

E) PROCESO

| | |
|--|-----|
| 8) <i>ALGUNAS CONCEPCIONES MENORES ACERCA DE LA NATURALEZA DEL PROCESO</i> | |
| g) La instancia y la relación procesal (Machado Guimarães); | 413 |
| h) El “acuerdo” como noción clave del proceso (Sentís Melendo); | 414 |
| i) El proceso y la “voluntad vinculatoria autárquica de la ley” (Podetti); | 418 |
| j) El proceso como institución (Giménez Fernández, Guasp, Couture, etc.); | 421 |
| k) El proceso como reproducción jurídica de una interferencia real (Lois Estévez); | 438 |
| l) El proceso como entidad jurídica compleja (Foschini) | 440 |
| m) El proceso como juego (Calamandrei); | 442 |
| n) Referencia a otras posiciones | 443 |
| C) <i>Conclusión</i> | 448 |
| <i>Addenda et Corrigenda</i> | 449 |

oral, plenario o juzgamiento.¹⁶⁷ La propuesta de Baumbach habría significado en el campo civil un retroceso, no tan dramático en sus consecuencias personales, pero sí tan grave en sus derivaciones jurídicas, como la restauración del proceso inquisitivo puro en materia penal, e incluso mayor, si las que dentro de éste (no fuera de él) constituían garantías para el justiciable —a saber: escritura, prueba legal y apelación— se reemplazaban por las soluciones contrarias (oralidad, prueba libre e instancia única), tras las cuales no quedaría vestigio de la arbitrariedad judicial ni posibilidad de remediarla.¹⁶⁸

26) g) *La instancia y la relación procesal (Machado Guimarães)*.—En 1939, Luiz de Macedo Soares Machado Guimarães, que como su ilustre tocayo Loreto en Venezuela, es un procesalista parco en cantidad, pero de brillantísima calidad, publicó un folleto de gran interés,¹⁶⁹ en el que después de examinar la noción de *instancia* en las *Ordenações Filipinas*, en los prácticos del derecho lusitano y en las fuentes legislativas brasileñas (código nacional vigente y códigos estatales anteriores), procede a una reconstrucción del concepto, que le lleva a propugnar la equiparación de dicho término con la idea de *relación procesal*, una vez rechazada la otra acepción del vocablo —o sea la de *procedimiento*— que acogen tanto la citada recopilación filipina, como sus expositores e intérpretes.¹⁷⁰ En tal sentido, Machado Guimarães no formula una nueva concepción del proceso, sino que de acuerdo principalmente con la posición inicial de Bülow y con la ulterior variante de Betti,¹⁷¹ acepta la que todavía sigue siendo la doctrina dominante acerca de la naturaleza del proceso; pero, por una parte, aun cuando proclama la “absorción” de la instancia “por la teoría de la relación procesal”, realiza un serio intento de reelaborar el vocablo en cuestión y de darle un signi-

¹⁶⁷ En dirección diametralmente opuesta a la del totalitarismo divinizador del Estado, la supresión del proceso brotaría asimismo dentro de una concepción anarquista, tanto de índole brutal y egoísta (a la manera de STIRNER), en que la autodefensa volvería a campar por su respetos, como de manera mística (al modo de TOLSTOI). Una vez más los extremos se tocan, y es que el proceso, para satisfacer a un tiempo el interés social de la justicia y el interés individual del justiciable, ha de hallarse encuadrado por un ordenamiento jurídico liberal.

¹⁶⁸ De aquí precisamente la superioridad indudable de la sana crítica, o valoración razonada de la prueba, sobre la libre convicción del juzgador, con la que no debe confundirse: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba* (en “La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”; Montevideo, febrero de 1945), núms. 5-6, y *A propósito de libre convicción y sana crítica* (en “Revista Jurídica de Córdoba”, octubre-diciembre de 1948), pp. 512-22.

¹⁶⁹ *A instancia e a relação processual* (Río, 1939), 72 páginas.

¹⁷⁰ Cfr. *ob. cit.*, p. 69, en relación con pp. 9-13.

¹⁷¹ Cfr. *ob. cit.*, pp. 55-9. El concepto de proceso que de los expositores medievales recoge GIOVENDIA, se encuentra también en las *Ordenações*: cfr. p. 54, nota 4; pero semejante señalamiento lo había hecho WACH (cfr. *Handbuch*, p. 39, nota 12) mucho antes que el maestro italiano.

ficado único, con eliminación del de “procedimiento” y de algunos más, igualmente impropios,¹⁷² y, por otro, de prevalecer su punto de vista, *instancia*, palabra de tan fuerte raigambre en el derecho procesal no ya lusitano, sino más ampliamente iberoamericano,¹⁷³ sustituiría a relación jurídica y, de ese modo, la tendencia a construir nuestra disciplina con terminología y categorías jurídicas peculiares, tan característica, por ejemplo, en Goldschmidt y en Carnelutti, se reforzaría en cuanto a extremo tan capital como el de la índole del proceso, puesto que el concepto utilizado por Bülow y sus continuadores se importó del derecho civil. Sin embargo, para nosotros, que también hemos intentado vitalizar y depurar el empleo de “instancia” en el ámbito procesal, la palabra debe reservarse, no para designar la relación jurídica, sino para bautizar el elemento procesal de la acción, en contraste con su contenido sustantivo, o sea la pretensión.¹⁷⁴ Además, en procesos con vía impugnativa, habría *pluralidad de instancias* (con reemplazo de juzgador e incluso posible cambio en la posición de las partes: atacante que pasa a atacado, y viceversa) y *unidad de relación jurídica*,¹⁷⁵ si bien aquí cabría superar la dificultad mediante la sustitución de *instancia* por *grado*. Finalmente, conforme a la opinión del propio Machado Guimarães, no sería posible la plena identificación de instancia y de relación procesal, porque la primera no abarcaría la ejecución,¹⁷⁶ mientras que sí la comprendería la segunda, al menos de acuerdo con Chioyenda, bien que con ciertos cambios respecto de la fase de conocimiento, meramente nominales unos y de estructura y desarrollo otros.¹⁷⁷

27) h) *El “acuerdo” como noción clave del proceso (Sentís Melendo).*—A poco de aparecer el primer tomo del *Tratado de Alsina*,¹⁷⁸ Sentís Melendo pu-

¹⁷² Véanse los pareceres de diversos autores (PEREIRA E SOUZA, RAMALHO, RIBAS, MORAIS CARVALHO, MENDES, TEIXEIRA DE FREITAS, MONTEIRO, GUSMÃO y OSCAR DA CUNHA) que reproduce MACHADO en las pp. 15-8 de su folleto. Cfr. también las acepciones que consignamos en nuestra *Adición al núm. 398 del Sistema de Carnelutti*.

¹⁷³ El concepto que de instancia da LOBLÃO (cfr. ob. comentada, pp. 9-10) es el mismo que nosotros recogemos de CRISTÓBAL DE PAZ (cfr. *Enseñanzas acerca de la acción*, núm. 25) y casi el mismo del código procesal civil ecuatoriano de 1938 en su art. 64 (transcrito por MACHADO en p. 13, nota 5): en los tres casos gravita la común ascendencia romanista.

¹⁷⁴ Véase ALCALÁ-ZAMORA, *Enseñanzas acerca de la acción*, núms. 23-24 y 28-29. En sentido distinto, y en contra de nuestra posición, GUASP, *La pretensión*, nota 58, refutada por nuestra parte en “*Revista de la Facultad de Derecho de México*”, núm. 5, pp. 188-9, nota 22.

¹⁷⁵ Cfr. CHIOYENDA, *Principii*, p. 95. MACHADO, refiriéndose a TEIXEIRA DE FREITAS, sostiene que la relación procesal terminada en primera instancia, “se repite” en la segunda: *ob. cit.*, p. 20.

¹⁷⁶ Cfr. *ob. cit.*, pp. 31-4, en que de acuerdo principalmente con OSCAR DA CUNHA y con PEREIRA BRAGA y en contra de los prácticos como TEIXEIRA DE FREITAS, considera que no debe hablarse de “instancia de ejecución”.

¹⁷⁷ Cfr. *Principii*, p. 95, y nuestro *Derecho proc. pen.*, tomo II, pp. 123-4.

¹⁷⁸ Cfr. *supra*, nota 2.

blicó una muy extensa reseña del mismo, en la que glosaba sus más interesantes aspectos.¹⁷⁹ Y como por haberse incluido el comentario en uno de esos *diarios* jurídicos de la Argentina¹⁸⁰ con tanta circulación interna como escasa difusión externa, así como por el tiempo transcurrido, podría resultar difícil al lector la consulta de los pasajes en que esboza su pensamiento acerca de la naturaleza del proceso, vamos a comenzar por transcribirlos, ya que no son muy extensos, para apostillarlos después.

28) “Si se prescindie de esta última teoría (la de Carnelutti) —afirma Sentís—, que en poco ayuda a explicar el proceso; y se considera definitivamente fenecida la contractual como inadaptable a las concepciones modernas, se contemplarán, frente a frente, la *relación jurídica* y la *situación jurídica*, con todos sus inconvenientes de falta de fijeza y de escasez de elaboración conceptual, y produciendo, tanto una como otra, la dolorosa impresión de asidero forzoso al que ha sido necesario agarrarse para dar explicación, aparentemente satisfactoria, no ya a una institución particular, sino a la que constituye el contenido general de la rama del derecho que ocupa nuestra atención. La *litiscontestatio*, contractual o causicontractual, no se puede resucitar, porque el juicio al que servía de explicación ha dejado de ser objeto principal del derecho procesal, y porque a éste no le aprovechan las figuras de derecho civil puro, por haber pasado ya los tiempos en que caminaba con la ayuda que éste le prestaba. Pero forzoso es reconocer que el *juicio* y el contrato o cuasicontrato de *litiscontestatio* ofrecían una armonía que difícilmente se encuentra entre el *proceso* y la *relación* o *situación* jurídicas. Será triste no haber encontrado una explicación satisfactoria a la naturaleza del proceso; pero a ese convencimiento se llega con sólo pensar que Chiovenda y Godschmidt, las dos figuras cumbres de la ciencia procesal en Italia y Alemania en los últimos tiempos, han sostenido opiniones contradictorias y atacado, respectivamente, la opinión contraria. Y no queda otro remedio que seguir investigando y que seguir construyendo hasta dar con la fórmula que llene todas las exigencias. Quizá sea conveniente no olvidar que si la teoría *contractual*

¹⁷⁹ Los conceptos de “acción” y de “proceso” en la doctrina del profesor Hugo Alsina: Su situación dentro del panorama procesal de nuestra época (en “Jurisprudencia Argentina” de 3-XII-1941). El número 28 de nuestro trabajo reproduce a la letra el número 19 del comentario de Sentís, que poco antes del mencionado había consagrado otra reseña muy extensa, pero de carácter más general, al propio *Tratado de ALSINA* (cfr. “Mundo Forense” de 7-XI-1941).

¹⁸⁰ Además de los dos mencionados en la nota anterior, recordemos “La Ley” y “Gaceta del Foro” en la capital federal, más algunos otros en las provincias. Todos ellos son la consecuencia de una jurisprudencia no unificada aún, pese a la reforma constitucional de 1949 que creó la casación nacional, todavía no implantada (cfr. SARTORIO, *La casación argentina*, Buenos Aires, 1951, p. 9). Por tal causa, la transcripción y anotación de fallos constituye su razón de ser, aunque inserten también artículos doctrinales y reseñas bibliográficas.

que sirvió de explicación al *juicio* no pudo servir para explicar el *proceso*, porque a éste había que enfocarlo desde un ángulo íntegramente procesal, y el contrato y lo mismo el cuasicontrato se consideraban puntos de vista civiles, el estado de la teoría general del derecho es hoy muy distinto; y por sobre la figura del *contrato*, como concepto escuetamente civil, se proyecta la del *negocio jurídico*, que abarca los distintos campos; y también al lado del *contrato* se ha sabido perfilar el *acuerdo*, que escapa del campo material y puede servir de apoyo a construcciones instrumentales. Acaso de una conjugación de la *teoría publicista de la acción* con el concepto de *acuerdo* (facilitada la utilización de éste por el criterio de la igualdad de actividad de las partes ante el juez; igualdad que Gino Spagnol observó —y calificó de dogma— en un trabajo de Carnelutti aparecido en 1916) pueda arrancar la senda que conduzca al verdadero carácter del *proceso*; posiblemente no es equivocado presentar la *acción* como *función procesal*; pero puede serlo la pretensión de buscar el concepto de *acción* a través del concepto de *proceso*. El camino contrario puede presentar menos obstáculos. Y si se llega a admitir que ambos litigantes desarrollan actividades idénticas, sólo diferenciadas por un detalle cronológico, acaso la figura del *acuerdo* sirva para traducir el vínculo existente entre ellos y ayude a elaborar el concepto general del *proceso*”.

