia queda radicalmente disminuida en una sociedad cuyas leyes **persuadan** eficazmente a su renuncia³², como en el reinado mítico de Cronos³³. ¿Qué tipo de ley será ésta? Aquella que permita a la vez en la polis el altruismo y la organización colectiva: "la *pólis* no asegurará sólo la supervivencia y la mutua protección de los individuos (...) sino que asumirá también la función positiva de constituir un entorno social, una serie de instituciones en las cuales y mediante las cuales, hombres y mujeres puedan alcanzar sus propios grados de realización en toda su extensión y altura³⁴". El mensaje principal de *Las Leyes* puede ser el siguiente: Donde la ley carezca de fuerza, la ciudad será destruida. Mientras que toda salvación vendrá de que la ley sea señora de los gobernantes y los gobernantes esclavos de la ley (*Leyes* 714d). El individuo ha alcanzado la medida del autodomínio, que supone liberación de los deseos excesivos y evita los conflictos, en virtud de la aceptación sincera y devota, -como aquellos hombres de la quinta raza, vid. nota 33-, de los dictados legales.

3.3.2 Fuerza y violencia en el marco de la épica griega.

La violencia como generadora de conflictos no es tenida por tal en las sociedades primitivas. El uso de la fuerza tiene unos márgenes muy amplios -estamos en presencia de los sistemas de autotutela- y es una manifestación cotidiana: a falta de limitaciones legales, las conductas excesivas o irregulares se circunscriben en lo mágico-religioso, donde se puede encontrar rastreando la épica en general y los poemas homéricos en concreto³⁵, desde el ensalzamiento personal y social en el héroe (el

³¹ *Ibid.*, págs. 398 ss.

³² O contención: "Alardea el legislador Solón de haber eliminado la violencia popular por obra de la función de contención que el *nómos* llevaría a cabo" (Ángel Sánchez de la Torre y Raquel López Melero, *Estudios de arqueología jurídica*, Ed. Dykinson, Madrid 1988, pág. 28).

³³ Mitológicamente, Cronos es padre de Zeus, o bien la parte de Zeus más cercana a la Tierra. Su correspondiente romano es Saturno. Según la cosmogonía más fecunda de la Antigüedad, *Los Trabajos y los días*, de Hesíodo, la época de Cronos tiene lugar en la cuarta raza de los hombres, la era del bronce, donde los hombres, espíritus surgidos de la Tierra, son poderosos y están armados. Aman la guerra y la violencia, y se atacan unos a otros sin cesar hasta que sobreviene su destrucción. En la siguiente raza, la del hierro, el hombre se entrega al trabajo, temeroso de lo desconocido, capaz de distinguir el bien de entre los males, y discierne la violencia como uno de ellos. Por eso se organiza de tal manera que evita la violencia como causa de autodestrucción: se hace devoto a la legalidad de los dioses, cuyo *nómos* pasa a ser legado sagrado y criterio de justicia. Vid. Robert Graves, *Los mitos griegos*, 2 vols., Alianza editorial, Madrid 1988.

³⁴ Sánchez de la Torre, *Estudios de...*, cit., págs. 22-23.

³⁵ Para una visión de conjunto, vid. Albin Lesky, *Historia de la literatura griega*, Ed. Gredos, Madrid 1968; José Alsina, *Literatura griega. Contenido, problemas y método*, Ed. Ariel, Barcelona 1967; Werner Jaeger, *Paideia. Los ideales de la cultura griega*, FCE, México 1957; y Wilhelm Nestle, *Historia del espíritu griego*, Ed. Ariel, Barcelona 1975.

espíritu combativo), hasta la consideración de crimen o pecado (más por los efectos que por la conducta en sí, o por la intencionalidad de ésta). Ejemplos de estas conductas son ya la apropiación indebida del patrimonio ajeno y la sentencia injusta. Esta última, caracterizable como *violencia legal*, es una de las primeras manifestaciones de las disfunciones interpretativas de los jueces en el respeto de los derechos individuales, y ayudará a la configuración del futuro concepto, ya jurídico, de violencia.

3.3.3 El *nómos* y la fuerza de la ley.

Nómos se opone a violencia. Etimológicamente el *nómos* en Homero es "cercado de pastos", nada que entrañe imposición violenta o decisión de conflictos, sólo responsabilidad de atenerse a lo **usual**: es un condicionamiento pacífico de las conductas, una regla respetable para ciudadanos virtuosos, llenos de autodominio. No es así de extrañar que los *tria iuris praecepta* rebosen mansedumbre: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. No surgen conceptos coactivos ni represivos, la *díke* no es *díke* sin *Némesis*, la diosa de la conciencia pública: "una *díke* desmedida es mera violencia injusta. Es lo que resulta del tomarse justicia por su mano del que habla Hesíodo, que constituye una violación del Derecho, dado que la más originaria función del *nómos* es sustituir a la acción directa y a la unilateralidad (...) en el *nómos* se revela una armonía (...) instinto profundo del pueblo y de su destino, pues la justicia es hija del conjunto de las vigencias socialmente válidas pero también del buen consejo de la prudencia pública (*Díke*, hija de *Nómos* y de *Eusébeia*)³⁶".

Todo esto se entiende referido a un *nómos* con la misma carta de naturaleza que la *physis*. El *nómos* humano, *nómos graptós*, es axiológicamente inferior. Al positivizar esta cosmovisión se empaña: el Derecho necesita de la fuerza, sin ella es "razón sin medios y palabra en el desierto".

