

GUERRA, DUELO Y PROCESO

I

INTRODUCCION

EL presente trabajo no pertenece a la Filosofía jurídica en sentido estricto, sino a aquella congerie de problemas que se designan con el nombre de «Teoría general del Derecho». En efecto, no tratamos nosotros, al esbozar la problemática de las controversias y de sus soluciones, de la aplicación de la gnoseología, de la metodología o de la metacritica a la materia jurídica. Lo que hacemos es indicar la esencia de determinados conceptos que aparecen en ciertas partes de la ciencia jurídica (1). Los métodos de que nos servimos en esta tarea son principalmente la intuición eidética para captar el meollo de los problemas y la inducción incompleta para confrontar el resultado de la primera con el de la segunda.

II

LAS CONTROVERSIAS Y SUS SOLUCIONES

A) PARTE GENERAL

1) CONTROVERSIAS

a) *Concepto*.—La controversia supone dos personas en pie de igualdad que sostienen tesis diferentes sobre la estructura o sobre la transformación del mundo. Cada una de estas personas se llama

(1) Véase WERNER GOLDSCHMIDT, *Comentarios acerca de la sistemática Cosiano de la Filosofía jurídica*, págs. 32 y 33. Córdoba, 1946.

parte y cada parte puede componerse de varios individuos que entre sí no tienen que hallarse necesariamente en igualdad de condiciones.

La igualdad de las partes resulta respecto a las controversias sobre la estructura del mundo del hecho de que ésta es asequible a la razón humana, y de la presunción de que todos los hombres son igualmente «razonables». En cuanto a la transformación del mundo, la igualdad de las partes dimana de la presuntiva igualdad dinámica de las voluntades en tela de juicio, la cual no debe confundirse con la desigualdad de poderes de realizar la correspondiente voluntad. La inicial igualdad de las partes puede resultar modificada por vivir ambas dentro de un sistema de convivencia que favorece unilateralmente a una de ellas. Piénsese, por ejemplo, en el llamado proceso penal de acusación con el Ministerio fiscal como parte formal.

No se trata de una controversia si una persona tiene poder de mando sobre otra, como el padre sobre los hijos menores de edad, el marido en muchos Derechos positivos sobre la mujer, el juez sobre las partes. Pero esta relación de mando no está reñida con la alegación de razones por parte del que manda ni con las objeciones del que obedece, inclusive hechas al que manda. Mencionamos los considerandos de los autos y sentencias, por un lado, y los «recursos horizontales» (2), como la reposición o la súplica, por el otro.

b) *Clases*.—El término «controversia» abarca fenómenos muy diversos, que podemos agrupar en tres clases: dos opuestas la una a la otra y una intermedia.

a') *Controversias ónticas*.—La controversia puede referirse a la realidad material (física o psíquica) o ideal, pudiendo en el primer caso revestir las diferentes formas de la temporalidad. Un historiador puede atribuir la idea de la Santa Alianza a la señora de Krüdener, mientras que otro la impute exclusivamente al zar Alejandro. Un militar puede afirmar que la bomba atómica sea decisiva en una futura guerra, mientras que otro ponga en duda tal tesis. Un matemático puede proponer una prueba del teorema de Fermat y otro puede atacar su exactitud.

En todos estos casos contiene la controversia explícita —o implícitamente—, las razones de los opuestos puntos de vista. Una contro-

(2) WERNER GOLDSCHMIDT, artículo «Recursos», en *Diccionario de Derecho privado*, Barcelona, Labor (en vías de publicación); GREGORIO PASCUAL NIETO, en *Boletín de Justicia Municipal* núm. 109, pág. 152, año IV.

versia sobre el mundo material alude siempre a los acontecimientos afirmados como efectos de determinadas causas en virtud de la categoría de la causalidad. Una controversia sobre el mundo ideal, en cambio, contiene siempre una referencia a las razones de cuya concatenación sistemática dicho mundo ideal se compone.

Las controversias sobre el mundo del ser son, por ende, siempre controversias razonadas.

b') *Controversias políticas.*—La controversia puede referirse igualmente a la transformación del mundo por la propia voluntad de los contrincantes. Como el concepto de transformación contiene la dimensión temporal, resulta de ahí que dichas controversias sólo pueden referirse al mundo material, ya que el mundo ideal es atemporal. En esta clase de controversias, pues, opone un litigante al otro su voluntad de transformar el mundo actual de determinada manera.

La oposición de voluntades no contiene necesariamente razones. No se olvide que nuestra costumbre de razonar nos hace frecuentemente formular como razones lo que no es sino una diferente expresión de nuestra voluntad previamente establecida. Así ocurre si postulamos algo porque lo necesitamos, o porque nos gusta, o porque nos apetece. Lo mismo ocurre si no existe para ambos contendientes un sistema normativo vinculatorio común.