29) Pese a los años transcurridos desde 1941, Sentís no ha desenvuelto las ideas afloradas en las líneas precedentes y cuya explanación tal vez le habría permitido justificar esas suposiciones que como globos-sonda lanza tras un “acaso” o un “quizá”. A falta, pues, de una formulación definitiva, objetaremos una provisional, con todas las reservas del caso. Y lo primero que salta a la vista es que a las doctrinas de la relación y de la situación jurídicas se les podrán dirigir todos los reproches imaginables, menos el de “escasez de elaboración conceptual”, ya que la primera por el número y talla de sus expositores¹⁸¹ y la segunda por el detenimiento y profundidad con que Goldschmidt la desarrolló,¹⁸² quedan por completo a cubierto de semejante crítica, especialmente la teoría goldschmidtiana, construida desde el comienzo al fin con nuevas categorías jurídicas, de riguroso alcance procesal.¹⁸³ Tampoco a ella le resulta aplicable el sambenito de “falta de fijeza” —sí, en cambio, a la de la relación jurídica, cuyo punto débil estriba, precisamente, en su extrema diversidad—,¹⁸⁴ porque salvo algún retoque,¹⁸⁵ su

¹⁸¹ Bastará con recordar los nombres de BÜLOW, KOHLER (con sus respectivos libros sobre el tema: cfr. *supra*, nota 3), WACH, STEIN, HELLWIG, VON KRIES, CHIOVENDA, FERRARA, MANZINI, etc.

¹⁸² Cfr. *supra*, nota 4.

¹⁸³ A saber: las expectativas, posibilidades, cargas y liberaciones de éstas, integrantes de la situación jurídica: cfr. *Prozess als Rechtslage*, pp. 253-362, y más brevemente, *Teoría del proceso*, pp. 50-3 [2ª ed., pp. 57-60, núm. 22].

¹⁸⁴ Véase *supra*, nota 69.

¹⁸⁵ Como el consistente en haber formado con las notificaciones un tercer sector de actos procesales, junto a los de las partes y a los del juez, grupo éste en que las incluyó al prin-

autor conservó siempre las paredes maestras de la misma en los diversos libros donde se preocupó de difundirla (cfr. nota 4). Conforme con Sentís en que la *litiscontestatio* no se puede resucitar, ni siquiera como fundamento del arbitraje,¹⁸⁶ ya es más discutible que al proceso no aprovechen “las figuras del derecho civil”; porque bien podría suceder que las tradicionalmente enclavadas en sus dominios pertenezcan, en realidad, a la teoría general del derecho y porque, en mayor o menor medida según los códigos, verdaderos derechos y obligaciones se dan en todos los enjuiciamientos vigentes (cfr. notas 28-31). Tampoco creo que el juicio y la *litiscontestatio* ofrezcan “una armonía que difícilmente se encuentra entre el proceso y la relación o la situación jurídicas”: si por “juicio”, dicho se está, dentro del *ordo iudiciorum privatorum* entiende Sentís la *sentencia*, entonces lo que habrá entre él y la *litiscontestatio* será un simple paralelismo, a título de actuaciones culminantes en las respectivas fases (ésta de la *in iure* y aquél de la *apud iudicem*), pero sin que tal característica en el cuadro de la actividad procedimental se pueda referir a las doctrinas privatistas sobre la índole del proceso, que no se percataron del cambio radical operado en cuanto a la contestación al entronizarse el *ordo iudiciorum publicorum*,¹⁸⁷ y si, por el contrario, el autor toma “juicio” en el sentido de *proceso*, en tal caso, además de la objeción formulada, la pretendida armonía se rompe, porque las teorías que atienden al contrato o al cuasicontrato cargan al acento no sobre la *meta procesal* (sentencia), sino sobre una simple *divisoria procedimental* (*litiscontestatio*). Que Chioventa muriese fiel a la relación jurídica y que Goldschmidt, postulador de una nueva tesis, la combatiese, no supone que se enfrentasen entre sí (como acaso por un descuido de redacción da a entender Sentís), y menos aún cabe deducir de que sostuviesen pareceres distintos, que no se haya encontrado explicación satisfactoria al problema que nos ocupa, ya que muy bien podría ser exacto el uno e incorrecto el otro, o ambos brindar elementos utilizables para una

capio: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Los actos procesales en la doctrina de Goldschmidt*, núms. 12 y 20.

¹⁸⁶ A nuestro entender, las teorías contractualistas acerca del mismo (VON BAR, MATTI-ROLO, CHIOVENDA, A. ROCCO, CALAMANDREI, FURNO, etc.) confunden el compromiso y el proceso arbitral, que sólo encuentra explicación satisfactoria conforme a las doctrinas jurisdiccionalistas (MORTARA, CARNELUTTI, etc.): cfr. nuestro *Derecho proc. pen.*, tomo I, pp. 208-9, y para una información acerca de las distintas tendencias, OTTOLENGHI, *Conceptos fundamentales para una construcción del instituto arbitral* (en “Rev. Der. Proc.” argentina, 1943, I, pp. 154-204).

¹⁸⁷ En la literatura española este aspecto ha sido estudiado con especial reiteración y acierto por FAIRÉN GUILLÉN: cfr. *La transformación de la demanda en el proceso civil* (Santiago de Compostela, 1949), pp. 109-11 y 124-5; *El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia (Contra la doctrina de la litis contestatio)* (Barcelona, 1950), pp. 27-101; *Una perspectiva histórica del proceso: la litis contestatio y sus consecuencias* (comunicación al Congreso de Florencia; de próxima publicación); *Proceso, procedimiento y mito jurídico* (en “Estudios en memoria de J. Goldschmidt”, vol. 1), núms. 3-8 (pp. 215-27). Véanse, además, *supra*, notas 2 y 132.

superación o síntesis. De acuerdo con el autor en que “el estado de la teoría general del derecho es hoy muy distinto” de aquel en que el contrato y el cuasi-contrato “se consideraban puntos de vista civiles”, y prescindiendo de la contradicción en que en seguida incurre al mostrar el primero “como concepto escuetamente civil”, cuando es obvio que se manifiesta en otros campos,¹⁸⁸ no reputo factible asentar la dogmática procesal sobre la noción de *negocio jurídico*, tan discutida por los procesalistas,¹⁸⁹ y que si puede rendir buenos servicios circunscrita al examen de los actos procesales, resulta insuficiente a todas luces para explicar el mecanismo del proceso en conjunto. Otro tanto diremos del *acuerdo*; y acerca de él añadiríamos que la circunstancia de que ambos litigantes desarrollen “actividades idénticas” (aunque más cierto sería afirmar que, como regla, disfrutan de las mismas posibilidades procesales), no determina “vínculo” alguno entre ellos, según se encargan de demostrar la rebeldía, por un lado, y la no asunción de cargas, por otro, y, en consecuencia, la “figura del acuerdo” sólo funcionará en casos aislados¹⁹⁰ y no como ligamen constante que asegure la trabazón del proceso y permita dilucidar su índole. Además, si cualquier rama del proceso y con doble motivo la penal, pertenece al derecho público, según parece aceptar Sentís, nunca podrá determinarse su naturaleza a base del acuerdo como vínculo entre litigantes.

30) i) *El proceso y la “voluntad vinculatoria autárquica de la ley” (Podetti)*. En su libro *Teoría y técnica del proceso civil*,¹⁹¹ el hoy profesor de Buenos Aires rechaza la doctrina de la relación juridico-procesal,¹⁹² acepta elementos de la teoría de Godschmidt, que él difundió en la Argentina¹⁹³ y, a diferencia de Sentís, que busca en el acuerdo de los litigantes la clave de los nexos que en el proceso se establecen,¹⁹⁴ se orienta hacia la filosofía del derecho de Stammeler

¹⁸⁸ Comenzando por el procesal: contratos de patrocinio, secuestro, compromiso, etc.

¹⁸⁹ Así, mientras CHIOVENDA (*Principii*, pp. 775-6), CARNELUTTI (*Sistema*, núm. 420) o MANZINI (*Trattato*, vol. III, pp. 3-4) lo reputan esencial para el estudio de los actos procesales, otros tratadistas, como KLEINFELLER (*Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 2ª ed., Berlín 1910, § 62), (FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale*, Torino, 1927, p. 83) o RICCA-BARBERIS (*ob. cit.* en nota 3) lo rechazan como infundado.

¹⁹⁰ Incluso en el proceso civil (cfr. nuestras *Adiciones al Goldschmidt*, pp. 228-9, y *al Carnelutti*, núm. 436), y con mayor motivo en los demás, cuyo margen dispositivo es menor, y ello sin necesidad de pensar en juicios en que las partes se conduzcan como el perro y el gato, o en plan de “usted carabinero, pues yo contrabandista”.

¹⁹¹ El volumen lleva el subtítulo de *Ensayo de una sistemática del Derecho procesal argentino* (Buenos Aires, 1942; 240 pp.). Reseña nuestra en “Jur. Arg.”, de 24-XII-1942, reproducida en “Ensayos”, pp. 669-79.

¹⁹² Cfr. *Teoría y técnica*, pp. 140-2, 153-4 y 185.

¹⁹³ Véase su folleto *La ciencia del proceso y las doctrinas de Goldschmidt* (en “Antología Jurídica”, Buenos Aires, 1938).

¹⁹⁴ Acaso más exacto sería afirmar que (por lo menos en procesos civiles dispositivo)

y cree encontrar en la voluntad vinculatoria autárquica de la ley la explicación de tal fenómeno. “Esas actitudes —dice— que implican la existencia de nexos (derechos y deberes) entre cada parte y el juez y de una parte con la otra, se explican, sencillamente, por el poder *vinculatorio de la ley*, que, para la realización de sus fines, impone a los sujetos del proceso y a los órganos del mismo la realización de diversos actos, con sanciones de diversa naturaleza para el caso de incumplimiento. Mientras los sujetos del derecho no recurren al poder jurisdiccional, están en el terreno de la autonomía de la voluntad, que les permite, *convencionalmente*, solucionar sus dificultades. Si así obran, hay entre ellos conexiones voluntarias, ligámenes queridos, que constituyen una propia y verdadera *relación*. Se vinculan o desvinculan voluntariamente. Pero si recurren al poder jurisdiccional para que *actúe la ley*, en ejercicio de la facultad de pedir protección jurídica al Estado, entonces, la voluntad *autárquicamente vinculatoria* de la ley, se sustituye a la autonomía de la voluntad de las partes, en una porción considerable de los actos a cumplirse, que están sometidos a esa voluntad legal; que si bien pudieron poner en movimiento y aun determinar el cumplimiento de ciertos fines, se encuentra sustraída a su propia voluntad en cuanto a la vinculación misma que crea”. Y poco después añade: “Los nexos que vemos en el proceso, en forma de peticiones al poder jurisdiccional, de deberes o cargas, de derechos en contra del Estado y frente del colitigante (aunque de diversa índole), de expectativas y posibilidades de futuros ligámenes y aun de obligaciones emanadas o reconocidas en las sentencias definitivas o interlocutorias, no son pues propiamente *relaciones*, en cuanto éstas surgen de la autonomía de la voluntad de los individuos en las relaciones de convivencia, sino de la voluntad vinculatoria de la ley, que se sobrepone a las voluntades vinculadas. Y esa voluntad vinculatoria autárquica, se manifiesta por intermedio del juez, pero vincula también a éste, sin atender a su propia voluntad, cuando le impone la realización de actos, supuestas determinadas situaciones. Y es así, no sólo porque la ley establece obligaciones a cargo del juez, sino porque éste forma parte del orden jurídico, en cuya plena armonía tiene que desenvolverse”.¹⁹⁵

31) ¿Qué representa la posición de Podetti? Ante todo, una tentativa de combinar las doctrinas publicistas de la relación y de la situación jurídicas, conforme a una corriente cuya posibilidad negó Goldschmidt, con el explicable celo de padre de una de ellas,¹⁹⁶ pero que pese a su oposición a dicho mestizaje, ha encontrado diversos paladines.¹⁹⁷ Quizás se objete que Podetti comienza por re-

el proceso surge del *desacuerdo* de los litigantes, que podrían evitarlo mediante la auto-composición: cfr. CALAMANDREI, *Linee fondamentali del proc. civ. inquisitorio*, núm. 2.

¹⁹⁵ *Teoría y técnica*, pp. 140.1.

¹⁹⁶ Cfr. *Teoría del proceso*, p. 61, donde rechaza la tentativa (acometida por KOHLER antes de *Der Prozess als Rechtslage* y por ROSENBERG después) de combinar ambas doctrinas a base de entender que la relación jurídica procesal se desenvuelve en situaciones.

