

JAMES GOLDSCHMIDT

**DERECHO, DERECHO PENAL  
Y PROCESO**

**III**

**EL PROCESO COMO SITUACIÓN JURÍDICA**  
**Una crítica al pensamiento procesal**

Traducción de  
Jacobo López Barja de Quiroga  
Ramón Ferrer Baquero  
León García-Comendador Alonso

Presentación de  
Jacobo López Barja de Quiroga

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO  
2015

# ÍNDICE

	Pág.
<b>Presentación</b> , por <i>Jacobo López Barja de Quiroga</i> .....	15

## EL PROCESO COMO SITUACIÓN JURÍDICA

<b>Prólogo</b> .....	40
----------------------	----

### PRIMERA PARTE (CRÍTICA)

#### La teoría de la relación jurídica procesal

<b>I. El proceso como relación jurídica. Estado de la doctrina</b> .....	§ 1	45
<b>II. La relación jurídica procesal y los denominados presupuestos procesales</b> .....		48
1. Derecho alemán vigente.....	§ 2	48
2. Derecho romano .....		50
a) El procedimiento <i>in iure</i> y el procedimiento sobre los presupuestos procesales, procedimiento <i>in iudicio</i> y procedimiento sobre la cuestión principal.....	§ 3	50
b) El supuesto contenido de Derecho material de la totalidad de las excepciones en su conjunto.....	§ 4	53
I. La <i>exceptio procuratoria</i> y <i>cognitoria</i> .....		53
II. La <i>exceptio praeiudicii</i> .....		54
III. La <i>exceptio litis dividuae</i> y <i>rei residuae</i> . La denominada <i>exceptio fori</i> .....		69
IV. La <i>exceptio rei in iudicium deductae</i> y <i>rei iudicatae</i> . La <i>exceptio iuris iurandi</i> . La <i>exceptio annalis</i> . La excepcionabilidad general de las excepciones procesales .....		71
c) El <i>iudicium</i> como supuesta relación jurídica procesal auténtica. Concepto de la denominada obligación procesal .....	§ 5	74

	Pág.
d) Falta de fuerza de cosa juzgada de la <i>denegatio actionis</i> ; carácter de sentencia de fondo de la <i>sententia iudicis</i> .....	§ 6 97
3. Derecho germánico, medieval italiano, alemán común y medio europeo; las excepciones que evitan el proceso .....	§ 7 104
<b>III. La relación jurídica procesal y los denominados deberes procesales.</b>	112
1. Deberes de actuar del Tribunal.....	§ 8 112
2. Deberes de actuar de las partes .....	118
a) El deber de defensa y el deber de personación ( <i>Einlassungspflicht</i> ) .....	§ 9 118
I. El procedimiento por jurados clásico romano.....	118
II. El proceso cognitivo, el proceso posclásico, canónico, germánico, italiano y común hasta la JRA .....	129
III. La carga de personación en el proceso civil moderno (alemán).....	134
b) Restantes deberes de actuar de las partes.....	§ 10 142
I. El supuesto deber de declarar, de realizar afirmaciones o de sustanciar. Deber de probar, deber de declarar sobre un documento aportado o un juramento prestado, deber de prestar juramento, deber de caución, deber de presentación de documentos y deber de información .....	142
II. El deber de personación, el deber de la carga de prestar el juramento declarativo y de pago de las costas procesales...	148
3. Deberes de omisión de las partes .....	§ 11 154
La presunción del «deber de permanencia». El deber de abstenerse de mentir y de formulación, a sabiendas, de solicitudes claramente improcedentes y de evitar dilaciones .....	154
<b>IV. La relación jurídica procesal y los actos procesales.....</b>	§ 12 168
<b>V. La relación jurídica procesal y la sucesión procesal. Pluralidad de las relaciones jurídicas procesales .....</b>	§ 13 178

## SEGUNDA PARTE (CONSTRUCTIVA)

### El proceso como situación jurídica

<b>I. El concepto empírico de proceso como punto de partida .....</b>	§ 14 183
<b>II. La cosa juzgada como fin del proceso.....</b>	§ 15 188
1. La cosa juzgada no supone dar validez a un precepto jurídico concreto de nueva creación .....	188
a) La sentencia no es una norma jurídica .....	188
I. La doctrina de Bülow.....	188
II. La doctrina de A. S. Schultze, especialmente la creación pretoriana del Derecho .....	190
III. La doctrina de Danz sobre el «Derecho judicial».....	192
IV. La doctrina del Derecho «seleccionado» o «no regulado» (Stammler; Reichel).....	194
V. El libre arbitrio judicial.....	198

	Pág.
b) La sentencia no es un negocio jurídico (la teoría material de la cosa juzgada) .....	§ 16 199
I. La obligación romana de resolver .....	200
II. La eficacia de la cosa juzgada en el Derecho romano.....	202
III. Sentencias procesales y sentencias constitutivas .....	206
IV. Los límites subjetivos de la cosa juzgada .....	209
V. La veracidad de la sentencia; teoría de Pagenstecher sobre el objeto de determinación. ....	213
VI. La teoría de la cosa juzgada material, una doctrina sobre la eficacia fáctica de las sentencias incorrectas, un producto de la interpretación «metafísica» del proceso .....	215
VII. Resultados prácticos .....	222
1. La competencia para litigar del acreedor pignoraticio y del acreedor concursal.....	222
2. La acción por enriquecimiento del acreedor en la ejecución fallida.....	224
3. Socios mercantiles, avalistas, deudores pignoraticios, subarrendadores .....	226
4. Aval y garantía pignoraticia de la prestación declarada con eficacia de cosa juzgada.....	228
5. Consecuencias de Derecho penal .....	231
6. Autoridades de la jurisdicción voluntaria y autoridades de la Administración.....	235
VIII. Punto de vista del Tribunal del imperio.....	236
2. La cosa juzgada es una «fuerza judicial», la validez judicial de una pretensión (en sentido procesal), como jurídicamente fundada o no fundada, y una forma de aparición del «doble ordenamiento jurídico». No es una «posesión de derecho» y conduce a una doble posibilidad del punto de vista jurídico .....	§ 17 241
<b>III. Punto de vista de Derecho material (estático) y procesal (dinámico). El punto de vista jurídico procesal (dinámico) como método de la ciencia jurídica procesal .....</b>	<b>§ 18 256</b>
<b>IV. Los elementos del punto de vista jurídico procesal .....</b>	<b>278</b>
1. El concepto de situación jurídica (procesal) en general .....	§ 19 278
2. Los derechos procesales en especial .....	§ 20 292
a) Sus clases .....	292
I. Las expectativas.....	292
II. Las posibilidades.....	300
III. La liberación de una carga procesal.....	305
b) Sus características.....	§ 21 310
I. Se encuentran en relación causal con un acto procesal .....	310
II. Se encuentran en relación final con una resolución.....	310
III. Les falta la relación con el deber; su frustración no comprende la antijuridicidad, su realización no excluye la antijuridicidad.....	312
IV. Las posibilidades procesales no tienen como objeto de constitución relaciones jurídicas, sino situaciones jurídicas, como medio de configuración no de negocios jurídicos, sino de actos procesales.....	320

	Pág.
V. Los derechos procesales no son de Derecho público; consecuencias para el Derecho procesal «dispositivo» .....	321
VI. Derecho formal y material .....	326
Continuación .....	§ 22 328
VII. La capacidad jurídica procesal (capacidad para ser parte).	328
VIII. La renunciabilidad de los derechos procesales, un caso de posibilidad de pérdida de posibilidades procesales; especialmente, renuncia a la acción y retirada de la acción.....	328
IX. Plazo temporal de los derechos procesales.....	341
X. La transmisibilidad de los derechos procesales .....	345
3. Las cargas procesales en particular. La culpa procesal.....	§ 23 355
I. Concepto y significado de las cargas procesales .....	355
II. Conexión de las cargas procesales y de las posibilidades procesales .....	356
III. Imputación de los perjuicios procesales por falta de cumplimiento de las cargas procesales .....	357
IV. Contenido de las cargas procesales.....	360
V. Tipos de cargas procesales.....	362
VI. Falta de cumplimiento de las cargas procesales .....	363
VII. La culpa procesal .....	371
VIII. Cargas completas y casi completas .....	379
IX. Transmisibilidad de las cargas procesales .....	379
4. La situación jurídica (procesal) y los actos procesales. El significado del acto procesal para la situación jurídica en general.....	§ 24 381
a) Los actos de las partes.....	§ 25 383
I. Los actos de postulación ( <i>Erwirkungshandlungen</i> ). Su concepto y los valores que les son aplicables.....	383
1. Caracterización de los actos de postulación.....	383
2. Las valoraciones derivadas de la admisibilidad y la fundamentación.....	386
3. La posibilidad de tomar en consideración actos de postulación inadmisibles o infundados .....	388
4. Su ineficacia frente a otras partes y su toma en consideración en otro proceso .....	393
5. La legitimación de actos de postulación admisibles o fundados .....	398
b) Los actos de postulación en particular .....	§ 26 399
I. Las solicitudes.....	399
1. Concepto .....	399
2. Clases. Especialmente, la solicitud y la oposición.....	401
3. La denominada «petición de toma en consideración» ....	405
4. Propuesta de prueba y peticiones de prueba .....	407
5. Las valoraciones de las peticiones .....	411
a) La admisibilidad .....	412
i) Las condiciones de la admisibilidad de la acción.	412
ii) Las condiciones de la admisibilidad de la acusación .....	415
iii) Resolución sobre la admisibilidad .....	424

	Pág.
b) La fundamentación.....	430
i) Motivación.....	432
ii) La producción del derecho.....	436
II. Las afirmaciones .....	§ 27 438
1. Concepto .....	438
2. Valoraciones.....	444
III. La aportación de pruebas ( <i>Beweisführungen</i> ) .....	§ 28 449
1. Concepto .....	449
a) La aportación de pruebas como acto de parte .....	449
b) El desarrollo de sus pasos: propuesta de prueba y exhibición de prueba. Clases de exhibiciones de prueba.....	450
i) Práctica de exhibición de objetos perceptibles por los sentidos .....	451
ii) Práctica de ejecución de comunicaciones perceptibles por los sentidos.....	453
c) Práctica de la prueba y valoración de la prueba, producción de la prueba y recolección de pruebas (investigación probatoria), aseguramiento de la prueba .....	459
d) El tema probatorio.....	462
e) Prueba y convicción .....	464
2. Valoraciones.....	465
a) La proposición de la prueba.....	465
i) Su admisibilidad.....	465
ii) Su fundamentación (idoneidad).....	466
b) La práctica de la prueba .....	469
i) Su admisibilidad (utilizabilidad).....	469
ii) Su fundamentación (fuerza probatoria).....	470
IV. Los actos constitutivos .....	§ 29 472
1. Propiedades y consecuencias .....	472
2. Tipos.....	473
a) Declaraciones de voluntad.....	473
i) Acuerdos.....	473
ii) Declaraciones de voluntad unilaterales .....	474
b) Comunicaciones de voluntad .....	477
c) Comunicaciones de conocimientos .....	478
d) Acto real ( <i>Realakte</i> ).....	479
V. Vicios de la voluntad e inhibición de la voluntad en caso de actos de postulación y constitutivos .....	§ 30 481
1. Defectos de voluntad en los actos de postulación .....	481
2. Actos de postulación en los negocios jurídicos privados.....	483
3. Vicio de voluntad en los actos constitutivos .....	486
a) Posibilidad de justificación inmediata .....	486
b) Revocabilidad de alegaciones de actos de parte desfavorables, especialmente de la confesión, allanamiento o reconocimiento y renuncia .....	487

	Pág.
c) Revocabilidad de las declaraciones bajo juramento...	487
d) Revocabilidad por razones de restitución .....	488
e) Imposibilidad de toma en consideración de acuerdos procesales, especialmente de las conciliaciones procesales .....	488
f) Revocabilidad de poderes.....	490
4. Formalidad, conformidad, antijuridicidad e inmoralidad de los actos de parte .....	490
5. La condicionabilidad de actos de parte (la eventualidad).....	493
a) La eventualidad típica en los actos de postulación, especialmente acumulaciones de acciones eventuales, reconveniones eventuales, formulación de recursos eventuales y balances eventuales .....	493
b) Restante condicionabilidad de los actos de las partes.	505
c) Los actos del juez .....	§ 31 509
I. Las resoluciones. Concepto .....	509
II. Las resoluciones. Parámetros de valoración .....	511
1. Corrección e incorrección. Errores de observación o defectos de subsunción. Corrección formal o material (incorrección).....	511
2. Posibilidad de toma en consideración (inmodificabilidad o modificabilidad, especialmente, impugnabilidad) o imposibilidad de toma en consideración. Los presupuestos de existencia de las sentencias, especialmente, los presupuestos de su toma en consideración (nulidad de la sentencia). Los presupuestos de toma en consideración de otras resoluciones inmodificables .....	513
III. Restantes actos del juez.....	523
1. Actos constitutivos .....	523
a) Comunicaciones de conocimientos .....	523
b) Actos reales .....	524
2. Actos que sustituyen a los actos de postulación de las partes.....	524
a) Aportación de pruebas.....	525
b) Instrucción.....	525
3. Recepción de la audiencia y proposición de prueba (práctica de la prueba).....	525
IV. Relación final de actos de constitutivos judiciales respecto a los actos de postulación de las partes .....	526
5. Desarrollo de la situación procesal .....	§ 32 528
a) Situaciones jurídicas preprocesales .....	528
b) Pendencia jurídica.....	528
c) Personación .....	529
d) Sustanciación y litigio.....	530
e) Resultado procedimental .....	530
f) Prueba .....	531
g) Resultado probatorio .....	531

	Pág.
<i>h)</i> Eficacia de la sentencia.....	531
<i>i)</i> Revisión procesal, situación de pendencia .....	532
6. Sucesión en la situación procesal.....	§ 33 534
Especialmente la sucesión que tiene lugar por causa de ley en la posición formal de parte y la transmisión del proceso .....	534
7. Igualdad de la situación procesal (litisconsorcio especial) .....	§ 34 539
<i>a)</i> Pluralidad de procesos, pero igualdad de situaciones jurídicas.	539
<i>b)</i> Los casos individuales.....	539
<i>c)</i> Los efectos .....	542
<b>Bibliografía</b> .....	549
<b>Índice de materias</b> .....	573

## PRESENTACIÓN

Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA

Magistrado del Tribunal Supremo

James GOLDSCHMIDT ha realizado importantes aportaciones tanto en el campo del Derecho penal como en el del Derecho procesal (civil y penal); si bien para ello también ha sido preciso que, en ocasiones, acudiera a otras ramas del Derecho en donde con maestría ha manejado el Derecho del Estado, el Derecho civil, el Derecho romano, la filosofía del Derecho, etc. Todo ello aparece de forma nítida en esta obra: *El proceso como situación jurídica (Der Prozeß als Rechtslage)*.

