

A impessoalidade na determinação da vontade é o critério que se nos oferece para essa classificação. Certamente, há no Direito Privado, tal ou qual impessoalidade na determinação da vontade, em tudo quanto respeita à noção de administração, ali também encontrada. Assim, no Direito Civil, a determinação da vontade dos pais, tutores, curadores, dirigentes de corporações, sociedades e fundações, enquanto aos bens que administram. Essa impessoalidade, porém, pela qual meramente se reconhece a comunhão, entre o Direito Privado e o Direito Público, quanto ao conceito de administração, se pode ser qualificada como tal "ad intra", face aos círculos de interesses a que respeita, mostra-se "ad extra", antes, como um reflexo da personificação, mais ou menos definida, desses mesmos círculos de interesses perante a sociedade, havida como um todo, em que se inserem eles como partes.

No Direito Público, ao revés, depara-se-nos a impessoalidade na determinação da vontade levada ao máximo. Aqui, o círculo de interesses, a que a administração respeita, é coextensivo com a sociedade mesma, e a limitação nacional inafastável faz desse círculo de interesses, o círculo máximo nas sociedades politicamente organizadas. Já Bártolo sinalava que a apelação interposta de decisão do regente de comunidade "superiorem nos recognoscens", haveria de ter como juiz "ipse populus... qui ipsum officialem fecit" (20).

Direito Público, de resto, o Direito Administrativo nem por isso perde a sua independência. E, de outro lado, o mesmo Direito Público não é algo de substancialmente diverso do Direito Privado. Baldo disse admiravelmente: bonum publicum non (est) sine privato, nec privatum sine publico" (21).

FUNCION PRIVADA Y FUNCION PUBLICA DEL PROCESO

Eduardo J. Couture (*)

I. — Elementos del proceso

El proceso civil es, en su forma, un conjunto de actos jurídicos.

Como su nombre lo indica, estos actos se hallan ordenados en forma sucesiva. Colocados unos tras otros con arreglo a un orden ya determinado, adquieren en su continuidad un sentido de desarrollo y desenvolvimiento. De la misma manera que los procesos físicos, químicos o biológicos, el proceso civil es un fenómeno continuativo, dinámico.

Los actos del proceso civil se registran normalmente en documentos o piezas escritas, en las cuales se consigna la voluntad jurídica de las partes y de los órganos del poder público. Esos documentos reproducen los actos jurídicos, dándoles forma permanente.

Aunque tales piezas escritas no constituyen, propiamente, los actos jurídicos, sino su representación, se acostumbra a llamar indistintamente *proceso* a los actos y al expediente (*dossier*) en el cual esos actos se hallan recogidos o registrados.

La idea de proceso es teleológica. Su fin y no su forma es el que la define y delimita (1).

El fin del proceso civil es dirimir un conflicto de intereses. De la misma manera que el debate legislativo apunta hacia la sanción de la ley y de la misma manera que el debate administrativo apunta hacia el acto administrativo, el proceso civil apunta hacia la cosa juzgada que dirime por acto de la autoridad un conflicto de intereses.

(*) Catedrático de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de Montevideo.

(1) Así, WACH, *Der Rechtschutzanspruch*, en "Zeitschrift für deutschen Zivilprozess" t. 32, p. 5; y SCHONKE, *La necesidad de la tutela jurídica*, en "Revista Jurídica de Córdoba" t. 2 p. 57 y en "Rivista di Diritto Processuale", 1948, p. 132.

(20) Commentaria, t. VI, In Secundum Digesti Novi Partem, Venetiis, 1602, p. 194.

(21) In Primam Digesti Veteris Partem, Venetiis, 1616; lib. I, tit. I, de justitia et de jur, l. juri operam, § hujus studii, no. 10.

2. — Proceso y procedimiento.

Corresponde antes de pasar adelante, hacer una distinción necesaria entre el proceso y el procedimiento.

El proceso es la unidad, la institución. El procedimiento es la sucesión de los actos. Los actos procesales tomados en si mismos son procedimientos y no proceso.

Podemos, pues, definir el procedimiento como la sucesión de actos y el proceso como la unidad de conjunto de tales actos dirigida hacia la realización de los fines de la jurisdicción. El procedimiento es una sucesión; el proceso es la unidad lograda mediante la sucesión apuntada hacia un fin.