¹⁹⁷ Véase *infra*, nota 297.

chazar expresamente la tesis de Bülow y sus continuadores y que, por consiguiente, la mezcla que propugna no es la de ella con la teoría de Goldschmidt, sino la de ésta con el punto de vista de Stammler. Cierto, mas en apariencia tan sólo; porque Podetti olvida que si bien el concepto de relación jurídica lo tomó Bülow del derecho civil, al trasplantarlo al campo procesal lo situó de lleno en el ámbito del derecho público, y, por tanto, la visión privatista que el profesor argentino suministra de la relación procesal no se acomoda con la interpretación dominante entre los adeptos de semejante explicación del proceso, la cual, como es notorio, ha sido referida asimismo a los campos del enjuiciamiento cuyo objeto es público, como sucede con el penal, el administrativo, etc. En otros términos: una cosa es la real o afirmada relación jurídica controvertida, de índole sustantiva y que en contiendas de carácter civil dispositivo (en consecuencia, no en todas) puede ser materia de autocomposición, y otra muy distinta la relación jurídica originada por la existencia de un proceso: entre ambas media la distinción profunda que contrapone *contenido* y *continente* o, con léxico carneluttiano, *litigio* y *proceso*, es decir, enfermedad y medicina.¹⁹⁸ Por otra parte, a diferencia de las privativas, que buscaron en el contrato o en el cuasicontrato la causa de los nexos procesales, la doctrina de la relación jurídica se fija precisamente en la ley como determinante de tales ligámenes¹⁹⁹ y, por tanto, no hacía falta ninguna acudir a Stammler, puesto que ese aspecto no pasó inadvertido ni fue minimizado por los secuaces de la misma. Tampoco considero exacto por completo afirmar que el poder vinculatorio de la ley “impone a los sujetos del proceso y a los órganos del mismo la realización de diversos actos, con sanciones de diversa naturaleza para el caso de incumplimiento”: por de pronto, la dualidad *sujetos-órganos* no es irreductible, porque la primera cualidad se da también en los segundos y porque no cabe restringir la noción de aquéllos hasta comprender sólo las partes; pero, sobre todo, porque el “incumplimiento” (o mejor dicho: la no realización) de actos procesales no se reprime siempre, ni siquiera en el Proyecto Solmi de 1937, que batió el *record* en esa dirección,²⁰⁰ con “sanciones diversas”, sino con la conminación de un riesgo procesal,²⁰¹ al que únicamente de acuerdo con una acepción muy singular y amplia podría darse aquel nombre. En la mayoría de los códigos de enjuiciar se imponen en muy pocos

¹⁹⁸ Véase *supra*, nota 74. ROMANO - DI FALCO afirma categóricamente que “del ejercicio de las funciones públicas brotan relaciones entre sujetos jurídicos” (*Il diritto processuale penale nel sistema del diritto pubblico interno*, en “Studi in onore di Mariano D’Amelio”, vol. III, Roma, 1933, p. 262).

¹⁹⁹ Cfr. COUTURE, *Fundamentos*, p. 66.

²⁰⁰ Cfr. nuestras *Indicaciones acerca del nuevo código de procedimiento civil italiano* (como apéndice al tomo I de la trad. del *Sistema de CARNELUTTI*), núm. 3, (p. 400).

²⁰¹ Preclusión, *ficta confessio*, prosecución del juicio en rebeldía, sustitución de la voluntad del obligado por la del juez en condenas a la emisión de una declaración de voluntad (cfr. arts. 27, 430, frac. IV, 517, frac. III, y 589, cód. proc. civ. mexicano del Distrito), etcétera.

casos verdaderas sanciones y, aun dentro de ellas, predominan las meramente *procesales* sobre las propiamente *penales*.²⁰²

32) j) *El proceso como institución* (Giménez Fernández, Guasp, Couture, etc).—Los antecedentes de esta doctrina se encuentran en exposiciones franceses de derecho público, como Hauriou, cuando atribuye el carácter de institución a las acciones posesoria y reivindicatoria y al recurso por abuso de poder o cuando más tarde lo refiere a relaciones jurídicas complejas del tipo de la familia o el patrimonio,²⁰³ y, sobre todo, como Rénard, que no vacila en presentar el concepto como una idea entrevista en la bruma y cuya definición perfecta se hallaría en la *Carta del lavoro fascista*, pero que sólo episódicamente lo extiende al proceso.²⁰⁴ En cierto sentido, entre los precursores cabría citar también a Gierke y a Santi Romano, pero de ninguna manera a Wach,²⁰⁵ ya que además de haber sido uno de los más destacados paladines de la teoría de la relación jurídica, a cuya difusión y pulimento contribuyó como pocos, lo que en el pasaje suyo que Couture invoca hallamos no es tanto el *concepto de institución*, sino el *vocablo*, y éste referido al proceso, fácil será encontrarlo en autores que ni por un momento pensaron en suscribir ni aun en aludir a dicha doctrina en su pro-

²⁰² En efecto, ni las correcciones disciplinarias, ni los medios de apremio (aunque haya que formular reservas acerca del arresto: cfr., por un lado, el art. 73 cód. proc. civ. mex. del Distrito y, por otro, el 32 l. enjto. civ. española) ni las multas procesales son verdaderas penas (cfr. art. 26 cód. pen. español de 1944; ahora, del de 1963), que sólo entrarán en juego cuando en un proceso se hayan cometido hechos que constituyan delito de desobediencia a mandatos de la autoridad judicial o delitos contra la administración de justicia.

²⁰³ Cfr. HAURIUO, *Principes de droit public*, 2ª ed. (París, 1916), p. 109, y *La théorie de l'institution et de la fondation: Essai de vitalisme social* (en "La cité moderne et les transformations du droit", vol. 4 de la serie "Cahiers de la Nouvelle Journée"; París, 1925: citas tomadas de COUTURE, estudio que más adelante mencionamos (*infra*, nota 249), notas 2 y 4.

²⁰⁴ Cfr. RÉNARD, *La théorie de l'institution: Essai d'ontologie juridique*, I (París, 1930), pp. 31, 273, 339, nota 2, y 446, nota 2 (citadas por COUTURE en las notas 39 y 2, respectivamente, de su artículo sobre el tema) y DE PINA, *El proceso como institución* (en "Derecho Procesal, [Temas]" 2ª ed., México, 1951), p. 198.

²⁰⁵ "Como tantas otras cosas del derecho procesal, la idea de que el proceso es una institución, se halla ya con plena madurez en el pensamiento de WACH". Y en nota añade: "Toda formación jurídica, dice WACH, es teleológica; es una creación para un fin determinado. La idea de institución es el fin que la sustenta y compenetra": *Der Rechtsschutzanspruch*, publ. en "Zeitschrift für deutschen Zivilprozess", t. 32, p. 5, referido recientemente por SCHÖNKE, *La necesidad de la tutela jurídica: Un concepto fundamental del Derecho procesal civil*, en "Revista Jurídica de Córdoba", t. 2 (1948), p. 58. Añadiremos que el trabajo de SCHÖNKE se publicó originalmente en la "Riv. Dir. Proc.", 1948, I, pp. 132-52 —*Il bisogno di tutela giuridica (Un concetto giusprocessualistico fondamentale)*—, seguido de una *Postilla* de CARNELUTTI (pp. 152-3) y que después se ha convertido en el volumen *Das Rechtsschutzdürfnis: Studien zu einem zivilprozessualen Grundbegriff* (cuaderno 17 de las "Prozessrechtliche Abhandlungen", Detmold, 1950)

yección a nuestro campo.²⁰⁶ Pese a tratarse de una noción sobremanera imprecisa, o quizás por ello, ha sido aplicada a diferentes territorios y figuras jurídicas e inclusive se ha querido extenderla a todo el campo de derecho.²⁰⁷ Dentro ya de nuestra disciplina la acogen, aunque con muy distinto alcance, diversos autores de habla castellana, hasta el punto de que De Pina la ha calificado de “netamente española”²⁰⁸ y, si reemplazamos la caracterización idiomática por la geográfica, podríamos llamarla también hispanoamericana. En cambio, no obstante su ascendencia, no ha encontrado eco entre los entumecidos procesalistas franceses, y es más: ha sido combatida por dos de ellos, según luego veremos (cfr. *infra*, núm. 41). Entre los autores de lengua castellana, los tres más representativos de la tendencia son Giménez Fernández y Guasp en España y Couture en el Uruguay, pero junto a ellos figuran otros nombres.²⁰⁹

33) Para Giménez Fernández, el proceso sería “la institución reguladora de los actos de las partes y del juez, encaminados a la justa efectividad de los derechos subjetivos mediante la coaccionabilidad jurisdiccional”.²¹⁰ En el pasaje transcrito, el proceso aparece contemplado bajo tres aspectos: *formalista* (regulación de actos), *teleológico* (justa efectividad de los derechos subjetivos) e *instrumental* (coaccionabilidad jurisdiccional). A dicha definición cabría oponer: a) que, en rigor, no es el proceso quien regula la actividad que en él se desenvuelve, sino, en primer término, la ley procesal y, en segundo lugar, diversos expedientes subsidiarios;²¹¹ b) que si bien en abstracto puede imaginarse un proceso redu-

²⁰⁶ Véase nuestra reseña del folleto de COUTURE, *Introduction à l'étude de la procédure civile* (París, 1950), en “Rev. Esc. Nac. Jurisp.”, núms. 47-48, julio-diciembre de 1950, pp. 455-7. Como el lector comprobará por la transcripción literal hecha en la nota anterior, WACH no afirma de manera concreta y taxativa que el proceso sea una institución, y menos aún cabe sostener que en un par de líneas se encuentre tal tesis en plena madurez. Véase *infra*, nota 249.

²⁰⁷ Al derecho constitucional por LLEWELLYN, *The Constitution as an institution* (en “Legal essays in tribute to Orrin Kip McMurray”), Berkeley, Cal., 1935; p. 277; y a todo el derecho por RUIZ-JIMÉNEZ, *La concepción institucional del Derecho* (Madrid, 1944): citas tomadas de COUTURE, notas 4 y 42 de su trabajo.

²⁰⁸ *Ob. cit.*, p. 193.

²⁰⁹ Como MENÉNDEZ PIDAL y ARAOGNESES, en España, aunque el último (cfr. *ob. cit.* en la nota 67, pp. 19-20) en forma vaga (se vale, sí, del vocablo “institución”, pero por el modo como se expresa, no aparece claro que se adhiera a la concepción institucionalista del proceso), o cual GARCÍA ROJAS y PARDO ASPE en México (cfr. *infra*, nota 262). En cuanto a GELSI BIDART, menciona esta doctrina, pero sin pronunciarse respecto de la misma (cfr. *infra*, núm. 49).

²¹⁰ *Instituciones jurídicas en la Iglesia Católica: Tomo segundo: Procedimientos eclesiásticos* (S. 1, “S.A.E.T.A.” (1942), p. 236. (Trátase de un sobretiro y donde dice “tomo”, debe, en realidad, decir *título*).

²¹¹ Puesto que la ley procesal no cubre, ni mucho menos, con sus previsiones todo el campo de la actividad procesal, sino que suministra tan sólo “el andamiaje o la armadura para la completa construcción, o en otras palabras, el *mínimum* de ordenación

cido a actos de las partes y del juez, en la realidad esa hipótesis no se presenta nunca (cfr. *supra*, nota 25), y tampoco cabe, aunque aquí Giménez Fernández vaya respaldado por procesalistas de la talla de Wach, Chiovenda o Goldschmidt (cfr. *supra*, nota 26), reabsorber en esos dos sectores la actividad llevada a cabo por los sujetos procesales secundarios;²¹² c) que la tesis de que el proceso sirve para la realización de derechos subjetivos, dista mucho de ser pacífica;²¹³ d) que la “justa efectividad” (la fórmula recuerda la de Carnelutti: justa composición) de los derechos subjetivos representa el logro de un ideal, que no siempre se alcanza en la práctica;²¹⁴ y e) que la coaccionabilidad no es un atributo permanente e inescindible de la jurisdicción, aunque la acompañe como regla.²¹⁵ Consignadas estas salvedades, veamos ahora qué rasgos asigna el autor a la institución jurídica, dentro de la que incluye el proceso. Ellos serían: ante todo, la existencia de un *orden jurídico-natural prevalente*, basado en la verdad objetiva, la libertad humana y la justicia social; después, un *medio cultural* donde las circunstancias sociológicas produzcan una determinada forma de relaciones entre los hombres; por último, un *orden jurídico positivo* en que de acuerdo con los dos caracteres precedentes, y por medio de la autoridad social,

considerado indispensable por el legislador, jamás el *máximum...*”: cfr. nuestro *Derecho proc. pen.*, tomo I, p. 136, y tomo II, p. 192.

²¹² Véase lo que a este propósito decimos en *Los actos procesales en la doctrina de Goldschmidt*, núms. 5-10, y en *En torno a la noción de proceso preliminar*, número 20.

²¹³ Véanse, por ejemplo, SATTI, *Il mistero del processo*, p. 280, o GUASP, *La pretesión*, pp. 343-9.

²¹⁴ El término de un proceso mediante sentencia injusta es, por desgracia, un fenómeno demasiado frecuente como para que podamos identificar proceso y realización de la justicia (cfr. *supra*, notas 130 y 151). Más aún: a veces, la propia víctima se conforma con la sentencia adversa (por consideraciones económicas, generalmente), e incluso si la injusticia se perpetró en primera instancia, desiste de emprender la vía impugnativa, sin que en tales casos se dé un recurso al servicio de la justicia, parecido a la vieja consulta o, aunque con distinto alcance, a la casación en interés de la ley (que, dicho se está, podría ser injusta y hasta persecutoria y sectaria).