Una de las cuestiones más relevantes que se desarrollan en este libro es la cuestión de la naturaleza jurídica del Derecho procesal; pero, desde luego, no es la única. También se trata muy a fondo la doctrina de los presupuestos procesales, la cosa juzgada y su relación con los derechos que han sido debatidos en el proceso; así como múltiples cuestiones más, como la teoría de los imperativos, la teoría del doble ordenamiento jurídico, las cargas procesales, las posibilidades y la inexistencia de obligaciones procesales, las clasificaciones de los actos procesales en constitutivos y de postulación, la crítica y destrucción de la teoría material de la cosa juzgada y su defensa de la teoría procesal de la cosa juzgada, los problemas procesales que se presentan en el litisconsorcio, en la sucesión procesal, etc. Para todo ello es preciso separar el Derecho procesal de lo que es el denominado Derecho sustantivo (llamado también material) y elaborar una ciencia del Derecho procesal; en esa tarea retoma su Derecho justicial que ya había desarrollado en su estudio: *Derecho justicial material [Materielles Justizrecht (Rechtsschutzanspruch)]*<sup>1</sup>. Además, los conceptos y sus aplicaciones no sólo los extrae o los vuelca sobre el proceso civil, sino que también lo hace

---

<sup>1</sup> También, ya en GOLDSCHMIDT, «Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht», *Berliner Festschrift für Brunner*, 1914.

sobre el proceso penal. Supone, pues, una revolución conceptual en el campo del Derecho procesal (civil y penal).

Eberhard SCHMIDT<sup>2</sup>, con todo acierto, consideraba que *Der Prozeß als Rechtslage* era la coronación y suma de la obra de la vida de GOLDSCHMIDT<sup>3</sup>. Además afirmaba que: «GOLDSCHMIDT ha dominado totalmente el Derecho civil con la misma seguridad soberana que el Derecho penal y, en particular, de ello se han beneficiado sus trabajos sobre las teorías procesales. Las estableció ya en 1905 en su obra *Materielles Justizrecht* y su coronación se encuentra en el trabajo que probablemente debe ser considerado como la suma de la obra de la vida de GOLDSCHMIDT, que apareció en 1925, nos referimos al importante libro *Der Prozeß als Rechtslage*. La fuerza y la importancia del trabajo procesal de GOLDSCHMIDT consiste en que siempre tuvo ante sus ojos tanto la ley procesal penal como la ley del procedimiento civil. No obstante, eso nunca le impidió, a partir de las muy distintas tareas existentes en un Estado, poner de relieve las profundas diferencias que en las áreas de los procedimientos deben derivarse del principio inquisitivo, por un lado, y del principio dispositivo, por otro. Pero, dado que el pensamiento procesal en general es completamente diferente del pensamiento jurídico material, la consecuencia es que en la totalidad de las áreas de Derecho procesal, debe ser evitada la mezcla con puntos de vista sustantivos, por lo que, como demostró GOLDSCHMIDT de modo irrefutable, la teoría de los actos procesales y las categorías de los valores relacionadas con ellos deben desarrollarse como problemas procesales. Su libro de 1925 merece con razón el subtítulo de *Eine Kritik des prozessualen Denkens* (Una crítica al pensamiento procesal). Inicialmente trabajó más en el ámbito del Derecho procesal civil que en la ciencia del proceso penal, naturalmente en perjuicio de este último. Pero ahora ya se puede decir que también la ley de procedimiento penal cae bajo el hechizo de este trabajo. Especialmente GOLDSCHMIDT continuará en él»<sup>4</sup>.

Y, en esta línea, Adolf SCHÖNKE<sup>5</sup> señala que: «Entre los trabajos procesales de Goldschmidt, debe mencionarse en primer lugar *Der Prozeß als Rechtslage* (1925). Según Goldschmidt el concepto de situación jurídica es una noción peculiar del Derecho procesal, en concreto, su concepto básico. Goldschmidt ve el Derecho como un compendio de las normas aplicables por el juez. El conjunto de normas jurídicas son las promesas o amenazas de un comportamiento concreto, que en última instancia conformarán el contenido particular de la sentencia judicial. Las relaciones jurídicas entre las partes que fundamenta esto son relaciones legales, es decir, ni obligaciones ni derechos para los fines de los imperativos jurídicos, sino situaciones jurídicas, esto es, relaciones de tensión ante la sentencia judicial que se espera, es decir, las perspectivas, posibilidades y cargas. Incluso para aquellos que no son capaces de seguir esta concepción

<sup>2</sup> Eberhard SCHMIDT, «James GOLDSCHMIDT zum Gedächtnis», *Süddt. JZ*, 1950, p. 448.

<sup>3</sup> Literalmente: «ihre Krönung [...] die Summe des Goldschmidtschen Lebenswerkes».

<sup>4</sup> Sin duda que es así. Las teorías de GOLDSCHMIDT son aplicables al Derecho procesal penal, evidentemente considerando las características propias de este proceso; eso ya lo hizo GOLDSCHMIDT en esta obra, donde tiene en cuenta el proceso penal y aparece palpablemente en el conocido libro de E. SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, I, 1964, en donde aplicándolas al Derecho procesal penal, sigue y defiende a lo largo del libro las doctrinas de GOLDSCHMIDT.

<sup>5</sup> Adolf SCHÖNKE, «Zum zehnten Todestag von James GOLDSCHMIDT», *DRZ*, 1950, p. 276.

fundamental, la obra *el Proceso como situación jurídica* es un tesoro inagotable. Las cuestiones más importantes del Derecho procesal son tratadas de forma monográfica, pues lo que se enseña en Derecho procesal ha sido en gran medida impulsado por él, por ejemplo, lo que en este trabajo se expone sobre las acciones y la acumulación de ellas. Como con razón, recientemente ha expuesto Eb. Schmidt<sup>6</sup>, en su análisis de los libros de texto sobre el procedimiento civil, todas estas obras se muestran como ricas frutas de la *Crítica al pensamiento procesal* de Goldschmidt».

Y, de forma contundente, Emilio GÓMEZ ORBANEJA<sup>7</sup> ha dicho: «Desde hace veinte años utilizo su libro “El proceso como situación jurídica” conforme al imponderable arsenal de información y crítica que es; aún no lo he agotado ni creo que vaya a agotarse. Esta densísima obra no sólo contiene una teoría del proceso y un método nuevo para el estudio del proceso; es una demostración, llevada a cabo con titánico brío del modo como se han ido integrando en nuestra disciplina las distintas ramas del Derecho, y, a la vez, de cómo el Derecho procesal aprovecha a la dogmática jurídica en su unidad».

Con carácter general, refiriéndose al libro de GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß als Rechtslage*, nos dice Wilhelm KISCH<sup>8</sup> que «constituye uno de los más importantes trabajos, si es que no es el más importante, de los aparecidos en muchos años en Alemania». En esa misma línea Fritz von HIPPEL<sup>9</sup>, bajo el título del apartado relativo a la moderna época constructiva de la ciencia del Derecho procesal, señala que es necesario centrarse en el pensamiento de James GOLDSCHMIDT y en el de Werner NIESE<sup>10</sup>, que sigue el camino señalado por aquél.

Por otra parte, también hay que poner de manifiesto que la teoría de GOLDSCHMIDT influye claramente en la idea que desarrollará años más tarde Niklas LUHMANN<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Eb. SCHMIDT, «James...», ob. cit., *SJZ*, 50, pp. 377 y ss.

<sup>7</sup> E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho y Proceso*, recopilación, 2009, p. 308.

<sup>8</sup> Wilhelm KISCH, en *Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht*, 1926, p. 127. Conviene indicar que KISCH, en su libro *Deutsches Zivilprozeßrecht*, 4.ª ed., 1929, sigue la doctrina de la situación jurídica de GOLDSCHMIDT.

<sup>9</sup> Fritz von HIPPEL, *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik. Studien zur Rechtsmethode und zur Rechtskenntnis*, Frankfurt am Main, 1964, pp. 357 y ss. Sin perjuicio de que von HIPPEL critique duramente el libro de GOLDSCHMIDT desde el punto de vista político y por cuanto considera que GOLDSCHMIDT ve el proceso como un combate; así como que el juez queda al margen del Derecho. Sin embargo, lo cierto es que la crítica de von HIPPEL es injustificada, pues respecto de la posición del juez, GOLDSCHMIDT explica claramente qué quiere decir al respecto; como seguidamente veremos.

<sup>10</sup> Se refiere al libro de Werner NIESE, *Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre*, Göttingen, 1950.

<sup>11</sup> Niklas LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Berlin, 9.ª ed., 2013 (1.ª ed. Frankfurt am Main, 1983), 1983, pp. 16 y ss. Además de referirse constantemente, LUHMANN, a las expectativas y a la defraudación de las expectativas, en cuanto al problema de la justicia y el procedimiento, nos dice que «después de todo, es difícil ver, si no es por un prejuicio, cómo puede considerarse que el verdadero conocimiento y la verdadera justicia son el objetivo y, por tanto, la naturaleza de los procedimientos regulados legalmente; y, si es así, ¿Cómo podría lograrse tal objetivo?» (*Legitimation...*, ob. cit., p. 20). Es decir, no busquemos un fin metafísico del proceso. GOLDSCHMIDT ya afirmaba que no debía perseguirse un fin metafísico del proceso sino que era preciso acudir a un fin empírico, y en consecuencia, mantenía que el proceso es la constitución de la cosa juzgada. LUHMANN señala que «el sentido del procedimiento judicial controlado legalmente se basa según la teoría procesal dominante en un valor de verdad, esto es, en el reconocimiento real de lo que considera correcto como derecho y que en los casos individuales lo es por derecho. Se trata, como en el caso de una

Para acercarnos al tema de la naturaleza jurídica del proceso es preciso realizar una pequeña aproximación a la cuestión relativa a la relación jurídica.

Las personas viven en sociedad y se relacionan entre sí; interaccionan. El Derecho es un conjunto de imperativos<sup>12</sup> que regulan la vida social, esto es, las relaciones entre las personas; también se afirma que regula las relaciones entre las personas y las cosas<sup>13</sup>. Tales relaciones se rigen por normas, que determinan la conducta humana. Estas normas cuando están establecidas en la ley, forman la norma jurídica. De manera que en la norma jurídica se recogen deberes y derechos; es una norma de poder, pues la norma al tiempo que impone un deber, genera el derecho, bien del Estado o bien de otras personas, a exigir su cumplimiento. Por ello, esto es, porque la norma es quebrantable y se establecen mecanismos para disuadir antes de su incumplimiento y para reaccionar cuando ha sido desconocida, es por lo que en función de cómo se encuentre prevista esa relación entre la norma y su incumplimiento se hable de norma perfecta, norma minuscuamperfecta, norma pluscuamperfecta y norma imperfecta<sup>14</sup>.

De esta manera, queda claro que los destinatarios de las normas no son únicamente los súbditos del Estado, como consideraba Karl BINDING<sup>15</sup>; ni únicamente los titulares de los órganos del Estado, como entendía M. E. MAYER<sup>16</sup>; sino que la norma va dirigida tanto a unos como a otros, como defiende GOLDSCHMIDT. Esta cuestión será precisa tenerla en cuenta a la hora de establecer las relaciones que genera la norma jurídica.

Pues, la norma jurídica, al imponer (norma de poder) deberes y derechos, genera necesariamente una relación jurídica. Esto es, una relación de la vida social que está regulada por el Derecho. En la norma se condensa el Derecho objetivo y el Derecho subjetivo, pues al imponer un deber y generar un derecho, establece que bien el Estado por sí mismo o bien el Estado a solicitud del

---

opción política y de la legislación, de que lo correcto se lleva a cabo por medio de una decisión. En consecuencia, se admite comúnmente que el objetivo principal del proceso judicial es la protección legal y se utiliza esa forma como una justificación de las distintas instituciones del derecho procesal» (*Legitimation...*, ob. cit., p. 17). Seguidamente, añade LUHMANN, que «sin embargo, este punto de vista [se refiere al clásico sobre el Derecho procesal que es el que acaba de describir] tiene sus dificultades ante el problema de la incorrecta pero legal decisión. Tal punto de vista, debe, al igual que la doctrina de la acción teleológica de la escolástica, definir la “esencia” del proceso por una característica que no está necesariamente conectada con él [en nota al pie dice: véase la penetrante crítica de James GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß als Rechtslage*, 1925] o debe recurrir a fórmulas dobles contradictorias, tales como la paz jurídica o la protección de los derechos, para abarcar tanto las decisiones correctas como las incorrectas».

<sup>12</sup> Contestando a las críticas realizadas a la teoría de los imperativos, GOLDSCHMIDT dice que «quien cree que puede refutar la teoría de los imperativos con referencia a una estructura divergente de las normas jurídicas, confunde contenido y forma» (GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 230). En contra de la teoría imperativista, H. L. A. HART, *The concept of Law*, 1961; pero no es ahora el momento de examinar estas doctrinas.

<sup>13</sup> No vamos a entrar ahora en si esto es así, o si por el contrario las relaciones son necesarias y únicamente entre personas, pues las cosas constituyen el objeto del Derecho. Véase lo que diremos más adelante.

<sup>14</sup> Lógicamente, en contra de esta distinción, GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 305.

<sup>15</sup> Karl BINDING, *Normen*, I, p. 14; y BINDING, *Handbuch*, pp. 187 y ss.

<sup>16</sup> M. E. MAYER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.<sup>a</sup> ed., 1923, p. 34 y sus argumentos se desarrollan en las pp. 35 y ss.; también en M. E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903, cap. 3 y cap. 4, II.

particular, pondrá los medios para la efectividad de ese derecho<sup>17</sup>. La norma jurídica es una norma de poder/deber y la relación jurídica una relación entre personas regulada por el Derecho; insistimos, la relación es entre personas, las cosas son el objeto del derecho, de manera que efectivamente esa relación entre personas puede tener por objeto una cosa, pero eso no significa que la relación sea entre la persona y la cosa.

La teoría de la relación jurídica es elaborada por SAVIGNY<sup>18</sup>, conforme a la cual en la relación jurídica se presentan todos los derechos del conjunto de las partes que deben ser tenidas en cuenta; en concreto considera que se trata de una «relación de persona a persona, determinada por una norma jurídica» (§ 52). Es importante esta última parte, pues no toda relación entre los hombres es una relación jurídica. SAVIGNY señala tres clases: las enteramente reguladas por el Derecho, las que sólo lo están en parte y las que están enteramente al margen del Derecho. Y, como ejemplo, se refiere a la propiedad, el matrimonio y la amistad. Posteriormente, la pandectística alemana profundizará en el desarrollo de la relación jurídica.