Las controversias de voluntades no tienen que ser razonadas. Valen en ellas las palabras de Juvenal: *Hoc volo, sic jubeo; sit pro ratione voluntas.*

c') *Controversias normativas.*—Por último, nos encontramos con otro tipo de controversias. En ellas se trata de oposición de voluntades, por lo cual estamos en presencia de controversias del segundo tipo. Pero a diferencia de este último, existen en este tercer grupo sistemas ideales de razones destinadas a justificar transformaciones del mundo material. Los litigantes enlazan sus voluntades a estos sistemas, presentándonos así controversias razonadas semejantes a las controversias del primer tipo. Por ello las controversias de voluntad razonada son intermedias entre las controversias razonadas y las controversias de voluntades.

Sistemas ideales de razones justificativas de la voluntad son, sobre todo, las morales y los diversos ordenamientos jurídicos.

d') *Las controversias jurídicas.*—En el campo jurídico no aparecen controversias del primer tipo sino de un modo prejudicial. Así

ocurre, por ejemplo, en el caso de la condición, puesto que en este supuesto mantienen ambos contrincantes puntos de vista opuestos respecto al futuro desarrollo del mundo material. También surgen controversias ónticas en muchos procesos en lo que a los hechos básicos del mismo atañe.

En cambio, abundan controversias políticas en la órbita del Derecho. Todas las discusiones *de lege ferenda* dentro del Estado, y entre los sujetos de Derecho internacional, constituyen tales controversias. Muchas veces ocultan los contrincantes el brutal conflicto de voluntades mediante la alegación de razones que no resisten un examen detenido, ya que no son meramente formulaciones nuevas de las voluntades en litigio o no proceden de un sistema normativo que vinculara ambas partes por igual.

Todas las controversias dentro del Derecho positivo revisten, por último, el carácter de controversias normativas. Si pasamos rápidamente revista a los diferentes tipos de procesos, nos damos cuenta en el acto que las acciones de condena interesan una transformación del mundo material y que las acciones constitutivas, si bien reclaman, en primer lugar, una mera transformación en el sistema normativo —por ejemplo, disolución del vínculo matrimonial—, en último lugar tienden hacia análoga transformación del mundo material —por ejemplo, pago de alimentos, nuevo matrimonio, etcétera—. Las acciones declarativas parecen alejarse de nuestros ideales de controversias normativas. Pero inclusive en ellas se encuentra siempre en el fondo el deseo de una reforma del mundo material, hecho que plasma en el requisito de un «interés jurídico» para la fundabilidad de la acción y en la vetusta acción de jactancia de las Partidas, con su condena del jactancioso al «perpetuo silencio».

2) SOLUCIONES

a) *Concepto*.—La solución de la controversia consiste en que ésta desaparece provisional o definitivamente mediante el establecimiento vinculatorio de una opinión sobre la estructura del mundo o de un plan de organización del sector litigioso del mismo. El mero desistimiento de una de las partes de la controversia, por juzgarla actualmente inoportuna, o la dejación por ambas, no constituye solución alguna.

b) *Clases.*—1) *Soluciones persuasivas.*—Las soluciones persuasivas son siempre bilaterales, y se basan en un acuerdo entre las partes sobre la reglamentación de la controversia.

2) *Convencimiento.*—Puede ser que una de las partes quede convencida de la razón de la otra. Esta convicción plasma en el Derecho Procesal, en la renuncia del actor o en el allanamiento del demandado. El convencimiento es una solución (la mejor, y por ello la más rara que puede haber) tanto en las controversias ónticas como en las normativas. Ella no cabe, en cambio, en las controversias políticas: donde no hay razón, no puede existir convencimiento.

3) *Transacción.*—También puede ser que las partes lleguen a un acuerdo, cediendo cada parte de sus razones (en las controversias ónticas) o parte de sus pretensiones (en las restantes controversias). Este es el concepto de la transacción. El acuerdo entre las partes de someter la controversia a un arbitraje o a un juicio de Dios no es la solución transaccional de la controversia, sino la preparación de solucionarla coactivamente.

4) *Conclusión.*—En ambos casos pueden intervenir terceros mediante sus buenos oficios o como mediadores. Las negociaciones no son la solución misma, sino el medio de lograr una solución a base del convencimiento o de la transacción. No es, por tanto, correcto enumerar como clases de solución la negociación, la modificación y el arreglo judicial, puesto que lo es sólo el último, mientras que las primeras dos formas no son sino medios de obtener el convencimiento de la otra parte o una transacción.