²¹⁵ Los árbitros, por ejemplo, ejercen jurisdicción en estricto sentido (*notio e iudicium*), pero precisamente por carecer de imperio, su actividad ha de ser completada por la del juez público del arbitraje en cuanto a la *coercitio* y la *executio* (cfr. arts. 631-4 y 636, cód. proc. civ. del Distrito); otro tanto sucede con los tribunales eclesiásticos en España, cuando hayan de proceder al embargo y venta de bienes (art. 125 l. enjto. civ.); en otro sentido, las sentencias declarativas y constitutivas no reclaman, por su índole, coaccionabilidad para ser efectivas (cosa distinta que requieran ciertos actos de cumplimiento — anotación en registros, por ejemplo — o que se sancionen los hechos con que se intente desconocerlas o desobedecerlas); por último, en las propias sentencias de condena cabe, por un lado, su ejecución voluntaria, sin que el mecanismo coactivo, que entonces no pasa de amagar, entre realmente en juego y, por otro, la rectificación ulterior por obra de las partes, de la condena decretada (cfr. al efecto los arts. 506, 531 y 610, cód. proc. civ. Distrito).

se establezcan ciertas relaciones, de valor preconstituido, con el fin de realizar la convivencia jurídica.²¹⁶ ¿Son íntegramente referibles esas notas al proceso, aun dando por sentado que sean irrefutables respecto de la institución en general? Como ninguna discrepancia esencial tenemos que oponer a los rasgos segundo (medio cultural) y tercero (orden jurídico positivo), concentraremos nuestra crítica sobre el primero. Si bien las bases en que el autor asienta el orden jurídico natural (a saber: verdad objetiva, libertad humana y justicia social) no pueden ser más nobles y atrayentes y le quitan por completo el tufo reaccionario que la teoría de la institución desprende en algunos otros de sus cultivadores, estimo harto discutible que un mecanismo fundamentalmente técnico y de derecho positivo, como lo es el proceso, pueda subsumirse bajo el signo, hoy renovado, pero acaso con fervor pasajero, del derecho natural, cuya vaguedad lo hace sumamente peligroso, aun cuando en reciente y sonada ocasión obtuviese nada menos que la consagración pontifical.²¹⁷ Al expresarme así, no postulo un proceso ayuno de contenido moral; pero sí creo que su efectiva moralización, que tanto ha preocupado al procesalismo contemporáneo,²¹⁸ no vendrá de imprecisas invocaciones al derecho natural, sino de normas positivas que en los códigos de enjuiciamiento y en las leyes y reglamentos de los cuerpos y carreras forenses aseguren la plena observancia de la ética profesional. Con todo, si entre las diversas interpretaciones de la teoría institucional referida al proceso tuviésemos obligación de pronunciarlos por alguna, lo haríamos sin vacilar a favor de la de Giménez Fernández, en la que concurren una claridad expositiva, un espíritu liberal y una delimitación específica que, en mayor o menor medida, faltan en los demás propugnadores del concepto.

34) Pasemos a Guasp. Su posición se encuentra sintetizada en unas pocas páginas de sus *Comentarios*²¹⁹ y luego completada, en algunos aspectos, en su

²¹⁶ Cfr. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 235.

²¹⁷ Cfr. ORIO GIACCHI, *Pio XII ai giuristi* (en "Jus", Milano, julio de 1950, pp. 102-6), y MORENO MOCHOLI, *Hacia la recristianización del Derecho (A propósito de las palabras dirigidas por Pio XII a la Unión de Juristas Católicos Italianos)* (en "Rev. Gen. Legisl. y Jurisp.", enero de 1951, pp. 5-28) —reseña nuestra, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 12, septiembre-diciembre de 1951, pp. 250-1—. Véase también, probablemente influido por tales palabras, GARBAONATI, *Il giudice di fronte alla legge ingiusta* (comunicación al Congreso de procesalistas de Florencia; publicada en "Jus", diciembre de 1951, pp. 431-50); sobre el mismo tema, pero sustraída por razón de su fecha al señalado influjo, MONTAGÚ, *El juez ante la norma injusta, y otros estudios* (La Habana, 1944).

²¹⁸ Véanse los siguientes folletos de COUTURE y la bibliografía en ellos citada: *Oralidad y regla moral en el proceso civil* y *El deber de decir la verdad en juicio civil* (ambos publicados primero en "La Ley" —Buenos Aires, 1938 y 1939— y luego en diversas revistas), y en relación con este último, nuestro artículo, *La obligación procesal de decir verdad, en un escritor español del siglo XVI* (en el diario "El Universal", de 24-I-1947).

²¹⁹ *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, tomo I, Madrid, 1943, pp. 22-5.

artículo *La pretensión procesal*.²²⁰ En los *Comentarios*, Guasp intenta construir el proceso sobre dos ideas fundamentales: la que lo contempla como actuación (mejor, satisfacción) de pretensiones (problemas del concepto, según él; de la finalidad, según nosotros)²²¹ y la que lo considera como institución (problema de la naturaleza; aquí, estamos conformes con su enfoque); y estima que mientras la primera tesis no ha sido acogida con posterioridad, la segunda, en cambio, “pese a no ser más que el complemento de la primera”, ha logrado “máxima atención y acogida, por obra principalmente de la valiosísima adhesión de Couture” y, según se infiere, de los autores por éste citados en la nota 3 de su trabajo sobre el tema.²²² Antes de seguir adelante, pongamos los puntos sobre las íes en las transcritas aseveraciones de Guasp: que la concepción del proceso como institución no es el complemento de la que lo imagina como satisfacción de pretensiones, lo revela que desde Windscheid en adelante²²³ la última de dichas nociones ha sido utilizada por autores que ni por mientes pensaron en referirse a la primera; en segundo término, aun suponiendo que no la haya abandonado a estas alturas, Couture no se adhiere en concreto al parecer de Guasp, sino que en forma vaga refiere al proceso la doctrina de la institución, a través principalmente de sus formuladores franceses; y en tercer lugar, carece por completo de asidero la afirmación de que su teoría institucionalista ha conseguido “máxima atención y acogida”, cuando si Guasp, en vez de haberse dejado arrastrar por el prestigio indiscutible de Couture (que en esta ocasión fue víctima de un inexplicable espejismo), hubiese confrontado las citas de la mencionada nota 3, habría visto que arrojan una resultante muy distinta de la que él se figura (cfr. *infra*, núm. 40 y nota 262), hasta el extremo de que si se exceptúa un procesalista de borrosa personalidad,²²⁴ acaso su tesis de la pretensión haya sumado más votos que la de la institución,²²⁵ en contra de lo que él asegura.

²²⁰ Ya citado (cfr. *supra*, nota 45); publicado también en la revista italiana “Jus” (*La pretesa processuale*) (diciembre de 1951, pp. 463-91, y marzo de 1952, pp. 101-19).

Para la crítica de este trabajo de GUASP, véase Aldo ATTARDI, *Processo e pretesa in una recente concezione dottrinale* (en “Jus”, septiembre de 1952, pp. 412-421).

²²¹ En nuestro todavía inédito cursillo *Función y proyecciones sociales del proceso: supra*, nota 68.

²²² Cfr. *La pretensión procesal*, nota 4, en relación con las pp. 3, 15 y 22-3 del citado tomo de *Comentarios*.

²²³ Cfr., por ejemplo, WINDSCHEID, *Die actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts* (Düsseldorf, 1856), p. 5; BETTI, *Ragione e azione* (en “Riv. Dir. Proc. Civ.”, 1932, I, p. 206); CARNELUTTI, *Sistema*, núms. 122-9; ALCALÁ-ZAMORA, *Enseñanzas acerca de la acción*, núms. 16, 19 y 24.

²²⁴ A saber: Juan MENÉNDEZ PIDAL en su *Derecho procesal social*, Madrid, 1947, pp. 98-9; véase *infra*, nota 262.

²²⁵ Puesto que por lo menos suma los pareceres de GORDILLO (en una conferencia inédita: cfr. *infra*, nota 310), FENECH (respecto del proceso penal, aunque más tarde la haya rechazado) y de GONZÁLEZ PÉREZ (para el proceso administrativo): cfr. GUASP, *La pretensión*, nota 4. Las obras de FENECH y de GONZÁLEZ PÉREZ a que alude GUASP

35) Guasp resume su concepción institucional del proceso en las cinco conclusiones que a continuación reproducimos, para inmediatamente después comentarlas. "A) El proceso es una realidad jurídica de tendencia permanente; pueden nacer y extinguirse continuamente procesos concretos, pero la idea de una actuación estatal de pretensiones fundadas sigue siempre en pie. B) El proceso tiene carácter objetivo; su realidad se determina, no por la actitud de las voluntades a las que se debe la actividad que lo integra, sino por la significación de la idea objetiva, superior a dichas voluntades. C) El proceso no sitúa a los sujetos que en él intervienen en un plano de igualdad o coordinación, sino en un plano de desigualdad o subordinación; la idea jerárquica es también substancial con el concepto de proceso. D) El proceso no es modificable en su contenido por las voluntades de los sujetos procesales, sino dentro de límites reducidos que no pueden, en modo alguno, extenderse a la alteración de la idea fundamental del mismo. E) El proceso es adaptable a la realidad de cada momento, sin que la consideración del respeto a situaciones subjetivas anteriores tenga la misma fuerza que en una relación de tipo contractual".²²⁶ Estas que él llama "consecuencias fundamentales de la naturaleza institucional del proceso", van precedidas de su concepto de institución aplicada al enjuiciamiento, en los términos que mediante una nota transcribimos, por considerarlos menos expresivos que aquéllas.²²⁷

son las siguientes: del primero, *Curso elemental de Derecho procesal*, tomo I (Barcelona, 1945), pp. 389 y ss.; y del segundo, *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas* (sobretiro de "Rev. Gen. Legis. y Jurisp.", marzo de 1951, p. 6). GONZÁLEZ PÉREZ acoge la tesis de GUASP en otros dos trabajos: *Los problemas de admisibilidad en el proceso del artículo 14 de la ley hipotecaria* (en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", febrero de 1951, p. 121) y *La extinción del proceso administrativo* (sobretiro de "Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín", Madrid, 1952, pp. 448-9).

²²⁶ *Comentarios*, tomo I, pp. 22-23.

²²⁷ "Entendemos por institución, no simplemente el resultado de una combinación de actos tendentes a un fin, sino un complejo de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común objetiva, a la que figuran adheridas, sea ésa o no su finalidad específica, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad. La institución se compone, pues, de dos elementos fundamentales, que son como la trama y la urdimbre de un tejido: la idea objetiva, que está situada fuera y por encima de la voluntad de los sujetos, y el conjunto de estas voluntades que se adhieren a dicha idea para lograr su realización.

Entendido de esta manera, no es difícil aplicar el concepto de la institución al proceso: la idea objetiva común que en él se aparece es la actuación o denegación de la pretensión, las voluntades adheridas a esta idea son las de los diversos sujetos que en el proceso figuran, entre las que la idea común crea una serie de vínculos de carácter jurídico también": *Comentarios*, tomo I, p. 22. Mediante un truco no por hábil menos evidente, GUASP define la institución en función del proceso, y no a la inversa, como habría exigido la lógica: de ahí que cargue el acento sobre el "complejo de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común objetiva", o en otros términos, sobre el procedimiento conducente a la sentencia; sin darse cuenta de que sale de He-

36) A las cinco “consecuencias” de Guasp oponemos por nuestra parte, y por el mismo orden, las siguientes objeciones: A’) La distinción entre el proceso en abstracto y los procesos en concreto, se compagina sin la menor dificultad con cualquiera de las concepciones acerca de la naturaleza de aquél y, por tanto, no es privativa de la tesis institucionalista. Habría, además, que poner en entredicho la supuesta *permanencia* del proceso, al menos si Guasp la refiere al mismo como fenómeno histórico y no cual categoría jurídica: en cuanto al pasado, probablemente los juicios son mucho menos antiguos que la humanidad,²²⁸ y respecto del futuro, no hagamos profecías. Todavía, aun aceptada su idea del proceso como instrumento para la “actuación estatal de pretensiones”, éstas no siempre son “fundadas”. B’) Como de acuerdo con su noción de la institución procesal (cfr. *supra*, nota 227) el carácter objetivo del proceso se relacionaría con la actuación o denegación de pretensiones, reservamos la crítica de esta “consecuencia” para el número siguiente. C’) No compartimos la alarma política de De Pina frente a la conclusión C’),²²⁹ aun cuando, dada la ideología de Guasp y el uso y abuso del vocablo *jerarquía* en la lamentable literatura falangista, comprendamos que aquél la haya mirado con recelo y hasta que la ponga en cuarentena. A nuestro entender, sin embargo, hay aquí tan sólo un eco de ideas carnelutianas a propósito del difícil deslinde entre la actividad jurisdiccional y la administrativa.²³⁰ D’) Muchísimo antes de que la teoría institucionalista fuese puesta en circulación por sus primeros paladines, había proclamado ya la doctrina alemana que el proceso no es modificable por la voluntad de sus sujetos sino dentro de restringidos límites²³¹ y, por consiguiente, tampoco esta “consecuencia” puede presentarse como rasgo peculiar de la tesis de Guasp. E’) Si sub

rodes para entrar en Pilato, ya que semejante idea no es referible a las demás figuras que se suelen presentar como instituciones (por ejemplo, la familia). De manera más gráfica diríamos que GUASP confunde el *molde* que da forma, con la *funda* que se adapta a la forma, y mediante ese expediente, todo se convertiría en institución.

²²⁸ Cfr. nuestra *Evolución de la doctrina procesal*, núm. 2, en relación con KISCH (*Deutsches Zivilprozessrecht*, pp. 21-22) y con ALSINA, *Tratado*, tomo I, p. 29.

²²⁹ Cuando por su cuenta o acompañado por BODENHEIMER (*Teoría del Derecho*, trad. castellana, México, 1942, pp. 211-8), la tilda de totalitaria, fascista, contraria a los derechos individuales y propensa a la arbitrariedad judicial: *ob. cit.*, pp. 196-201.

La crítica de DE PINA a GUASP acaba de ser contracriticada por GONZÁLEZ PÉREZ, en comentario aparecido en España y del que tenemos noticia directa, pero que no ha llegado aún a nuestro poder.