Parcialmente, en este sentido, ENNECCERUS/NIPPERDEY<sup>19</sup> explican que la llamada relación jurídica es «una relación de la vida ordenada por el derecho objetivo, y que consiste en una dirección jurídicamente eficaz de una persona hacia otras personas o hacia ciertos objetos (cosas o derechos)». Así pues, ENNECCERUS/NIPPERDEY admiten que la relación jurídica pueda darse no sólo entre personas sino también entre una persona y una cosa<sup>20</sup> o un derecho. Aunque como dijimos, no es momento de polemizar sobre si cabe una relación jurídica con una cosa o si la relación jurídica es entre personas, sin perjuicio de que dos o más personas —relación jurídica simple o compleja— puedan relacionarse en dirección con una cosa, no obstante diremos que a nuestro juicio, las relaciones jurídicas suponen un conjunto de derechos y deberes impuestos por la norma y esto sólo cabe con relación a sujetos de derechos. Claramente en este sentido, DE CASTRO Y BRAVO<sup>21</sup> considera que la relación jurídica es una situación en la que se encuentra una persona respecto de otras; por ello define la relación jurídica como «la situación jurídica en que se encuentran respectivamente unas personas, organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico»; y niega que pueda existir una relación jurídica que no sea entre personas. Por el contrario, DE BUEN<sup>22</sup> no sólo admite la existencia de relaciones jurídicas entre persona y cosa, sino incluso entre cosas.

Toda relación jurídica tiene dos elementos: uno se refiere a la relación de la vida social; y el otro se centra en la norma (o normas), que es la que nos dirá

<sup>17</sup> Tampoco es momento ahora de explicar la diversidad de concepciones sobre el derecho subjetivo (*facultas agendi*), e incluso aquellas que niegan la existencia de tal concepción; si bien, diremos únicamente que hay normas que no incorporan derechos sino deberes, por lo que, evidentemente, existen normas que no reflejan derechos subjetivos.

<sup>18</sup> SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, I, 1840, pp. 6 y ss., §§ 4 y ss. (*Rechtsverhältnis*) y pp. 331 y ss., §§ 52 y ss. (*Wesen der Rechtsverhältnisse*).

<sup>19</sup> ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Tratado de Derecho civil*, trad. B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, I, 1.º, § 64, Barcelona, 1953, pp. 279 y ss.

<sup>20</sup> También, en ese sentido VON THUR, *Der allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, I, 1910, p. 125.

<sup>21</sup> DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, I, reedición 2008, pp. 616 y ss., esp. 622.

<sup>22</sup> DE BUEN, «La teoría de la relación jurídica en el Derecho civil», *Libro homenaje al Profesor Don Felipe Clemente de Diego*, Madrid, 1940, pp. 181 y ss., esp. 189-192.

el conjunto de poder/deber que allí se presenta. Así pues, toda relación jurídica procede de hechos o actos que enlazan a unas personas con otras, derivándose una serie de derechos y correlativamente deberes. Pero, desde luego no es un mero conjunto de derechos subjetivos, sino que esa serie de hechos o actos conforman una unidad que interrelaciona los derechos, facultades y deberes que se plantean entre determinadas personas, que se encuentran en un concreto contexto social; pues la relación jurídica tiene un carácter orgánico. Por ello, no es posible construir un sistema de Derecho como la suma de derechos subjetivos, sino que es preciso tener en cuenta las relaciones jurídicas que se presentan en la vida social.

Este planteamiento, sin perjuicio de que evidentemente sobre el concepto de relación jurídica existen muy variadas concepciones, es básico para entender el planteamiento de GOLDSCHMIDT. Él se enfrenta al concepto del proceso como relación jurídica, y por eso examina entre quiénes se daría (el problema del destinatario de la norma) y si existen obligaciones, deberes, etc. Y, con profundidad, nos dirá que en el proceso no existen tales obligaciones, sino expectativas, posibilidades, cargas y liberaciones de cargas. Tampoco existen obligaciones del juez generadas por ninguna relación jurídica, sino que sus obligaciones son de Derecho público derivadas del cargo que ocupa. Como señala GOLDSCHMIDT<sup>23</sup>, «la pretensión de otorgamiento de justicia estatal es una parte del *status civitatis* y “el elemento esencial de la personalidad”»; por ello, «la obligación del juez es un deber oficial del cargo legal de juez»<sup>24</sup>, esto es, dicha obligación no nace de la existencia de ninguna relación jurídica.

Dicho lo anterior, ahora vamos a acercarnos al tema de la naturaleza jurídica del proceso, cuestión básica e ineludible para comprender el Derecho procesal.

Como es sabido han existido muy diferentes formas de explicar la naturaleza jurídica del proceso, desde las que han acudido a conceptos del Derecho privado (especialmente del Derecho romano), para afirmar que el proceso era un contrato entre las partes derivado del proceso arbitral o un cuasicontrato, concretamente con base en la *litis contestatio* romana, hasta el punto de inflexión que se produce con Oskar BÜLOW (1868), con su obra: *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos del proceso*<sup>25</sup>. A partir de aquí ya la naturaleza privada del proceso es abandonada y se considera que el Derecho procesal debe ser explicado con categorías de Derecho público.

BÜLOW considera la naturaleza del proceso como la de una relación jurídica pública. En el proceso lo que existen son relaciones jurídicas (*Rechtsverhältnisse*), que son distintas de las relaciones de Derecho privado discutidas en el litigio.

En otras palabras, la naturaleza jurídica del proceso es la de constituir una relación jurídica (de Derecho público) que es diferente de la relación jurídica

<sup>23</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 77. Si bien es preciso distinguir, nos dice GOLDSCHMIDT (*Prozeß...*, ob. cit., p. 264), el Derecho frente al Estado para que éste imparta justicia de la expectativa de ser oído; pues «aquél existe sin más con el reconocimiento de la personalidad o del *status civitatis*» y la expectativa de ser oído aparece con la presentación de la demanda.

<sup>24</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 81: «*Seiner Rechtsgrund nicht in einem besonderen "Prozeßverhältnis", sondern in der Amtspflicht des gesetzlichen Richteramts, d. h. im allgemeinen Staatsverhältnis findet*».

<sup>25</sup> Oskar BÜLOW, *Die Lehre von der Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868.

de carácter material que es objeto de litigio, es decir, la relativa al derecho subjetivo material. Esa relación jurídica procesal es una relación jurídica pública que existe entre el Estado y las partes, debido a la cual el Estado asume la obligación de impartir justicia y las partes la obligación de asumir la resolución judicial. Estas obligaciones son de carácter procesal y para que surjan y, por consiguiente, para la relación jurídica procesal, es preciso que concurren lo que BÜLOW denominó bajo el concepto de «presupuestos procesales»; de manera que sin estos presupuestos procesales no puede surgir una relación jurídica procesal válida. BÜLOW separó las excepciones dilatorias de los presupuestos procesales, por lo que superó aquel concepto del Renacimiento y elaboró el concepto de los presupuestos procesales; en realidad, sustituyó el concepto de las excepciones procesales por el de los presupuestos procesales. Con BÜLOW, por consiguiente, aparece una relación jurídica procesal distinta de la relación jurídica material, que, además, es de naturaleza de Derecho público; así pues, quedan abandonadas las teorías iusprivatistas que explicaban el proceso con categorías del Derecho privado.

Posteriormente, Adolf WACH (1885)<sup>26</sup> consideró el proceso como «la realización de la pretensión de tutela jurídica»; se trata de la tutela jurídica que tiene el demandante frente al Estado, para que éste lo proteja mediante la sentencia y obligue al demandado a cumplir la sentencia. Por ello, se la conoce como la teoría de la pretensión de tutela (o de protección) jurídica (*die Theorie vom Rechtsschutzanspruch*). Entendía que el objeto del proceso civil era esa pretensión de tutela jurídica frente al Estado; en otras palabras, una reclamación contra el Estado para que éste le proteja. Consideraba que la pretensión era tanto frente al Estado como frente al particular.

Evidentemente, según cuál sea la concepción que se mantenga, así influirá de forma absoluta sobre la concepción que se vaya a defender de la acción procesal; esto es, si la acción constituye una pretensión de tutela jurídica o, por el contrario, no puede estimarse así. GOLDSCHMIDT en este punto sigue la doctrina elaborada por WACH, sin embargo la matiza centrandó la acción en un derecho frente al Estado. Estima (claramente en su *Zivilprozessrecht*, 1932) que la acción es «un derecho público subjetivo dirigido contra el Estado para obtener la tutela jurídica del mismo mediante una sentencia favorable».

Siguiendo la doctrina de la relación jurídica, posteriormente aparecerán muy diversas teorías que explicarán cómo se dan esas relaciones jurídicas. Mientras WACH, al igual que BÜLOW, considera que el proceso es una relación triangular entre el juez y las partes, Konrad HELLWIG<sup>27</sup> niega tal triángulo y estima que la relación es entre el juez y las partes, pero no entre las partes entre sí; y Josef KOHLER<sup>28</sup> niega tanto el triángulo como las relaciones de las partes con el juez y mantiene que la relación sólo existe entre las partes.

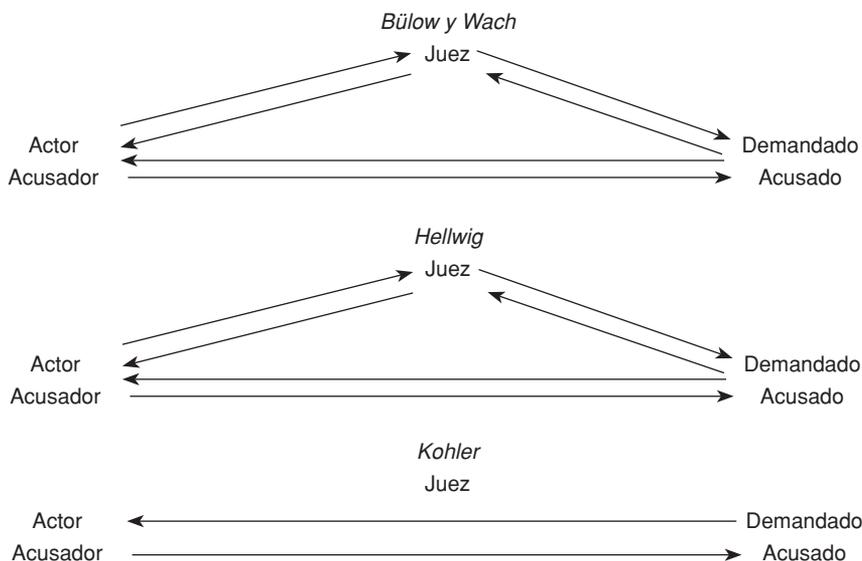
Para un más fácil entendimiento, GOLDSCHMIDT<sup>29</sup> realiza los siguientes gráficos recogidos en la página siguiente.

<sup>26</sup> Adolf WACH, *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, I, 1885.

<sup>27</sup> Konrad HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, I, 1903; y *Anspruch und Klagrecht*, 1900. Como anécdota podemos recordar que James GOLDSCHMIDT sucedió a Konrad HELLWIG en la cátedra de la Universidad de Berlín.

<sup>28</sup> Josef KOHLER, *Der Prozeß als Rechtsverhältnis*, 1888.

<sup>29</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho penal y Proceso*, I, 2010, p. 767.



Todas estas teorías son tomadas en consideración por GOLDSCHMIDT en este libro (así como también en sus libros *Derecho procesal civil* y en *Teoría general del proceso*), precisamente para rebatirlas. Para GOLDSCHMIDT la naturaleza jurídica del proceso no es una relación jurídica. En el proceso no existe una relación jurídico-procesal sino una situación jurídica (*Rechtslage*). Tampoco aceptó GOLDSCHMIDT la teoría de los presupuestos procesales, clave de la posición de BÜLOW; pues los que BÜLOW señalaba como tales, GOLDSCHMIDT demostró que no lo eran, sino que se trataba de presupuestos de la decisión de fondo y, por consiguiente, no podían ser presupuestos de la existencia del proceso. BÜLOW, para defender su teoría, distinguía en el proceso romano el procedimiento *in iure* y el procedimiento *in iudicium* y el fondo del asunto sólo era considerado en este último, por lo que en el procedimiento *in iure* únicamente se examinaban los presupuestos procesales. Pero GOLDSCHMIDT demostró que en el proceso romano esto no era así; de ahí la polémica sobre las excepciones que podían oponerse, su contenido y su momento; así como en qué casos se producía la litispendencia, la cosa juzgada y, por tanto, cuando cabía oponer estas excepciones. Una vez desmontada la doctrina de BÜLOW, en cuanto a su fundamentación en el Derecho romano, era preciso examinar si se ajustaba al proceso actual. El resultado es el antes anticipado: no existe la relación jurídica procesal.

GOLDSCHMIDT examina si en el proceso existen obligaciones de las partes y obligaciones del juez que deriven de la existencia de una relación jurídica.

Con relación al juez:

En efecto, como dijimos, GOLDSCHMIDT considera que ante una demanda, el juez tiene evidentemente obligación de actuar y de dictar una sentencia sobre el fondo, pero se trata de un deber del cargo (*Amtspflicht*)<sup>30</sup>; esto es, nos encontramos con uno de los deberes derivados del Estado de Derecho, por tanto son

<sup>30</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 239.

deberes de Derecho del Estado y no están fundados en una relación jurídica procesal, sino «en la relación general de derecho público»<sup>31</sup>. Además, «la denegación de justicia no es solamente la lesión del deber funcional del titular de un cargo, sino, ante todo, del deber de otorgamiento de justicia del Estado»<sup>32</sup>. Precisamente por ello las infracciones de los deberes del cargo tienen respuesta en el ámbito de la responsabilidad civil o penal de los jueces<sup>33</sup>.

Así pues, como decimos, para GOLDSCHMIDT la obligación que tiene el juez de dictar sentencia no deriva de ninguna relación jurídico-procesal, sino que es una consecuencia de la obligación del Estado de administrar justicia; por tanto, es una obligación de Derecho del Estado esencial dentro de un Estado de Derecho.

Con relación a las partes:

Señala tajantemente GOLDSCHMIDT<sup>34</sup> que «es verdad que en el Derecho romano, y hasta las postrimerías de la Edad Media, el demandado tenía obligación de cooperar a la *litis contestatio*, es decir, de manifestar su buena voluntad de iniciar la fase del procedimiento que hace posible una sentencia sobre el fondo. Semejante voluntad se manifestó en los tiempos más avanzados simplemente por la contestación a la demanda. Pero tampoco esta obligación del demandado nace de una relación jurídica procesal, sino de la relación general que liga al ciudadano con el Estado. La sujeción del ciudadano al poder estatal es natural y hasta ilimitada mientras rige el *imperium*, es decir, en la esfera meramente pública, pero con respecto a los conflictos entre particulares, el individuo estaba inicialmente libre y regía el principio de la “autotutela”. Al consolidarse la organización del Estado se sintió la necesidad de repeler la autotutela, y de intervenir, como consecuencia, en los conflictos de los particulares. A este fin la *iurisdictio* estatal se ofreció al principio, y más tarde se impuso a los particulares. Sin embargo, transcurrió mucho tiempo hasta realizarse la total sujeción del individuo bajo la *iurisdictio* estatal y durante esta época de transición se exigía en cada caso una sumisión especial del demandado al fallo del juez. Ahora bien, el demandado estaba obligado a esta sumisión, y de ello se deriva la famosa obligación de cooperar a la *litis contestatio*»<sup>35</sup>.

