

DERECHO PROCESAL CIVIL Y DERECHO CIVIL: SU DELIMITACIÓN

Vicente HERCE QUEMADA*

SUMARIO

I. El carácter científico de este problema. II. Su extraordinaria importancia práctica. III. Dualismo y "tripe" ordenamiento jurídico. IV. Los puntos fundamentales de interferencia del Derecho procesal civil y el Derecho civil. V. Observación final.

I. El carácter científico de este problema

La delimitación del derecho procesal civil frente al derecho privado o civil (en sentido amplio) es un problema científico y no legislativo.

La colocación de una norma en el Código Civil (o en el Código de Comercio) o en la Ley de Enjuiciamiento Civil no indica sin más cuál sea su verdadera naturaleza. Es rechazable el criterio diferenciador de las normas de derecho civil y de derecho procesal civil que atiende exclusivamente al lugar de colocación de un precepto en uno u otro de los cuerpos legales del derecho positivo, ya que, como ha escrito Chiovenda, meter algo en el Código Civil no es lo mismo que meterlo en el derecho civil; y a la inversa, no basta sacar de ese cuerpo legal un precepto civil para despojarle de su verdadero carácter. El legislador, al incluir una norma en uno u otro cuerpo legal, ha procedido conforme a puntos de vista históricos que hoy se pueden considerar erróneos, de oportunidad o de sistemática legislativa. Conforme a la idea dominante en la época en que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil se publicó, sus autores sólo le dieron el contenido estrictamente procedimental que tiene. Casi todo lo que en derecho procesal es considerado como material-procesal y técnico fue excluido de ella. Por el contrario, en el Código Civil y en el Código de Comercio se acogieron multitud de normas de carácter típicamente procesal, aunque contengan, predominantemente, normas jurídico-privadas. La Ley de Enjuiciamiento Civil también incluye, aunque sea muy excepcionalmente, normas de naturaleza jurídico-privada.

Son, si no estrictamente procesales, normas dadas para una actividad judicial (no jurisdiccional), los numerosos preceptos que en el Código Civil y en el Código de Comercio han modificado o completado las dis-

* Catedrático de derecho procesal en la Universidad de Zaragoza.

posiciones del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referente a los actos de jurisdicción voluntaria.

Igualmente son normas procesales contenidas en la Ley Hipotecaria, por ejemplo, los artículos 41, 129 a 135.

Son en cambio de derecho sustantivo las llamadas excepciones de derecho civil, aun cuando no puedan ser opuestas sino dentro del proceso ni tengan eficacia fuera de él, y los derechos potestativos de nulidad y rescisión, aunque únicamente puedan ser ejercitados judicialmente.

Es *conceptualmente* norma procesal la que se refiere a la capacidad para comparecer en juicio, aunque aquí la distinción no tenga mucho alcance práctico, en vista de la referencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 2) a las normas sobre la capacidad para el ejercicio de los derechos civiles; de suerte que tanto civil como procesalmente ambas cosas, sin dejar de ser distintas, se determinan según la ley personal. El *jus postulandi* se regula, en cambio, por la *lex fori*.

Lo que importa para saber si un precepto tiene una u otra naturaleza —y por consiguiente, para aplicarlo de uno u otro modo, con una u otra esfera de vigencia, etcétera— no es, pues, el lugar que le haya dado el legislador, sino su contenido y la finalidad que se proponga. Desde que la norma jurídica propiamente dicha se compone de dos elementos: un supuesto de hecho del que depende el efecto y este efecto en sí mismo, a lo que habrá que atender es al campo donde el efecto se produzca: la relación jurídico-sustantiva o el proceso. Esta distinción es muy de tener en cuenta, porque hay actos procesales que producen además, y a veces independientemente, efectos civiles, y en este caso la norma que los establece, esté o no en el Código Civil, es una norma civil. Así ocurre, por ejemplo, con la demanda (acto evidentemente procesal), que produce también efectos en el campo jurídico-privado (artículos 1100, 1945, etcétera, Código Civil), y, por tanto, la norma que establece y regula tales efectos pertenece al derecho civil.¹

II. Su extraordinaria importancia práctica

El problema de la delimitación del derecho procesal civil frente al derecho civil (en sentido amplio) es de la mayor importancia teórica y práctica, porque para los preceptos jurídico-privados rigen en muchos aspectos principios completamente distintos que para las normas procesales.

Dicho problema repercute, principalmente: a) en el *derecho internacional privado*; b) en el *derecho regional o foral*; c) en el *derecho intertemporal o transitorio*; d) en los *recursos de casación*, y e) en los *contratos sobre la prueba* y la *inversión convencional de la carga de la prueba*.

¹ Cfr. sobre lo dicho anteriormente en el texto, Gómez Orbaneja (con la colaboración de Herce): *Derecho procesal civil*, 5ª ed., Madrid, 1962, pp. 15 y ss.; Prieto-Castro: *Tratado de Derecho procesal civil*, Madrid, 1952, Tomo I pp. 30 y ss., y *Derecho procesal civil*, Madrid, 1964, 1ª parte pp. 16 y ss.

a) En el *derecho internacional privado*.

El proceso seguido ante un juez español se rige exclusivamente por el derecho procesal español, aunque cuando se trate de aplicar en ese proceso normas materiales de un derecho extranjero.

Si, por ejemplo, los preceptos referentes a la prueba (a su admisibilidad y valoración) pertenecen al derecho civil, la consecuencia es que tales cosas se rigen, no por la ley del proceso (que es siempre la ley nacional del juez), sino por la ley que regula las condiciones de validez y los efectos del acto jurídico (el contrato, el testamento, etcétera), que podrá ser una ley extranjera.

Si, por el contrario, son procesales, el juez español tendrá que aplicar los preceptos contenidos en nuestro Código Civil (no los del Código Civil francés, o los del italiano), aunque la norma que aplique para declarar la consecuencia jurídico-material en la sentencia sea extranjera.

b) En el *derecho regional o foral*.

No existe derecho procesal foral; está derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es derecho común.

Si las normas sobre la prueba son de derecho civil, el juez tendrá que aplicar el derecho regional o foral. Es decir, conservaría el derecho foral, en este punto, plena vigencia.