²³⁰ Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, núms. 77 y 78.

²³¹ Cfr. *supra*, notas 32 y 33. Cosa muy distinta es que, dentro de las previsiones legislativas, una de las partes escoja entre las diferentes alternativas que brinde una norma procesal dispositiva (por ejemplo, entre declinatoria e inhibitoria) o bien que ambas lleguen a convenios procesales: cfr. BÜLOW, *Dispositives Zivilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung* (en “Archiv für die Civilistische Praxis”, tomo 64, Freiburg i. B. - Tübingen, 1861), *passim*, y nuestro *Derecho proc. pen.*, tomo I, pp. 135-6.

C' hemos creído descubrir la huella de Carnelutti, aquí no sería difícil vislumbrar la influencia de Calamandrei, espíritu a cubierto de toda sospecha de reaccionarismo, cuando hablaba de la relatividad de la acción, término que Guasp ha reemplazado por proceso.²³² Y por lo que atañe a la segunda de las afirmaciones en que esta "consecuencia" se descompone, comienza por no aparecer muy claro su alcance (ese menor respeto procesal a situaciones subjetivas anteriores, ¿se refiere a derechos adquiridos, a retroactividad de la ley procesal, al carácter absoluto de la misma,²³³ a efectos de la sentencia, etc.); pero sea cual fuere el que se le atribuya, no posee nada específicamente institucionalista, como tampoco, fuera ya de las conclusiones a que acabamos de pasar revista, las categorías jurídicas que Guasp acepta como integrantes de "complejo de vínculos que ligan entre sí las diversas voluntades adheridas a la idea objetiva común", puesto que las reduce al derecho subjetivo y a la obligación,²³⁴ ni más ni menos que desde un principio habían venido haciendo los partidarios de la relación jurídica procesal: realmente, para semejante viaje no eran necesarias tales alforjas... institucionales.

37) Con las consideraciones precedentes podríamos dar por terminada nuestra crítica a Guasp, si no fuera porque su "consecuencia" B se liga con la idea que él se ha forjado de la *pretensión*; hecha de antemano la advertencia de que tanto por motivos de oportunidad como de espacio, no vamos a proceder ahora a un examen a fondo de esta otra tesis suya. Bástenos con aducir: a) que en lugar de dedicar su esfuerzo a perfilar los conceptos de *litigio* y de *acción*,²³⁵ Guasp

²³² Cfr. CALAMANDREI, *La relatività*, núm. 10, y GUASP, *La pretensión*, p. 357. Por nuestra parte, estimamos que la relatividad no es ni de la acción (CALAMANDREI) ni del proceso (GUASP), sino de la jurisdicción: cfr. *Enseñanzas acerca de la acción*, núm. 15.

²³³ Sin perjuicio de las salvedades consignadas en las notas 32 y 33 ni de los márgenes dispositivos a que nos hemos referido en la 231.

²³⁴ Cfr. *Comentarios*, tomo I, pp. 23 y 25. En cuanto a la carga, opina que es tan sólo el "resultado perjudicial que se produce por la falta de ejercicio de un derecho subjetivo" y niega, en consecuencia, la autonomía, aunque no la existencia del concepto (*ob. cit.*, p. 24), marcando así un retroceso manifiesto respecto de GOLDSCHMIDT (cfr. *Prozess als Rechtslage*, pp. 335 y ss.) y de CARNELUTTI (*Sistema*, núms. 21 y 157-66), los dos grandes elaboradores del concepto. Como aspecto del derecho subjetivo la presenta también BARRIOS DE ANGELIS, *Contribución al estudio de la carga procesal* (en "La Rev. Der., Jurisp. y Admin.", Montevideo, noviembre de 1948), núm. 24.

²³⁵ Objeciones al concepto de acción, especialmente desde el punto de vista de la intrascendencia práctica de las doctrinas acerca de la misma, han sido recientemente formuladas por ALLORIO en *Riflessioni sopra lo svolgimento della scienza processuale* (ponencia ante el Congreso de procesalistas de Florencia; publicada en "Jus", Milano, julio de 1950, pp. 91-101, y luego en "Estudios en memoria de J. Goldschmidt", vol. I, pp. 77-94), núms. 14-7, en los que llega a sugerir su abandono y el de la relación procesal, para prestar la atención preferente a la potestad jurisdiccional. Aun cuando no suscribo semejante desahucio, sí destacaré que la intrascendencia de la acción se percibe con singular relieve en los numerosos códigos procesales civiles mexicanos que se abren

aspira a reemplazarlos por el de *pretensión*, elevada así a una altura muy superior a la que en rigor le corresponde, y presentada como objeto del proceso en términos de manifiesta vaguedad,²³⁶ de tal modo que si la desconectamos de su destinatario, o sea el juez,²³⁷ no cabe diferenciarla de otras peticiones jurídicas (en el campo administrativo, en el de la jurisdicción voluntaria o inclusive en el de las relaciones contractuales), y si, por el contrario, la ligamos con él, entonces el centro de gravedad de la dogmática procesal habrá que situarlo, no en la pretensión que al juzgador se dirija, sino en la actividad (jurisdiccional en estricto sentido) que éste despliegue; b) que rechazada por Guasp la idea del conflicto como causa del nacimiento del proceso, a base de hipótesis que además de presentar la excepción y no la regla, no implican ausencia de litigio,²³⁸ y situada correlativamente la pretensión *dentro* del proceso, el resultado sería el de que éste surge sin verdadero presupuesto que lo explique;²³⁹ c) que concebida así

con un capítulo a ella consagrado, construido en tal forma, que su eliminación de un plumazo no afectaría en nada a la mecánica del enjuiciamiento implantado.

²³⁶ La pretensión se reduce para GUASP a "la reclamación que una parte dirige frente a otra y ante un juez" (*ob. cit.*, pp. 365-6 y 375), con lo cual todo su esfuerzo constructivo no pasa de un cambio de nombre: el tradicional de *demanda* (que, sin embargo, no elimina: cfr. *infra*, notas 242 y 245) por el de *pretensión*, acaso para, dentro de una representación unitaria, salvar la repugnancia a hablar de la primera en el campo del proceso penal (sin embargo, CARNELUTTI lo hace —cfr. *Lez. proc. pen.*, núms. 173, 174, 182 y 185—, y la Exposición de motivos de la l. enjto. crim. española de 1882 no vaciló en comparar los escritos de calificación con los de demanda y contestación). Además, el propio GUASP, al reseñar las citadas *Lezioni* de CARNELUTTI, habla de "pretensión" como sinónimo de "media litis" (cfr. "Rev. Der. Proc." española, 1949, p. 231), con lo que su parecer coincidiría con el nuestro cuando presentamos aquella cual "la visión que del litigio se ha formado el actor" (*Ensayos*, p. 170), frente a la que se alzaría como la otra mitad la contrapretensión, o visión litigiosa del demandado (cfr. *Enseñanzas acerca de la acción*, núms. 23-4). Aclararemos, en otro sentido, que GUASP no rechaza el concepto de acción: pero sí entiende que respecto de la misma ha habido una desviación doctrinal, en virtud de la cual, se ha propendido más a averiguar la esencia del poder jurídico con que se conecta que a conocerla como génesis del proceso (*ob. cit.*, p. 357) y, además, que resulta demasiado elevada para encadenar a ella teorías como las de la litispendencia, la congruencia, la cosa juzgada, etc. (*ob. cit.*, p. 361).

²³⁷ Cfr. *La pretensión*, pp. 371-2.

²³⁸ Una cosa es que la noción de litigio tal como la formuló CARNELUTTI sea objetiva, especialmente en su aplicación al proceso penal (cfr. *supra*, notas 77 y 83), y otra muy distinta que la pretensión procesal, con el alcance que le da GUASP, supere la dificultad, puesto que al nacer a la vez que el proceso (cfr. *ob. cit.*, pp. 341-3) —es decir, en él y no antes que él—, daría lugar a un sorprendente fenómeno de generación espontánea.

²³⁹ A nuestro entender, el verdadero presupuesto procesal es el litigio, así como respecto de la instrucción penal la *notitia criminis*: cfr. *Enseñanzas acerca de la acción*, núm. 13, y *Derecho proc. pen.*, tomo II, p. 136. En cuanto al primer extremo, coincide con nosotros BUZARD, *Do agravo de petição no sistema do código de processo civil* (São Paulo, 1945), p. 117.

la pretensión, no sólo aparecerá como *objeto del proceso*, según sostiene Guasp, sino que habrá también que atribuirle el carácter de *causa*, aun no siéndolo, o bien afirmar que el proceso carece de causa,²⁴⁰ d) que de acuerdo con Gómez Orbaneja, el concepto de pretensión tal como lo formula Guasp —en un intento de fusionar las posiciones de Rosenberg y de Carnelutti—,²⁴¹ “elude el ingente problema de las relaciones entre derecho privado y derecho procesal”,²⁴² por lo mismo, añadimos, que aísla proceso y litigio,²⁴³ y sin que la réplica que por su parte opone sirva más que para embrollar el asunto;²⁴⁴ e) que combatida por Guasp la dualidad de elementos objetivos (instancia y pretensión) por nosotros asignada a la acción, esa misma dualidad se advierte en él cuando caracteriza

²⁴⁰ A GUASP le preocupa tanto esta objeción, que la califica de “trascendental” y reconoce que “se hace ciertamente difícil imaginar un acto procesal que no pertenece a ningún proceso sino que se encuentra un poco flotando en el vacío, especie de éter majestuosos en el que cada proceso vendría a encontrar apoyo por no se sabe qué misteriosas conexiones” (*ob. cit.*, pp. 366 y 367), e intenta, en consecuencia, rebatir el argumento, pero sin lograr salir del atolladero, como lo demuestra, por un lado, que acabe proclamando que “la pretensión es, pues, un acto procesal y al mismo tiempo el objeto del proceso” (p. 369) y, por otro, la flagrante contradicción en que incurre al afirmar en la nota 38 que “la pretensión es la causa del proceso”, de tal modo que éste no es concebible sin la existencia de aquélla y al sostener luego en la página 363 que la pretensión es el objeto del proceso, idea la de “objeto” que no ha de confundirse con la de “causa”, pese a lo cual la pretensión funcionaría con los dos caracteres. A su vez, LOIS ESTRÉVEZ sostiene que siendo la pretensión un acto del proceso, no se comprende que sea al mismo tiempo su objeto: *cfr. ob. cit., infra*, nota 284, p. 615.

²⁴¹ *Cfr. La pretensión*, nota 44.

²⁴² GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*, tomo II (Barcelona, 1951), p. 174, en relación con los *Comentarios* de GUASP, tomo I, pp. 339-41; con anterioridad, GÓMEZ ORBANEJA, y HERCE, *Derecho procesal*, tomo I (2ª ed., Madrid, 1948), p. 64. Véase también GÓMEZ ORBANEJA, *Sobre una nueva entrega de los Comentarios de Guasp* (en “Rev. Der. Proc.” española, 1945, pp. 567-81), donde refuta la distinción que éste intenta establecer entre demanda y pretensión (*cfr. pp. 577-80*).

²⁴³ *Cfr. nuestras Enseñanzas acerca de la acción*, núms. 9, 12, 13, 19, 23, 24, 28, 29 y 31, en los que analizamos las relaciones entre litigio y proceso.

²⁴⁴ Véase la extensa nota 60 de *La pretensión*, de la que como botón de muestra transcribimos un párrafo: “. . . si se pregunta qué norma o serie de normas son las que establecen formal, aunque no materialmente, cuáles son las indicaciones que el juez ha de tener en cuenta en su fallo (v. gr., cuál es la naturaleza de la norma según la cual puede el juez resolver en ciertos casos ateniéndose a la equidad), es lo cierto que habrá que concluir que dicha norma no es ni de derecho material (pues no proporciona el fondo inmediato del fallo) ni de derecho procesal (pues no afecta directamente a los requisitos, contenido y efectos de la institución procesal), sino más bien un *tertium genus* que puede llamarse, con la conocida concepción goldschmidtiana, *derecho justicial material, o de otra manera cualquiera*”. (Las palabras marcadas en cursiva lo han sido por nosotros para destacar la imprecisión del pasaje; no creo, además, que el supuesto a que GUASP se refiere tenga nada que ver con el derecho justicial material —véase *supra*, nota 4—, a menos que el autor le atribuya un significado *sui generis*, como ha hecho con pretensión).

la pretensión;²⁴⁵ f) que la tesis unitaria del derecho procesal, siempre propugnada por nosotros,²⁴⁶ acordada, por tanto, con Guasp en este punto,²⁴⁷ se puede defender con muy sólidos argumentos desde otros ángulos y ni se refuerza ni se resquebraja lo más mínimo porque se acepte o se rechace la pretensión procesal tal como nuestro autor la patrocina; y g) que la serie de conceptos cuya valoración sistemática intenta Guasp a través de su idea de pretensión (desde la jurisdicción contenciosa a la voluntaria, pasando por la noción de parte o la posición del ministerio público), puede ser explicada, o mejor dicho: lo ha sido, con absoluta prescindencia de la misma. En definitiva, creemos que la pretensión, concebida como un simple elemento objetivo de la acción y no como contrapuesta a ella,²⁴⁸ y engastada dentro de una corriente dualista y abstracta acerca de la segunda, rendirá mejores servicios a la doctrina del proceso que no conforme a la visión de Guasp.