Cuando en el orden del derecho surge un conflicto de intereses, vale decir, una pretensión resistida o una pretensión insatisfecha, tres actitudes son posibles:

La primera de ellas es el ejercicio directo de las razones propias: la guerra, la huelga, el *lock-out*, la justicia con mano propia, etc.;

La segunda, es la sumisión; una o ambas partes se someten total o parcialmente al adversario: renuncia, allanamiento, conciliación, transacción, arbitraje, etc.;

La tercera es el proceso: el conflicto se resuelve por acto de la autoridad (2).

Tratando de abarcar en una sola visión los elementos y el fin del proceso, podemos decir que este *es un método de debate cuyo fin es solucionar un conflicto de intereses por acto de la autoridad.*

Las formas procesales podrán variar en el tiempo y en el espacio. Pero lo que no varía es el sentido dialéctico del debate. Las partes y los jueces formulan sus proposiciones, sus oposiciones, sus composiciones; sus tesis, sus antítesis, sus síntesis. El principio dominante del proceso es el principio del contradictorio, de origen dialéctico.

Contemplando en su forma, en los elementos que lo constituyen, el proceso civil es, pues, *un conjunto de actos de debate mediante los cuales se procura llegar a la verdad.*

3. — Función privada del proceso.

Desprovisto el individuo, por virtud de un largo fenómeno histórico, de la facultad de hacerse justicia por su mano, halla en el proceso el instrumento ideóneo para obtener la satisfacción de su interés legítimo por acto de la autoridad. Este el comienzo de todas las cosas; el *verbo* inicial de la ciencia del proceso. Ninguna concepción publicista del proceso, ni ninguna concepción normativa del derecho, pueden tomar otro punto de partida como no sea esta rudimentaria y elemen-

(2) En sentido análogo ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México 1947, p. 18 y sigs.

tal suposición de que el proceso sirve para hacer justicia a aquel que se siente despojado de ella.

Después examinaremos en qué sentido este fenómeno proyecta su luz sobre el derecho público y sobre la estructura general del ordenamiento jurídico. Pero la primera de todas las concepciones sobre la naturaleza del proceso debe ser una concepción eminentemente privada: el derecho sirve al individuo y tiende a satisfacer sus aspiraciones.

Si el individuo no tuviera la seguridad de que existe en el orden del derecho un instrumento ideóneo para darle la razón cuando la tiene y hacerle justicia cuando le falta, su fe en el derecho habría desaparecido.

Esto, en cuanto se refiere al derecho del actor. Pero ocurre otro tanto desde el punto de vista del demandado. La pregunta sería entonces: para qué sirve el proceso al demandado?

Conviene recordar que las garantías del proceso para el demandado tienen su punto de partida en los propios textos constitucionales y se hallan configuradas a lo largo de una vasta evolución histórica, como una garantía individual (3).

En este caso, contemplando el proceso desde el punto de vista del demandado, su carácter privado se presenta todavía más acentuado que desde el punto de vista del actor.

Configurado como una garantía individual, el proceso (civil o penal) ampara al individuo y lo defiende del abuso de la autoridad del juez, de la prepotencia de los acreedores o de la saña de los perseguidores.

No puede pedirse una tutela más directa y eficaz del individuo. Difícilmente se puede concebir un amparo de la condición individual más eficaz que éste. Si alguna experiencia nos han dejado los regímenes políticos que asolaron últimamente el mundo y que todavía luchan por sobrevivir, es la de que, suprimida la garantía del debido proceso y sometido el individuo a la autoridad discrecional de los órganos administrativos o de jueces irresponsables, todo el estado de derecho y la concepción republicana del orden jurídico han desaparecido.

4. — Función pública del proceso.

Colocada en primer plano la premisa de que el derecho satisface antes que nada una necesidad individual, debemos hacernos cargo de la proyección social que esta tutela lleva consigo.

(3) Nos remitimos a cuanto hemos expuesto sobre este tema en *Las garantías constitucionales del proceso civil*, que aparece en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, T. 1 Buenos Aires 1948 y en *Introducción al estudio del proceso civil*, Buenos Aires 1949.

En un trabajo reciente (4) se afirma que, "para el proceso civil como institución *está en primer lugar el interés de la colectividad*, ya que sus fines son la realización del derecho y el afianzamiento de la paz jurídica. El particular puede ocupar el tiempo y las energías de los tribunales estatales solamente y en tanto que para él exista la necesidad de tutela jurídica. El Estado concede su poder de decisión y de coacción solamente cuando aquel — según el criterio conforme al deber de la autoridad competente — tenga un interés suficiente, una necesidad de tutela jurídica. En este requisito se aprecia claramente la vinculación entre intereses públicos y privados, que es tan importante para el proceso civil".