Si son procesales, el juez español tendrá que aplicar los preceptos contenidos en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, no los del derecho foral.

c) En el *derecho intertemporal o transitorio*.

La Ley procesal regula, naturalmente, todo proceso que se entable durante su esfera de vigencia, mientras que la relación material se rige, por lo común, por el derecho vigente al tiempo de su constitución. Es decir, al tenor del principio de la irretroactividad, el juez puede estar obligado a aplicar para la relación jurídico privada una ley civil derogada (por ejemplo, de la Novísima Recopilación), porque tal relación se haya constituido bajo su imperio, pero aplicará en todo caso y al mismo tiempo la ley procesal vigente. Si una nueva ley procesal atribuyera al juez un poder discrecional, tendrá que ajustarse a esta ley, aun cuando la ley vieja, bajo la cual se hubiera iniciado el proceso, no le concediera esa facultad discrecional.

Es de suma importancia observar que cuando el legislador determina, por ejemplo, el valor probatorio del documento público, no hace más que establecer una regulación para la actividad procesal propiamente dicha y sólo para ella, y los efectos consiguientes para nada inciden en el campo de las relaciones del derecho civil. Que ese derecho atribuya efectos civiles al documento público en el campo de la formación del contrato, es cuestión distinta; el juez tendrá entonces que aplicar la norma civil en la sentencia para declarar si el contrato es o no válido, norma civil que puede estar derogada, aunque por haberse constituido bajo su imperio la relación jurídico privada esté obligado a aplicarla. Pero en cuanto al valor probatorio

del documento público, aplicará al mismo tiempo la ley procesal vigente. O sea, el documento es una cosa cuando sirve a la validez del acto y otra distinta cuando sirve a su prueba.

d) En los *recursos de casación*.

La Ley de Enjuiciamiento Civil no habla de *un* recurso, sino de *recursos* de casación. En realidad, la casación comprende dos cosas profundamente diferentes, cuya esencial diferencia está en la finalidad y naturaleza de la función que la institución cumple en cada caso, o, si se quiere de dos recursos: recurso de casación por *infracción de ley* o de *doctrina legal*, y recurso de casación por *quebrantamiento de las formas esenciales del juicio*. Esta distinción corresponde, en principio, a la tradicional diferencia entre el *error in iudicando* y el *error in procedendo*, aunque la distinción legal entre los dos recursos, si ponemos la vista en los motivos respectivos de los artículos 1692 y 1693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no coincida estrictamente con esta diferencia conceptual de funciones.

La jurisprudencia y la práctica forense hablan, sin discriminación, de un recurso de casación *en el fondo* (fundado en cualquiera de los siete motivos del artículo 1692) y de un recurso de casación *de forma* (fundado en cualquiera de los casos del artículo 1693).

El Tribunal Supremo ha repetido inalterablemente que el recurso de fondo no puede fundarse más que en infracción de ley material o sustantiva; de ningún modo, en la ley procesal.

Pero como ha demostrado Gómez Orbaneja² sólo el motivo primero del artículo 1692 constituye infracción de ley sustantiva, o error de juicio en la aplicación de la norma; todos los demás motivos de dicho artículo lo son de infracción de leyes procesales, de *errores in procedendo*, no *in iudicando*. La ley sustantiva determina el "qué" del fallo, y la referente al "sí" y al "cómo" de la actividad procesal y de la sentencia de fondo es siempre una norma procesal. No es una norma del derecho privado, sino del derecho procesal la contenida en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como es una norma procesal, aunque figura en el Código Civil, la que establece el efecto de la sentencia firme, o la que determina el valor legal de ciertas pruebas.

Para Prieto-Castro³ los motivos que comprenden los números del artículo 1692 (con exclusión del 1º, referente al error del juicio) no se refieren a una subsunción para juzgar sobre los hechos de derecho material o de derecho procesal, pues los errores que comprende —salvo los de los números 6º y 7º son errores de pura *actividad lógico-jurídica del juez*, siendo la norma infringida, en todos ellos, de carácter procesal. Esto quiere decir —agrega— que al lado del recurso del número 1º del artículo 1692, por violación de ley o de doctrina legal, el típico de la casación, consistente

² Gómez Orbaneja, notas a la trad. de las *Instituciones de Derecho procesal civil* de Chiovenda, Madrid, 1954, tomo III, pp. 467 y ss., y *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 545.

³ Prieto-Castro, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 621.

en un error de juicio o *error in iudicando*, y de los que implican quebrantamiento de formas esenciales del juicio, que consisten en un error procesal o *error in procedendo* (artículo 1693), hay un tercer género (que, por lo demás, aparece en la doctrina francesa y en la italiana), que sería un recurso de casación por *defecto de actividad*.

Es una norma procesal (aunque figure en el Código Civil o el Código de Comercio), como hemos dicho, la que determina el valor legal de ciertas pruebas. El "error de derecho" en la apreciación de las pruebas implica una infracción de ley procesal, que determina el recurso de *casación en el fondo* (motivo 7º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). También es una norma procesal la que establece el efecto de la sentencia firme (cosa juzgada), aunque esté contenida en el Código Civil (artículos 1251, 1, y 1252), y la infracción de la misma determina el recurso de casación *en el fondo* (motivo 5º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Veamos la cuestión con relación a la norma de la carga de la prueba, de naturaleza procesal aunque también venga incluida en el artículo 1214 del Código Civil.

Lo mismo si consideramos que tiene carácter material que carácter procesal, la casación puede autorizarse a tenor del artículo 1692, en caso de violación.