Así pues, en el proceso no existen obligaciones para las partes que se deriven de la existencia de una relación jurídica. En el proceso no existen obligaciones, sino cargas. Las que la doctrina señala como «obligaciones» de las partes, «resultantes de las diferentes situaciones procesales, son cargas y no obligaciones»<sup>36</sup>.

De ahí que recalque que en el proceso no existen obligaciones de las partes; existen posibilidades, expectativas y cargas procesales. No hay obligación de comparecer, sino la carga de comparecer y contestar la demanda. Sin perjuicio de que del incumplimiento de esas cargas puedan resultar perjuicios procesales por el avance procesal<sup>37</sup>.

El proceso es un conjunto de posibilidades y expectativas en la que los actos pueden ser procedentes o improcedentes, admisibles o inadmisibles, fundados

---

<sup>31</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., pp. 81 y 107.

<sup>32</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 79.

<sup>33</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., pp. 78-79; también, p. 247.

<sup>34</sup> GOLDSCHMIDT, *Derecho...*, I, ob. cit., p. 817.

<sup>35</sup> En ese sentido, también en GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., pp. 81 y ss. y 107.

<sup>36</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 133.

<sup>37</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., pp. 259 y ss. y 280 y ss.

o infundados. Pero todo el proceso va dirigido a la obtención de la cosa juzgada. Frente al derecho material, que es estático, se presenta el proceso que es dinámico<sup>38</sup>. «La ciencia del Derecho procesal, por el contrario, tiene que partir de la perspectiva —dinámica— de que el derecho es una medida para la actividad sentenciadora del juez»<sup>39</sup>. En el proceso todo son expectativas, los actos de postulación, las afirmaciones, etc., todo son expectativas dirigidas a obtener la tutela jurídica. En otras palabras, a conseguir que se decida si una pretensión está jurídicamente fundada o no fundada. Por ello, nos dice que «la cosa juzgada es la validez judicial de una pretensión, como jurídicamente fundada o infundada»<sup>40</sup>; por ello, en ocasiones, a la doctrina de GOLDSCHMIDT se la denomina como la doctrina de «la cosa juzgada como la validez judicial». De manera que todo el proceso va dirigido a la consecución de la cosa juzgada<sup>41</sup>; defendiendo siempre un concepto procesal de la cosa juzgada. Con lo que resulta preciso examinar la concepción material para desecharla y afirmar el concepto procesal y confrontarlo con el problema de las sentencias incorrectas (*unrichtige Urteile*)<sup>42</sup>.

En esta cuestión de la *res iudicata* es donde aparece la necesidad de aceptar la teoría del doble ordenamiento: uno el de derecho material y el otro de derecho judicial. Al respecto, señala GOLDSCHMIDT<sup>43</sup>, que la cosa juzgada también es «una consecuencia jurídica»; en efecto, «el derecho, justamente, otorga a la sentencia una eficacia tal que lo que el juez reconoce como derecho tendrá valor como tal (la cosa juzgada en el sentido antes mencionado posee la capacidad de investir al fallo judicial de la misma autoridad que el Derecho). No obstante, al proceder así el Derecho, hace de la necesidad una virtud. Se legaliza el poder según el cual, en cuanto fracasa la norma de motivación del Derecho, se extrae del Derecho un segundo ordenamiento —concreto— que coexiste junto al ordenamiento jurídico positivo —en el cual naturalmente también se comprenden los imperativos aplicables al caso individual— y, según el principio sociológico del poder, en caso de conflicto, tiene preferencia al mismo».

Añade que «el reconocimiento de la cosa juzgada como una consecuencia jurídica ha ocasionado otro dualismo, entre ordenamiento jurídico positivo y ordenamiento judicial»<sup>44</sup>. La cosa juzgada —sigue diciendo— es, además, «una fuerza “ante” los tribunales; esto es, este ordenamiento judicialmente creado tiene eficacia ante otros tribunales, aunque limitada, pues sólo rige cuando en el futuro un tribunal se encuentre con un caso ya juzgado, al que debe aplicar ese ordenamiento. Parece evidente con ello que la denominada teoría procesal de la cosa juzgada se levanta en la esfera de la teoría del “doble ordenamiento jurídico”».

Y, concreta GOLDSCHMIDT<sup>45</sup> que «en realidad se trata de un “doble ordenamiento jurídico” que posee un sentido absolutamente singular. Si, “tal y como lo entiende”, el juez en particular produce un segundo ordenamiento jurídico a través de la aplicación del Derecho, la referencia a ese segundo ordenamien-

<sup>38</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., pp. 227 y ss.

<sup>39</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 228.

<sup>40</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 212.

<sup>41</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 255.

<sup>42</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., pp. 151 y ss.

<sup>43</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 213.

<sup>44</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 214.

<sup>45</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 227.

to, ya debe quedar comprendido en el mismo derecho; puesto que, sin duda, pertenece esencialmente al Derecho que es desarrollado cuando se aplica por el juez. La dualidad de ordenamientos jurídicos, tal y como se manifiesta en la cosa juzgada, se debe también encontrar en la esencia del Derecho. En realidad ello nos lleva a una doble posibilidad de considerar el Derecho, que suministra la clave para relacionar el proceso con el Derecho material».

Para GOLDSCHMIDT cuando la sentencia es errónea en relación con el Derecho material, aquélla prevalece y, además, la sentencia vincula para las partes, para aquellos a los que se extiende su efecto y para cualquier juez que en el futuro tenga que examinar nuevamente la cuestión; evidentemente, esta vinculación no es de carácter tan general —como pueda ser la vinculación de una ley— pero sí tiene efectos vinculatorios hacia fuera del proceso.

Existen en la doctrina muy distintas teorías para explicar la cosa juzgada. GOLDSCHMIDT examina la doctrina que considera la cosa juzgada una ficción de verdad<sup>46</sup>; la defendida por Max PAGENSTECHE<sup>47,48</sup>, que viene a suponer que la cosa juzgada implica la creación del Derecho (es decir, defiende la teoría material de la cosa juzgada); y, la que sostuvo Paul KRÜCKMANN<sup>49</sup>, sobre la cosa juzgada como una posesión de derecho. Ninguna de ellas es la correcta. GOLDSCHMIDT defiende la teoría procesal de la cosa juzgada, y, dentro de ella la teoría de la cosa juzgada como la validez judicial.

GOLDSCHMIDT considera la cosa juzgada como la «validez judicial» (*gerichtliche Geltung*) de una pretensión, como jurídicamente fundada o infundada<sup>50</sup>. Por eso, dice que «la validez de las normas jurídicas, que configuran el ordenamiento jurídico, se encomienda al poder legislativo del Estado, al poder judicial se le encomienda la tarea de subsumir el supuesto de hecho concreto que subyace bajo la norma, extrayendo mediante un silogismo finalmente el contenido de la sentencia. La cosa juzgada es, por tanto, en último lugar, “metajurídica”. La tarea de aplicar el derecho es algo externo al ordenamiento jurídico precisamente como sucede con la labor de legislar. Naturalmente hay que comprender esto *cum grano salis*. La cosa juzgada también es —al menos hoy— una consecuencia jurídica; el Derecho, justamente, otorga a la sentencia una eficacia tal que lo que el juez reconoce como Derecho tendrá valor como tal (la cosa juzgada en el sentido antes mencionado posee la capacidad de investir al fallo judicial de la misma autoridad que el Derecho). No obstante, al proceder así, el Derecho hace de la necesidad una virtud. Se legaliza el poder según el cual, en cuanto fracasa la norma de motivación del Derecho, se extrae del Derecho un segundo ordenamiento —concreto— que coexiste junto al ordenamiento jurídico positivo —en el cual naturalmente también se comprenden los imperativos aplicables al caso individual— y, según el principio sociológico del poder, en caso de conflicto, tiene preferencia al mismo».

<sup>46</sup> Esta doctrina que considera la cosa juzgada una ficción de verdad (*Wahrheitsfiktion*) procede del Derecho romano (GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., pp. 172 y ss.). Como es sabido, uno de los más importantes expositores fue Friedrich Karl von SAVIGNY (véase al respecto, GAUL, «Rechtskraftlehre seit SAVIGNY», *Festschrift für Flume*, 1978, pp. 443 y ss.

<sup>47</sup> Véase GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., pp. 164 y ss.

<sup>48</sup> Realmente se llamaba Alexander Ludwig Maximilian PAGENSTECHE, aunque generalmente es conocido como Max PAGENSTECHE.

<sup>49</sup> Véase GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., pp. 215 y ss.

<sup>50</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., pp. 211 y ss.

De ahí que se pueda afirmar que para GOLDSCHMIDT la cosa juzgada es esencial para la validez judicial, y correlativamente para la validez del Derecho<sup>51</sup>.

Precisamente, dentro del Derecho procesal hay algunas cuestiones polémicas y capitales, como son las relaciones con el Derecho material, el problema de las sentencias incorrectas (en ocasiones en vez de incorrectas se habla de sentencias injustas; sin perjuicio de que una sentencia incorrecta sea seguramente injusta, lo cierto es que una sentencia injusta nos lleva a pensar en una prevaricación y, desde luego, ésa no es la cuestión, pues eso se resuelve por la vía de la responsabilidad penal del juez, esto es, claramente constituye una cuestión de Derecho material) y la eficacia de la cosa juzgada. Por ello, Marcel KAUFMANN<sup>52</sup>, cuando estudia la cuestión de la verdad y las sentencias erróneas, nos dice que es obvio que el mantenimiento de la función constitutiva de la sentencia respecto de la verdad «tenía que ser explosiva», excepto si la verdad es derogada por la verdad procesal a través del proceso. Y «la manera de salir de este dilema era, sobre todo para James GOLDSCHMIDT, la búsqueda de la completa abstracción del proceso respecto de la situación jurídico material».

En cuanto a la teoría de los imperativos, GOLDSCHMIDT<sup>53</sup> parte de considerar que el derecho es un conjunto de imperativos; y, frente a quien, por ejemplo Rudolf VON JHERING<sup>54</sup>, estima que son imperativos destinados únicamente a los órganos estatales, que son los únicos destinatarios de las normas, considera que el Derecho es un conjunto de imperativos cuyos destinatarios son tanto los súbditos como los órganos del Estado. Por ello, afirma que las leyes penales son «imperativos dirigidos a un número indeterminado de destinatarios»<sup>55</sup>. Sigue exponiendo que «las normas jurídicas no son sólo “leyes que ordenan la vida”, sino también “normas que resuelven litigios”»; en otras palabras, «no son sólo imperativos que pretenden la sumisión al Derecho, sino también criterios de resolución, dirigidos al juez sentenciador que es a quien compete conseguir esa sumisión al Derecho. Esta perspectiva —procesal— no concuerda bien con la idea de que los preceptos jurídicos sean imperativos dirigidos a los tribunales estatales»<sup>56</sup>. De aquí resulta que «para una perspectiva que concibe el Derecho como criterio que utiliza el juez para crear sentencias, el juez en sí mismo nunca puede ser sujeto u objeto de una relación jurídica»<sup>57</sup>.

«Para aquellos que consideran el Derecho como un criterio para obtener una sentencia, las normas jurídicas a los que la sentencia va unida, como si fueran una “comunidad jurídica”, aparecen —como ya hemos demostrado— como promesas o amenazas, e integrarán el contenido de una determinada sentencia. Las relaciones jurídicas creadas a través de esta “comunidad jurídica” son el fundamento de futuras sentencias que contienen promesas o amenazas y, consiguientemente, se otorga con estas resoluciones validez a las pretensiones de las partes, que podrán califi-

<sup>51</sup> Sobre la validez del Derecho, véase Gerhart HUSSERL, *Rechtskraft und Rechtsgeltung, eine Rechtsdogmatische Untersuchung, I, Genesis und Grenzen der Rechtsgeltung*, Berlin, 1925; Adolf MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft*, Leipzig, 1923; véase también Dirk HECKMANN, *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen*, Tübingen, 1997.

<sup>52</sup> Marcel KAUFMANN, *Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 2002, p. 322; y siguiendo la doctrina de GOLDSCHMIDT sobre el concepto de carga procesal, pp. 402 y ss.

<sup>53</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., pp. 227-228.

<sup>54</sup> Rudolf VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II, 1, p. 21.

<sup>55</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 242.

<sup>56</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 246.

<sup>57</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 246.

carse de jurídicamente fundadas o infundadas, en otras palabras, la ratificación judicial otorga eficacia de cosa juzgada (*Gerichtskraft = Rechtskraft*)»<sup>58</sup>.

Precisamente, concebir que las normas jurídicas funcionan como criterio (o medida) del juez en su labor juzgadora, conduce a que tales normas frente a los particulares tengan el carácter de promesas o amenazas de una determinada conducta por parte del juez; y, por ello, de una sentencia con ese efecto de determinar que la pretensión esta jurídicamente fundada o no fundada.

Al respecto, señala GOLDSCHMIDT<sup>59</sup>: «El Derecho se concibe, en todo caso, como un criterio para la actividad juzgadora del juez, y se piensa en éste en su relación con el Derecho, se piensa en el juez como poder responsable de aplicar el Derecho; en otras palabras, el juez es un poder que no está sometido al Derecho, sino que tiene por función que otros se sometan al Derecho. En realidad, el juez aparece no como un servidor del Derecho, sino como el dueño del Derecho, como un maestro artesano que utiliza éste como instrumento. Igual que un albañil utiliza una regla maestra para su labor; así se rige el juez mediante el Derecho. Y así, por medio del Derecho —como se ha apuntado antes— crea un ordenamiento social, el cual tiene vigencia junto al ordenamiento jurídico e incluso tiene preferencia a éste en caso de conflicto, según el denominado principio sociológico del poder (*sociologisches Machtprinzip*). En relación con este orden social, el ordenamiento jurídico, entendido desde un punto de vista procesal, es algo incompleto, es decir, si bien es algo más que un mero “plan” o “proyecto” de orden jurídico, está inacabado, se trata de un medio dirigido a un fin. Si, por lo general, se dice, que para el juez la aplicación del Derecho es un fin en sí mismo, ello es correcto sólo si se entiende —y en la mayoría de los casos debería entenderse sólo en ese sentido— que, para poder cumplir esa misión, el juez no se limita a aplicar el Derecho —a diferencia de las autoridades administrativas y otros órganos sometidos al Derecho—. Sin embargo, sería desastroso partir de un concepto “metafísico” del proceso y construir la ficción de que la sentencia concuerda siempre con la situación jurídica material previa al proceso.