En nuestro concepto, por el contrario, el interés de la colectividad no precede al interés privado, sino que se halla en idéntico plano que este.

El Estado no tiene en el proceso un interés superior a la suma de los intereses individuales. Lo que ocurre es que la calidad de esos intereses individuales es de tal índole y adquiere tal magnitud, que termina por poner de relieve la existencia de un interés público paralelo al interés individual.

¿En qué sentido, pues, podemos hoy decir que el proceso satisface un interés público?

El proceso sirve al derecho como un instrumento de creación vivificante, como una constante emanación de nuevas soluciones de justicia, de incesante desenvolvimiento, de inverosímil proyección hacia el futuro de soluciones históricas forjadas en el pasado. El derecho se realiza cada día en la jurisprudencia.

Satisfecho el interés individual, queda todavía un abundante residuo de intereses no individuales que han quedado satisfechos.

Estas ideas han tenido un particular desenvolvimiento, y hasta diríamos que una desmesurada proyección en la teoría denominada *de la experiencia jurídica* (5).

Esta teoría parte del supuesto de que el material de la ciencia jurídica es la totalidad de la experiencia jurídica, esto es, todo precepto jurídico empíricamente comprobable.

El derecho es aquí concebido como un proceso de gradual despliegue dinámico de preceptos, dotado de la más rigurosa unidad. Tal unidad no es meramente lógica, sino sistemática, ya que el material de los preceptos jurídicos, naturalmente caótico, debe hacerse cósmico, debe transformarse en un sistema necesariamente unitario. El único esquema trascendental por el cual se alcanza la unidad sistemática, con-

(4) SCHÖNKE, *Il bisogno della tutela jurídica*, en "Rivista di Diritto Processuale" 1948, p. 132 y en "Revista Jurídica de Córdoba" t. 2 p. 57.

(5) Esta teoría ha sido expuesta en la obra de SANDER, *Staat und Recht. Prolegomena zur einer Theorie der Rechtserfahrung* Leipzig y Viena 1922. Del mismo autor, *Der Begriff der Rechtserfahrung*, *Logos* XI 3. Debemos estas referencias a SOLER *Los valores jurídicos*, en "Revista Jurídica de Córdoba" t. 1. p. 219.

siste en concebir el derecho en cada uno de sus estados como la exteriorización escalonada de la voluntad pura, sin que entre uno y otro grado exista solución de continuidad (6).

Esta concepción, que coloca el proceso en el centro mismo de toda vida jurídica, transformando en trascendente lo que en el sistema de normas que nos es familiar tiene solo un carácter instrumental o auxiliar, constituye la actitud extrema de la concepción constitutiva de la sentencia. Sus apotegmas "no hay ningún delito antes del proceso penal"; "no hay ningún contrato antes del proceso civil" constituyen una forma de *procesalización* de todo el derecho.

Comencemos por admitir como exacta la suposición de que el proceso es un medio de asegurar la continuidad del derecho, o con más propiedad la unidad necesaria del derecho.

La idea de que el proceso es un *a posteriori* respecto de la ley y un *a priori* respecto de la cosa juzgada es particularmente correcta. El proceso es el medio necesario de la obtención de la cosa juzgada y esta es, como se sostiene habitualmente, el fin del proceso. No hay cosa juzgada sin proceso.

El error de la concepción que analizamos radica, según nuestro modo de pensar, en confundir la estructura con la función.

Si nuestro razonamiento es correcto, luego de la ingeniosa interpretación que hemos expuesto, queda sin explicar una de las más significativas formas de producción jurídica: la realización espontánea del derecho. Queda, asimismo, sin explicación, la frustración (voluntaria o involuntaria) del derecho.

Existen en la experiencia jurídica infinidad de actos que aseguran la continuidad del derecho sin necesidad del proceso. Hasta puede decirse que la normalidad la constituye la realización espontánea del derecho: deudores que pagan a sus acreedores, padres que alimentan a sus hijos, arrendatarios que reintegran los bienes al fin del contrato. Los postulados legales del derecho de las obligaciones, del derecho de familia o del derecho de los bienes, se cumplen naturalmente sin necesidad del juicio ejecutivo, del juicio de alimentos o del juicio de desalojo.

La voluntad jurídica es, a nuestro modo de ver, el medio primario de producción jurídica. La norma establece una previsión, *la previsión hipotética de una conducta* futura, decía Leibnitz: dada la deuda debe ser el pago; la voluntad jurídica cumple en la medida querida o prevista por las normas y el fenómeno jurídico queda consumado y pasa a integrar el inmenso cementerio de actos jurídicos naturalmente cumplidos... y olvidados.