Si la consideramos de derecho sustantivo, se supera toda dificultad, encajando la violación de la norma de la carga de la prueba en el motivo de casación del número 1º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pero si la consideramos de derecho procesal (como lo es indudablemente), ¿en cuál de los motivos del artículo 1692 cabe encuadrar la violación de la norma de la carga de la prueba? Podría contestarse que en el motivo del número 7º, a base de invocar el error de derecho en la apreciación de la prueba; pero esta solución no es aceptable, ya que la norma de la carga de la prueba no se refiere a la apreciación de la prueba, sino a la aplicación del derecho. O como error de hecho, aprovechando la confusión tradicional entre carga de la prueba y presunciones de hombre o indicios; pero también esta solución es rechazable, por tratarse precisamente de una confusión. La contestación adecuada es ésta: la violación de la norma de la carga de la prueba, pese a su naturaleza procesal, es denunciante a tenor del número 1º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La inobservancia de la norma de la carga de la prueba constituye un *error in iudicando*, en cuanto que la norma sustantiva viene falsamente aplicada a través de la falsa aplicación de la regla de la carga de la prueba. O sea, no hay violación directa de la norma sustantiva, sino indirecta, a través de la falsa aplicación de la norma de la carga de la prueba.⁴

⁴ Cfr. en este sentido Micheli, *La carga de la prueba* (trad. esp. de Sentís Melendo), Buenos Aires, 1961, pp. 223 y ss., con referencia al núm. 3º del art. 360 del vigente Cód. de proc. civ. italiano, al que viene a corresponder el núm. 1º del art. 1692 de nuestra LEC.

Nuestro Tribunal Supremo ha admitido el recurso de casación por infracción de ley en el supuesto de violación del artículo 1214 del Código Civil (norma de carácter procesal), ya que se trata de un precepto de aplicación para el fallo.⁵

e) En los *contratos sobre la prueba y la inversión convencional de la carga de la prueba*.

Según se considere que las normas sobre la prueba y la carga de la prueba son de derecho sustantivo o, por el contrario, que lo son de derecho procesal, la solución es distinta. En el primer supuesto, habría que admitir la validez de dichos contratos o pactos. En el segundo, criterio que estimamos más acertado, habrá que pronunciarse por la inadmisibilidad y nulidad de los mismos.

Los *contratos sobre la prueba* (cosa distinta de los contratos o pactos sobre la carga de la prueba), como, por ejemplo, si se acordara no autorizar más que la prueba de documentos, o la exclusión de determinados medios probatorios, o fijar la fuerza probatoria de algunos de ellos, etcétera, son considerados, generalmente, como inadmisibles y nulos, ya que suponen una intromisión en la actividad decisoria del juez, y en razón a que el convencimiento judicial no puede ser objeto de convenio entre las partes.

Nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado en contra de la validez de los contratos o pactos sobre la prueba, con ocasión de la póliza de un contrato de seguros que contenía una cláusula excluyendo la prueba testifical de entre los medios de prueba para acreditar la preexistencia, cualidad, cantidad y valor de los objetos asegurados y la realidad e importancia del daño, por estimar que dicha cláusula limita las facultades del juzgador y altera en punto de gran importancia el sistema legal de la prueba.⁶

Los *contratos o pactos sobre la carga de la prueba* son aquellos que establecen que una u otra de las partes sufra las consecuencias de la falta de la prueba, sin que le incumba la carga de la prueba por disposición legal.

La mayoría de los autores se inclinan por la inadmisibilidad y nulidad de dichos pactos.

El artículo 55 del libro "De la tutela de los derechos" del vigente Código Civil italiano, parece manifestarse en favor de la validez de dichos pactos, al decir que los pactos en que se invierta o modifique la carga de la prueba son nulos cuando se trate de derechos no disponibles por las partes, o cuando la inversión o modificación tengan por efecto hacer a una de las partes excesivamente difícil el ejercicio del derecho. Pero como

⁵ SS. de 13 de mayo de 1909, 30 de abril y 29 de junio de 1935, 13 de noviembre y 4 de diciembre de 1939, 9 de junio de 1949, 29 de noviembre de 1950, 3 de enero y 23 de junio de 1951, entre otras.

⁶ S. de 22 de julio de 1950, comentada por Prieto-Castro, "Pactos privados sobre la prueba", en *Trabajos y orientaciones de derecho procesal*, Madrid, 1964, pp. 263 y ss.

observa Micheli⁷ el legislador italiano no ha querido referirse, aun hablándose de inversión convencional de la carga de la prueba, a la norma de la carga de la prueba (en cuanto regla procesal dirigida al juez), sino a aquellas normas (sustantivas, generalmente) que determinan directamente un específico “supuesto de hecho” legal, y que las partes pueden derogar en los límites en que precisamente les sea permitido disponer de los derechos que hagan valer en juicio. En los supuestos de regulación convencional de dicha fórmula legal (a la que califica de poco feliz) no se da ninguna derogación de la norma de la carga de la prueba, ya que el límite a la validez de dichas convenciones está constituido en general por el límite a la autonomía de la voluntad, reconocida a los sujetos de derecho.

Lo que las partes pueden, pues, es regular convencionalmente el supuesto de hecho legal en los límites en que el derecho sustantivo lo admita, pero no modificar los principios de la carga de la prueba.

En virtud del principio dispositivo, una parte puede librar a la contraria de la carga de probar (admitiendo o confesando los hechos correspondientes), pero no tomar para sí tal carga, ya que la distribución legal—general o particular— de la carga de la prueba es de *ius cogens*, y, por tanto, está sustraída al poder dispositivo de las partes. O lo que es lo mismo: las partes no pueden, con anterioridad al proceso o en el mismo proceso, modificar convencionalmente la carga de la prueba.

En ese sentido nuestro Tribunal Supremo, al declarar, de manera terminante: “que es doctrinalmente recusable la inversión convencional de la prueba, porque cohibe la actividad judicial, que ha de ejercitarse con arreglo a normas legales y según un determinado sistema procesal, y no según la voluntad de las partes” (S. de 18 de octubre de 1941).

III. Dualismo y “triple” ordenamiento jurídico

El derecho procesal civil se funda en un dualismo del ordenamiento jurídico. Hay, por un lado, el ordenamiento del derecho privado, que regula el nacimiento y los efectos de las relaciones jurídicas (patrimoniales y personales) de los particulares y los derechos subjetivos de los mismos, y, por otro, el de la tutela jurídica, o de la protección jurisdiccional de esas relaciones y esos derechos.