La solución de las controversias ónticas no es nunca definitiva, puesto que el progresivo conocimiento de la estructura del mundo puede dar lugar a su revisión. En controversias ónticas no existe la cosa juzgada material, ya que el conocimiento del mundo se articula en investigaciones, todas ellas sumarias en comparación con la posterior y plenarias comparadas con la anterior. La situación es diferente en las controversias políticas. En la controversia brutal de las voluntades la transacción crea un arreglo definitivo, siempre que las voluntades que le respalden sean auténticas. Las controversias normativas no revisten particularidades en este aspecto.

5) *Soluciones coactivas.*—A las soluciones persuasivas se oponen soluciones coactivas, o sea soluciones que una parte dicta a la otra o que un tercero dicta a ambas partes.

6) *Soluciones parciales.*—Las soluciones coactivas parciales

plantean el problema de su justificación. En efecto, siendo ambas partes esencialmente iguales, causa asombro que una imponga a otra una solución. En realidad, su justificación se basa en una mera «necessitas facti»: en la imposibilidad de acudir a una solución imparcial, por una vertiente, y en la absoluta necesidad de reglamentar la controversia, por la otra. Por esta su intrínseca falta de autoridad estas soluciones no se perfeccionan con la decisión de una de las partes, sino sólo con su realización misma. Las soluciones coactivas parciales son, por ello, siempre soluciones eficaces: su eficacia pertenece a su esencia. He aquí, en esta institución, la raíz de las resoluciones que dentro del Estado dan lugar a la legítima defensa, el estado de necesidad y la autoayuda, y que, dentro de la esfera internacional, pueden motivar la guerra.

Las soluciones parciales caben sólo en las controversias políticas y normativas. Las controversias ónticas son reacias a ellas, porque no son resolubles mediante la fuerza.

7) *Soluciones imparciales.* — Las soluciones imparciales dimanar de terceros. Las controversias ónticas sobre el mundo material se resuelven, por ejemplo, por jueces o por comisiones de investigación, conforme fueron creadas por las dos Conferencias de la Paz de 1899 y 1907. Las soluciones de controversias sobre el mundo ideal pueden ser encargadas a congresos científicos. Las soluciones de las controversias políticas corresponden a amigables componedores, que las resuelven «ex aequo et bono». Las soluciones de controversia normativas, por último, deben hallarse en manos de jueces que las decidan con arreglo al sistema normativo correspondiente. La diferencia entre controversias políticas y normativas pertenece al Derecho Internacional Político positivo. Así, ya establece Vattel (3): «Les différends qui s'élèvent entre les Nations ou leurs conducteurs, ont pour objet, ou des droits en litige, ou des injures.» Esta distinción palpita en el artículo 15 del Pacto de la Sociedad de Naciones, el capítulo tercero del Acta General de 1928, por un lado, y el artículo 13 del Pacto de la Sociedad de Naciones; el capítulo segundo del Acta General de 1928, el artículo 36, párrafo 2.º del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia del 26 de junio de 1945 y el artículo 36, párrafo 3.º de la misma Carta

(3) *Droit de Gens ou principes de la Loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Paris, Guillaumin et Cie., 1863; livre II, chap. XVIII, § 323.

de San Francisco, de la que el Estatuto forma parte integrante, por el otro lado. La discusión en la literatura del Derecho Internacional sobre el criterio distintivo entre controversias políticas y jurídicas es animada y no ha llegado aún a un acuerdo (4).

8) *Conclusiones.* — La coerción de las soluciones coactivas es de diferentes clases. Las soluciones coactivas parciales emplean o la coacción psíquica, por ejemplo, mediante amenazas, retorsiones, represalias, bloqueos pacíficos, etc., o la «vis absoluta». La coerción de las soluciones imparciales es siempre la coacción moral dimanante de la autoridad de los juzgadores. En cuanto a las controversias ónticas, la coacción moral es la única asequible. Respecto a las demás controversias, se une a ella la coacción por medio de la «vis absoluta», llamada «ejecución forzosa».

B) PARTE ESPECIAL

GUERRA, DUELO, PROCESO

1) LA GUERRA

La guerra ha sido contemplada en el curso de la Historia de dos maneras diferentes:

a) *Concepción jusnaturalista de la guerra.*—Los escolásticos, y sobre todo los representantes de la Escuela Española del Derecho de gentes, atribuyen al Príncipe ofendido jurisdicción sobre el Príncipe infractor del Derecho. El Príncipe ofendido se constituye en tribunal, condena al delincuente y ejecuta la sentencia condenatoria mediante la guerra (5). Molina (6) plantea un caso práctico a este respecto: la ocupación de Portugal por las tropas del gran

(4) Véase OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International Law*, tomo II, 6.^a edición, 1944; págs. 4 y 5.