De lo antes expuesto resulta que para una perspectiva que concibe el Derecho como criterio que utiliza el juez para dictar sentencias, el juez en sí mismo nunca puede ser sujeto u objeto de una relación jurídica. Partiendo de esa perspectiva, el juez queda siempre por encima del Derecho, y, por ello, como algo externo al mismo. Esto no debe ser malinterpretado. Naturalmente esto no significa que sea cierta la insensata frase: *iudex legibus solutus*. El juez está vinculado al Derecho, porque como tal juez, es decir como Poder Judicial que es, tiene que aplicar el Derecho. No obstante, él lo aplicará correcta o incorrectamente y en este último caso —siempre partiendo del punto de vista de la perspectiva procesal— no se trataría de una infracción del deber del cargo ni de la obligación estatal de prestar justicia, sino que se trataría de un signo de incomprensión jurídica o de una aplicación jurídica errónea, como el error de un artesano al utilizar su instrumento de trabajo, subjetivamente: un error de comprensión, pero no un error de voluntad. Bajo este punto de vista se pueden fundamentar los recursos contra las decisiones judiciales. A él se refieren nuestras leyes procesales (§§ 550 ZPO, 337, II StPO) cuando hablan de “infracción de ley”. Distinto es el caso en que se imputa al juez un delito de prevaricación, o “torcimiento del derecho” (§§ 336 StGB, 839, II, p. 1 BGB) o se reprocha al juez o al Estado una denegación de justicia o una demora injustificada en la misma (§ 839, II, p. 2 BGB, art. 77 RVerfass de 1871, § 85 ley prusiana AG. GVG), ante lo que sucintamente se alegan “razones jurídico procesales”. Así pues, tanto el juez como el Estado, uno igual que otro, están sometidos, como tales, a los imperativos

<sup>58</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 251.

<sup>59</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 246.

del Derecho. En otras palabras, en lugar de la perspectiva procesal entra en juego, de nuevo, la perspectiva material».

«Todo derecho en sentido jurídico material (estático) es un dominio sobre algo mientras que todo derecho en sentido procesal (dinámico) es una perspectiva de obtener algo»<sup>60</sup>. «Lo que un derecho en sentido jurídico material autoriza es el dominio sobre un imperativo, lo que un derecho en sentido procesal autoriza es el dominio de una situación»<sup>61</sup>. Por tanto, el proceso «debe concebirse desde la categoría que surge del derecho en sentido procesal y de las cargas procesales, no puede ser una relación jurídica, sino una situación jurídica»<sup>62</sup>.

Añade GOLDSCHMIDT<sup>63</sup> que «el concepto de situación jurídica es puramente procesal y surge solamente sobre la base de una consideración procesalista del Derecho. Este concepto se contrapone frente al concepto de relación jurídica, surgido de una perspectiva jurídico material del Derecho, pero no como un *minus* sino como un *aliud*. Mientras que este concepto señala la relación, fundada en el Derecho, de una persona con el derecho objetivo, aquél significa la relación, fundada en el derecho, de una persona con una sentencia judicial esperada. Aun cuando nosotros hablamos en la vida de la “situación” de una persona, entendemos con ello el estado de sus asuntos bajo el punto de vista de su judicialidad o de su valorabilidad; por tanto, se refiere al estado de sus asuntos que justifica un juicio de valor favorable o desfavorable. Análogamente, existe una situación en sentido jurídico cuando el estado del asunto de una persona entra en juego bajo el punto de vista de su judicialidad, por tanto bajo un punto de vista que justifica una sentencia favorable o desfavorable, medida bajo el criterio del Derecho. Puesto que compete al juez la tarea de emitir tales sentencias, esta contemplación supone cierto pronóstico de sentencia; en otras palabras, situación jurídica es el estado de la causa de una persona, contemplado desde el punto de vista de una sentencia judicial esperada, con arreglo a Derecho; más brevemente, la perspectiva jurídicamente fundada de obtener una sentencia judicial, favorable o desfavorable, y consiguientemente del reconocimiento por los tribunales de que la pretensión alegada está jurídicamente fundada, o de que es infundada (fuerza judicial, cosa juzgada)»<sup>64</sup>. Por ello, seguidamente nos dice que «la situación jurídica es, en todo caso, una “expectativa”, pero no de un derecho, sino de una sentencia y de su efecto declarativo, dado que esta situación siempre está en relación con un proceso efectivo o con un posible proceso futuro».

Así pues, conviene recalcar que para GOLDSCHMIDT<sup>65</sup> la situación jurídica «es el estado de la causa de una persona, contemplado desde el punto de vista de una sentencia judicial esperada, con arreglo a derecho; más brevemente, la perspectiva fundada de obtener una sentencia judicial, favorable o desfavorable, y consiguientemente del reconocimiento por los Tribunales de que la pretensión alegada está jurídicamente fundada, o de que ésta es infundada (fuerza judicial, cosa juzgada)». En el mismo sentido, posteriormente<sup>66</sup> recalca que la situación jurídica procesal es «siempre una expectativa de una sentencia

<sup>60</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 252.

<sup>61</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 253.

<sup>62</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 253.

<sup>63</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 254.

<sup>64</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 255.

<sup>65</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 255.

<sup>66</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 259.

favorable o desfavorable, por consiguiente dirigida a obtener la ratificación por un Tribunal de que la pretensión alegada está jurídicamente fundada, o no fundada, es decir, fuerza judicial = cosa juzgada». Y, poco después<sup>67</sup> define la situación jurídica procesal como «el conjunto de las expectativas, posibilidades, cargas y liberaciones de cargas que una parte tiene en el proceso».

Para GOLDSCHMIDT<sup>68</sup> una posibilidad procesal «existe cuando una parte está en la situación de ocasionar, con un alto índice de probabilidades, una situación procesal, a través del ejercicio de un acto procesal, la cual debe examinarse, según la finalidad del acto y atendiendo a la fase del proceso, como la siguiente fase en el camino que conduce a una resolución favorable del proceso».

Gráficamente nos dice GOLDSCHMIDT<sup>69</sup> «el modo de ver o considerar el Derecho, que convierte todas las relaciones jurídicas en expectativas o perspectivas de un fallo judicial de contenido determinado, puede llamarse una consideración dinámica del Derecho en contraste con la consideración corriente, que es *estática*, porque enfoca todas las relaciones jurídicas como consecuencias jurídicas necesarias de hechos presupuestos como realizados. [...] Permítaseme, para ilustrar la diferencia del enfoque, aducir un ejemplo de política. Durante la paz, la relación de un Estado con sus territorios y súbditos es *estática*, constituye un imperio intangible. En cuanto la guerra estalla, todo se encuentra en la punta de la espada; los derechos más intangibles se convierten en expectativas, posibilidades y cargas, y todo derecho puede aniquilarse como consecuencia de haber desaprovechado una ocasión o descuidado una carga; como al contrario, la guerra puede proporcionar al vencedor el disfrute de un derecho que en realidad no le corresponde. Todo esto puede afirmarse correlativamente respecto del Derecho material de las partes y de la situación en que las mismas se encuentran con respecto a él en cuanto se ha entablado pleito sobre el mismo».

De manera que en modo alguno puede decirse que en el proceso exista una relación jurídica, sino que lo que existe es una situación jurídica, en el sentido que a esta expresión le otorga GOLDSCHMIDT. En ese sentido, Ernest MÖLLMANN<sup>70</sup> explica que «para Goldschmidt, el proceso sólo crea una situación jurídica entre los interesados, esto es, el juez y las partes y no genera derechos ni obligaciones entre las partes, de una contra la otra».

Precisamente, LIPP<sup>71</sup> encuentra la característica principal del proceso en una *prozessuale Betrachtungsweise*, esto es, «en un punto de vista procesal que conduce de nuevo a James Goldschmidt»; y, por ello, añade que esto implica que es preciso «conducir el proceso como un proceso neutro de resultado abierto, en el que exista igualdad de armas entre las partes y a las que se les conceda una audiencia justa».

Como afirma Martin HEGER<sup>72</sup> es bastante frecuente, hoy en día, considerar que la comprensión del proceso civil como una relación jurídica fue frustrada por GOLDSCHMIDT.

<sup>67</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 259.

<sup>68</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 280.

<sup>69</sup> GOLDSCHMIDT, *Derecho...*, I, ob. cit., pp. 831-832.

<sup>70</sup> Ernest MÖLLMANN, «Prozeß, von der Rechtslage zum Rechtsverhältniss», *Juristische Rundschau*, vol. 1949, septiembre de 2009, pp. 12 y ss.

<sup>71</sup> LIPP, *Das private Wissen des Richters. Zur Unparteilichkeit des Richters im Prozess*, 1995, p. 227.

<sup>72</sup> Martin HEGER, «James GOLDSCHMIDT und der Strafprozess...», ob. cit.

Friedrich-Christian SCHROEDER<sup>73</sup> considera que «la teoría de Goldschmidt era tan avanzada en contra de la concepción tradicional de considerar el proceso penal como una relación jurídica, como ya lo demuestra su definición como “estado” (*Stand*) de los asuntos, pues aquella concepción tiene un enfoque estático y proporciona siempre y únicamente una instantánea de los procesos penales», por lo que es necesario un enfoque dinámico; el proceso es un desarrollo dinámico de situación en situación: es una situación jurídica.

Expresa y rotundamente Eb. SCHMIDT<sup>74</sup> afirma que «Goldschmidt ha de tener el mérito imperecedero de haber sometido a “crítica” el “pensamiento procesal” y de haber puesto agudamente de manifiesto la diversidad existente entre el enfoque jurídico sustantivo y el procesal. Esto lo ha hecho en su obra *Der Prozeß als Rechtslage* (1925)». Añade que «este trabajo no fue inicialmente reconocido y apreciado, con su pleno significado, incluso por destacados procesalistas», y cita entre estos a BELING y a SAUER. También señala que «lo que Karl Siegert dijo sobre Goldschmidt en el infame Congreso del 3-4 de octubre de 1936, es tan mediocre que no tendría sentido alguno pararse a comentarlo. Por lo demás, sólo cabría indicar que Siegert sigue ampliamente a Goldschmidt en su escrito de habilitación de 1929 sobre los actos procesales». Por ello, aquí poco diremos sobre Karl SIEGERT<sup>75</sup>. Continúa Eb. SCHMIDT explicando que «el efecto de la obra de Goldschmidt se refleja en el Derecho procesal penal y su ciencia sólo a partir de 1945 [fácil es entenderlo pues antes explícitamente Eb. SCHMIDT se refiere al nacionalsocialismo], pero desde entonces lo hace con toda su fuerza. Tiene un mérito especial Werner Niese que ha señalado la fertilidad de las doctrinas de Goldschmidt también para el derecho procesal penal. Este comentario [Eb. SCHMIDT se refiere a su libro sobre el comentario a la StPO] sigue la misma dirección. Desde entonces los efectos de la doctrina de Goldschmidt en todos los escritos sobre el procedimiento penal son evidentes»; y al respecto indica que sobre todo en la doctrina de los actos procesales y sus revisiones (y aquí cita a HENKEL, PETERS, SCHÄFER en LOWE-ROSENBERG), y en la doctrina de los presupuestos del proceso (cita a SCHÄFER y a FOTH). «¿Cuántos trabajos en las áreas del Derecho procesal civil, libros de texto y comentarios, muestran que continúan la doctrina de GOLDSCHMIDT?»; y, a modo de ejemplo, cita a Fr. WEBER, a G. BAUMGÄRTEL y a JAUERING.

<sup>73</sup> Friedrich-Christian SCHROEDER, *Strafprozessrech*, 4.<sup>a</sup> ed., 2006, núm. marg. 22.

<sup>74</sup> Eberhard SCHMIDT, *Lehrkommentar z. StPO u. z. GVG*, I, 1964, p. 48, n. 64.

<sup>75</sup> Karl SIEGERT era un jurista nazi. No voy a contar ahora sus andanzas, si bien diré que participó en el libro homenaje a GLEISPACH. En el libro *Gegenwartfragen der Strafrechtswissenschaft. Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf Wenceslaus Gleispach*, Berlin, 1936, de únicamente 187 páginas, contribuyeron conocidos juristas nazis (como también lo era el homenajeado), como Georg DAHM, William GALLAS, Friedrich SCHAFFSTEIN, Erich SCHINNERER, Karl SIEGERT y Leopold ZIMMERL. Tampoco nos extenderemos con estos personajes, sólo diremos que Georg DAHM sustituyó (expulsando) a Hermann KANTOROWICZ en la cátedra de la Universidad de Kiel, y junto con Friedrich SCHAFFSTEIN, Karl LARENZ, Franz WIEACKER y Ernst Rudolf HUBER, persiguieron a los judíos de la Universidad de Kiel, tanto fueran estudiantes como profesores. En Kiel fundaron la *Kieler Schule*, conocido foco del Derecho nazi. Pero, desde luego, no fue únicamente allí, por ejemplo, en la Universidad de Friburgo, su rector Martin HEIDEGGER se ocupó de expulsar a los judíos de la universidad; muy conocido es su discurso en 1933 durante su curso *Vom Wesen der Wahrheit (La esencia de la verdad)*, en el que expresamente dice que hay que encontrar a los enemigos y llevarlos al exterminio total (*völlige Vernichtung*). Véase, al respecto, E. FAYE, «Ser, historia y técnica de exterminio na obra de Heidegger», conferencia pronunciada en Brasil el 13 de abril de 2011; véase también E. FAYE, *La introducción del nazismo en la filosofía*, Madrid, 2009; Emmanuel FAYE es profesor de la Universidad de Rouen, Francia.

Eb. SCHMIDT<sup>76</sup> se adhiere a la concepción dinámica del proceso, que fue fundada por GOLDSCHMIDT; además, en ese sentido cita también a NIESE, FOTH, ROSENBERG y HENKEL. Añade que SAUER «ha malinterpretado por completo la teoría de Goldschmidt» y «también Beling no hace justicia a Goldschmidt porque todavía está demasiado atrapado en un punto de vista sustantivo». Para Eb. SCHMIDT, «Goldschmidt, como nadie, ha conseguido mostrar y explicar, a partir de la naturaleza dinámica del proceso, el sentido de los conceptos y de las valoraciones procesales».

Por ello, nos dirá GOLDSCHMIDT<sup>77</sup> que «la incertidumbre es consustancial a las relaciones procesales, puesto que la sentencia judicial nunca puede preverse con seguridad». Como ya señalamos, en el proceso sólo existen posibilidades, expectativas, cargas y liberaciones de cargas, hay una gran incertidumbre en donde se espera una sentencia que determine que la pretensión alegada está jurídicamente fundada o no fundada. El Derecho material lo contempla desde una posición puramente estática, son normas que establecen deberes/poderes en relación con hechos. Pero el proceso es un conjunto de afirmaciones, expectativas, solicitudes, que pueden ser fundadas o no fundadas, admisibles o inadmisibles, de cargas o liberaciones de cargas que pueden acarrear ventajas o desventajas, en el que se percibe su carácter dinámico, cuyo fin es precisamente la constitución de la cosa juzgada; pues el proceso avanza hacia la determinación de que la pretensión está jurídicamente fundada o no fundada, con el efecto de que su pronunciamiento será efectivo tanto en el proceso como en cualquier otro posterior.