El filósofo del derecho Binder⁸ negó el dualismo, tanto para el derecho romano como para el actual. Por otro lado, Goldschmidt y Sauer, cada uno por su camino, el primero con la teoría del “derecho justicial material”, el segundo con su *Verfolgung* (persecución, accionabilidad, campo de la tutela jurídica, o como prefiera traducirse), llegan a la conclusión de que existe un “triple” ordenamiento.

⁷ Micheli, *op. cit.*, *supra*, nota 4, pp. 241 y ss.

⁸ Binder, *Prozess und Recht*, 1927.

El “derecho justicial material” de Goldschmidt,⁹ que según reiterada afirmación del creador de la teoría no es lo que había sido llamado el “derecho procesal material” (en contraposición al meramente formal), sino el mismo derecho privado contemplado desde el punto de vista de su aplicación en el proceso, o sea, el derecho privado considerado, en vez de como imperativo para el individuo, como pauta para el juez, sirve para albergar una serie de instituciones intermedias, tales como la acción en el sentido de Wach o del derecho potestativo de Chiovenda, cuyas condiciones, aparte de la existencia del derecho subjetivo privado, así como la accionabilidad, el interés, la *legitimitatio ad causam*, que quedan realmente flotando en la zona fronteriza entre el ordenamiento material o sustantivo y lo que regula el mero procedimiento o camino que conduce a la sentencia.

Acaso la mejor explicación de la teoría de Goldschmidt se encuentre en Kipp,¹⁰ uno de los que se adhirieron a ella (además de Degenkolb y Heinitz, fundamentalmente), quien, con palabras sumamente claras, distinguía así el derecho justicial material del derecho procesal y del derecho privado:

El derecho justicial material no es ni derecho privado, ni derecho procesal. El derecho procesal establece cómo se debe llegar a la sentencia, pero no el contenido que haya que darle. El derecho privado determina lo que el particular debe a su conciudadano; el derecho justicial material, a modo de complemento del derecho privado, el contenido de la sentencia judicial.

El mismo Goldschmidt reconoce que su idea del derecho justicial material no es sino una perspectiva, una manera especial de contemplar el derecho privado. El concepto de derecho justicial material no es otra cosa que el derecho privado considerado y contemplado desde un punto de vista jurídico público.¹¹

Lo que determina, según Goldschmidt, el contenido de la sentencia no es la norma jurídico-material, considerada en el sentido y con la perspectiva del derecho privado, sino contemplada en el sentido de su actuación procesal. El juez no atiende a la “existencia” del derecho, sino a la “evidencia”. En el proceso no basta con tener razón, sino evidenciarla, demostrarla. De aquí, que, procesalmente, los derechos se transformen en expectativas, y las obligaciones en meras cargas. Para saber el juez cómo

⁹ Goldschmidt, *Materielles Justizrecht*, 1905. En nuestro idioma los conceptos fundamentales de la teoría han sido expuestos por el creador de la misma en la *Teoría general del proceso* (escrita directamente en español), 1936 y en el *Derecho procesal civil* (trad. esp. de Prieto-Castro), 1936, pp. 7 y ss., y por Roberto Goldschmidt: “Derecho justicial material civil”, en *Estudios de Derecho Procesal en Honor de Alsina*, Buenos Aires, 1944, pp. 317 y ss. Una clara exposición de la doctrina de Goldschmidt puede verse en el libro de Heinitz: *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, pp. 50 y ss.

¹⁰ Especialmente en *Homenaje de la Facultad de Derecho de Berlín a von Martitz*, 1908, pp. 213 y ss.

¹¹ Goldschmidt, *op. cit.*, *supra*, nota 9, p. 26.

tiene que fallar, o, más exactamente, "lo que" tiene que fallar, el derecho sustantivo no le basta. Ha de atender a la "situación jurídica" que es el proceso. Para saber si una sentencia es justa no nos atenemos a lo que en el mundo del derecho sustantivo o material *sea*, sino a lo que del proceso *resulte*.

Aunque Goldschmidt lo niegue expresamente, la verdad es que termina por crear entre el derecho sustantivo y el derecho procesal un *tertium genus* (el derecho judicial material).

Sostiene Calamandrei¹² que entre derecho sustantivo y derecho procesal se inserta, para borrar los límites una zona intermedia, ya que es imposible trazar entre uno y otro una frontera neta. Pero no se debe creer que se trate de un *tertium genus* de normas jurídicas que están a mitad del camino entre el derecho sustantivo y el derecho procesal; sino que se trata más bien del aspecto procesal del propio derecho sustantivo. Y que las normas de derecho sustantivo, además de ir dirigidas al particular trazándole una conducta determinada, van dirigidas al órgano jurisdiccional, a quien ordenan fallar conforme a su contenido.

Observa Liebman¹³ que esa tripartición de las normas, destinada a reemplazar la tradicional clasificación bipartita entre derecho sustantivo y derecho procesal, se apoya en un supuesto previo no demostrado y que no se puede aceptar, a saber, que el derecho procesal propiamente dicho, *stricto sensu*, sea sólo el formal. Es verdad que las formas son en el proceso muy numerosas y que las disposiciones que las establecen tienen en nuestra disciplina, una importancia, un rigor muy especiales; pero no lo monopolizan.

Por su parte, Sauer¹⁴ basa su sistema en la distinción de tres campos *Sachgestaltung*, *Verfolgung* y *Verfahren*. Entre el plano de lo puramente material y el plano de lo puramente procedimental, está el plano de la accionabilidad o persecución (la *Verfolgung*). Fuera del derecho material quedan las otras dos categorías, pero la accionabilidad, persecución o campo de la tutela jurídica (la *Verfolgung*), no debe ser confundida con lo meramente procedimental (el *Verfahren*). A la *Verfolgung* pertenece el poder de conducción, y en el campo penal, la instancia o querrela del ofendido como condición de "perseguidibilidad" del delito.

También la teoría de Sauer, como la de Goldschmidt, viene a basarse, aunque por camino distinto, en un triple ordenamiento jurídico.

IV. Los puntos fundamentales de interferencia del derecho procesal civil y el derecho civil

El punto delicado de la delimitación de derecho procesal civil frente al

¹² Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile, secondo il nuovo codice*, 2ª ed., Padova, 1943, (1ª Parte) pp. 15, 37, 191 y ss.