(5) Véase, por ejemplo, SUÁREZ, *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, traducción esp. por Jaime Torrubiano Ripoll. Madrid, Reus, 1918; tomo II, libro II, capítulo 19, pág. 285; también libro II, capítulo 18, pág. 271. Respecto a Vitoria véase BARCIA TRELLES, *Francisco de Vitoria et l'Ecole moderne du Droit international*, en «Recueil des Cours de l'Académie de Droit International», tomo 17, 1927, vol. II, págs. 278 y 279.

(6) MANUEL FRAGA IRIBARNE, *Luis de Molina y el Derecho de la guerra*. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1947; págs. 88 y 89.

Duque de Alba en 1580. Felipe II dictó sentencia de que a la Corona de Portugal le pertenecía, y envió sus ejércitos a ejecutarla; pero, como era lógico, ordenó que se causara el menor daño posible. Vanderpol (7) condensa la concepción escolástica como ejecución forzosa de una sentencia previamente fallada por el Príncipe víctima en las siguientes palabras: «El Príncipe o el pueblo que declara la guerra actúa como un magistrado bajo cuya jurisdicción cae una nación extranjera *ratione delicti*, como consecuencia de una falta muy grave, de un crimen que ha cometido y que no ha querido reparar. *Minister Dei*, no debe castigar sino en los casos en que el mismo Dios hubiera castigado: *vindex in ira*, no debe castigar más que si aquel a quien condena ha realizado una acción capaz de provocar la cólera, es decir, la voluntad de castigar de Dios; *ei qui malum agit*, no podrá jamás usar de su poder para herir o coaccionar al que no haya obrado mal.»

Esta concepción se basa en la existencia del Derecho natural, sobre el que el Príncipe ofendido, que es a la par el Juez, cimentará su sentencia. Desde este ángulo visual se reglamenta extensamente el derecho a la guerra, mientras que el derecho de guerra se reduce al permiso de emplear cuanta fuerza es imprescindible para ejecutar la sentencia de condena. Habiendo una parte inocente y otra culpable, se comprende que no cabe lícitamente la abstención de los demás Estados; en otras palabras: no puede haber neutralidad, puesto que todos están obligados a ayudar moralmente (no-beligerancia), e inclusive materialmente (co-beligerancia), al Príncipe ofendido. En el supuesto de que un tercer Estado dude acerca de la justicia de la guerra se da lugar a una neutralidad excusada, más nunca justificada. La institución de la neutralidad crece, en efecto, con posterioridad y cierta lentitud desde Grocio, pasando por Bynkershoek, hasta Vattel. Por el otro lado dimana de la concepción iusnaturalista de la guerra el concepto de «criminal de guerra» en la primera de sus tres facetas: crímenes contra la paz (8).

Pero análoga concepción de la guerra es imaginable dentro de un Derecho Internacional Público de cierta perfección de normas y de organismos. Tenemos prueba fehaciente de ello en el artícu-

(7) *La doctrine scholastique du Droit de guerre*, París, 1919, pág. 250.

(8) Art. 6.º, párr. 2.º, A, de la Carta del Tribunal Militar Internacional, formado en Londres el 8 de agosto de 1945.

lo 16 del Pacto de la Sociedad de las Naciones. Las consecuencias en cuanto a la reglamentación del derecho a la guerra, abandono del Derecho de guerra, neutralidad y a los criminales de guerra son similares.

b) *Concepción positivista de la guerra.*—En un mundo escéptico en que se duda de la posibilidad de hallar la razón, si es que alguna parte la tuviese, la guerra no es el medio de imponer la razón previamente descubierta, sino que es el medio de resolver la misma controversia. Este pesimismo cunde ya (8 a) en Grocio y en Vattel, a pesar de su formal adopción del concepto escolástico de la guerra justa. Ambos autores llegan, en efecto, a nivelar la diferencia entre beligerantes justos e injustos (9). En plena actitud excéptica exclama Vattel (10): «Laissons donc la rigueur du droit naturel et nécessaire à la conscience des souverains; il ne leur est sans doute jamais permis de s'en écarter. Mais par rapport aux effets extérieurs du droit parmi les hommes, il faut nécessairement recourir à des règles d'une application plus sûre et plus aisée; et cela pour le salut même et l'avantage de la grande société du genre humain.» Así llega Vattel (11) a las reglas según las que «la guerre en forme, quant à ses effets, doit être regardée comme juste d'une part et d'autre» y «tout ce qui est permis à l'un, en vertu de l'état de guerre est aussi permis à l'autre». Kant declara expresamente que la guerra hace las veces de un proceso, y no las de una pena por no ser ningún pueblo superior a otro (12). Se discute si Bynkershoek sostuvo análogo punto de vista (13). El enfoque procesal de la guerra triunfa por completo en el siglo del positivismo filosófico y plasma jurídicamente en los convenios acordados en las dos Conferencias de la Paz de La Haya de 1899 y de 1907.