Que fuera razón cuya convicción fuera captada absoluta y totalmente por las conciencias daría lugar a un mundo sin dominación de unos hombres sobre otros, ni falsa dominación del hombre sobre la naturaleza, ni dominación de la pasión sobre el propio hombre. Tres dominaciones que hacen necesaria la violencia en forma de coacción institucionalizada; aunque hay que hacer la salvedad de que no se debe entender como imposición coactiva sobre el ciudadano, sino, como quiso Platón, de una autoimposición por parte de la autoridad, que sea ella la que se someta voluntariamente al cumplimiento de la ley. En efecto, en la doctrina platónica de la sumisión del gobernante a las leyes (*nómos despótes tón arjón ton*) la ley no aparece como instrumento de coacción ni violencia, ya que los deberes que contiene conllevan ventajas para toda la comunidad, y siendo la autoridad el modelo de cumplimiento, la "solidaridad colectiva propicia todos los bienes que los dioses pueden conceder a una ciudad"³⁷.

³⁶ Sánchez de la Torre, *Estudios de...*, cit., págs. 88-89.

³⁷ *Ibid.*, pág. 94.

Hay, pues, una necesidad racional de superar el estado de continuo conflicto, a través y por el Derecho, lo que posteriormente autores como Locke y Hobbes llamarán *estado de naturaleza*. El Derecho no sólo soluciona los conflictos, sino que vivir conforme a Derecho constituye, axiológicamente, la manera de no vivir *secundum bellum*, según el instinto del conflicto. Según el *Protágoras* (325b) el hombre, antes de conocer la ley, el arte o la política, se causaba daño al intentar congregarse en ciudades, porque sólo formaba parte de una civilización técnica - sometiendo, gracias al fuego robado por Prometeo, las fuerzas elementales de la naturaleza-, así que Zeus envió un don para evitar la autodestrucción del hombre, el de la justicia: "En su jerarquía de los seres, el hombre es superior a las demás criaturas, pues si Zeus ordenó que los peces y los pájaros se devoren entre sí, en estado permanente de guerra, dió al hombre el Derecho, Díke, como bien supremo de la vida³⁸". En el pensamiento mítico el conflicto es una fuerza de la *physis*, que sólo gracias a una intervención divina, *díke*, puede anularse o dominarse, por medio del *nómos*. La ley no sigue la naturaleza del hombre, sino que se impone a ella; no nace exclusivamente de ella, sino que es dada necesariamente por los efectos destructivos que de dicha humana naturaleza se derivan³⁹.

3.4 El proceso ateniense: lucha y división de la justicia.

Atenas es, en la época clásica, una ciudad sometida al imperio de la ley, donde se hace frecuente la solución de las disputas en los tribunales. La actividad forense y oratoria es fundamental en la vida de la polis griega; nace la profesión de abogado, haciéndose corriente la figura del logógrafo u orador que defiende o proporciona discursos de defensa⁴⁰. La retórica forense es una disciplina instrumental en la manifestación política problemática más característica, que es el proceso o controversia: "El Derecho apareció primero bajo las especies del litigio: era sobre el estrado judicial del Aerópago donde sucesivamente eran escuchadas las partes" (Michel Villey, *Compendio de Filosofía del Derecho*, vol.II, EUNSA, Pamplona 1981, pág. 81).

Cierto es que el Derecho no puede ser reducido a un conjunto de reglas conflictuales. Para que exista Ciencia del Derecho, debe darse una tarea de conocimiento, que el genio romano extenderá a todas las cosas humanas y divinas. Fue precisamente en Roma donde se empiezan a acuñar los conceptos y proposiciones jurídicas, y donde surge la figura profesional del jurisconsulto, cuya función había desempeñado en Grecia

³⁸ Werner Jaeger, *Alabanza de la ley*, trad. de Antonio Truyol y Serra, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1982, pág. 13.

³⁹ "La ley trataba de limitar esta guerra de todos contra todos en el Estado, reduciéndolo a una **rivalidad ordenada**" (*Ibid.*, pág. 49. La negrilla es mía).

⁴⁰ El género es desarrollado en los primeros tiempos por Lisias, Iseo y Demóstenes. Posteriormente serán conocidos por su actividad forense los sofistas Teodoro, Antifón, Licimnio, Polícrates y Alcidas, entre otros. Vid. Nicolás Abbagnano, *Historia de la Filosofía*, vol.I, Ed. Hora, Barcelona 1982, págs.46-56.

el sabio o filósofo. Aquí impera una concepción arcaica del Derecho, de claro predominio del ámbito conflictual. El jurista no es un conocedor general del Derecho sino un servidor del litigante, cuya misión es conseguir resoluciones favorables a los intereses de su patrocinado⁴¹.

Hay un patrón de medida que caracteriza al proceso griego antiguo, su carácter de lucha, de disputa, de controversia hostil: "Le procès est en soi une lutte (...) ce caractère agonistique soit hérité d'un lointain passé (...) lutte ouverte, donc, entre deux adversaires rigoureusement mis à égalité (...) dans le droit attique, le juge n'a pas à appliquer la loi au cas concret, mais à résoudre une controverse, un conflit entre deux thèses inconciliables⁴²". Efectivamente, el carácter de lucha hace que la administración de la prueba se realice exclusivamente por las partes, sin intervención posible del juez, ni siquiera en la fijación de la sanción, que no está predeterminada por la ley: tendrá que optar entre las estimaciones presentadas por las partes.