¹³ Liebman, "Norme processuali nel codice civile", en *Rivista di diritto processuale*, 1948, vol. III, parte I, pp. 154 y ss., esp. pp. 158 y ss.

¹⁴ Sauer, *Grundlagen des Prozessrechts*, 2ª ed., 1929.

derecho civil lo constituyen una serie de instituciones, en las cuales, por un lado, no se trata de regular relaciones entre particulares con un criterio de coordinación e igualdad, y en las cuales, por otro, aunque comprenden normas que no pueden ser sino aplicadas por el juez, no tienen sentido más que con referencia al proceso, no puede decirse que regulen la actividad procesal que conduce a la sentencia, o sea, lo meramente procedimental.

Los puntos fundamentales de interferencia entre esos dos ordenamientos jurídicos son: la *acción*, la *prueba* y la *cosa juzgada*.

Las teorías, que podemos llamar clásicas, de Wach y Chiovenda, significaban la reivindicación para el derecho procesal de esas instituciones. El derecho procesal moderno, al apropiárselas, y reelaborarlas con un método propio, reivindicaba en realidad su substancia. Parecía esta una situación científica definitivamente lograda. Y ello incluso aunque no se aceptara el concepto de acción de Wach.

Es muy interesante que nos fijemos en el concepto fundamental de "acción de tutela jurídica", que es el que más ha contribuido a la construcción autónoma y sistemática de nuestra disciplina. Wach¹⁵ refiere su derecho de acción, como derecho a la sentencia favorable (o conjunto de condiciones del fundamento de la demanda), a una "situación de hecho" extraprocesal. El derecho, *anterior al proceso*, dirigido a obtener del Estado la satisfacción del interés a la tutela jurídica en la forma prevista por el derecho procesal, más el derecho contra el adversario de soportar la concesión de dicha tutela. Es un derecho distinto del derecho subjetivo, pero que, salvo en la figura de la acción de pura declaración, en él se basa. Consiguientemente, la categoría fundamental del derecho procesal civil, el derecho de acción, es un concepto mixto. Es un puente entre ambos ordenamientos jurídicos, el privado y el del proceso.

Cabe echar abajo este puente y decir: al derecho procesal no le importa para nada el "supuesto de hecho" en virtud del cual el demandante tiene el derecho a que la sentencia estime la demanda (o el demandado a la absolución en el sentido de la excepción). El derecho procesal para nada le interesan los derechos y excepciones extraprocesales, nacidos con anterioridad al proceso conforme al derecho material. Lo que al derecho procesal le interesa es el "acto" de hacer valer el derecho, no el derecho, ni siquiera la acción, concebida como derecho.

Esa es la posición adoptada por Guasp al exponer su teoría de la "pretensión procesal", la que define diciendo que es "una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración", y es:

en realidad, *no un derecho, sino un acto*: algo que se hace, pero no que se tiene. El derecho de acudir ante los tribunales, ya sea concreto o abstracto, frente al particular o frente al Estado, no es, evidentemente, un derecho de

¹⁵ Wach, *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 1880, tomo I, pp. 19 y ss.

naturaleza procesal, sino un supuesto del proceso, que permanece fuera de él, y que se acantona, bien en el terreno civil, bien en el terreno político, quizá en ambos, sin poder, por ello, funcionar como clave explicativa de las cuestiones de orden procesal estricto. La adopción de la tesis últimamente desarrollada lleva, pues, en definitiva a esta conclusión: *el concepto de acción debe ser elaborado fuera del ámbito del derecho procesal; su lugar en esta disciplina ha de ocuparlo el concepto de pretensión.*¹⁶

La consecuencia de esta posición es clara: si sacamos del derecho procesal el concepto de acción, dejamos reducido el derecho del proceso a un conglomerado de cuestiones no susceptibles de ser concebido unitariamente.

Es conveniente observar que también Rosenberg basa su sistema en el concepto de *pretensión procesal*, pero ésta es para él, no un acto, sino un *derecho*: derecho a la prestación de la jurisdicción, a la decisión del juez.

No es el derecho privado —dice Gómez Orbaneja—¹⁷ el que regula cosas tales como la admisibilidad en sí y los límites de la acción de mera declaración, de la ejecutiva, de la aseguratoria, de la condena de futuro, o el interés jurídico como medida de la *acción*. Ninguna de esas cosas se refiere a la regulación del camino del proceso, sino a la estimación o desestimación de la “pretensión” en la sentencia. Ninguna de esas cosas puede ser “irrelevante” para el proceso, y Rosenberg las incluye directamente en él.

Mayor unanimidad existía sobre las normas que regulan la admisibilidad y los efectos de la prueba. Que tales normas hayan sido recogidas —en España y en Italia— por el Código Civil, se debe a una mera circunstancia histórica: el ejemplo del Código de Napoleón. Aun en éste su colocación era inadecuada, como los mismos civilistas franceses reconocen. ¿Por qué regular la prueba a propósito de las obligaciones? Pues sencillamente porque el legislador siguió la obra de Pothier, que no hizo, ni se propuso escribir, un sistema general del derecho civil. Pero este error de colocación en determinado lugar del Código Civil era sólo accidental, dentro del más grave de incluirlas en el propio Código.

La doctrina tradicional de los civilistas sostenía que, siendo evidentemente procesales las normas que regulan la mera andadura del procedimiento probatorio, los preceptos referentes a la admisibilidad y valoración de las pruebas pertenecen al derecho civil.

Los procesalistas modernos (y más concluyentemente que ninguno, Chiovenda en Italia) habían demostrado que las normas de la prueba pertenecían al derecho procesal.

La legislación española distribuye las normas sobre la prueba entre el Código Civil (artículos 1214-1253), y la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 550-666), principalmente. En parte, la materia regulada en ambos cuerpos legales difiere; en parte, es común. El Código Civil regula, de manera general, la carga de la prueba (artículo 1214), y especialmente

¹⁶ Guasp, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 1943, tomo 1, p. 339, y *Derecho procesal civil*, 2ª ed., Madrid, 1962, vol. 1, pp. 224 y ss.