(8 a) El concepto positivista de la guerra se halla ya en MAQUIAVELO (véase FRANCISCO J. CONDE, *El saber político en Maquiavelo*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1948; págs. 213 a 221).

(9) GROCIO, *Del Derecho de la guerra y de la paz*, libro III, cap. IV, §§ 3 y 4; cap. VI, § 2; en la traducción de Torrubiano Ripoll (Madrid, Reus, 1925), tomo III, págs. 336 y 337, y tomo IV, pág. 12. VATTEL, loc. cit., libro III, capítulo XII, §§ 188 a 192, edic. cit.; tomo III, págs. 68 a 74.

(10) Loc. cit., págs. 69 y 70.

(11) Loc. cit., § 190, pág. 70, y § 191, págs. 72 y 73.

(12) KANT, *Principios metafísicos del Derecho*, trad. esp. por Lizarraga; Madrid, Suárez, 1873, §§ 56 y 57.

(13) En sentido negativo, HATSCHKE, *Wölkerrecht*, Leipzig, Deichert, 1923; página 289.

Estos convenios se ocupan preferentemente del Derecho de guerra, que reglamentan expresamente. El derecho a la guerra se sobreentiende siempre, y lo único que interesa de cierto modo es la forma de iniciar la guerra, la que fué, por ejemplo, establecida en el Tercer Convenio firmado en la Segunda Conferencia de la Paz de La Haya, de 1907. En esta situación cabe perfectamente la abstención en la contienda de los demás países, abstención ésta que da lugar a la institución jurídica de la neutralidad (13 a). El concepto de criminal de guerra sólo puede abarcar a los que cometan crímenes de guerra, es decir, a los que infringen las leyes o costumbres del Derecho de guerra (14).

La concepción procesal de la guerra se atiene a las palabras panteístas de Schiller (15): «Die Weltgeschichte ist das Weltgericht» (La Historia Universal es el Tribunal del Mundo).

c) *Conclusiones.*—La guerra jusnaturalista no es, pues, la solución de una controversia, sino que es la ejecución forzosa de una resolución previamente establecida. La guerra, según el criterio positivista, es, en cambio, una solución coactiva parcial. Ahora bien: si la guerra termina con una paz negociada, la verdadera solución de la controversia no se halla en la guerra, sino en el Tratado de Paz, siendo la solución, por ende, persuasiva. Sólo si la guerra termina con una «Paz dictada» (16) la solución de la controversia se encuentra en la misma guerra.

2) EL DUELO

El duelo, término que, según Schopenhauer, no se deriva de la voz latina «duellum», sino de la palabra española «duelo», igual a «queja» (17), aparece en la historia, en lo esencial, en dos ocasiones y en dos conceptos radicalmente diferentes. Además hay que tener en cuenta un tercer papel adjetivo desempeñado por el duelo.

(13 a) Si bien es cierto que a ella pueden oponerse reparos de carácter político (conforme lo hace MAQUIAVELO), que engendra odio en el que pierde y desprecio en el que vence (v. CONDE, loc. cit., pág. 216).

(14) Art. 6.º, párr. 2.º, B, de la Carta del Tribunal Militar Internacional.

(15) *An die Freude.*

(16) Véase WERNER GOLDSCHMIDT, «La construcción jurídica de la paz dictada», en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1945, tomo 178, número de julio-agosto, págs. 40 y sigs.

(17) En «Parerga und Paralipomena», en *Sämtliche Werke*, ed. por Max Frischeisen-Köhler, tomo VI, pág. 373.

a) *El combate judicial* (17 a).—En la antigüedad, en determinados pueblos, como entre los germanos y en toda la Edad Media, el duelo funciona como solución de una controversia, más exactamente, como solución coactiva parcial. La justificación moral de este sistema se basa en la creencia religiosa de que Dios da la victoria al que lleva la razón. El escepticismo, con arreglo al cual «Dios ayuda siempre a los batallones más fuertes», no había aún cundido.

Sobre el duelo, como «*judicium Dei*» en Inglaterra, nos da Blackstone (18) una expresión detallada, tanto en los procesos criminales (19) como en los civiles (20). A partir de Enrique II, las partes podían acudir, en lugar del duelo, a la «Grand assise». Shakespear describe un duelo de esta clase en *Enrique VI* (21). Presenciamos un combate judicial entre Horner y Peter ante el mismo Rey. Horner cae herido de muerte. A continuación se desarrolla el siguiente diálogo, cuyas partes interesantes, a nuestro fin, descuellan por letra cursiva :

HORNER. Hold, Peter, hold! I confess treason.
 YORK. Take away his weapon. Fellow, thank God and the good wine
 in thy master's way.
 PETER. O God! have I overcome mine enemy in this presence?
 O Peter, thou hast prevailed in hight!
 (¡Oh, Pedro, tu derecho ha prevalecido!)
 KING HENRY. God, take hence that traitor from our sight;
 For by his death we do perceive his guilt:
 And God in justice hath reveal'd to us
 The truth and innocence of this poor fellow,
 (Puesto que por su muerte nos damos cuenta de
 su culpa: Y Dios Justiciero nos ha revelado la
 veracidad e inocencia de este pobre mozo).
 Which we had thought to have murder'd wrongfully.
 Come, fellow, follow us for thy reward.