Así nace la institución del arbitraje, por repugnancia a los procedimientos judiciales hostiles, haciendo nacer en la democracia ateniense el sentimiento de reconciliación entre los ciudadanos, ya que el árbitro es capaz de canalizar satisfactoriamente las pretensiones, a través de la negociación, de los ciudadanos. Varias ideas surgen del concepto de negociación: la ruptura con la idea de lucha, la aceptación de una **alternativa** pacífica al proceso, la resistencia a la estatalización de la justicia, la influencia de Aristóteles -prefiere al árbitro, como más fiable, pues está en el medio (*mesós*) y juzga por equidad (*epieikeia*) y no por ley, vid. *Pol.* IV, 1297; *Constit. de Atenas*, 53, 2- y la concepción del proceso como última *ratio* o última vía dirimente, a la vez que instrumento de protección de la polis, quedando para el árbitro la composición de los intereses privados.

3.5 El carácter hostil del ejercicio de las acciones públicas en el proceso romano.

La acción, fundamentalmente en la acusación pública penal, juega un papel de difícil conciliación; antes al contrario, es un elemento de discordia y de represalia: "La vertu lénifiante et restauratrice de paix sociale que l'on s'accorde traditionnellement à reconnaître au procès n'est pas, loin de là, constatable ici. Au contraire, l'action appelle, en représailles, une action-retour, punitive ou réparatrice. La spirale vindicatoire, par générations interposées, s'empare de la justice comme d'un lieu privilégié. Sans doute existe-t-il des formes de vengeance plus

⁴¹ De aquí la importancia del alegato individualmente considerado y de su método, el retórico. Sin embargo, en Roma el proceso ya se entiende como búsqueda de la justicia al caso concreto, que intenta superar las contradicciones de cada parte, utilizando el método dialéctico importado de la filosofía helenística, para concluir en una definición o *regulae iuris*, en la que habrán de apoyarse posteriormente las sentencias de los jueces.

⁴² Nicole Loraux, "Le procès athénien et la justice comme division", en *APD*, t.39, Sirey, Paris 1995, pág. 29. Vid. también sobre este mismo asunto, Louis Gernet, *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce*, Ernest Leroux, Paris 1917; *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Sirey, Paris 1955.

violentes que les accusations criminelles, mais il faut bien constater que le rôle attribué à la justice, celui de désamorcer les tensions et résoudre les conflits, est sérieusement mis en question (...) l'accusation criminelle est naturellement perçue comme un acte d'une exceptionnelle hostilité⁴³". En efecto, ejercitar una acción lleva aparejada la *inimicitias suspicere*, la asunción de una enemistad. Sociológicamente acusar es la manifestación pública, expresa y calculada de una agresión, cuyo foro de resolución se quiere trasladar al tribunal. Los procesos son así instrumentos de persecución de los delitos sólo secundariamente, porque su fin primario es **desarrollar jurídicamente los conflictos entre los ciudadanos**⁴⁴

4. UNA APROXIMACIÓN TÉCNICO-PROCESAL.

4.1 El conflicto y sus métodos de resolución.

Desde los presupuestos de la ciencia del Derecho procesal⁴⁵, se entiende que el conflicto es el **presupuesto material** de la jurisdicción, siendo ésta la actuación de los Juzgados y Tribunales, consistente en solucionar los conflictos que ante ellos se plantean mediante la aplicación del derecho material. Se pueden distinguir dos clases: el intersubjetivo, de carácter disponible, si se vulnera un derecho subjetivo perteneciente al derecho privado; y el público o social, de naturaleza indisponible, si se transgrede algún interés que la sociedad ha considerado digno de protección mediante el derecho público. Pero lo que aquí nos interesa es la descripción de los tres sistemas sociales de enfrentarse al conflicto: autotutela, autocomposición y heterocomposición.

El sistema de **autotutela** es la forma más primitiva, injusta y peligrosa. Es la solución coactiva del conflicto por la parte más fuerte o que ostenta una situación de hegemonía, y se entiende fácilmente que es la propia de sociedades con una organización estatal débil o inexistente. Hoy se prohíbe por el ordenamiento con carácter general; las siguientes figuras son manifestación de la superación de este sistema: en el ámbito penal, la interdicción de la realización arbitraria del propio derecho y el delito de coacciones; y en el constitucional, la garantía del libre acceso de los ciudadanos a los Tribunales (24 CE)⁴⁶.

Con la **autocomposición** se pone fin al conflicto intersubjetivo mediante un acuerdo de voluntades, y por el carácter de disponibilidad, mediante el sacrificio espontáneo de una de las partes -renuncia, desistimiento, transacción- y también por las figuras de la mediación y conciliación de un tercero, que no impone la solución del conflicto sino

⁴³ Michel Humbert, "Le procès romain: approche sociologique", en *APD*, t. 39, Sirey, Paris 1995, pág. 79.

⁴⁴ Para una exposición histórica completa sobre los aspectos jurídicos y políticos, pues aquí sólo hemos hecho una breve reseña sociológica, del proceso en las diferentes etapas del Derecho Romano, remitimos a la obra de Juan de Churrua, *Introducción histórica al Derecho Romano*, Universidad de Deusto, Bilbao 1987.

⁴⁵ Sigo la exposición de los profesores de Valencia Moreno Catena, Cortés Domínguez y Gimeno Sendra, *op. cit.*

⁴⁶ Residuos o manifestaciones permitidas de la autodefensa son, en el campo civil, las acciones de los arts. 592 y 612 del CC; y en el laboral, la huelga y el cierre patronal.

que ejercita sus buenos oficios en orden a obtener la autocomposición del litigio.