¹⁷ Gómez Orbaneja y Herce, *op. cit.*, *supra*, nota 2, p. 56.

para los distintos medios probatorios (enumerados en forma aparentemente distinta, pero sustancialmente coincidente con la enumeración de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el concepto, la admisibilidad y el valor de cada prueba.

La Ley de Enjuiciamiento Civil lo que regula más especialmente es el procedimiento o trámite de la actividad probatoria: cuándo se abre el término de prueba, en virtud de qué peticiones, qué periodos comprende, cómo ha de proponerse la prueba, qué prueba es pertinente, en qué forma ha de realizarse, etcétera. Pero también contiene normas que determinan el valor de la prueba practicada: por ejemplo, artículos 632 y 659, coincidentes con los artículos 1243 y 1248, respectivamente, del Código Civil.

Todavía nuestro Código Civil al regular la prueba en el libro IV, y a propósito de las obligaciones, denota desenfoque sistemático, porque el objeto inmediato de la prueba no son obligaciones, sino hechos, y la prueba es necesaria en el proceso, lo mismo si se trata de un derecho de obligaciones, que si lo controvertido es un derecho real (o una relación jurídica del derecho de familia o de derecho sucesorio).

Tanto unas como otras normas, las del Código Civil y las de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pertenecen al derecho procesal, son normas procesales.

Todo ello parecía definitivamente logrado. Pero la nueva legislación italiana, a partir de 1940, ha vuelto a hacer cuestión sobre este punto, y la tendencia última de Carnelutti conducen, en definitiva, a deshacer la obra realizada, a la reducción del derecho procesal, otra vez, a mero ordenamiento de la actividad procedimental del juez.

Como es sabido el nuevo Código Civil italiano (en el texto completo y coordinado, aprobado por R. D. de 16 de marzo de 1942), a diferencia del anterior de 1865, ha recogido en su libro VI, "De la tutela de los derechos", título IV, "De la tutela jurisdiccional de los derechos", junto a disposiciones indudablemente civilistas, una gran cantidad de cosas que la doctrina procesal moderna había reivindicado. Así, por ejemplo, disposiciones genéricas referentes a la acción en general (artículo 2907), la acción ejecutiva (artículo 2910) y la cautelar (artículo 2905). Estos dos últimos artículos, dice Liebman,¹⁸ carecen de verdadero contenido preceptivo y en parte son repetición de otras normas del Código de Procedimiento Civil. Pero era inevitable que la inclusión no resultase completa. No se concibe, por ejemplo, por qué al secuestro conservativo se le ha hecho el honor, a él solo entre las medidas cautelares, de mencionársele en ese lugar del ordenamiento sustantivo. "Por lo demás, el concepto mismo de la tutela de los derechos, de neto sabor pandectístico, se encuentra fuera de lugar (*spaesato*) en un código, y más que en cualquier otro, en un código civil; los mismos alemanes, que la inventaron, se han cuidado bien de no transferirlo a la legislación: lo han dejado dormir en tranquilo sueño en los tratados del siglo pasado".

¹⁸ Liebman, *op. cit.*, *supra*, nota 13. p. 155.

Se encuentran, además, dentro del nuevo Código Civil italiano numerosas e importantes disposiciones de carácter procesal. Así, por ejemplo, en el libro I, las disposiciones referentes a la declaración judicial de la paternidad o de la maternidad natural (artículos 269-279); en el libro II, los artículos 713 y siguientes sobre la división; en el libro III, los artículos 948 y siguientes sobre las acciones en defensa de la propiedad, los artículos 1168 y siguientes sobre las acciones en defensa de la posesión y sobre la denuncia de obra nueva y de daño temido, etcétera, y todo el título II ("De las pruebas"), artículos 2697-2739, del libro IV.

Las normas de contenido procesal tenían en el anterior Código Civil italiano, como en el nuestro o en el francés, colocación irracional y fragmentaria. Ya lo hemos visto, explicando la circunstancia histórica respecto de la prueba. Pero esa falta de sistemática tenía al mismo tiempo sus ventajas. Distribuidas esas normas empíricamente y a la buena de Dios, no hacían mucho daño; la falta de sistema era tan patente que acababa por no engañar a nadie: le servía a uno de advertencia y de estímulo para mirar más a fondo.

Pero ahora han sido traídas al nuevo Código Civil italiano, con toda deliberación, y precisamente por razones sistemáticas. Posición defendida por Carnelutti,¹⁹ y hasta cierto punto también por Calamandrei.²⁰

¿Cómo justifica el legislador italiano esta colocación que va en contra de las enseñanzas de la gran escuela procesalista moderna, y, fundamentalmente, de la que se expresa con el nombre glorioso de Chiovenda?

El legislador no podía ignorar estas enseñanzas. Se justifica ante todo por la conveniencia de "mantener la tradicional colocación en el Código Civil de ciertas normas aparentemente procesales" (Rel. Grandi, número 6). Y a continuación se jacta de haber aprovechado "el admirable incremento que en estos últimos años han tenido en Italia los estudios sobre el proceso, (que) han llevado a la doctrina a la indagación de las zonas fronterizas, a poner en evidencia los aspectos procesales de institu-

¹⁹ Carnelutti, "Tutela dei diritti", en *Rivista di Diritto procesuale civile*, 1943, vol. xx, parte I, pp. 3 y ss. En este trabajo sostiene que las pruebas no son de derecho procesal, porque son antes del proceso, ni lo es la cosa juzgada, porque es después, y, en consecuencia, que el Código de Procedimiento Civil no debe regular ni una ni otra (p. 3). Mantiene también esta posición en las sucesivas ediciones de *Istituzioni del processo civile italiano* (5ª ed. Roma, 1956, vol. I, p. 155).