(17 a) En italiano, *duello giudiziario*; en francés, *duel judiciaire*; en inglés, *wager by battle, trial by battle, try by duel*; en alemán, *gerichtlicher Zweikampf*. Existe sobre este tema un tratado, *De pugna*, de HUGO DE PORTA RAVENNATE (siglo XII). (V. HERMANN HANTORIWICZ, *De pugna, la letteratura longobardistica sul duello giudiziario*, en «*Studi di Storia e Diritto in onore di Enrico Besta*», tomo II, 1938, Milano, Dott. A. Giuffrè.)

(18) *Commentaries on the laws of England*, ed. 15, Londres, 1809.

(19) Book IV, chapter 27, págs. 346 a 348.

(20) Book III, chapter 22, págs. 337 a 341.

(21) Parte II, acto II, escena III.

Como se ve, la muerte de Horner en el duelo prueba la inocencia de Peter y la culpabilidad del primero.

Respecto a Francia, encontramos abundante material sobre nuestro tema en las obras de Montesquieu (22). San Luis reglamentaba los combates judiciales extensamente, y Beaumanoir (siglo XIII) nos relata el contenido de la reglamentación. Antes del combate, los órganos judiciales mandaron a los parientes de las partes que se retirasen, ordenaron al pueblo que guardara silencio y prohibieron que se ayudara a una de las partes, so pena grave. El combate era interrumpido si una de las partes hacía una proposición de paz; pero frustrado este intento, las partes tenían que volver a la misma situación que habían abandonado.

En España se conoce el duelo como medio judicial desde muy antiguo. Bentham cita, a este efecto, a Tito Livio (23). En efecto (24), entre los pueblos españoles primitivos las partes, en algún caso sin intervención extraña, llegan a un duelo que resuelva sus diferencias. Es posible la existencia de otras ordalías. Este legado llega a la Edad Media. En ella nos encontramos con el desafío y el riepto, siendo el último privativo de los fijosdalgo, pudiendo sólo hacerse en la Corte del Rey (25). Consecuencia del desafío y del riepto es la sumisión del hecho de que se trate al juicio de batalla; pero ello no ocurre ya en las fuentes más tardías de modo preceptivo. Aun formulado el riepto, puede, a elección del demandado, acudirse a otras pruebas, como testigos o documentos, e incluso practicarse una pesquisa. Las consecuencias que en orden a la prueba de los hechos se deducen de los resultados de la lid son muy varias: si muere el retador en el campo, se entiende que el retado queda quitto de la acusación formulada; si es al contrario, y aunque no haya confesado la exactitud del hecho, también queda li-

(22) «De l'esprit des lois», livre 28, chap. 14 a 34, en *Oeuvres Completes*, Paris, L. de Burc, 1872; págs. 495 a 514.

(23) *Historia romana*, libro 27, § 21. Véase BENTHAM, *Tratados de legislación civil y penal*, edit. por Esteban Dumont, trad. y comentado por Ramón Salas; Madrid, Fermín Villalpando, 1821, tomo II, pág. 283, nota.

(24) Véase ROMÁN RIAZA y ALFONSO GARCÍA CALLO, *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, 1934; § 66, pág. 43. Véase a este efecto las condenas del duelo pronunciadas por los Reyes Católicos en Toledo, en 1480, y por Felipe V en Madrid, en 1716 (Novísima Recopilación, libro XII, título XX, Leyes 1.^a y 2.^a).

(25) RIAZA y GARCÍA CALLO, loc. cit., § 687, pág. 772.

bre. El vencimiento de retador a retado, pero sin que mueran, se entiende desfavorable a sus respectivas posiciones. El *Poema del Cid* (26) contiene un célebre juicio de Dios entre los representantes del Cid y sus yernos, que habían abandonado a las hijas de aquél. Los yernos pierden el combate. El Rey no pronuncia sentencia alguna. La prueba por sí sola falla el pleito. El vencido exclama las sacramentales palabras: «Vencido soy», y los fieles se limitan a decir: «Esto oímos nos»; es decir: el vencido, al confesarse tal, pronuncia su propia sentencia de infamia, y el fiel es el mero testigo de la confesión. Las Partidas (VII, 3) reglamentan los «criep-tos» extensamente. La Novísima Recopilación (XII, 20), al principio del siglo XIX, en cambio, prohíbe los «duelos y desafíos».