En las figuras **heterocompositivas**, arbitraje y proceso, hay un tercero con categoría de autoridad *supra partes*, al que se está de acuerdo en acudir, bien por el contrato de arbitraje, bien por la potestad jurisdiccional, y que es el encargado de emitir la solución definitiva e irrevocable:

Nemo iudex sine actore, ubi non est actio non est iurisdictio. Tal autoridad, el juzgador, al que se presume imparcial, no inicia el proceso - salvo los casos de oficio-, sino que son las partes quienes deciden acudir al **juicio jurisdiccional**; en palabras de Orestano, "el momento culminante en que el ordenamiento celebra el rito de su juridicidad".

Muchas son las tesis justificadoras de la actividad jurisdiccional⁴⁷. En nuestro sistema, partiendo de la norma básica (1.2 y 117.1 CE), hay dos fuentes legitimadoras de la jurisdicción: el Jurado (125 CE), como instrumento de participación popular en la que los ciudadanos ejercitan directamente o por sí mismos la función jurisdiccional; y el otorgamiento que se hace a los técnicos (Jueces y Tribunales, 117.3 CE) del *decir Derecho* o *hacer justicia*, mediante el juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, siendo la causa de legitimación su independencia y sumisión a la ley.

4.2 Concepto y funciones del proceso como conflicto juridificado.

Podemos entender como proceso el "instrumento que ostenta la jurisdicción para la resolución definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales⁴⁸". Por su parte, Carnelutti introduce el concepto de pretensión como *modo de ejercicio* del poder jurídico, definiendo el proceso como "la justa composición de la litis, siendo ésta un conflicto intersubjetivo de intereses (elemento material), calificado por la existencia

⁴⁷ Luhmann, en su *Legitimation durch Verfahren* (1969), cree que la justificación de la actividad jurisdiccional es el **propio proceso**. En síntesis, su posición es la siguiente: cuando surge un conflicto, el particular no puede generalizar su problema porque la sociedad no se movilizaría por éste, viéndose obligado a acudir a donde ella confía, es decir, al proceso; si dentro de él su pretensión no triunfa, queda el individuo aislado y no puede seguir manteniendo sus expectativas jurídicas originarias; el proceso le ha quitado la razón y su opinión no puede ser tenida en cuenta por la sociedad, de tal suerte que el proceso cumple con una función de desmembración social y de absorción de las protestas, y puesto que tal función es necesaria en toda sociedad, el proceso constituye la institución mediante la cual la jurisdicción misma se legitima (citado por Moreno Catena *et al.*, *op. cit.*, págs. 24 ss.). Creemos, junto con Esser, Habermas y Zippelius, que asumir esta tesis supone dar carta de validez a toda decisión, independientemente de su contenido, que emane de un proceso preestablecido. No se puede olvidar que también el Poder Judicial viola leyes: "El proceso no constituye la causa o fin en sí mismo de la jurisdicción, sino **el instrumento para la correcta aplicación del Derecho objetivo a los conflictos concretos**" (*loc. cit.* La negrilla es mía).

⁴⁸ *Ibid.*, pág. 225. Técnicamente se puede ofrecer una definición más compleja: "conjunto de derechos constitucionales de incidencia procesal, posibilidades, obligaciones y cargas, que asisten a los sujetos procesales como consecuencia del ejercicio del derecho de acción y de la interposición de la pretensión, cuya realización, a través de los oportunos actos procesales, origina la aparición de sucesivas situaciones procesales, informadas por el principio de contradicción, desde que las partes examinan sus expectativas de una sentencia favorable que ponga fin al conflicto mediante la satisfacción definitiva de sus respectivas pretensiones y resistencias" (*ibid.*, pág. 226).

de una pretensión de uno de los sujetos contradicho por el otro (elemento formal), siendo la pretensión una declaración de voluntad por la que se exige la subordinación del interés ajeno al interés propio⁴⁹". Guasp, en sus *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, amplía la noción de pretensión, diciendo que es la declaración de voluntad por la que se solicita del órgano jurisdiccional una actuación frente a determinada persona distinta del autor de la declaración. Tal actuación es el verdadero objeto de la pretensión, que el órgano jurisdiccional ejerza la función, no que dé la razón al ejercitante de la pretensión: "se satisface una pretensión de parte cuando es recogida, examinada y resuelta por un órgano del Poder público dotado de imparcialidad. La resolución de una pretensión puede llevar a una de dos conclusiones distintas: a actuarla si es fundada (esto es, conforme con el derecho objetivo) o a desestimarla si es infundada" (Jaime Guasp, "Los límites temporales de la cosa juzgada", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid 1948, pág.9). En cualquier caso, no tratamos aquí de establecer un concepto técnico-jurídico de proceso, sino de demostrar que **el proceso responde jurídicamente a la necesidad de dirimir conflictos**: "el proceso está arbitrado para la solución definitiva e irrevocable, a través de la aplicación del derecho objetivo, de los conflictos intersubjetivos y sociales que en él se planteen. Esta es la función genérica del proceso. Pero atendiendo a su relación con el objeto procesal, puede destacarse otra más específica: la de la satisfacción de las pretensiones y resistencias (...) siguiendo a Fairen, la satisfacción procesal ha de ser jurídicamente razonada, eventualmente completa, estable y práctica⁵⁰". Y no quedarían completas estas breves referencias a la función del proceso sin hacer referencia a la justicia: "Siendo la justicia uno de los valores fundamentales que todo ordenamiento jurídico debe perseguir, su realización constituye misión primordial de cualquier Estado (...) existe un auténtico derecho subjetivo por parte de los súbditos a que el Poder público se organice de modo que los imperativos de la justicia queden, por lo menos en cierta medida, satisfechos⁵¹".