38) Y ahora, para cerrar el epígrafe referente al proceso como institución, nos ocuparemos de Couture. Al enfrentarnos con su posición, lo primero que debemos hacer es cribar el contenido de su artículo sobre el tema.²⁴⁹ Compónese éste de una introducción y de dos partes, con un total de veintisiete números, de los cuales, como vamos a ver, muy pocos se ocupan del asunto. En efecto, comenzando por la introducción (núms. 1-5), ella se limita, por su propia índole, a esbozar ciertas ideas y a recapitular algunas otras, pero sin rozar siquiera las cuestiones medulares que la teoría propugnada plantea, aun cuando ya en la misma encontremos afirmaciones que han de ser contradichas (cfr. *infra*, núm. 40). A su vez, toda la primera parte (núms. 6-16) está consagrada a la exposición y crítica de unas cuantas doctrinas acerca de la naturaleza del proceso (contrato y cuasicontrato; relación y situación jurídicas; entidad jurídica compleja), de acuerdo con lineamientos que en mayor o menor medida provienen del desarrollo de la propia materia en los *Fundamentos* del autor:²⁵⁰ representa

²⁴⁵ Véanse, por un lado, nuestras *Enseñanzas acerca de la acción*, núms. 23-25 y 28-29 y, por otro, GUASP, *La pretensión*, nota 58 y pp. 365 y 375, en que distingue "pretensión" y "demanda" (cfr. *supra*, notas 236 y 242) y en que asigna a la primera dos destinatarios (juez y parte).

²⁴⁶ Véase *infra*, nota 310.

²⁴⁷ Cfr. *La pretensión*, pp. 336 y 386-7 y notas 18 y 20, entre otras, ya que todo el trabajo es de orientación unitaria; véase además, *infra*, nota 310.

²⁴⁸ Cfr. *La pretensión*, pp. 356-63; en contra, nosotros, en *Enseñanzas acerca de la acción*, núms. 13, 19, 23, 24, 29 y 31.

²⁴⁹ *El proceso como institución*. Redactado para los "Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento" (vol. I, Milano, 1951, pp. 349-73), se anticipó su publicación en la "Revista Jurídica de Córdoba" (Argentina), octubre-diciembre de 1948, pp. 405-429. Véase, además, su folleto citado en la nota 206, más su traducción castellana —*Introducción al estudio del proceso civil* (Buenos Aires, 1949)—, que a diferencia del texto francés, contiene el debate a que las conferencias de COUTURE dieron lugar.

²⁵⁰ Cfr. *Fundamentos*, 1ª ed., pp. 61-73. Como posterior en fecha a la citada edición,

esta parte el lado destructivo o negativo del trabajo, en contraste con el constructivo o positivo a que se aspira en la segunda. Por último, ni siquiera la segunda parte (núms. 17-27), pese a cobijarse bajo la rúbrica “El proceso como institución”, trata de lleno del tema; y de los tres capítulos en que se fracciona, los dos primeros (a saber: I. Función privada del proceso —núms. 17-18— y II. Función pública del proceso —núms. 19-22) podrían haber pasado sin violencia ni cambio alguno a la introducción. De este modo, el examen de “El proceso como institución”, título con el que tropezamos tres veces (a la cabeza del artículo; como de denominador de la parte segunda, y como epígrafe del capítulo tercero de ésta), se reduce en realidad a los números 23 a 27, con poco más de cuatro páginas.

39) Tras hacer suyas las palabras de Gierke relativas a la necesaria conciliación de los intereses públicos y privados, mediante “un derecho público general en el que sople un hálito de aquella esfera de libertad que postula el jusnaturalismo, suavizado con una gota de aceite socialista”, Couture concreta su pensamiento en las líneas que a continuación reproducimos, donde se compendia su ensayo: “Institución es, pues, a nuestro modo de ver, todo fenómeno jurídico particularmente complejo que, por su posición en el sistema del derecho, hace interferir los intereses de carácter público con los de carácter privado. Si se nos reclamara que eligiéramos una, entre todas las instituciones jurídicas, que configura el caso prototípico, elegiríamos como ejemplo la familia. En ella se entrecruzan todos los caminos del derecho: el individuo, su grupo y la sociedad entera; el derecho de cada uno de los cónyuges, el derecho de los hijos y el derecho de la comunidad”.²⁵¹ Y luego, al final del trabajo, en un intento de adaptar fórmula tan sobremanera genérica al proceso, agrega: “La idea de institución, por su plasticidad, por su emplazamiento sobre la frontera de los intereses individuales y de los intereses sociales, del derecho privado y del derecho público, por su sentido de unidad lograda a pesar de la pluralidad de los elementos integrantes de un fenómeno jurídico, resulta enteramente adaptable a la particular ubicación del proceso en el cruce de los caminos del derecho público y del derecho privado. . . el proceso no es un fin sino un medio; el proceso por el proceso no existe ni se concibe. Como medio, el proceso tiene un contenido formal y, además, una dirección apuntada hacia un fin. Ese fin es la satisfacción de los intereses legítimos del individuo y el aseguramiento de las necesidades sociales. Para el individuo, el proceso es una garantía; para la sociedad, es un instrumento de producción jurídica y de incesante vivificación del derecho. . .”.²⁵² Añadamos,

la tesis de FOSCHINI sobre el proceso como entidad jurídica compleja (cfr. *infra*, núms. 44-45) no es examinada en ella.

²⁵¹ *El proceso como institución*, núm. 23.

²⁵² *Ob. cit.*, núm. 27. Acerca del proceso como garantía, véase el artículo del propio COUTURE, *Las garantías constitucionales del proceso civil* (en “Estudios de Der. Proc.

para recoger con la mayor fidelidad su parecer, que para Couture la circunstancia de que el proceso sea una institución no excluye que pueda también ser, “por ejemplo, una relación jurídica”.²⁵³

40) El ensayo de Couture ha suscitado *numerosas críticas*: Carnelli y Sentís Melendo desde la Argentina;²⁵⁴ Allorio en Italia;²⁵⁵ Morel y Solus en Francia,²⁵⁶ De Pina y nosotros desde México;²⁵⁷ y acaso algunas más, que desconozco. Esas críticas se pueden dividir en dos sectores: las de índole *política* y las de carácter *jurídico*. Las primeras tildan a esta concepción de *totalitaria*:²⁵⁸ si se refieren a la doctrina en sí, presenta tales variantes y en algunas de ellas los contornos son tan imprecisos, que no cabe medirlas todas con el mismo rasero; y si aplican el calificativo a sus propugnadores, el reproche no se tiene en pie frente a Couture²⁵⁹ ni a Giménez Fernández, hombres de bien probadas convicciones democráticas, pero sí le encaja a Rénard, que creyó encontrar en la *Carta del lavoro fascista* la más perfecta expresión institucional (cfr. *supra*,

en honor de H. Alsina”, pp. 151-213; adelantada su publicación en “La Rev. Der. Jurisp. y Admin.”, diciembre de 1945 y enero de 1946, e incluido luego en *Estudios de Der. Proc. Civ.*, tomo I —Buenos Aires, 1948—, pp. 17-95).

²⁵³ *El proceso como institución*, núm. 3.

²⁵⁴ CARNELLI, *El juez como objeto del derecho*, en “La Ley”, de 24-XII-1948 (cit. por COUTURE, obra comentada, nota 50); SENTÍS MELENDO, Reseña bibliográfica de la *Introducción al estudio del proceso civil*, de COUTURE, en “Rev. Der. Proc.”, argentina, 1950, II, pp. 97-103 (especialmente pp. 100-2).

²⁵⁵ *Le idee direttrici del processo nella sintesi di uno scrittore sud-americano* (en “Jus.”, marzo de 1951, pp. 122-8), núm. 8.

²⁵⁶ Ambos con ocasión del debate que se reproduce al final de la edición castellana de la *Introducción* (véase *supra*, nota 249); MOREL, pp. 87-90, y SOLUS, pp. 90-92; réplica de COUTURE, pp. 92 y ss. Participaron, además, en la discusión, pero sin referirse a la tesis institucionalista, FRÉMICOULT, presidente de la Corte de Casación francesa, y los profesores españoles XIRAU y CUEVAS.

²⁵⁷ DE PINA, *El proceso como institución*, pp. 193 y 202-3, aunque en el conjunto del estudio se refiere más a las posiciones de GIMÉNEZ FERNÁNDEZ y de GUASP que a la de COUTURE; nosotros, reseña citada en la nota 206, pp. 455-7.

²⁵⁸ Así M. SATANOWSKY, *La libertad y la autoridad como fundamento del derecho privado* (Buenos Aires, 1947) e I. SATANOWSKY, *¿Puede una persona de existencia ideal ser autora de una obra cinematográfica?* (en “Jur. Arg.”, de 22-I-1949), citados por COUTURE en la nota 52 de su trabajo; y con referencia específica a la institución en el campo del proceso, DE PINA, *ob cit.*, pp. 196-201.

²⁵⁹ “Uno de los grandes dramas del nacionalsocialismo fue el de haber creado toda una doctrina autoritaria del derecho y haber hecho del juez el “Führer” del proceso. Y lo menos que dijo la experiencia jurídica fue que esa concepción era trágica. No ya porque el sistema pudiera ser manejado por los hombres, sino porque los hombres eran manejados por el sistema”: *Introducción al est. proc. civ.*, p. 76. Bastarían las líneas transcritas para disipar cualquier duda, si la ejemplar línea de conducta de COUTURE a lo largo de años y más años no lo pusiese por completo a cubierto de toda sospecha de veleidatotalitaria.

núm. 32), como también a Guasp, dada su ideología y el puesto que con el falangismo desempeña. En otra dirección, tampoco puede ligarse indisolublemente la idea de institución con la de derecho na ural y más en concreto con la de filiación tomista, según el propio Couture se ha cuidado de aclarar.²⁶⁰ Debemos, pues, situar la crítica de su trabajo en el plano estrictamente jurídico, mas no sin antes refutar algunas apreciaciones a nuestro entender imprecisas de la introducción. La primera, antes rectificada (cfr. *supra*, núm. 32), estriba en sostener que la idea del proceso como institución “se halla ya con plena madurez en el pensamiento de Wach”,²⁶¹ la segunda se localiza en esa nota 3 que hizo pensar a Guasp (cfr. *supra*, núm. 34) poco menos que en un alud de adhesiones a su punto de vista, cuando según puntualizamos por vía de nota, la realidad es muy diferente,²⁶² y la tercera consiste en presentar las obras de Binder y de Cardozo como exposiciones fundamentales acerca de la naturaleza del proceso,

²⁶⁰ *El proceso como institución*, núm. 25, en relación con CARNELLI, artículo citado, *supra*, nota 254. Sin embargo, el mismo COUTURE, al acoger las palabras de GIERKE que hemos transcrito al comienzo del núm. 39, da a entender lo contrario.

²⁶¹ Véase *supra*, notas 205-6, así como DE PINA, *ob. cit.*, p. 193.

²⁶² Prescindiendo del propio COUTURE y de GUASP, la posición de los demás autores citados por aquél en la nota 3 como adeptos o simpatizantes de la teoría institucionalista es la siguiente: FENECH la menciona pero sin acogerla (cfr. su cit. *Curso elemental*, tomo I, p. 12); PARDO ASPE, que no ha sido nunca procesalista, sino penalista, le dedica un epígrafe (que dice exactamente: “17. El proceso penal: Relación (?), Situación (?), Institución”) en el Programa de un cursillo de seis lecciones sobre *Caracteres de la infracción penal* (cfr. “Rev. Esc. Nac. Jurisp.”, núm. 29, p. 285), inédito hasta la fecha; GARCÍA ROJAS tampoco ha desenvuelto la tesis en ninguna obra impresa (puesto que no lo han sido sus explicaciones de cátedra de hace varios años), y la referencia que a él hace COUTURE se reduce a las líneas que entre paréntesis copiamos, pertenecientes a las palabras con que nos presentó en la Facultad de Derecho de México (“Hemos obtenido ya, como resultado de nuestra investigación, que el proceso no lo podremos explicar nunca por la relación jurídica, no lo podemos explicar tampoco por la situación, y hemos llegado nosotros a explicarlo por una categoría descubierta por un jurista francés, HAURIUO: la institución que, aunque fue desfigurada por sus discípulos, todavía puede ser aprovechada”: rev. cit., núm. 30, p. 515); según hemos señalado tanto SENTÍS (reseña cit., p. 101) como nosotros (coment. cit., p. 456), no es posible afirmar que la tesis “no aparece totalmente desechada por DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA”: en la 1ª ed. de sus *Instituciones*, que es la mencionada por COUTURE, consignan una sucinta referencia y le formularan reservas (cfr. pp. 161-2), y en la 2ª, la exponen con mayor amplitud y la rechazan en forma categórica (cfr. pp. 180-2), del mismo modo que DE PINA sólo en su artículo sobre el tema; en cuanto a SCHÖNKE, ni en el artículo suyo que invoca COUTURE, donde se vale del vocablo “institución” en términos similares a WACH (cfr. *supra*, notas 205-6), ni mucho menos en su *Lehrbuch*, donde permanece fiel a la relación jurídica (cfr. 7ª ed., pp. 6-11; véase *infra*, nota 297), puede ser presentado como partidario de la teoría institucionalista; sí, en cambio, MENÉNDEZ PIDAL (cfr. *supra*, notas 209 y 224, y la nota bibliográfica de GUASP a su citado libro, en “Rev. Der. Proc”, española, 1947, pp. 354-6) y acaso también ARAGONESES (véase nota 209), entre los no recordados por COUTURE.