(6) SANDER: *Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie un der Begriff der Rechtsverfahrens*, en *Zeitschrift für öffentl. Rechts*, 1920, I, p. 479. SOLER: *op. cit.*, p. 249. Esta proposición vendría a cerrar el ciclo histórico del primado procesal en el derecho. Como es sabido, el derecho primitivo era solo procedimientos: DE PAGE: *A propos du gouvernement des juges. L'équité en face du droit*, Bruselas — Paris, 1931, p. 57.

Sólo cuando la voluntad jurídica deje de actuar en la medida prevista, ocurre el proceso como instrumento de producción que llamaremos *subsidiario*.

El proceso actúa *en vez de* la voluntad jurídica obediente. Su destino es elaborar por acto de la autoridad, una voluntad jurídica susceptible de reemplazar a la voluntad jurídica obediente. La sentencia actúa en lugar del deudor, del padre o del arrendatario omiso en el cumplimiento de sus obligaciones.

El proceso asegura la vigencia de la *lex continuitatis*, del derecho, porque si la voluntad jurídica omisa pudiera interrumpir la vigencia de dicha ley, los fines del derecho se desnaturalizarían. El aseguramiento de la continuidad no es, pues, inherente a la *esencia*, pues la continuidad se realiza por la voluntad jurídica obediente. Es inherente a la *función*, pues está en la naturaleza de esta última, que el derecho no se desnaturalice por la desobediencia.

Hay, además, casos en los que el derecho se frustra a pesar del proceso. Así ocurre, por ejemplo, cuando el acreedor renuncia a demandar a su deudor y prefiere perder el crédito; o cuando cumplido el proceso, la sentencia no puede cumplirse por insolvencia del obligado.

El proceso es una forma de asegurar la unidad del derecho y su *lex continuitatis*. Pero no es la única; y comparado con la realización espontánea del derecho, con la obediencia natural a la ley que se adquiere por largos y pacientes instancias de educación del pueblo, el proceso no es ni siquiera el más importante instrumento de producción jurídica.

El *optimus* del derecho no es el proceso, sino la realización espontánea. Si todos los contribuyentes, si todos los padres, si todos los arrendatarios debieran ser demandados judicialmente para cobrar el impuesto, mantener a los hijos o reintegrar la propiedad, la maquinaria estatal saltaría hecha pedazos.

Pero fracasado el *optimus*, se acude al subrogado o sustitutivo. El sustitutivo es el proceso. Y es, necesariamente, un sustitutivo imperfecto. Todo proceso, por excelente que sea, lleva consigo una medida de injusticia que no repara la sentencia. El triunfador siempre conserva entre las manos, luego del proceso, una cantidad de injusto dolor que no resulta nunca reparada.

Esto no es, ciertamente, lógica jurídica; pero es experiencia jurídica de la que en ningún instante; y perdónese la insistencia! puede desentenderse la ciencia conceptual del derecho.

COMENTÁRIO DO § 1.º DO ART. 153

DA CONSTITUIÇÃO

Darcy Azambuja

1. — Em face do disposto no § 1.º do art. 153 da Constituição de 18 de setembro de 1946, estão revogados os preceitos legislativos anteriores, que vedavam ao estrangeiro ser acionista de empresas que explorem, dentro ou fora da faixa de 150 quilômetros ao longo da fronteira, de que cuida o decreto-lei n.º 1.968, de 17 de janeiro de 1940: a) a indústria da refinação do petróleo importado ou de produção nacional; ou b) jazidas minerais no Brasil; e, em caso afirmativo,

2. — Independentemente de regulamentação legal, podem ditas empresas admitir, desde já, acionistas estrangeiros?

3. — A lei ordinária poderá restringir ou limitar a participação de estrangeiros nessas empresas?

4. — O acionista estrangeiro deve residir no Brasil?

Quanto ao item primeiro, cumpre examinar preliminarmente a legislação anterior à atual Constituição.

A Constituição de 1891, em seu texto primitivo, dispunha apenas, em alínea do § 17, do art. 72:

“As minas pertencem ao proprietário do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei, a bem da exploração deste ramo de indústria”.

Com a reforma de 1925-26, introduziu-se a restrição da letra *b* do mesmo parágrafo:

“As minas e jazidas minerais necessárias à segurança nacional e as terras onde existirem não podem ser transferidas a estrangeiros”.

Esse preceito, tradicional em nosso direito, tem sofrido ampliação nas leis fundamentais posteriores. No texto, assim reformado,