5. MODELOS EXPLICATIVOS DEL PROCESO.

Según Frison-Roche, hay tres modelos en los que se puede basar el proceso, a saber: contrato, mercado y teoría de juegos.

⁴⁹ *Sistema de Derecho procesal civil*, tomo I, trad. de Alcalá Zamora y Sentís, Buenos Aires 1944.

⁵⁰ Moreno Catena *et al.*, *op. cit.*, pág. 234.

⁵¹ Manuel Gordillo, *Concepto del Derecho procesal*, Lecciones de cátedra, Salamanca 1963, pág. 99. Parece indubitable que el fin último de toda institución jurídica debe hacer alguna referencia a la justicia. En el proceso, se trata de buscar aquellas condiciones que permitan tomar la decisión más justa posible: "en effet, l'office du juge est, à partir de la connaissance des faits la plus exacte que possible, de trancher les litiges en appliquant la règle de droit adéquate dans une décision la plus juste possible et la mieux accepté que possible par les parties, y compris par le perdant. L'addition de tous ces possibles -qui ne fait que confirmer que la justice est humaine et que la vertu, notamment de justice, est une tendance et non un état- a pour socle le procès. C'est en effet grâce et au cours du procès que les faits seront recherchés, la règle de droit discutée, la décision mûrie. Le lien profond entre le procès et la justice est une raison de plus de rechercher quelle pourrait être, positivement, la figure du procès" (Marie-Anne Frison-Roche, "La philosophie...", *cit.*, pág. 20.

El **modelo del contrato** es signo inequívoco de una justicia nacida en el seno de la autonomía de la voluntad de las partes y de su equilibrio procesal. Una serie de instituciones típicamente contractuales, donde juega sin duda la facultad del art. 1255 del CC, prueban esta correspondencia, como son las figuras de la mediación y conciliación; y también es una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad el hecho de que el juez haya de atenerse a los hechos alegados por las partes: "le principe dispositif peut être analysé comme la transposition de la liberté contractuelle⁵²".

La **explicación del mercado** conceptúa a éste como el lugar de encuentro de las demandas de venta y de compra; es el foro de intercambios donde se acuerdan los precios. En el proceso se encuentran las respectivas demandas: la pretensión del actor y la resistencia del demandado. Las alegaciones que respectivamente las sostienen se van, según se va desarrollando el proceso, ajustando conforme al principio contradictorio, hasta llegar al resultado justo o sentencia, como un justo precio, adecuado a la composición de ambas demandas. Es ésta una visión pragmática y conciliadora del proceso: "le procès n'est pas qu'affaire de satisfaction d'une demande de jugement et processus mécanique d'élaboration de la décision qui convient" (*loc. cit.*).

Respecto a las **teorías del juego**, éstas explican el proceso como una actuación contradictoria, estratégica, con un papel a interpretar, donde el arte drámatico y retórico influyen sensiblemente en la decisión final, "une sorte de théâtre d'ombres et d'apparences où les acteurs se jaugent, s'ajustent à travers des déclamations, des tirades et différents actes qui se déroulent sous l'inspiration d'une stratégie contentieuse" (*ibid.*, pág. 22).

6. EL PROCESO COMO INSTITUCIÓN SOCIAL.

Hemos visto que la aparición del proceso precede al Estado, a pesar de que sólo se puede hablar de juridificación de los conflictos en las estructuras heterocompositivas que exigen cierta estructura estatal. Pero en su origen es un fenómeno social, necesario por la conflictualidad inherente a todo grupo político, necesidad ocasional que se acaba tornando en institución. Según Zenati, cumple una doble función: ser rito social y ser medio de producción del discurso social. Además, de alguna manera, se hace paradigma social. Examinaremos estas dimensiones separadamente.

Como rito: el proceso ritualiza la violencia; no se agrede al adversario, se le *ataca en justicia*, dentro de un marco institucionalizado. Esta es la aparente contradicción del proceso: ser lugar de conflicto y de apaciguamiento, "cadre simultané de l'expression d'une pathologie du groupe et de la reconstitution du rapport social altéré⁵³".

Los inevitables conflictos internos del grupo llevan a la necesidad del proceso, ya que la antropología enseña que la venganza no se puede

⁵² Marie-Anne Frison-Roche, *op. cit.*, pág. 21.

⁵³ Frédéric Zenati, "Le procès, lieu du social", en *APD*, t. 39, Sirey, Paris 1995, pág. 239.

dar dentro del grupo; se busca una forma en la que no se comprometa la cohesión de la comunidad. El grupo *produce* el proceso porque tiene necesidad de él. Uno de los primeros ritos es el de la trasposición de la violencia entre hombres hacia las cosas: así, los sacrificios de animales tienen el significado de un intercambio con la divinidad: a través de un acto de simulación, se desplaza la carga del conflicto. Se puede hablar de *sublimación* a través del tal desplazamiento: el combate conflictual se sublima mediante y gracias al proceso, que hace que el cuerpo social asimile perfectamente el enfrentamiento.

Esto ocurre antes de que exista una autoridad pública. El proceso no es un remedio estatal. El Estado persigue, anima, dinamiza la práctica, la propone según sus propias normas de organización y se hace responsable monopolístico de su aspecto formal, el jurídico. Al lado de éste, otros aspectos en la confrontación, ya más materiales: la prueba, la argumentación, la elocuencia retórica, las partes y sus pretensiones. Todo lo formal, el Derecho, encorseta las manifestaciones humanas belicosas en el conflicto; el grupo, dice figuradamente Zenati, exorciza el conflicto para liberarse de él.