De manera que como indicamos, una de las características de la doctrina de GOLDSCHMIDT es considerar el proceso como algo dinámico frente al Derecho material que es estático. El proceso es dinámico<sup>78</sup>, evolutivo, con incertidumbre a través de posibilidades, solicitudes, cargas, etc. Se va desarrollando hasta la sentencia y con ella hasta la constitución de la cosa juzgada; de ahí que la doctrina, en ocasiones, denomine a esta teoría *Gestaltung der Rechtskraft*.

Por ello, MAULTZSCH<sup>79</sup> explica que GOLDSCHMIDT «en su obra fundamental, *Der Prozeß als Rechtslage*, aborda el intento de establecer, como único fin del proceso (civil) [realmente de cualquier proceso judicial, hemos de añadir, pues GOLDSCHMIDT no lo centra necesariamente en el proceso civil] la producción de una decisión firme en un litigio pendiente»; y añade que «con este punto de vista, Goldschmidt considera especialmente incompatible reconocer como posibles fines del proceso la constitución de la situación jurídica material o, incluso, la creación de un Derecho judicial». Y, en efecto, explícitamente GOLDSCHMIDT<sup>80</sup> señala que «existen muchas teorías tanto sobre el *fin del proceso* como sobre la *naturaleza de la cosa juzgada*. Unos consideran como fin del proceso la decisión de una controversia. Pero hay proceso sin controversia, por ejem-

<sup>76</sup> Eb. SCHMIDT, *Kommentar...*, ob. cit., pp. 57-61 y 61, n. 108.

<sup>77</sup> GOLDSCHMIDT, *Derecho...*, I, ob. cit., p. 832.

<sup>78</sup> Incidiendo en el aspecto dinámico del proceso, que GOLDSCHMIDT resaltaba frente al estático del Derecho material, Marcus GROSCH (*Rechtswandel und Rechtskraft bei Unterlassungsurteilen. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Zeit und Recht sowie eine Kritik der Dogmatik vom materiellen Unterlassungsanspruch*, Heidelberg, 2002, esp., pp. 273 y ss.) donde expone la doctrina de GOLDSCHMIDT bajo la denominación: *Rechtskraft als Gerichtskraft*.

<sup>79</sup> MAULTZSCH, *Streitenscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess*, Tübingen, 2010, p. 66.

<sup>80</sup> GOLDSCHMIDT, *Derecho...*, I, ob. cit., p. 822.

plo, el juicio en rebeldía. Según otros, el fin del proceso es dirimir conflictos de voluntades. En efecto, ése es el último fin de la jurisprudencia contenciosa, pero con esto no se aclara el fin del proceso como medio particular para aquel último fin. Tampoco es fin del proceso la coacción. Va exclusivamente implicada en la sentencia de condena, y aun en ella no antes de la ejecución. Por último, la protección jurídica o la actuación de la ley, que se ha colocado como fin del proceso, es, en verdad, su fin ideal. Pero tal fin es de índole teleológica, “metafísica”, se halla más allá del concepto empírico del proceso, y se refuta por cada sentencia que no concuerda con el Derecho material. [...] La falta más grave que puede cometerse en la construcción jurídica es la de construir una institución no según su sentido real, sino según su ideal.

Por eso, al buscar el fin del proceso, hay que partir de su concepto empírico, investigar el fin, que en cada proceso se alcanza. Ese fin es la terminación del conflicto, que se logra por la fuerza vinculatoria de la cosa juzgada».

Como la repercusión de la obra de GOLDSCHMIDT, respecto de la ciencia del Derecho procesal civil es sobradamente conocida tanto en Alemania como fuera de ella (básicamente en España, Italia y los países de Iberoamérica), no es preciso detenerse en ello. Sin embargo, sí parece conveniente indicar, como venimos haciendo, que su obra también afecta y es perfectamente aplicable al proceso penal. De manera que seguidamente nos detendremos sucintamente en este aspecto.

Es cierto que, como dice HEGER<sup>81</sup>, GOLDSCHMIDT en *Der Prozeß als Rechtslage*, «le concede al proceso civil mucho más espacio que al proceso penal»; pero también es cierto que no dejó de tener siempre presente a lo largo del libro el proceso penal y sus referencias a este proceso son constantes. Por ello, Wolfgang SELLERT<sup>82</sup> en el subtítulo a la biografía de James GOLDSCHMIDT le denomina: «Un importante activista del Derecho procesal penal y civil»<sup>83</sup>; y, el propio SELLERT explica con profundidad los trabajos de GOLDSCHMIDT en el ámbito del Derecho penal y del Derecho procesal penal<sup>84</sup>.

El propio HEGER realiza un importante estudio sobre el Derecho procesal penal considerando el proceso como una situación jurídica, y, para ello, vuelca completamente la doctrina de GOLDSCHMIDT sobre el proceso penal; de forma contundente, Werner NIESE<sup>85</sup> señala la fecundidad de la obra de GOLDSCHMIDT para el Derecho procesal penal; y Eb. SCHMIDT en su comentario a la StPO<sup>86</sup> trata y sigue reiterada y explícitamente el libro de GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß als Rechtslage*; es decir, también es tenido en cuenta en el campo procesal penal.

<sup>81</sup> Martin HEGER, «James Goldschmidt und der Strafprozess als Rechtslage», *Juristenzeitung*, núm. 13/2010, pp. 637 y ss.

<sup>82</sup> Helmut HEINRICHS (dir.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, 1993, p. 595.

<sup>83</sup> Además es conveniente recordar el importante libro de GOLDSCHMIDT sobre el Derecho procesal penal: *Zur Reform des Strafverfahrens*, Tübingen, 1919; así como el libro *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935; y numerosos artículos publicados en revistas que se refieren directamente al proceso penal.

<sup>84</sup> W. SELLERT, también se ocupa de exponer la posición de GOLDSCHMIDT en cuanto a la filosofía jurídica y al Derecho procesal civil; y, naturalmente sus concepciones desarrolladas en *Der Prozeß als Rechtslage*.

<sup>85</sup> Werner NIESE, *Doppelfunktionelle...*, ob. cit., *passim*.

<sup>86</sup> Eb. SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, I, Göttingen, 1964.

Y, más recientemente, MEYER-GÖßNER<sup>87</sup> define el proceso como «el mecanismo regulado jurídicamente de situación en situación para obtener una decisión judicial sobre una relación jurídica sustantiva». Como dice HEGER<sup>88</sup>, a ese concepto sólo le falta una referencia al legado de GOLDSCHMIDT. O, dicho de otra forma ¡no hay ninguna referencia al legado de GOLDSCHMIDT! Por ello HEGER<sup>89</sup> afirma tajantemente que hoy en día también se entiende que el proceso es una serie de situaciones. En otras palabras: una situación jurídica.

En este mismo sentido, y con una definición «similar», ya Eb. SCHMIDT<sup>90</sup>, siguiendo explícitamente y citando a GOLDSCHMIDT, nos indica que «en resumen podemos decir: el proceso es la ordenación jurídica que se desarrolla de situación en situación, con el fin de obtener una resolución judicial sobre una relación jurídica de Derecho material». Y añade que, en este sentido, también otros autores mantienen esa concepción y cita a KLEINKNECHT-MÜLLER, SCHWARZ-KLEINKNECHT y a PETERS.

También BEULKE<sup>91</sup>, además de manejar un concepto metafísico del proceso penal, partiendo de que «el proceso penal debe conducir a una decisión que cree la paz jurídica», por lo que considera que «es justo volver a abrir el proceso al aparecer posteriormente dudas al respecto», sin embargo, también afirma que «la materia penal no se puede dejar permanentemente abierta», tanto en interés general público como en interés de los acusados. Por ello, además de esa función de crear la paz jurídica, busca un concepto de proceso penal que encuentra —como GOLDSCHMIDT— en la cosa juzgada y, por consiguiente dirá que «el Derecho procesal penal está trabajando para el instituto de la cosa juzgada».

Asimismo, cuando BEULKE trata la cosa juzgada<sup>92</sup> indica que «en parte se afirma que el inocente que ha sido declarado culpable adquiere la posición del condenado aunque no nazca punibilidad material alguna [en este sentido la teoría de la *Gestaltung* desarrollada apoyándose en GOLDSCHMIDT<sup>93</sup>]. Según la doctrina mayoritaria la sentencia tiene puros efectos procesales, esto es, vincula sólo en sentido jurídico procesal, tal y como indica la teoría de la cosa juzgada<sup>94</sup>. La ejecución de una sentencia errónea es antijurídica, pero el inocente que ha sido condenado carece de todo derecho de legítima defensa». No obstante, y sin perjuicio de la posición de GOLDSCHMIDT respecto de las sentencias erróneas, para intentar resolver el problema que genera la sentencia errónea, entre el derecho del inocente erróneamente condenado y lo establecido en la sentencia, acudiendo a la doctrina del doble ordenamiento jurídico, que en definitiva viene a defender el principio de seguridad jurídica (aunque hable del principio sociológico del poder), no hay duda de que GOLDSCHMIDT defiende —como hoy día es dominante— la teoría procesal de la cosa juzgada<sup>95</sup>; y la

<sup>87</sup> MEYER-GÖßNER, *StPO*, 51.<sup>a</sup> ed., 2008.

<sup>88</sup> HEGER, «James Goldschmidt (1874-1940)» en *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*, Berlin, 2010, pp. 477 y ss., esp. 495.

<sup>89</sup> HEGER, «James Goldschmidt und...», ob. cit.

<sup>90</sup> Eb. SCHMIDT, *Kommentar...*, ob. cit., I, p. 63.

<sup>91</sup> BEULKE, *Strafprozessrecht*, 7.<sup>a</sup> ed., 2004, p. 4.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 279, núm. marg. 504.

<sup>93</sup> GOLDSCHMIDT, *Prozeß...*, ob. cit., pp. 211 y ss.

<sup>94</sup> Véase RANFT, núm. marg. 1875; ROXIN, § 50 núm. marg. 9.

<sup>95</sup> GOLDSCHMIDT, *Prozeß...*, ob. cit., pp. 211 y ss.

conclusión de que el erróneamente condenado carece de derecho a la legítima defensa, también es defendida por GOLDSCHMIDT<sup>96</sup>, pues claramente afirma que «a pesar de la antijuridicidad del inicio de la ejecución, los actos del funcionario ejecutor permanecen como conformes al Derecho», por lo que, si es así, evidentemente no cabría legítima defensa<sup>97</sup>.

Además, al hablar de los actos procesales, señala BEULKE<sup>98</sup> que desde GOLDSCHMIDT se dividen en actos de postulación y actos constitutivos. En efecto, expresamente dice que «siguiendo a Goldschmidt, los actos procesales se pueden subdividir en actos de postulación, con los cuales la consecuencia jurídica no se obtiene de forma inmediata, sino que con ellos se pretende obtener que otro realice un determinado acto procesal (por ejemplo, una solicitud de prueba), y los actos constitutivos, los cuales generan directamente la consecuencia jurídica (por ejemplo, la renuncia a un recurso)». Esta clasificación también es seguida por muchos otros autores, entre los que podemos citar a ROXIN/SCHÜNEMANN<sup>99</sup>. Sin perjuicio de referirse también ROXIN al concepto de la funcionalidad doble de los actos procesales desarrollado por NIESE<sup>100</sup>, al que asimismo ya se refiere Eb. SCHMIDT; con este concepto se hace referencia a que «un acto procesal también puede tener consecuencias de Derecho material»<sup>101</sup>, y lo ejemplifica con una detención o un registro en un domicilio.

Recordemos, además, lo que dijo Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO<sup>102</sup>, respecto de *Der Prozeß als Rechtslage*. Nos dice que «la magna obra de Goldschmidt y una de las más altas cumbres de la literatura procesal de cualquier época o nación, no fue, como con olvido de su habitual ecuanimidad sostuvo Calamandrei, un genial pero intrascendente alarde de virtuosismo teórico, sino una vigorosa y saludable sacudida a la dogmática de nuestra disciplina». Enseguida hemos de decir que CALAMANDREI pronto cambió de idea sobre la obra de GOLDSCHMIDT; en efecto, CALAMANDREI<sup>103</sup> nos dice que «James Goldschmidt ha sido el teórico más original y penetrante; la originalidad de su intuición expuesta de manera cautivante en el célebre libro *Der Prozeß als Rechtslage* (1925), y la rigurosa coherencia de la reconstrucción sistemática de todo el proceso civil, que él llevó a cabo en el posterior tratado general<sup>104</sup>, parecen cada vez más eminentes cuanto más se aleja uno de aquellos años; mientras ya, a la distancia de pocos decenios, el nombre de muchos escritores, entonces reputados, se confunde en la multitud anónima de los repetidores de ideas ajenas, la figura de James Goldschmidt se hace en lontananza cada vez mejor reconocible, como la de un estudioso de excepción, que tuvo, como pocos, algo de nuevo y de importante que decir, y cuya obra marca verdaderamente, en el camino de los estudios de Derecho procesal, una piedra miliar».

<sup>96</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß...*, ob. cit., p. 297, n. 1543.

<sup>97</sup> Véase, por todos extensamente, Eb. SCHMIDT, *Kommentar...*, ob. cit., pp. 160 y ss.

<sup>98</sup> BEULKE, *Strafprozessrecht*, ob. cit., p. 160, núm. marg. 296.

<sup>99</sup> ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrenrecht*, 26.<sup>a</sup> ed., 2009, § 22, núm. marg. 2. Antes también ROXIN, *Strafverfahrenrecht*, 24.<sup>a</sup> ed., 1995, § 22, núm. marg. 2.

<sup>100</sup> NIESE, *Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen*, 1950.

<sup>101</sup> ROXIN, *ibid.*

<sup>102</sup> Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, «Los actos procesales en la doctrina de Goldschmidt», *Estudios en memoria de James Goldschmidt*, I, *Rev. de D. Procesal*, Buenos Aires, 1951, p. 49.

<sup>103</sup> CALAMANDREI, «Un maestro del liberalismo procesal», trad. Sentís MELENDO, *Estudios...*, I, ob. cit., pp. 159 y ss., esp. pp. 161 y ss.

<sup>104</sup> Se refiere a GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, 1.<sup>a</sup> ed., 1929; 2.<sup>a</sup> ed., 1932.

Y, ya por último, Leonardo PRIETO CASTRO<sup>105</sup>, con afecto, señala que «el mérito seguido por nuestro inolvidable amigo y eximio Maestro James Goldschmidt en su obra, consiste en la contemplación del dato de un sistema, y es válido no sólo cuando sigue una línea normativa, sino también cuando, empíricamente, refleja una realidad que, si es metajurídica o antijurídica, desde luego no intenta consagrarla como si coincidiese con el concepto que nosotros, y aun él mismo, llamaríamos “filosófico” del Derecho procesal.