²⁰ Calamandrei, *Instituciones de Derecho procesal civil, según el nuevo código* (trad. de la seg. edic. italiana por Sentís Melendo), Buenos Aires, vol. I, p. 372. Partiendo de la base de que las normas jurídicas que están a la mitad del camino (zona intermedia) entre el derecho sustantivo y el derecho procesal, no constituyen una tercera categoría, sino que se trata más bien, del aspecto procesal del propio derecho material, señala que ello explica "la razón, no solamente histórica, sino también sistemática", de haber dejado en el nuevo Código civil las normas jurídicas reguladoras de la admisibilidad y de la eficacia de los medios de prueba (C. c., arts. 2697-2739) y de los tipos y efectos de la tutela jurisdiccional de los derechos (arts. 2907-2933 del mismo código); aun cuando se trate de normas cuya importancia práctica se hace sentir predominantemente en el proceso, pero que no pueden confundirse con las normas de derecho procesal en sentido estricto.

ciones que tradicionalmente eran consideradas como pertenecientes al derecho sustantivo²¹.

Pero como observa Liebman²¹ esa referencia a la tradición es errónea, ya que no se debe considerar como tradición italiana lo que, en el Código Civil de 1865, no fue más que imitación de la codificación francesa. La verdadera tradición italiana es la del derecho común, y éste no incurrió en la confusión napoleónica.

Sigue diciendo el legislador italiano:

Ciertas instituciones bifontes, que constituyen como el puente de paso entre el proceso y el derecho subjetivo, pueden ser útilmente consideradas por el modo como se comportan en el proceso, o bien por los efectos que producen sobre las relaciones del derecho sustantivo fuera del proceso, y son, por tanto, susceptibles de distinta sistematización, según el punto de mira desde el que las contemplemos (Rel. Grandi, número 7).

Según ese argumento, el legislador podía optar por dos distintos puntos de vista, y el legislador italiano ha optado por la inclusión de esas instituciones en el ordenamiento jurídico privado.

Sustancialmente, lo que propone Carnelutti, en su última postura: las pruebas no son de derecho procesal porque son *antes* del proceso, ni lo es la cosa juzgada porque es *después*, es sencillamente considerar únicamente derecho procesal el que regula el "procedimiento", o sea, aquel conjunto de reglas referentes al tiempo y al modo de realizar los actos de que el proceso se compone. Equivale a retornar, por otro camino, a aquel concepto de un derecho procesal meramente formal.

¿Qué sentido tiene decir que las pruebas son anteriores al proceso? Ello será verdad, todo lo más, de las preconstituidas. Todas las demás se forman en el proceso; antes de él pueden constituir tan sólo objeto de previsión, de esperanza, un simple cálculo de probabilidad. Pero la fuerza probatoria, aun en las preconstituidas, está en el proceso y no antes de él. Cuando se dice que la prueba vive fuera del proceso, porque concierne a la manifestación exterior del hecho, se confunde la percepción del hecho con su producción. La percepción del hecho ocurre fuera del proceso, pero no es aún la prueba. Ella sirve sólo al conocimiento del hecho por la parte o el testigo, los cuales harán después la prueba (producción a fin de prueba) con la declaración que emitan en juicio.

No deja de ser curioso que el propio Carnelutti²² nos había enseñado, por lo que a la prueba se refiere y de manera mucho más convincente, todo lo contrario a su última posición, al distinguir mejor que nadie entre el acto y la prueba. Las pruebas no son anteriores al proceso, y lo que el derecho procesal regula es justamente la aportación, la admisibilidad y

²¹ Liebman, *op. cit.*, *supra*, nota 13, p. 156.

²² Carnelutti, *La prova civile*, 1^{ra} ed., 1915, 2^a ed., 1948. Hay una traducción al castellano de Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1947.

el valor de las pruebas en el proceso. Que el documento existe con anterioridad al proceso es cierto; también existe el testigo, como persona, antes del proceso. Pero las normas probatorias no regulan lo que existe antes, sino lo que en el proceso se hace, y lo regulan además para atribuirle un efecto jurídico exclusivamente procesal. Ni la cosa ni la persona, antes o fuera del proceso, son, en sentido técnico-jurídico, medio de prueba, sino, el documento, forma del acto jurídico material, y tratándose de negocios formales, elemento de su existencia, y la persona que conoce el hecho, posibilidad de prueba.²³

También Guasp,²⁴ entre nosotros, sostiene que en realidad existen dos clases de prueba, una *prueba material* y una *prueba procesal* o *judicial* en sentido estricto, las cuales no son dos aspectos distintos de la misma institución, sino dos instituciones diversas. Estima, como consecuencia de ello, que las normas de la prueba material pertenecen al derecho privado, civil o mercantil principalmente, y las normas de la prueba procesal pertenecen a esta misma rama jurídica, y participan de los caracteres que ella asume.

Esta posición es igualmente rechazable, por las razones anteriormente expuestas.

Para Pina²⁵ y Sentís Melendo²⁶ la materia relativa a la prueba es de carácter procesal, y el derecho probatorio una rama importantísima del derecho procesal.

La cosa juzgada, según la última posición de Carnelutti, no es de derecho procesal, porque es *después* del proceso.

La cosa juzgada (prescindiendo en este momento de las divergencias teóricas sobre la naturaleza de la institución), representa, de cualquier modo que se la defina, el resultado del proceso declarativo o de conocimiento, y como tal produce sus efectos sobre la relación jurídica material controvertida.

Lo mismo puede decirse de los efectos del embargo, de la venta forzosa y de la adjudicación. Si bien estos actos tienen una finalidad instrumental en relación con lo que el proceso de ejecución persigue, sus efectos inciden en las relaciones jurídicas sustantivas referentes a los bienes afectados por la ejecución.

Pero no puede dudarse que la sentencia, y todos esos actos ejecutivos, son actos procesales.

La norma del artículo 1400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que determina las condiciones del embargo preventivo, no es una norma de derecho civil; ni la que señala las condiciones de la acción ejecutiva. Tampoco es norma del derecho civil la que establece el valor del fallo

²³ Cfr. sobre esta distinción Gómez Orbaneja, *La prueba preconstituida*, 1946.

²⁴ Guasp, *Comentarios*, 1947, tomo II, vol. I, 2ª parte, pp. 365 y ss.; y *Derecho procesal civil*, vol. I, pp. 333 y ss.

²⁵ Pina, *Tratado de las pruebas civiles*, México, 1942, pp. 18 y ss.