cuando, pese a sus títulos, ciertamente engañosos, poca o ninguna relación guardan con tal materia.²⁶³

41) ¿Qué objeciones de fondo se pueden oponer a Couture? Expondremos primero las ajenas y después las propias, en cuanto no hayan sido recogidas en los números y notas que preceden. En Francia, la patria de la teoría institucionalista, tanto Morel como Solus criticaron su trasplante al proceso, en el debate a que dio lugar el ciclo de conferencias desenvuelto por Couture en la Facultad de Derecho de París (cfr. *supra*, nota 249). Después de recordar que “por lo menos en la concepción de los juristas franceses, la idea de institución supone algo de permanente, algo así como un estatuto”, y que en Francia el objeto del proceso pertenece a los litigantes, Morel reconoce que éstos obedecen en amplia medida a reglas estatutarias; pero como Couture examina la cuestión desde el punto de vista del juez, se pregunta si puede ser una institución el proceso, en la medida en que permite al juzgador ejercer la función creadora mediante la jurisprudencia, y responde que, de serlo sería “una máquina que funciona moliendo el grano, pero dejando de lado mucho desperdicio”, dadas las divergencias que en la jurisprudencia se advierten y los tanteos que preceden a su establecimiento.²⁶⁴ Solus, por su parte, además de mostrar, como también Morel, su adhesión a la doctrina de la relación jurídica, excluidas por ambos las dos tradicionales privatistas, duda que sea necesario hablar de institución para referirse a dicho vínculo legal: “¿Cuando se habla de institución no se quiere decir que se está en presencia de un conjunto de reglas legales? Si es así, todo resulta ser institución. La inamovilidad de los jueces es una institución; la ejecución provisoria es una institución. Siendo así, todo se puede definir como ‘instituciones procesales’ y es así como se les llama habitualmente”. Pero como los vínculos jurídicos determinantes del proceso (sustitución de la venganza privada por la acción; defensa del demandado para no ser declarado en rebeldía; obligación judicial de pronunciar sentencia) surgen de prescripciones legales, ¿a qué añadir entonces el concepto de institución?²⁶⁵ A su vez, Sentís entiende que aun utilizando como concepto de institución el admirablemente claro del *Vocabulario* de Capitán y no el *brumoso* de Rénard, no sirve “verdaderamente para convencernos de que el proceso es una institución o, por lo menos, para convencernos de que el calificarlo como tal tiene alguna utilidad jurídica”, y que tampoco

²⁶³ El contenido del libro de BINDER se refleja mejor que en el título (*Prozess und Recht*, Leipzig, 1927), en el subtítulo (*Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*), y se divide en una introducción y dos capítulos, el primero sobre la *actio* en el derecho romano y el segundo sobre tutela jurídica y derecho. Acerca de su significado, véase lo que decimos en *Enseñanzas acerca de la acción*, nota 67. En cuanto a la obra de CARDOZO, nos remitimos a lo dicho en los núms. 10 y 11 de este ensayo.

²⁶⁴ Cfr. en la *Introd. al est. proc. civ.*, de COUTURE las pp. 88-90.

²⁶⁵ Cfr. en la obra citada en la nota anterior, las pp. 90-1.

se consigue ese resultado si, en lugar de los autores franceses, se acude a Santi Romano.²⁶⁶ En Italia, Allorio, tras acoger las observaciones de Solus, afirma por su cuenta que donde no exista un sistema distinto y especial de fuentes, no puede verse una institución en sentido técnico (ordenamiento jurídico) y que, por tanto, sólo cuando sea el juzgador mismo quien establezca las propias reglas procesales, como sucede con algunas autoridades judiciales anglosajonas, podrá reconocerse en el proceso una institución; pero no en los países en que las fuentes del derecho procesal son únicamente aquellas de que emana la formación de todo el derecho del Estado.²⁶⁷ En cuanto a De Pina, considera que “fundada la existencia de la institución en la existencia previa de la relación —si no hay relación jurídica, no hay institución jurídica—, ¿por qué derivar del concepto secundario la naturaleza del proceso, prescindiendo del concepto primario y esencial, que es el de relación jurídica?”; e insistiendo agrega: “Prácticamente, sostener que el proceso es una institución, sin perjuicio de que “pueda ser, por ejemplo, una relación”, no sólo no contribuye a esclarecer la naturaleza del proceso, sino que conduce a abrir de nuevo un debate que parecía definitivamente clausurado con una conclusión —la que admite que es una relación jurídica— que ha podido considerarse casi unánimemente compartida por los procesalistas contemporáneos”.²⁶⁸

42) A las críticas anteriores sumaremos la nuestra. Ante todo, “la noción de institución que Couture establece (cfr. *supra*, núm. 39) es de tal amplitud, que no puede servir para una caracterización *específica* del proceso y sí solo para una delimitación *genérica* de aquélla: sería algo así como si pretendiésemos marcar diferencias raciales a base de la idea de humanidad”. En efecto, “únicamente utilizando con exceso o dando a *institución* unos límites desmesurados, cabe abarcar dentro de una misma categoría el proceso y la familia —nada digamos del campanario de la aldea, que Rénard llega a incluir en su lista—²⁶⁹ y, por añadidura, intentar a base de dicho concepto la caracterización del primero”.²⁷⁰ Además, desde el momento en que la institución aparece como una encrucijada

²⁶⁶ Cfr. SENTÍS, reseña citada en la nota 254, p. 101. La definición de CAPITANT a que se refiere, dice así: “Conjunto de reglas establecidas, sea el legislador, sea por los particulares, en vista de la satisfacción de intereses colectivos o privados” (reproducida por COUTURE en *Introd.*, p. 97). SANTI ROMANO, a su vez, habla de “todo ente o cuerpo social” (cfr. *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917; 2ª ed., 1949; § 12, p. 22). No hemos podido consultar la postrera edición de esta obra (Firenze, 1952), que vemos citada por SCARANGELLA en *Le libertà private in un sistema di “sovranità associata”* (en “*Jus Gentium*”, vol. II, núms. 5-6).

²⁶⁷ Cfr. *Le idee direttrici*, núm. 8, pp. 127.

²⁶⁸ DR PINA, *El proceso como institución*, pp. 202-3.

²⁶⁹ Cfr. *La théorie de l'institution*, p. 115 (citado por COUTURE, obra comentada, nota 41).

²⁷⁰ Cfr. nuestra reseña citada en la nota 206, pp. 4, 56 y nota 8.

en que confluyen intereses públicos y privados, “sólo con grandes reservas podría aplicarse a los procesos distintos del civil (penal, administrativo o constitucional), en que el objeto es predominante y aun exclusivamente público”:²⁷¹ que a Couture, cultivador estricto del enjuiciamiento civil, le haya pasado inadvertida esta consecuencia, no debe sorprendernos, pero sí que en ella no haya caído Guasp, partidario resuelto de la unidad del derecho procesal.²⁷² No deja tampoco de ser significativo que ningún procesalista francés se haya acordado de esta doctrina, tan francesa, para remozar su viejo y entumecido procedimentalismo y que, en cambio, en el mencionado debate parisiense, Morel y Solus, pese al patriotismo y aun patrioterismo científico de los juristas galos, permaneciesen fieles a teoría tan genuinamente alemana, como la de la relación jurídica.²⁷³ Anotemos también el hecho de que al recopilar Couture sus ensayos en tres volúmenes, no haya incluido en ninguno de ellos el trabajo que comentamos, pese al interés despertado por el mismo: síntoma elocuente, o de abandono de la idea, como años antes hizo con la del proceso sin litigio,²⁷⁴ o, por lo menos, de la necesidad de reelaborar a fondo el estudio, para desvanecer recelos y destruir objeciones. Finalmente, el fundamental reproche lanzado por Goldschmidt contra la relación jurídica procesal, o sea la tan diversa manera de ser entendida por los tratadistas,²⁷⁵ podría ser dirigido asimismo a la concepción institucionalista del proceso: de no pasar a mejor vida, como parece lo más probable, cada cual la va a interpretar a su modo. Es más: mientras los partidarios de la relación jurídica, si bien suelen discrepar en cuanto a la forma como se manifiesta en el proceso, están acordes acerca de su significado intrínseco, meramente *importado* por los procesalistas, no puede decirse otro tanto de los que sustentan la tesis de la institución, y basta recorrer los números 33, 35 y 39 de nuestro artículo para adver-

²⁷¹ Nota 8 antes citada. Pensemos, en efecto, en una causa penal por delito de un funcionario en el desempeño de su cargo; o en un proceso administrativo entre un municipio y la administración central; o en un “recurso” de inconstitucionalidad que se desenvuelva entre el ministerio público y el defensor de la constitucionalidad designado por el Parlamento (cfr. arts. 123 Constitución española de 1931 y 27 y 34 de la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales, de 14-VII-1933): salvo el interés particular del acusado en cuanto a su defensa, en la primera de las tres hipótesis, ¿dónde está en ellas el interés privado como materia del proceso? E inclusive en el ámbito del proceso civil, en el de carácter inquisitorio está en juego algo más que el mero interés privado de los litigantes (cfr. CALAMANDREI, *Linee, fondamentali*, núm. 5).

²⁷² Cfr. *supra*, nota 247, e *infra*, nota 310.

²⁷³ En manera alguna italiana, como con ligereza se ha afirmado en ocasiones: véanse nuestras rectificaciones al efecto, en *Derecho proc. pen.*, tomo II, pp. 109-11; *Proceso, autocomposición*, núm. 72; *En legítima defensa (Acercas de un comentario bibliográfico)* —en “Rev. Fac. Der. y Cien. Soc.”,— Buenos Aires, 1947, núm. 6, y *Evolución de la doctrina procesal*, núm. 21.

²⁷⁴ Cfr. *supra*, nota 81.

²⁷⁵ Cfr. *supra*, nota 69.

tir las divergencias *esenciales* que separan a Giménez Fernández, a Guasp y a Couture ²⁷⁶

43) *k) El proceso como reproducción jurídica de una interferencia real (Lois Estévez).*—En un volumen que pretende ser “ensayo de una teoría general del proceso”, aun cuando en él sobren y falten temas en la lista de los llamados a integrarlo,²⁷⁷ Lois Estévez nos dice que “el proceso, como un drama histórico, es en esencia la *reproducción jurídica de una interferencia real*” y, ampliando esa noción, lo define poco después como “*serie compleja de actos superpuestos destinados a la reproducción jurídica de una interferencia para su discriminación legal*”.²⁷⁸ Admitamos que el proceso sea “serie compleja de actos”, aunque esa presentación, en que “actos” podría ser sustituido por “actuaciones”,²⁷⁹ involucre en cierto sentido su concepto y el de procedimiento²⁸⁰ y aunque en esquema, y a veces en la práctica, la serie y la complejidad puedan reducirse a su mínima expresión,²⁸¹ reemplacemos la idea (física) de *superposición*, que no se compagina con la de serie ni con la marcha del proceso, por la de *sucesión* (cronológica), y tratemos de dilucidar el resto de la nada clara definición de Lois. Para ello, empezaremos por transcribir su noción de *interferencia*, para después exponer qué entiende por *reproducción jurídica* y por *discriminación legal*. Según él, la interferencia es “la incompatibilidad jurídica de que subsistan simultáneamente una pretensión y un estado de hecho protegido por la ley”.²⁸² Ahora bien: salvo el singular modo de definirla, la tal interferencia no es, a fin de cuentas,

²⁷⁶ A ellos podemos añadir el *Ensayo sobre el proceso*, del Lic. Humberto BRISEÑO SIERRA, tesis doctoral todavía inédita (razón por la cual no la examinamos aquí), en la que con amplitud se sustenta la tesis del proceso como institución, pero conforme a derrotero por completo distinto del de los tres autores nombrados.

²⁷⁷ *Proceso y forma (Ensayo de una teoría general del proceso)* (Santiago de Compostela, 1947): véanse especialmente las pp. 52, 74, 78, 90-2, 99, 111-2 y 117. Cotéjese su relación de temas con la que por nuestra parte proponemos en *Trayectoria y contenido de una teoría general del proceso* (en “Jus.”, México, marzo de 1950, y en “Rev. Univ. Costa Rica”, octubre de 1951): ahora, *infra*, *Estudio Número 10*.

²⁷⁸ *Proceso y forma*, pp. 91 y 92, respectivamente.

²⁷⁹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Aciertos terminológicos*, núm. 12.

²⁸⁰ Para la distinción conceptual, véase *Proceso, autocomposición*, núms. 64-8 y 77. En este sentido, la tesis de Lois parece coincidir con la de BALLBÉ (cfr. *supra*, nota 12), y ambas, con la más antigua de NICOLINI y PESSINA (cfr. *infra*, núm. 44).