b) *El duelo como castigo de un delito contra el honor*.—Del duelo como juicio de Dios se desarrolla el duelo moderno, que constituye el castigo que la persona ultrajada impone al ofensor, principalmente porque la víctima y los círculos sociales en los que vive no consideran suficientes los castigos establecidos por el Estado (27). Como el Estado, a su vez, castiga el duelo, la persona insultada se encuentra en un dilema que Montesquieu (28) formula del siguiente modo: «Si l'on suit les lois de l'honneur, on périt sur un échafaud; si l'on suis celles de la justice, on est banni pour jamais de la société des hommes: il n'y a donc cette cruelle alternative, ou de mourir, ou d'être indigne de vivre». Para evitar una situación tan paradójica, propone Vattel un castigo más severo de los delitos contra el honor (29).

c) *El duelo como guerra abreviada*.—El duelo aparece, finalmente, aún en una tercera función, a saber: como guerra en miniatura. Esta costumbre es muy antigua. La encontramos ya en la lucha entre los judíos y los filisteos (30). Goliat reta a uno de los judíos de la siguiente forma (31): «Si él pudiere pelear conmigo, y me venciere, nosotros seremos vuestros siervos; y si yo pudiere

(26) MENÉNDEZ PIDAL, *La España del Cid*, tomo II, pág. 597.

(27) Véase SCHOPENHAUER, loc. cit., págs. 360 y sigs., y G. MELLINGEN, *The history of duelling*, 1849.

(28) *Lettres persanes*, lettre 90.

(29) Loc. cit., livre I, chap. XIII: «De la justice et de la police», §§ 175 y 176.

(30) *Antiguo Testamento: Samuel*, libro I, capítulo 17.

(31) Versículo 9.

más que él, y lo venciere, vosotros seréis nuestros siervos y nos serviréis». En efecto, el resultado del combate entre David y Goliath nos revelará la voluntad de Dios, «porque de Jehová es la guerra, y él os entregará en nuestras manos» (32). Pero los filisteos no cumplieron su palabra. «Y como los filisteos vieron su gigante muerto, huyeron» (33). No obstante, los judíos les siguen y les dan muerte (34). Vázquez de Menchaca admite el duelo como medio para abreviar una guerra (35). Grocio trata del mismo problema (36). Heffter (37) recuerda todavía el cartel de desafío enviado en 1611 por Carlos, Rey de Suecia, al Rey Christian IV, de Dinamarca; por el Rey Gustavo IV al Emperador Napoleón I; también el propuesto por Carlos V a Francisco I en 1528. Pero Klüber (38) se limita a decir que los duelos entre los soberanos ya no se usan. La relación entre duelo y guerra se evidencia también en la costumbre medieval, que subsiste hasta bien entrada la Edad Moderna, de anunciar la declaración de guerra por el «heraldo de armas», a imagen y semejanza del desafío por el duelo (39).

d) *Conclusiones.*—El duelo, en el tercer papel, no es sino la reducción de la guerra colectiva a una guerra singular representativa. Las consideraciones acerca de la guerra se aplican, por tanto, a esta clase de duelo. No obstante, hay que tener en cuenta que el duelo, en concepto de guerra reducida, sólo se colocará en lugar de una guerra considerada como juicio de Dios; en cambio, no reemplazará una guerra enfocada como ejecución forzosa de una sentencia previamente fallada.

El duelo como juicio de Dios constituye una especie de solución coactiva parcial. Su ropaje procesal no afecta a éste su carácter esencial. Hemos visto que el «juicio de Dios» carecía del

(32) Versículo 47.

(33) Versículo 51.

(34) Versículo 52.

(35) *Controversias ilustres*, libro I, caps. 9 y 10; véase también BANCIA TRELLES, *Vázquez de Menchaca*, Barcelona, Patria, 1940; pág. 143.

(36) *Loc. cit.*, libro II, cap. 23, § 10, págs. 214 y sigs.

(37) *Derecho internacional público de Europa*, trad. esp., Madrid, Suárez; primera ed. alemana de 1844, § 108.

(38) *Droit de gens moderne de l'Europe*, Paris, Auguste Durand, 1861, párrafo 234.

(39) HATSCHER, *loc. cit.*, pág. 291.

mismo en tiempos primitivos, y que inclusive en la Edad Media se prescindía de una sentencia judicial: el resultado mismo del duelo resuelve la contienda. Lo que ocurre es que el combate judicial constituye una fase intermedia entre la guerra lisa y llanamente, que en la Historia (si bien no en el Derecho Internacional público actual) aparece tanto en la forma de guerra pública que de guerra privada, por un lado, y el proceso, por el otro lado. La justificación relativa del combate judicial consiste, en aspecto positivo, en la fe en la intervención justiciera divina, y en aspecto negativo, en la falta de un sistema normativo completo. Vico (40) advierte en este último aspecto, con razón, que los duelos no se deben a la falta de pruebas, sino a la de leyes procesales y materiales.