El juez cobra una gran importancia en la función ritualizante del proceso. Es el garante del formalismo y de la disciplina en su instancia, y es responsable de un instante crucial, cual es la conclusión del proceso, donde declara el vencedor y las razones que le asisten, apaciguando, neutralizando toda la tensión dialéctica previa. La sentencia recoge el efecto purgativo del proceso y lo cristaliza, liberando a los intervinientes de su capacidad de agresión: el grupo ha asimilado el conflicto.

Como medio de producción del discurso social: El procesamiento de los conflictos permite, en cuanto expresión de la contradicción de intereses, su comunicación. Hay una doble dimensión social en esta comunicación: "de una parte se reafirman los valores adquiridos o se cristalizan los inciertos, frutos del movimiento social. De otra, se enuncia un aparato de justificación técnica de los valores reivindicados a partir del cual se puede edificar la norma jurídica⁵⁴". La cualidad de lo justo, valor de fondo que se busca consensuar dialógicamente, no puede ser aprehendido más que de manera intersubjetiva: es inútil buscar en la norma jurídica una fuente objetiva de justicia preparada para ser aplicada pasivamente por los jueces. El consenso, buscado a lo largo de la negociación, se desarrolla en esquemas argumentativos, los cuales no son exclusivamente lógicos, como los científicos, porque comportan juicios de valor. Se trata de conquistar el asentimiento de la jurisdicción de modo emocional. Por eso las pruebas son *piezas de convicción*, como reza nuestra ley procesal. Esta parte de la argumentación tiene una importancia decisiva en lo que atañe a la dimensión social del proceso, ya que la negociación con el auditorio ideal -y más reducidamente, con la instancia jurisdiccional- se hace mediante la invocación de proposiciones abstractas más o menos generales, lugares jurídicos comunes o

⁵⁴ *Ibid.*, pág. 242. La traducción es mía.

específicos⁵⁵. Estos tópicos jurídicos son juicios de valor que, por la conquista del asentimiento del auditorio, se convierten en valores compartidos, y consiguientemente, en normas sociales. Por esto los actos de persuasión en juicio tienen una virtud auténticamente social. Pero para que la proclamación de los valores enriquezca o transforme el espíritu común, han de ser aprobados como dirimientes de la controversia y ser positivamente aceptados; éste es el papel del juez, ámbito de autonomía inviolable e irrenunciable.

Como paradigma social: El proceso en sí constituye un hecho social, como ocurre con todos los lugares donde los hombres se comunican. La discusión jurídica no puede arrogarse en exclusiva el uso argumentativo y constructivo del lenguaje, la lingüística enseña que la argumentación no es una especie de discurso sino que es inherente a todo discurso. Con lo que la única especialidad del lenguaje jurídico es, en sede procesal, apaciguar la discordia, enviando a los contendientes hacia una solución indiscutible por la *vis* atractiva del Derecho. Dicho de otra manera: la existencia del lenguaje jurídico no singulariza el proceso hasta el punto de particularizarlo como lugar social de comunicación. Pero en cuanto lugar de discusión racional por excelencia, nos podríamos preguntar por su función generativa social, lo que cerraría el ciclo: si la moral ha sido fuente originaria del proceso, ¿puede ser éste creador de moral social?

La moral social, como guía de conducta que descansa sobre valores compartidos, está en crisis. Se cuestiona la legitimidad de la moral como norma social y se pone en duda la capacidad del grupo para producir tales reglas. En la concepción clásica la moral social es un producto espontáneo del grupo, donde no existen divergencias de intereses. Pero la modernidad rechaza la idea de inmanencia en moral: cada individuo tiene un código de conducta fijado por él mismo, lo que le coloca en permanente situación de conflicto con la moral común estatalizada, que se manifiesta en cierto sentido a través de la ley. Por eso el proceso es lugar privilegiado de confrontación de las subjetividades morales; "par le procès, les individus peuvent affirmer leur propre conception des valeurs et sont conduits à élaborer sur le mode compromissaire avec le concours du juge une perception commune des ces dernières, peu éloignée de la morale contractualiste servie par la loi⁵⁶". Y sin concurso del juez, de continuo los miembros del grupo negocian continuamente, en modo de transacción, sobre los valores.

⁵⁵ En torno a este tema, vid. la reivindicación de la tónica aristotélica y ciceroniana aplicada al pensamiento jurídico, en la obra de Theodor Viehweg, *Tónica y jurisprudencia*, trad. de Luis Díez-Picazo, Ed. Taurus, Madrid 1986. Con carácter más general, un estudio de los sistemas interpretativos desde el Código de Napoleón hasta nuestros días es el de Chaim Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de Luis Díez-Picazo, Ed. Civitas, Madrid 1988; y el excelente estudio panorámico sobre el arte de la tónica como herramienta hermenéutica, obra de Juan Antonio García Amado, *Teorías de la tónica jurídica*, Ed. Civitas, Madrid 1988.

⁵⁶ Zenati, *op. cit.*, pág. 247.

La conversación cotidiana y el proceso ponen ambos en entredicho los valores. Ambos usan el método dialéctico para acercar consensuadamente los valores. Ambos utilizan la lógica racional para buscar resultados razonables y aceptables. Ambos, en suma, constituyen un intento de superación del egocentrismo en dirección a una visión más pluralista, tolerante y universalista de la sociedad.