Pues, evidentemente, estudiando a GOLDSCHMIDT creemos que es preciso seguir tantos *Betrachtungsweisen* cuantas son las facetas de su extraordinaria obra: histórica, filosófica, dogmática y pragmatista. Separándolas, para someterlas al modo de consideración que cada una exige, acerca de todas ellas en su conjunto, hay que emitir el mismo juicio, que sólo esporádicamente se la ha negado, esto es: se trata de una creación genial (y ya fue dicho hace muchos años), que si hoy nos ha sido de gran utilidad para el aspecto concreto de la política pragmatista, puede y debe seguir siéndolo en el estudio de toda la teoría del proceso, pues, lejos de destruirla [...] ayuda a su reforzamiento».

Para terminar, conviene indicar, siquiera sea sucintamente, que la obra de James GOLDSCHMIDT en general (esto es, tanto en el ámbito del Derecho penal como en el del Derecho procesal, civil y penal) ha tenido una importante influencia y ha sido tenida muy en cuenta en la dogmática española<sup>106</sup>. Como señala GIMENO SENDRA<sup>107</sup>, «todo lo contrario de la teoría de la relación jurídica procesal, la tesis de Goldschmidt no ha sido objeto de una crítica verdaderamente consistente», todas las críticas y observaciones realizadas contra ella, «nos parecen del todo punto desafortunadas, extraídas más de frases aisladas que de un examen global de la genial obra de Goldschmidt».

Finalmente, unas pequeñas indicaciones.

Toda traducción es complicada pues las palabras siempre tienen múltiples significados y no siempre es fácil intuir cuál es el que el autor quiso darle a la palabra en cuestión. Este libro no ha sido una excepción. La precisión terminológica empleada por el autor, y, desde luego, su absoluta erudición y el manejo de fuentes dispares, han dificultado enormemente la labor. En todo caso, nos hemos esforzado en reflejar una imagen fiel del original.

Ahora bien, conviene indicar que en algunas ocasiones (no muchas), cuando se ha considerado más conveniente, los párrafos se han separado; pues, en tales casos un punto y aparte parecía necesario dada la densidad del párrafo, o bien, cuando hacía una enumeración exhaustiva de supuestos contenidos en las leyes procesales, dado que de otra forma la lectura se hacía un poco fatigosa.

En ocasiones las frases podían haberse trasladado de forma menos retórica, pero, por intentar mantener esa imagen fiel, se ha querido mantener el estilo del autor, y por ello, se ha respetado al máximo dicho estilo.

---

<sup>105</sup> Leonardo PRIETO CASTRO, «Notas sobre la eficacia del proceso civil o político de pragmatismo procesal», *Estudios en memoria de James Goldschmidt*, II, *Rev. de D. Procesal*, Buenos Aires, 1951, pp. 197 y ss., esp. p. 217.

<sup>106</sup> Al respecto, véase Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «Strafrechtliche Theorie Rezeption und Rechtsvergleichung zu Beginn des 20. Jahrhunderts aus spanischer Sicht. Zum Gedenken an James GOLDSCHMIDT aus Anlass seines 70. Todestags», *ZStW*, 2011, t. 123, cuaderno 1, pp. 179 y ss., esp. pp. 197-199.

<sup>107</sup> V. GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal*, 1981, pp. 165-166.

GOLDSCHMIDT utiliza las referencias a las notas para moverse dentro del libro. En otras palabras, a veces se refiere al texto de la propia nota y en otros casos al texto del libro en donde se ubica la nota; por ello, en unos casos hemos puesto: *véase la nota xxx*, y, en otros, *véase en relación con la nota xxx*.

En el libro propiamente no hay división de capítulos, sino de párrafos, pero para una más fácil comprensión, se ha decidido componer el texto de forma que cada párrafo comience página. Aun así, teniendo muy en cuenta lo dicho en el párrafo anterior, se ha respetado la numeración corrida de las notas a lo largo de todo el texto de GOLDSCHMIDT. Además, el libro contiene un índice con diversos apartados que tienen un título, pero, a lo largo del libro, aunque los títulos de los apartados más importantes se mantienen, sin embargo, los apartados de menor importancia no tienen el título que aparece en el índice, sino simplemente un número. Nos ha parecido mejor añadir en estos subapartados el título que aparece en el índice; no se trata de un añadido nuestro, pues los títulos de los subapartados ya los puso GOLDSCHMIDT en el índice inicial, sino de trasladar dichos títulos a cada uno de los subapartados a lo largo del libro. Creemos que de esa manera se gana en claridad.

Es muy conveniente para una mejor comprensión del libro, la utilización tanto de la *ZPO* como de la *StPO* (evidentemente, también el *BGB* y el *StGB*). Al respecto, recomendamos en cuanto a la *ZPO* la traducción realizada por PRIETO CASTRO e incluida como apéndice a la traducción del *Derecho procesal civil* de GOLDSCHMIDT; concretamente GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho penal y Proceso, II, Derecho procesal civil*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2010, pp. 579 y ss.

*Der Prozeß als Rechtslage* contiene desde la p. 558 a la p. 577 un completísimo índice de fuentes citadas en el texto (fuentes romanas: *Instituta* de Gayo, de Justiniano, el Digesto, etc.; canónicas; antiguas alemanas; la ordenanza procesal civil alemana; el Código civil, etc.) referidas a cada una de las pp. del libro en el que aparece citada, apartado por apartado, párrafo por párrafo. Este índice no ha sido incluido en esta traducción por considerar que era de escasa utilidad para el lector de habla hispana. En defensa de esta decisión podemos indicar que en el original alemán del *Derecho procesal civil* de GOLDSCHMIDT (*Zivilprozessrecht*, Berlin, 1932), también se incluía un índice de esas características, que tampoco fue incorporado por PRIETO CASTRO en la versión española de dicho libro.

La foto de James GOLDSCHMIDT que se incorpora a este libro fue elegida, entre otras, por el hecho de encontrarse firmada por él mismo en la esquina inferior derecha.

Por último, quiero agradecer la ayuda prestada por Miguel Ángel Encinar del Pozo, María de los Ángeles Villegas García, María Luisa Silva Castaño, María Teresa del Caso Jiménez, Aránzazu Moreno Santamaría, Pilar Barés Bonilla, María del Carmen Laurel Cuadrado y María Jesús Raimundo Rodríguez en la corrección de pruebas, así como la siempre amable y paciente colaboración de Raquel Pérez Alonso en conseguir que sea legible lo que se envió a la editorial así como en la elaboración del complejo índice analítico de materias. Y, desde luego, he de mostrar nuevamente mi completo agradecimiento a Juan José Pons, el cual, gracias a sus amplios conocimientos en el mundo del Derecho así como a su amistad, apoyó y ha seguido siempre apoyando la idea de publicar en castellano a James GOLDSCHMIDT.

## PRÓLOGO

«Los Romanos crearon una estática jurídica;  
a nosotros nos corresponde crear una dinámica jurídica»

(Oswald SPENGLER,  
*Untergang des Abendlandes*, II, 98)

Las ideas fundamentales de este trabajo me vinieron a la mente desde el momento en que empecé a ocuparme del Derecho procesal. Pero, antes de que la guerra estallase, las ansias de dar forma a estos pensamientos se me hizo insuperable, pues se me puso de relieve en una forma que ya no podía obviar que, en última instancia, nuestros intocables derechos no son nada más que expectativas, posibilidades y cargas y el desenlace de la guerra demostró, en resumen, que todo el Derecho quedaba aniquilado por posibilidades perdidas y cargas desaprovechadas. Es así que la «crítica del pensamiento procesal» se convirtió en la crítica del pensamiento político. Vale tanto para el individuo como para el pueblo, que, pese al Estado y a la Liga de las Naciones, de la jurisdicción estatal o del arbitraje, todo Derecho y, por eso, también su Derecho, después de todo, no es nada más que el conjunto de posibilidades y cargas en la lucha por hacerlos válidos como tal Derecho. Es mi deseo más cálido que el pueblo alemán encuentre los hombres que, por sus conocimientos económicos, hallen una aplicación práctica para su dirección política. No niego que un enfoque «de derecho individual» (E. KAUFMANN) o de Derecho internacional, del proceso está emparentado con el liberalismo. Pero el Derecho procesal, solamente, puede fundarse en el liberalismo, o no puede prosperar en absoluto.

He buscado y encontrado conexiones de filosofía del Derecho para las ideas básicas de este trabajo, a las que la observación empírica de los fenómenos procesales me ha conducido, como en su momento lo han hecho BÜLOW, junto a JHERING, y, recientemente, SAUER junto a SANDER. En lo que se refiere al campo más restringido, al que esa conexión pertenece, mi trabajo se asocia a las conclusiones científicas de BÜLOW y KOHLER. Ambos son, en mi opinión, los pioneros de la moderna ciencia procesal, mientras que la labor investiga-

dora de WACH ha favorecido el Derecho justicial material y STEIN y HELLWIG, indudablemente, han prestado servicios imperecederos en la profundización del Derecho procesal, aunque no han mostrado, realmente, nuevas vías. En el trabajo de SANDER, que apareció cuando se había puesto por escrito, aproximadamente, la mitad del manuscrito, he encontrado ideas semejantes, sin que me hayan influido, no obstante, en modo alguno.

La elaboración de este trabajo me hizo enfrentarme a varias dificultades adicionales. Mi ocupación durante la guerra en el Servicio Auxiliar, mi colaboración en el Proyecto de legislación Procesal penal de 1919, mi mandato en el decanato en el año 1920-1921 y, finalmente, la modificación de la composición de los Tribunales penales y del procedimiento civil por los Decretos de 4 de enero y 13 de febrero de 1924, y no menos, las deprimentes circunstancias económicas y políticas y el temor que me infundieron de que el escrito nunca pudiese ver la luz, han interrumpido o obstruido, reiteradamente, mi trabajo. Así, el *nonum prematur in annum* se ha cumplido al pie de la letra. Espero que se me disculpe que un trabajo, que se ha extendido sobre un periodo temporal tan largo y tan rico en convulsiones, presente desigualdades en la utilización de la legislación y de la literatura.

El largo periodo de tiempo, sobre el que se extiende este trabajo, explica también por qué su primera mitad, la polémica con BINDING, fuese tan incisiva como se puede serlo contra quien está vivo. Si, tras una larga meditación, he prescindido de suavizar esa dureza, esencialmente ha sido porque la muerte de BINDING no ha podido anular la «injusticia de la polémica provocativa» (véase M. E. MAYER, *Lehrb. d. Allg. Teils*, p. 105, nota II) en mi contra, que tanto me ha dolido. Quien en el futuro deba leer esto, al menos, no debe pensar que no he sabido replicar nada.

Al igual que lamento que la aparición de mi obra se produzca cuando mi oponente no se encuentra entre los vivos, me llena de profundo dolor no poder presentársela ya a mi querido amigo Emil SECKEL y a mi colega Josef PARTSCH. Un destino trágico les provocó a ambos la muerte, en breve periodo de tiempo, uno detrás de otro, a los que tanto les agradezco todo lo que se refiere a la partes de Derecho romano de este escrito. A menudo, durante su redacción busqué y encontré consejo en SECKEL. Tras su muerte, fue PARTSCH quien asumió, con la complacencia que le era propia, la revisión, primero, del manuscrito y, después, de las galeradas tal como me había prometido SECKEL. Por eso, me gustaría que los nombres de ambos hombres ilustres de nuestra facultad, fallecidos tan precozmente, ornaran la dedicatoria de este escrito. Además, remarco que la colaboración de PARTSCH le será al experto de mucha utilidad, evidentemente, respecto de lo que el escrito contiene, pero también ha sido muy útil lo que por consejo de PARTSCH, he suprimido. Sin duda, PARTSCH ya no se encuentra en absoluto en situación de modificar, a la vista del manuscrito concluido que le hubiera presentado, lo que le pareciese digno de borrarse. Por ello, los fallos subsistentes, deben recaer, obviamente, solamente sobre mí. Debería aceptar a este respecto, algo así como «¡zapatero, a tus zapatos!», pero la oposición a las reflexiones expuestas en este trabajo, será, sin duda, tan grande, que vendrá a ser lo mismo.

Agradezco a los ayudantes Srta. Ellen JANKE y, muy especialmente, al Sr. Ernst TIETGENS (Berlín) de todo corazón por su apoyo en la corrección y en la elaboración del índice.

Las dos primeras entregas de la 12.<sup>a</sup> ed. del *Kommentar* de STEIN, publicado por JONAS, aparecieron durante la corrección de la última entrega. En todo caso, parece, además, innecesario justificarlo, pues en las cuestiones que se le formulan en el texto a STEIN, la nueva edición sigue, totalmente, a la anterior.

J. GOLDSCHMIDT

Berlin, abril de 1925.

PRIMERA PARTE (CRÍTICA)  
**LA TEORÍA DE LA RELACIÓN JURÍDICA  
PROCESAL**

## (§ 1)

### I. EL PROCESO COMO RELACIÓN JURÍDICA. ESTADO DE LA DOCTRINA

Desde el famoso escrito de BÜLOW *Die Lehre von den Prozeßreden und die Prozeßvoraussetzungen* (La doctrina de las excepciones procesales y los presupuestos procesales) (1868), a partir de cuya aparición se debe datar<sup>1</sup> la época moderna y constructiva de la ciencia del Derecho procesal alemán, al proceso se le ha concebido, sin perjuicio de su reconocimiento de forma general como procedimiento, como una relación jurídica<sup>2</sup>. Esta interpretación domina completamente no sólo en la teoría del proceso civil<sup>3</sup>, sino que también se ha transferido a la del proceso penal<sup>4</sup> e incluso a la del procedimiento contencioso administrativo<sup>5</sup>. Al mismo tiempo, difieren profundamente, sin duda, los puntos de vista sobre la naturaleza de la relación jurídica de Derecho procesal. Es cierto que la discusión de si el proceso sería una relación jurídica o solamente la fundamentaría<sup>6</sup>, es puramente terminológica. Más relevante es la diferencia de opinión sobre si el proceso sería un auténtica relación jurídica, que se desarrollase progresivamente paso a paso<sup>7</sup>, o si engendraría sucesivamente una serie de diferentes relaciones jurídicas<sup>8</sup>. Aún más relevante es la divergencia de

<sup>1</sup> LANDSBERG, 954.

<sup>2</sup> Ya antes de BÜLOW, v. BETHMANN HOLLWEG había descrito incidentalmente el proceso civil como una relación jurídica. Véase también PUCHTA, 8/9 (§ 150).

<sup>3</sup> De la totalidad de la literatura, destaco: BÜLOW, *Z.*, XXVII, pp. 224 y ss.; v. CANSTEIN, I.<sup>a</sup> § 12; *Z.*, XVI, pp. 8 y ss.; HELLWIG, *Klagr. u. Klagm.*, § 10; *Lehrb.*, II, I y ss.; 12 y ss.; *Sist.*, I, § 138, KLEINFELLER, § 12; KOHLER, *Prozeß*, I y ss.; *Grdr.*, § 12; *Enz.*, § 47; en DERNBURG, pp. 552 y ss.; OERTMANN, *Grundriß*, §; PLÓSZ, pp. 5; R. SCHMIDT, § 4; SEUFFERT, N I, al § 274; SINTENIS, pp. 372 y ss.; STEIN, I I al § 274; WACH, § 4; WEISMANN, *Hptinterv.*, pp. 92 y ss.; WEIZSÄCKER, pp. 23 y ss.; véase también el art. 65 de la Ley Procesal de Tribunal de Jurado mixto italo-alemán (*RGBl.*, 1924, II, pp. 95 y ss.); sobre el particular *infra* nota 1641<sup>a</sup>.