El duelo como castigo de un delito contra el honor no es, en cambio, solución de una controversia, sino que es ejecución de una solución previamente establecida.

3) EL PROCESO

El proceso surge como prototipo de una solución coactiva imparcial, y sustituye, por completo o en parte, el duelo y la guerra como soluciones coactivas parciales. En la vida interna de la comunidad aparece al principio la lucha como única solución coactiva. Luego reviste ella cierta estructura exterior procesal como «combate judicial». Por último, se vigoriza el proceso propiamente dicho, elimina de su seno al combate judicial por la incompatibilidad entre una solución coactiva parcial y otra imparcial, y adquiere la forma actual. En la vida internacional, el proceso lucha aún duramente contra la guerra. No hemos de entrar en las causas de las dificultades que encuentra el proceso en su empresa de desplazar a la guerra —«Peace through law» (Kelsen)—, ni en las peripecias de la misma. Es suficiente destacar lo innegable de este fenómeno. La ciencia ha visto con frecuencia las relaciones entre guerra y proceso, para no hablar

(40) *La Ciencia Nueva*, libro IV: «Del curso que sigue la Historia de las Naciones»; capítulo IV: «Tres clases de sentencias», en *Oeuvres Choieses de Vico*, edit. por Michelet, Bruselas, Meline, Cans et Comp., 1840; tomo III, páginas 171 y 172.

de las entre combate judicial y proceso, por formar éstas parte de la misma «Historia del Derecho Procesal». James Goldschmidt (41) compara, por ejemplo, la guerra y el proceso. Burlamaqui (42) peca de manifiesta exageración al equiparar la guerra y el proceso con las siguientes palabras: «Sólo después de haber apurado todos los medios de conseguir justicia por la paz es cuando podemos recurrir, en fin, a la fuerza, si desgraciadamente han sido inútiles. Entonces, en el estado de naturaleza, nos hallamos en guerra, y en el estado de sociedad, en pleito: dos extremos tan incómodos que son ordinariamente muy funestos a entrambas partes.»

De lo que antecede (43) sigue, en primer lugar, que el concepto de proceso tiene que aludir al fenómeno de la controversia y de su solución. La objeción de que en algún Derecho positivo puede haber algo construido exteriormente como proceso y que no resuelva una controversia, no comprende bien la relación entre ciencia y realidad. La ciencia obedece a lo esencial en la realidad; pero la ciencia dirige lo accesorio. Por ello, precisamente, todo cuanto existe es razonable, puesto que sólo lo que es razonable existe en sentido auténtico. De este modo es posible delimitar la jurisdicción contenciosa de la jurisdicción voluntaria. La primera da soluciones coactivas imparciales de controversia; la segunda constituye el auxilio que determinados funcionarios del Estado prestan a los particulares en la estructuración jurídica de la actividad particular. En segundo lugar, se comprende que el proceso ante jueces elegidos por las partes (amigables componedores o árbitros), y el proceso ante jueces estatales, son esencialmente iguales, sin perjuicio de que la sentencia «ex aequo et bono» es más adecuada para la solución de controversias políticas que para la de soluciones normativas, y también prescindien-

(41) *Teoría general del proceso*. Labor, Barcelona, 1936; pág. 58.

(42) *Elementos del Derecho natural*, trad. por García Suelto, 2.ª edición; Madrid, Llorenç, 1837; primera edición de 1774, cap. XVI, pág. 398. VITORIA (*Segunda Reección de los Indios o del Derecho de Guerra*, en Colección Austral, 1946, núm. 618, pág. 127) recuerda que TERTULIANO (*De corona militis*) prohíbe a los cristianos tanto el guerrear como el pleitear.

(43) Véase a lo que sigue JAIME GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, Aguilar, tomo I, 1943, págs. 16, 86, 87, 277 y 278; tomo II, vol. I, 1945, págs. 8 y sigs.; *Programa de Derecho procesal*, Aguilar, 1948, lecciones 53 y 78. GUASP (tomo I, pág. 94) habla de la «arcaica concepción» que ve en el proceso un combate judicial.

do del hecho de que las sentencias judiciales, a diferencia de las otras, no sólo disponen de coacción psíquica, sino también, y directamente, de coacción física. En tercer lugar, se ve con claridad que el acto de conciliación no es un proceso, ya que no tiende a una solución coactiva imparcial, sino a una solución persuasiva. En cuarto lugar, tampoco es proceso la ejecución forzosa, puesto que no resuelve una controversia, sino que impone a la realidad la solución previamente establecida.

WERNER GOLDSCHMIDT