7. PARA UNA SOCIOLOGÍA DEL PROCESO.

El proceso es, en Terré, un modo de regulación de las interrelaciones sociales y de realización de una armonía deseable en la vida jurídica, "en tous cas nécessaire, surtout si l'on considère que le conflit et le droit sont de connivence⁵⁷". Según este autor, hay tres categorías sociológicas desde las que se puede aprehender el fenómeno del proceso: volumen, tipología y causalidad. El primer criterio estudia la actividad jurisdiccional en sí -i.e. aumento de los procesos de divorcio, creación de nuevas plantas judiciales, crecimiento de las reclamaciones administrativas, etc.-, mientras que con la tipología se pueden diferenciar los pleitos fiscales, laborales, mercantiles, civiles, etc.; y desde la causalidad hay dos grandes fuentes, la jurídica -como la aparición de nuevo material legislativo, que suscita contentiosos interpretativos del nuevo derecho en el orden jurídico existente- y la extrajurídica -causas demográficas, sociales, económicas, políticas-⁵⁸.

Hay dos visiones contrapuestas de la función del proceso, una de carácter competitivo y otra que entiende el conflicto como generante de Derecho: "Le procès est une relation de conflit. Il implique des attitudes et des comportements antagonistes, ce qui accentue le nécessaire rapprochement avec la compétition, par exemple en matière sportive, la dénomination et le rôle de l'arbitre appelant un rapprochement entre le sport et le procès (...) L'analyse du conflit en tant qu'affrontement de deux prétentions devant un juge révèle l'individu, en tant qu'être social, comme l'agent même de la réalisation du droit (...) En tant que plaideur, le justiciable a un rôle plus actif que le citoyen qui désigne ses représentants, car le cours du procès lui permet d'avancer des prétentions et, avec l'aide de ses avocats, de proposer des argumentations que le juge, en les faisant éventuellement siennes, reprend de telle manière qu'elles contribuent à la formation de la jurisprudence. En ce sens, *le procès est créateur, même médiat, du juridique; il n'est pas seulement source ou manifestation de contentieux*⁵⁹".

⁵⁷ Francois Terré, "Esquisse d'une sociologie des procès", en *APD*, t. 39, Sirey, Paris 1995, pág. 268.

⁵⁸ La **causalidad eficiente del proceso** se puede establecer siguiendo a Marx y a Weber. Según el primero, a través del proceso se pone de manifiesto la desigualdad entre los adversarios, la desigualdad social -corroborada o no por el sistema jurídico-, y en consecuencia, la tendencia del individuo a cambiar este estado de cosas. En el análisis weberiano, por el contrario, el proceso es resultado de la complejidad de las estructuras sociales evolucionadas, que dan lugar a una multiplicidad de tensiones que favorecen la aparición de conflictos interindividuales, y por tanto, los procesos.

⁵⁹ *Ibid.*, págs. 273 y 279. La cursiva es mía.

En nuestra doctrina, Montoro Ballesteros ve en el conflicto no sólo un fenómeno social, sino también una vía de aproximación a la comprensión del Derecho⁶⁰. En su opinión, el conflicto como aspecto o dimensión natural de la vida social tiene una raíz antropológica en la *naturaleza desfalleciente* del hombre⁶¹.

Jhering establece la idea de conflicto como categoría fundamental para la comprensión de lo jurídico. Dice en su *Der Kampf ums Recht*: "La paz es el término del Derecho, la lucha el medio para alcanzarlo (...) La lucha no es un elemento extraño al Derecho; antes bien, es una parte integrante de su naturaleza y una condición de su idea (...) La lucha es el trabajo eterno del Derecho. Si es una verdad decir: ganarás el pan con el sudor de su frente, no lo es menos añadir también: solamente luchando alcanzarás tu derecho⁶²". Sin embargo la idea de conflicto, aun siendo categoría de comprensión, no puede querer ser óptica generalizadora del fenómeno jurídico.

Aun suponiendo que la experiencia jurídica primaria sea el conflicto de intereses -en expresión de Díez-Picazo-, creemos, con Jean Carbonnier, que *lo contencioso deforma la realidad del Derecho*⁶³. Las siguientes ideas matizan la opinión de Rehbinder o Ferrari cuando atribuyen al orden jurídico, como función principal, la de resolución de los conflictos.

Entendemos que la tarea principal del Derecho es la ordenación y el perfeccionamiento, conforme al valor de lo justo, de determinados ámbitos de la vida social. Y para ello, el Derecho atribuye y reconoce a cada miembro de la comunidad política *lo suyo*, con la debida protección; en los casos en que no se determina el *suum* con total certeza **y/o** justicia, **o** los hombres no cumplen con lo establecido, surge el conflicto jurídico. Entonces surge otra tarea, secundaria o subordinada, de resolverlo: "la función primaria del Derecho no es la de resolver conflictos, aunque quizás sea ella la más espectacular" (Montoro Ballesteros, *loc. cit.*). La motivación de esta tarea viene dada, bien por la insuficiencia ética o técnica del Derecho, bien por el incumplimiento de los destinatarios de las normas. Y hemos querido demostrar que la articulación jurídica de esta

⁶⁰ Alberto Montoro Ballesteros, *Conflicto, Derecho y proceso*, Cuadernos de Teoría Fundamental del Derecho, núm. 20, Universidad de Murcia, 1993.