<sup>4</sup> BELING, *Enz.*, § 20; BENNECKE en BENNECKE-BELING, 7, 282, 283; BIERLING, *ZStW*, X, pp. 309 y ss.; BINDING, *Grdr.*, §§ I, 95 y ss.; BIRKMEYER, § 2; Graf DOHNA, 42; EISLER, pp. 587 y ss.; GLEISPACH, § 2; JOHN, I 130; v. KRIES, § 2; *ZStW*, V 2; ROSENFELD, § 9; SCHOETENSACK, *Rechtsgang*, III 21, nota 2; ULLMANN, § I.

<sup>5</sup> O. MAYER, I, § 14.

<sup>6</sup> Véase al particular, especialmente, BEKKER, *Pand.*, I, 46; *ZRG*, XXI, 349; BELING en BENNECKE-BELING, 282 y 283; BIERLING, *ZStW*, X, 299; O. FISCHER, *Lehr.*, § 2 a la nota 17; HELLWIG, *Lehrb.*, II § 69, nota I; *Syst.*, I, § 138 I; PLANCK, I, 205; A. S. SCHULTZE, 287 y ss.; *Z.*, XII, 47.

<sup>7</sup> Así, especialmente, BIRKMEYER, § 2, II, 3; BÜLOW, *Prozeßreden*, 2, 3; v. CANSTEIN, *KVSch.*, XIX, 58 y 60; *Z.*, XVI, 10; GLEISPACH, § 2; HELLWIG, *Lehrb.*, II, 31; KLEINFELLER, § 12, IV; KOHLER, *Prozeß.*, 2 y 3; v. KRIES, § 2, I; MENGER, 131, nota 6, 195/196, 291; PLÓSZ, 12; SINTENIS, 374; WACH, § 4, II; WEISMANN, *Hptinterv.*, 95, 96; WEIZSÄCKER, 24. En favor de la unidad de la relación jurídica procesal, también, BIERLING, *ZStW*, X, 301, 302, quien solamente, p. 300, rechaza la idea del desarrollo progresivo.

<sup>8</sup> Así, especialmente, PLANCK, I, 206; A. S. SCHULTZE, pp. 287 y ss.; *Z.*, XII, 475; SKEDL. en *Grünhut*, XIV, 85, nota 13; también, BEKKER, *Pand.*, I, 46; *ZRG*, XXI, 350; HELLMANN, I y 2; KISCH, *Gött-GelAnz*, 1901, p. 231; según la materia, también, MENGER, 292.

opiniones sobre la cuestión de quién sería el sujeto de la relación jurídica procesal. Mientras se acepta por algunos<sup>9</sup> que el proceso sería una relación jurídica solamente entre las partes, la mayoría de las opiniones sostienen que es una relación jurídica a tres bandas entre actor, demandado y Tribunal (Estado)<sup>10</sup>, en la que, sustancialmente, los puntos de vista sobre el tipo de relaciones jurídicas existentes entre las partes mostrarían los más diferentes rasgos. Ya serían de Derecho privado<sup>11</sup>, ya de Derecho público<sup>12</sup>, bien de forma inmediata<sup>13</sup>, bien por medio del Tribunal<sup>14</sup>, ya verdaderos derechos y obligaciones<sup>15</sup>, ya simples «obligaciones»<sup>16</sup> (*Gebundenheiten*), que se concebían finalmente bien como presupuesto<sup>17</sup>, bien como consecuencia<sup>18</sup> del acto procesal. La triplicidad de la relación jurídica procesal se ha intentado también descomponer en tres relaciones jurídicas a doble banda<sup>19</sup>.

En los tiempos más recientes, se ha impuesto la interpretación de considerar que la relación procesal sería puramente de naturaleza de Derecho público, esto es exclusivamente una relación jurídica entre las partes, por un lado, y el Tribunal por otro<sup>20</sup>, en la que, entonces, de vez en cuando<sup>21</sup>, se da relevancia a

<sup>9</sup> VON KOHLER, *Prozeß.*, pp. 6 y ss.; *Grdr.*, p. 1, II, 5; *Z.*, XXXIII, 233/4; BUNSEN, *Z.* XXVI, 202; SPERL, 6-9 (solamente el *iudicium* romano habría sido una relación procesal a tres bandas; en favor de esto, también, HELLWIG, *Lehrb.*, II, § 64, en la nota 17; SECKEL-HEUMANN, *Art. Iudicium*, núm. 2; al contrario, KOSCHAKER, 309; WLASSAK, *Prozeßgesetzte*, II, p. X; *ZRG*, XXXIII, 90, nota I, 105, nota 4, opinión de tercero). Véase también WEISMANN, I, 67, nota 7. Solamente admite KOHLER que el «procedimiento de investigación» (*Untersuchungsprozeß*) (procedimientos de incapacitación, de intimidación [procedimiento de intimidación o de amonestación o edictal —N. de los T.—] y de ejecución) *Entmündigungsverfahren, Aufgebotsverfahren y Vollstreckungsverfahren*) sería «una relación jurídica, que implica al Estado como institución protectora en favor de una o más personas». PLANCK, I, 200, no reconoce al procedimiento de investigación (*Untersuchungsprozeß*) como una relación jurídica.

<sup>10</sup> Para el proceso civil: BÜLOW, *Z.*, XXVII, 233; *Geständnisrecht*, 78 nota i; v. CANSTEIN, I, par. 12; DEGENKOLB, *Beitr.*, 58; *ZivArch.*, C, III, 393-395; O. GEIB, par. 8; KLEINFELLER, par. 12; KREMER, 314, pp. 338 y ss.; LANGHEINEKEN, 82; 82; PLÓSZ, 82, 96, 101; R. SCHMIDT, § 4, i; SINTENIS, 373, 375; STEIN, I, i al § 274; *Enz.*, § 6; WACH, § 4, V; en GRÜNHUT, VI, 520; VII, 144; WEISMANN, *Hptinterv.*, 95; WEIZSÄCKER, 24; para el proceso civil romano, en especial, HELLWIG, SECKEL-HEUMANN y SPERL (véase nota anterior). Para el proceso penal, BENNECKE en BENENCKE-BELING, § 3; BIRKMEYER, § 2, II; Graf DOHNA, § 43; GLEISPACH, § 2; v. KRIES, § 2; ROSENFELD, § 9, I; ULLMANN, 10. Para ambos procesos: SAUER, 140, 176 y 180.

<sup>11</sup> Así (evidentemente, sólo para el proceso civil), GEIB, § 8; véase, también, WEISMANN, *Hptinterv.*, 43, 44.

<sup>12</sup> DEGENKOLB, *Beitr.*, 60, 61; PLÓSZ, 15, 96, 101, 106; SINTENIS, 373; WACH, 116, 186; WEISMANN, *Hptinterv.*, 95.

<sup>13</sup> Así, v. CANSTEIN, *Z.*, XVI, pp. 10 y ss.; *Lehrb.*, I, § 12; DEGENKOLB, GEIB, ob. cit.; KLEINFELLER, § 12, III; PLÓSZ, SAUER, WACH, ob. cit.; incluso para el proceso penal: v. KRIES, § 2.

<sup>14</sup> BIRKMEYER, § 2, II, 2; véase también WEISMANN, *Hptinterv.*, 44.

<sup>15</sup> Así, BIRKMEYER, v. CANSTEIN, KLEINFELLER, v. KRIES, PLÓSZ, SINTENIS, WACH, ob. cit.; SAUER, 176, 180.

<sup>16</sup> BÜLOW, *Z.*, XXVII, 232, 233 (al particular, *infra* nota 464b); DEGENKOLB, *Beitr.*, 61 (véase también, *infra* nota 672); KREMER, 342; SCHWALBACH, *ZivArch.*, LXIII, 398/399; véase también, LANGHEINEKEN, *Schwalbach*, ob. cit.

<sup>17</sup> DEGENKOLB, 27; *Beitr.* ob. cit.

<sup>18</sup> BÜLOW, *Z.*, XXVII 232; KREMER, LANGHEINEKEN, SCHWALBACH, ob. cit.

<sup>19</sup> VON SCHWALBACH, *ZivArch.*, LXIII, 393.

<sup>20</sup> Así, especialmente, BIERLING, *ZStW*, X, 307; HELLWIG, *Klagr. U. Klagmögl.*, 84; *Lehrb.*, II, 36; *Syst.*, I, § 138, II; HÖFFNER, 35, 36; OERTMANN, *Grundriß*, § 11; PLANCK, I, 201; SEUFFERT, n. I en § 274; *Z.*, XI, 200. Para el proceso penal: BELING, *Enz.*, § 20, II; BINDING, *Grdr.*, § i IV; SCHOETENSACK, *Rechtsgang*, III, 21 nota 2.,

<sup>21</sup> VON HELLWIG, *Klagr. u. Klagmögl.*, 85; *Lehrb.*, II, 28; *Syst.*, I, § 138, II, I. Contra él, DEGENKOLB, *Beitr.*, 55 (quien, sin embargo, de forma totalmente inconsistente, *ZivArch.*, CIII, 406,

que, precisamente, el llamado Tribunal (no el Estado en su conjunto) sería sujeto de la relación procesal. La más significativa diferencia entre los partidarios de la relación jurídica atañe a la cuestión de si la relación procesal se originaría con cualquier formulación de la acción<sup>22</sup> o solamente con la existencia de los denominados presupuestos del proceso<sup>23</sup>.

Sin embargo, desde el principio, no le han faltado a la «relación procesal» adversarios<sup>23a</sup>. En primer lugar, aparecieron aquellos<sup>24</sup> que le negaban unidad a la relación procesal y, en consecuencia, a sus presupuestos un lugar privilegiado dentro de la situación procesal. A continuación, aquellos<sup>25</sup> que eran propensos a caracterizar al proceso, en primer término, como procedimiento, situación o, enteramente, como negocio jurídico. Más tarde, aquellos<sup>26</sup> —cuyo número ha experimentado una gran alza en nuestros tiempos— que indican que, en el concepto de relación jurídica procesal, en la que habría fundamentalmente simples «vínculos» —no solamente en la relación de las partes entre sí<sup>27</sup>— la «relación jurídica» tendría, cuando menos, un significado distinto del resto. Finalmente —aunque solamente de forma aislada—, se han alzado voces negándole al concepto de «relación jurídica procesal» toda razón de ser en el sentido, en el que desde BÜLOW<sup>28</sup> lo entiende la moderna ciencia procesal.

---

nota 25, supone que HELLWIG intentaría salvar la compatibilidad de la pretensión de tutela jurídica. Esta compatibilidad se consigue salvar por otra vía; véase GOLDSCHMIDT, *Mater. JustizR.*, pp. 10 y ss.; véase también R. SCHMIDT, 22 y 23.

<sup>22</sup> Así, DEGENKOLB, *ZivArch.*, CIII, 398, 402, 407 y 408; FÖRSTER-KANN, n. I al § 274; HELLWIG, *Klagr. u. Klagmögl.*, pp. 53 y ss., 77 (en oposición al respecto, 57, nota 14); *Lehrb.*, II, § 66 (en oposición al respecto, § 66, nota 11); *Syst.*, I, § 138, III, 2; HÖFFNER, 36 y 37; KREMER, 333; M. RÜMELIN, *ZivArch.*, CIII, 17. Véase también R. SCHMIDT, 23; WEISMANN, I, 385. Según W. HEIN, *Identität*, I, pp. 167 y ss., la relación procesal debe incluso originarse por el señalamiento (*Terminbestimmung*); de forma similar, NÄGLER, *Rechtsgang*, I, 124, nota 1, y SAUER, 186 (mediante la «admisión de la acción»).

<sup>23</sup> Así, la mayoría, empezando por BÜLOW, *Prozesseinreden*, pp. 5 y ss.; Z., XXVII, 236; también, especialmente, BIERLING, *ZStW*, X, 302, v. CANSTEIN, I, § 12; HEYSSLER, en *Grünhut*, I, pp. 114 y ss.; KLEINFELLER, § 12, VI; KOHLER, *Prozeß*, 52; *Grdr.*, § 37; *Enz.*, § 4; PLÓSZ, 7; R. SCHMIDT, §§ 4, III, 104, II; SEUFFERT, n. I al § 274; STEIN, I, I al § 274; *Enz.*, § 6; WEIZSÄCKER, pp. 25 y ss. Para el proceso penal: BENNECKE-BELING, § 4; BELING, *Enz.*, § 20, I; BINDING, *Grdr.*, § 95; BIRKMEYER, § 86; GRAF DOHNA, 47; EISLER, pp. 587 y ss.; GLEISPACH, § 2; JOHN, I, 130; v. KRIES, § 58, II, *ZStW*, V, pp. 1 y ss.; ROSENFELD, § 46; SCHOETENSACK, *Rechtsgang*, III, s1, nota 1; ULLMANN, § 66. WACH, p. 38, diferencia «la relación jurídica procesal en el procedimiento previo (procedimiento sobre los presupuestos procesales: procedimiento *in iure*)» y «la del procedimiento principal (procedimiento sobre la relación procesal material: procedimiento *in iudicio*)».

<sup>23a</sup> Al particular, DEGENKOLB, *ZivArch.*, CIII, pp. 387 y ss.

<sup>24</sup> Especialmente, PLANCK, SCHULTZE y SKEDL y, más tarde, también, KISCH; véase *supra* nota 8.

<sup>25</sup> Especialmente, BEKKER, O. FICHER, SCHULTZE, véase *supra* nota 6; también KISCH, *GöttGelAnz.*, 1901, p. 231; WEISMANN, I, § 89, nota 42. Para el proceso penal: v. LILIENTHAL, § I, IV. Para ambos procesos, más recientemente, SAUER, 147 y 175 y ss.

<sup>26</sup> O. FISCHER, Z., X 430; KISCH, I, § 2, VII, 3; también, *GöttGelAnz.*, 1901, p. 230; OETKER, I, pp. 37 y ss.; *JurLitBl.*, VI, pp. 13 y ss.; SCHRUTKA v. RECHTENSTAMM, en *Grünhut*, XVI, 621; WEISMANN, I, §§ 5, V, 89 XI.

<sup>27</sup> Véase *supra* nota 16.

<sup>28</sup> Véase SCHOTT, I, 67. Este autor lo denomina un «espíritu puro sin carne ni huesos», que «nunca y en ningún modo se deja coger firmemente». También SCHLESINGER, 883/4; KISCH, *GöttGelAnz.*, 1901, p. 230, y SAUER, 147, 162, 178 y 183, consideraban el concepto de la relación jurídica estéril.