²⁶ Sentís Melendo, "Introducción al Derecho probatorio", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1965, núm. 4, pp. 67 y ss., esp. pp. 99, 101 y 104.

contenido en una sentencia firme en *otro proceso*, o sea la vinculación a la cosa juzgada y sus límites, aunque venga colocada en el Código Civil (artículos 1251, II, y 1252).

Cabe plantear el problema en los siguientes términos ¿cuál es la naturaleza de unas normas que establecen los efectos de los actos procesales, y en particular aquellos de sus efectos que van a incidir en el campo de las relaciones jurídicas sustantivas existentes fuera del proceso?

Para Liebman,²⁷ "la determinación de los efectos de un acto es parte esencial de la disciplina jurídica del acto mismo". Pero en esto, creemos que se equivoca. La cosa juzgada es de naturaleza procesal, partiendo de la base de que el campo de sus efectos lo es el proceso, no porque sea procesal el acto (la sentencia). Así, por ejemplo, la demanda es un acto del proceso y procesal su regulación; pero cuando el derecho toma el acto de demandar en juicio como el supuesto de un efecto jurídico-material (efectos materiales de la demanda), la norma que los establece es de derecho sustantivo.

Sin necesidad de negar que la sentencia pueda producir un efecto sobre la situación jurídica extraprocesal, lo cierto es que el sometimiento especial del juez futuro a la declaración de la sentencia y su obligación de decidir del mismo modo la misma cosa, es de naturaleza procesal. Con esto se hace de la cosa juzgada un instituto que reivindica el derecho procesal, al que propiamente pertenece.

Así como la cosa juzgada formal es regulada por la Ley de Enjuiciamiento civil, de la cosa juzgada material se ocupa, como queda dicho, el Código Civil. Ha pasado, por lo que a la cosa juzgada material se refiere, lo mismo que con otros institutos procesales, como con la prueba especialmente (en virtud del ejemplo francés), que se ha desconocido históricamente su naturaleza procesal.

Recordemos que el derecho común incluía en el derecho procesal la doctrina de las acciones, la prueba y la cosa juzgada, así como los actos de expropiación, y ello era tanto más significativo, cuanto que todas esas instituciones eran estudiadas según las directrices privatísticas que entonces imperaban en la consideración del proceso, y hubiera resultado más sencillo incluirlas en el sistema del derecho civil. Y lo que se dice del derecho común, vale para el derecho anglosajón, que distingue netamente las dos figuras del *right* y del *remedy*, y considera como pertenecientes al proceso tanto la materia de prueba como la cosa juzgada.

V. Observación final

No cabe discutir, dice Prieto-Castro,²⁸ que las normas sobre la acción, sobre la prueba y sobre la cosa juzgada son procesales, aunque se encuentren en leyes materiales.

²⁷ Liebman, *op. cit.*, *supra*, nota 13, p. 167.

²⁸ Prieto-Castro, *Derecho procesal civil*, 1^a parte, p. 19.

La dirección sistemática, expuesta por Chiovenda,²⁹ coincide con la reincorporación, reivindicación de todas esas materias, empezando por la acción, para el derecho procesal. Una de las maneras en que puede definirse la esencia de la obra chiovendiana consiste justamente en decir que ha reivindicado el maestro italiano para el proceso la sustancia de sus instituciones.

El derecho procesal civil ha conseguido paradójicamente su autonomía científica, tomando —reivindicando— materias incluidas tradicionalmente en el derecho civil: la acción, principalmente, no poco de la prueba, la teoría de la cosa juzgada, etcétera.

Una vez que el derecho procesal civil se constituye como ciencia gracias a esa serie de anexionaciones, se pretende ahora retroceder en el camino, con el peligro de volver a convertirlo en una mera exposición descriptiva de un proceder judicial (“procedimiento”).

Si al derecho procesal civil le quitamos el concepto de acción (como, entre nosotros, propone Guasp), las reglas sobre la admisibilidad y sobre la eficacia de los medios de prueba (como ha sostenido Carnelutti en su última postura, y siempre han pretendido los civilistas franceses), y las normas que disponen la eficacia de sus actos más importantes, cesará de ser objeto de estudio científico. Esterilizado y reducido a un conjunto de formas, prácticamente necesarias, pero desprovistas de todo contenido, podrá dar vida a una técnica, pero no a una ciencia.

Cabe preguntar: ¿no existe entonces el riesgo de que vuelva nuestra disciplina al estado “descriptivo” y meramente formalista y “rituario” de donde la sacaron los grandes procesalistas del último tercio del siglo XIX?

La solución no puede ser más que esta: hay que retornar a la posición de Chiovenda,³⁰ quien distingue un derecho procesal formal y un derecho procesal material (distinción interna dentro de un sistema de normas unitario y homogéneo), entendiéndolo por este último aquel que concede y regula los derechos y deberes de los sujetos del proceso, los modos de actuación de la ley y los efectos de los actos procesales. Pero incluyendo, claro es, estas últimas normas entre las procesales, comenzando justamente por las que atribuyen la acción, regulan la admisibilidad y los efectos de las pruebas y fijan los tipos y los efectos de las resoluciones en que se actúa la tutela jurídica.

Por otra parte, una tajante separación entre derecho procesal civil y derecho civil, resulta artificial. Si la intentamos, recaeremos, querámoslo o no, en la concepción meramente descriptiva del proceso, que creíamos para siempre superada. Sin derecho civil, no se puede saber cuál es el mecanismo interno del proceso civil.

²⁹ Chiovenda, “Del sistema negli studi del processo civile”, en *Saggi di diritto processuale civile*, 1930, I, pp. 234 y ss.

³⁰ Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, 3ª ed. pp. 100 y ss., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, pp. 65 y ss.

El derecho procesal civil es una regulación (o la elaboración y exposición científica de ella) distinta de la regulación del derecho civil. Pero el proceso implica, a la vez, un punto de vista especial sobre el derecho privado. El procesalista, si es que no quiere quedarse a mitad del camino, no puede prescindir de la transformación que el derecho sustantivo, de cuya actuación se trata, experimenta a causa de ser deducido en juicio. Si se prescindiera, el fenómeno del proceso quedaría sin ser comprendido.