⁶¹ En el principio de este trabajo nos hemos ya referido a la dimensión conflictual como necesariamente constitutiva del fenómeno social. Dice Montoro Ballesteros: "Al constituir el conflicto uno de los fenómenos fundamentales de la sociedad, nada tiene de extraño que dicha noción se haya erigido en categoría metódica fundamental para la comprensión de la historia, la cual, en un intento de interpretación global, ha sido entendida y explicada en términos de conflicto y lucha: como lucha de las diferentes especies por su supervivencia, como lucha de los pueblos o naciones por el predominio de unos sobre otros; como lucha de clases, como lucha de las diferentes razas por la supremacía y el poder..." (*ibid.*, págs. 7-8).

⁶² Citado por Montoro Ballesteros, *ibid.*, pág. 9.

⁶³ "El equívoco de la palabra *práctico* ha hecho que se tome como Derecho vivo y cotidiano la práctica de los prácticos, la *práctica judicial*, que en el fondo es sólo una patología. La observación de los casos clínicos contribuye, sin duda, al progreso de la biología, pero a condición de que esta última quede referida al estudio de la vida normal (...) Por ello, hay que postular que lo contencioso deforma la realidad de lo jurídico y que (...) el derecho es infinitamente más amplio que lo contencioso" (Jean Carbonnier, *Sociología jurídica*, cit. por Montoro Ballesteros, *ibid.*, pág. 10).

función se concreta en el proceso, entendido, de una parte, como el instrumento de la jurisdicción, y de otra, como la solución racional y heterocompositiva que demanda nuestra sociedad: una respuesta jurídica imparcial, pacífica y coactiva, capaz de ofrecer la justa respuesta al conflicto, que no sólo surge de la mera perfección técnica de los mecanismos procesales, sino que necesita del concurso del saber teórico y práctico de los sujetos intervinientes, en otras palabras, de la reflexión sobre los valores de la justicia y de la prudencia.

8. BIBLIOGRAFÍA.

- Abbagnano, N., *Historia de la Filosofía*, vol. I, Hora, Barcelona 1982.
- Andrés Ibáñez, P., *Justicia/conflicto*, Tecnos, Madrid 1988.
- Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís, Sistema, Madrid 1991.
- Carnelutti, F., *Sistema de Derecho procesal civil*, tomo I, trad. de Alcalá Zamora y Sentís, Buenos Aires 1944.
- Carpintero, F., *Derecho y Ontología jurídicas*, Actas, Madrid 1993.
- Churruca, J., *Introducción histórica al Derecho Romano*, Universidad de Deusto, Bilbao 1987.
- Cotterrell, R., *Introducción a la Sociología del Derecho*, trad. de Carlos Pérez Ruiz, prólogo de A.E. Pérez-Luño, Ariel, Barcelona 1991.
- Demandt, A. (ed.), *Los grandes procesos*, trad. de Enrique Gavilán, Crítica, Barcelona 1993.
- Frison-Roche, M.A., "La philosophie du procès, propos introductifs", en *Archives du Philosophie du Droit*, t. 39, Sirey, Paris 1995.
- Esquilo, *Las Euménides*, 565, edición de José Alsina Clota, Cátedra, Madrid 1986.
- Gordillo, M., *Concepto del Derecho procesal*, Lecciones de cátedra, Salamanca 1963.
- Guasp, J., "Los límites temporales de la cosa juzgada", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid 1948.
- Hegel, G.F., *Filosofía del Derecho*, prólogo de Juan Garzón Bates, Universidad Nacional Autónoma de México, 1975.
- Hernández Gil, A., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, en *Obras completas*, t.V, Espasa-Calpe, Madrid 1988.
- Hernández Marín, R., *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, Tecnos, Madrid 1989.
- Humbert, M., "Le procès romain: approche sociologique", en *APD*, t. 39, Sirey, Paris 1995.
- Jaeger, W., *Alabanza de la ley*, trad. de Antonio Truyol y Serra, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1982.
- Loraux, N., "Le procès athénien et la justice comme division", en *APD*, t. 39, Sirey, Paris 1995.

- Mardones, J.M., *Filosofía de las ciencias humanas y sociales*, Antrophos, Madrid 1991.
- Montoro Ballesteros, A., *Conflicto, Derecho y proceso*, Cuadernos de Teoría Fundamental del Derecho, núm. 20, Universidad de Murcia, 1993.
- Moreno Catena, V. *et al.*, *Introducción al Derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1993.
- Rehbinder, M., *Sociología del Derecho*, trad. de Gregorio Robles, Pirámide, Madrid 1981.
- Rodríguez Paniagua, J.M., *Historia del pensamiento jurídico*, vol. II, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, UCM, Madrid 1993.
- Sánchez de la Torre, A., *Sociología del Derecho*, Tecnos, Madrid 1987.
- Sánchez de la Torre, A., "Desde la justicia de la venganza hasta la justicia civil", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Reus, Madrid 1986.
- Sánchez de la Torre, A. y López Melero, R., *Estudios de arqueología jurídica*, Dykinson, Madrid 1988.
- Tejada, E., *Tratado de Filosofía del Derecho*, tomo II, Universidad de Sevilla, 1977.
- Terré, F., "Esquisse d'une sociologie des procès", en *APD*, t. 39, Sirey, Paris 1995.
- Treves, R., *La Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, trad. de Manuel Atienza, Ariel Derecho, Barcelona 1988.
- Villey, M., *Compendio de Filosofía del Derecho*, vol. II, EUNSA, Pamplona 1981.
- Zenati, F., "Le procès, lieu du social", en *APD*, t. 39, Sirey, Paris 1995.