²⁸¹ Sin necesidad de pensar en formas ultraexpedidas de justicia penal de corte auto-defensivo (cfr. nuestro *Juicio penal truncado*, núm. 61) o procesal (juicio sumarísimo militar), recordemos el caso de que conformes las partes en cuanto a los hechos, la discusión se circunscriba al derecho (cfr. arts. 691 l. enjto. civ. española y 276 cód. proc. civ. Distrito), o el de que la única excepción opuesta sea la de cosa juzgada (cfr. arts. 544 ley esp. y 261 cód. Dist.) y que en ambas hipótesis no se emprenda la vía impugnativa ni haya lugar a ejecución o ésta la realice voluntariamente el obligado (cfr. art. 506 cód. mex. Dist.).

²⁸² *Proceso y forma*, p. 52.

sino el *litigio* según lo entiende Carnelutti,²⁸³ ya que la otra posible desembocadura —a saber: la de que represente la *pretensión* tal como la concibe Guasp (cfr. *supra*, núm. 37)— hay que descartarla, ante las divergencias que acerca de dicha idea se advierten entre este último y Lois.²⁸⁴ Además, debido a la presunción (*iuris tantum*) de buena fe o de inocencia que, como regla,²⁸⁵ protege a la parte atacada a lo largo del proceso, mientras no se defina éste *subsistirán simultáneamente* la pretensión (fundada o no) y el estado de hecho contrario a ella. Las otras dos ideas se encuentran en Lois estrechamente ligadas con la gestación de la sentencia, de cuyas tres partes, la primera tendría “por objeto la determinación oficial de la interferencia” (léase, en términos más generalizados y sencillos, la fijación de los hechos); la segunda, no sería “más que la comparación entre la interferencia individualizada y el sistema de normas, hasta encontrar una coincidencia lógica entre la interferencia y la *hipótesis legal*”, momento en el cual, “la reproducción de la interferencia se hace y adquiere la suprema juridicidad: se ha encontrado el negativo de la reproducción fotográfica” (en forma más breve, comprensible y exacta, Lois podría haber hablado de *subsunición*; además, en el proceso *no se reproduce*, sino que *se evoca* la interferencia —lo más a que en él se llega es a la reconstitución de ciertos hechos con fines probatorios—, y no siempre la “comparación” se efectúa con una “*hipótesis legal*”, sino que puede sustituirla un *principio de equidad*);²⁸⁶ y la tercera, sería “tan sólo formulista” y se reduciría a transcribir “la tesis de la disposición”, de donde se deduciría que el fallo no debe ir inserto “como elemento integrante al estudiar la naturaleza jurídica del proceso”²⁸⁷ (extraño criterio el de quien considera extremo formulista la parte dispositiva de la sentencia —de tan excepcional importancia a efectos, por ejemplo, de casación—²⁸⁸ y en aras de ese formulismo no vacila en decapitar la sentencia, dejando a un lado su cuerpo y al otro su cabeza). A las anteriores acotaciones, reveladoras de la inconsistencia de

²⁸³ Véase *supra*, núm. 13, texto que precede a la nota 77. Lois reemplaza, con notoria desventaja, “resistencia” por “estado de hecho protegido por la ley”, con olvido de que la tutela jurídica no corresponde *a priori* a una de las posiciones litigantes, sino a cualquiera de ellas, es decir, a la que tenga razón, y de que en la realidad forense la pretensión del actor prevalece más veces que la resistencia del demandado. También GUASP sostuvo que la tesis de LOIS es en el fondo la de CARNELUTTI, aunque expresada con terminología de COSSIO: cfr. reseña de *Proceso y forma*, en “Rev. Der. Proc.” española, 1949, p. 190.

²⁸⁴ Cfr. GUASP, *La pretensión*, nota 4, y LOIS ESTÉVEZ, *La teoría del objeto del proceso* (en “Anuario de Derecho Civil”, tomo II, fasc. II, abril-junio de 1949, pp. 606-27), pp. 611 y 615.

²⁸⁵ Es decir, frente a la de culpabilidad que, por el contrario, inspira la mecánica de ciertos juicios (como el ejecutivo o el monitorio) o fases procesales (cual la de embargo), en que el contradictorio se pospone: cfr. *Proceso, autocomposición*, número 82.

²⁸⁶ Determinante de un proceso dispositivo: véase *supra*, nota 33.

²⁸⁷ *Proceso y forma*, p. 92.

²⁸⁸ Véase el art. 1691, núm. 1º, l. enjto. civ. española.

semejante teoría para explicar la naturaleza del proceso, todavía añadiremos que la tesis de Lois resulta insuficiente para abarcar la ejecución procesal, puesto que se detiene en la sentencia, y que habría sido preferible llamar *definición*²⁸⁹ *jurisdiccional* a la que él denomina “discriminación legal”, tanto para prever la hipótesis ya citada del proceso dispositivo (cfr. nota 286), como la muy frecuente en la práctica, de una defectuosa subsunción por parte del juzgador. Todo ello, con independencia del lenguaje innecesariamente abstruso de que se ha valido el autor.

44) l) *El proceso como entidad jurídica compleja (Foschini)*.—En 1948, Gaetano Foschini, profesor encargado en la Universidad de Camerino, publicó un artículo de media docena de páginas sobre el ingente tema de la naturaleza del proceso.²⁹⁰ En su opinión, el proceso se presenta como la *combinación* de una *pluralidad* (actos, relaciones y situaciones) y de una *unidad* (coordinación de dichos elementos), determinante de una *entidad jurídica compleja*. A su vez, en atención a sus elementos, el proceso puede ser contemplado desde un triple punto de vista: a) *abstracto* (normativo), o sea como *relación jurídica compleja*; b) *concreto* (estático), es decir, como *situación jurídica compleja*, y c) también *concreto pero dinámico*, a saber: como *acto jurídico complejo*. En realidad, Foschini asocia y mezcla: a) la vieja concepción (Nicolini, Pessina) del proceso como conjunto de actos; b) la doctrina de la relación jurídica procesal, y c) la teoría del proceso como situación de derecho. En esa combinación, el acto equivaldría al *devenir* (*werden*), la situación al *ser* (*sein*) y la relación al *deber* (*sollen*).²⁹¹

45) Como dice Couture, “la calificación de un instituto como entidad compleja no es, virtualmente, una calificación”, sino tan sólo “un punto de

²⁸⁹ De donde, según MANZINI, vendría la denominación sentencia *definitiva*, por ser la que *define* el juicio en el grado en que es dictada (cfr. *Trattato*, vol. IV, núm. 455). Sin embargo, ni en italiano ni en castellano cabe equiparar dos calificativos tan distintos, como *definitivo* y *definidor*, y de ahí que reputemos errónea la citada denominación (cfr. nuestros *Estudios Der. Proc.*, pp. 47-8; *Derecho procesal criminal*, Madrid, 1935, p. 147, y *Der. proc. pen.*, III, p. 265, nota 33).

²⁹⁰ *Natura giuridica del processo*, en “Riv. Dir. Proc.”, 1948, I, pp. 110-5. Complemento o prolongación del mismo son otros dos trabajos del autor, ambos en la rev. cit.: *La complessione del processo*, 1949, I, pp. 15-30, y *Discernimento del processo*, 1951, I, pp. 129-41, donde lo somete a una doble interpretación; *cuantitativa* (complejidad y conexión) y *cualitativa* (perspectividad), dividida en *estática* (el proceso como situación y, por tanto, como construcción jurídica), *dinámica* (el proceso como relación y, por tanto, como ordenamiento jurídico) y *cinemática* (el proceso como acto y, por tanto, como procedimiento jurídico). Pero ni la situación jurídica es estática, sino dinámica (cfr. *infra*, nota 298), ni la relación se puede identificar con el ordenamiento ni el acto con el procedimiento.

²⁹¹ Cfr. *Natura giuridica*, pp. 110-2 y 115.

partida”.²⁹² A ese fundamental reproche añadiremos otros por nuestra cuenta. Más preocupado por el dibujo que por la pintura, Foschini ha sacrificado la realidad a la simetría; *tres* elementos, *tres* enfoques y *tres* equivalencias. Por otra parte, el autor rara vez se ha cuidado de respaldar sus proposiciones con sus demostraciones, o, en términos más procesales, a la carga de la afirmación no suele acompañar la carga de la prueba. En un orden más concreto señalaremos: a) que el *conjunto de actos* no es propiamente el proceso, sino el procedimiento;²⁹³ b) que conjunto de actos se produce también, fuera del área procesal, en cualquier otro campo de actividad jurídica;²⁹⁴ c) que habría sido preferible hablar de *actividad* y no de *actos*, con objeto de abarcar tanto las actuaciones en estricto sentido como el procedimiento;²⁹⁵ d) que si bien en castellano no es posible llevar a cabo la fusión de *hecho* y *acto* mediante el simple juego de un paréntesis, como hace Foschini en italiano —(*f*) *atto*—, trátase de conceptos distintos, no refundibles ni intercambiables; e) que la doctrina de la relación jurídica procesal tiene numerosas variantes, de muy distinto alcance (cfr. *supra*, nota 69), y Foschini no se ha preocupado de indicar por cuál de ellas se inclina, y f) que la posibilidad de combinar las doctrinas de la relación y de la situación jurídicas ha sido expresa y enérgicamente rechazada por Goldschmidt,²⁹⁶ y si bien ello no impide que se acometa la empresa,²⁹⁷ no cabe, en cambio,

²⁹² Cfr. *El proceso como institución*, núm. 15.

²⁹³ Cfr., por ejemplo CHIOVENDA, *Principii*, pp. 94-5 y 662-3; CARNELUTTI, *Sistema*, núms. 392 y 613-4; ALCALÁ-ZAMORA, *Adición al núm. 428 del Sistema de Carnelutti, Derecho proc. pen.*, tomo II, pp. 137-9, y *Proceso, autocomposición*, núms. 67 y 77.

²⁹⁴ De ahí que con toda corrección quepa hablar de procedimiento administrativo, legislativo, notarial, registral, bancario, de jurisdicción voluntaria, etc.

²⁹⁵ Cfr., v. gr., CHIOVENDA, *Principii*, pp. 662, 723, 747 y 766; ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho proc. pen.*, tomo II, cap. XII, y ss., y *Programa Estudios Sups. Der. Proc.* [en “Rev. Esc. Nal. Jurisp.”, número 46, abril-junio de 1950, pp. 253-64], cap. IX, pp. 261-2.

²⁹⁶ Véase *supra*, nota 196.

²⁹⁷ Esa tendencia se advierte, ante todo, en escritores de lengua castellana, como ALSINA, cuando tras adoptar la teoría de la relación jurídica, incorpora a ella elemento tan extraño a la misma y tan característico, en cambio, de la doctrina rival, como el de carga (cfr. *Tratado*, vol. I, pp. 245 y 269); como PODETTI, cuando estima que los nexos procesales revisten las formas de *cargas*, *expectativas* y *posibilidades* (categorías tomadas, evidentemente, de GOLDSCHMIDT), de *ligámenes* (como diría KISCH: cfr. *supra*, núm. 5) y de *derechos* y aun *obligaciones* (que responderían a la idea de relación jurídica) —véase *supra*, núm. 30—; como COUTURE, cuando habla de que los conceptos de relación y de situación no resultan forzosamente antitéticos, o cuando se refiere a “la adopción unánime en el léxico procesal moderno del concepto de cargas procesales”, o cuando tras haberse inclinado a la tesis de la relación jurídica, atribuye la obtención del impulso procesal a “una serie de situaciones jurídicas” (cfr. *Fundamentos*, 1ª ed., pp. 68-9, 72 y 81; pero téngase en cuenta la posterior evolución de su pensamiento en cuanto a la naturaleza del proceso: cfr. *supra*, núms. 38-42); como DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, cuando afirman que “las ideas de relación jurídica y situación jurídica... no se excluyen”, sino que dado el carácter dinámico del proceso, en él existen “situaciones va-

presentar la segunda como elemento *estático*, cuando tiene carácter esencialmente *dinámico*.²⁹⁸

46) m) *El proceso como juego (Calamandrei)*.—Vaya por delante la aclaración de que en el estudio que lleva tal título,²⁹⁹ Calamandrei no ha pretendido, ni por un momento, formular una nueva concepción acerca de la naturaleza *jurídica* del proceso. Al contrario: de manera categórica reafirma en él su fe en “la exactitud de la teoría de la relación jurídica”; y si alguna novedad se advierte en su pensamiento a ese respecto, se reduce a mostrar un ánimo mejor dispuesto que antaño frente a la doctrina rival germánica, la de Goldschmidt, cuyo sentido individualista y liberal se subraya ahora.³⁰⁰ Pero si en contraste

rias y distintas, que se suceden hasta el fin”, las cuales “suponen necesariamente la existencia de la relación jurídica procesal, que tampoco es única... sino plural” (*Instituciones*, 2ª ed., p. 180); o como nosotros, cuando después de recoger las citadas opiniones de ALSINA, COUTURE y PODETTI, así como la repulsa de GOLDSCHMIDT frente a las tentativas de KOHLER y de ROSENBERG para combinar ambas teorías (véase *supra*, nota 196), sostenemos que mediante el aprovechamiento de *elementos* de una y otra doctrina, acaso se llegue a la explicación satisfactoria, ya que tal vez nos hallemos ante una tesis (relación jurídica) y una antítesis (situación jurídica), que aguarden la integración superadora de una síntesis (cfr. *Ensayos*, pp. 662-3; *Derecho proc. pen.*, tomo II, pp. 127-8, y *Proceso, autocomposición*, núm. 74); véase también la posición de PRIETO CASTRO (*supra*, nota 9). En otras literaturas procesales, ya dijimos que ROSENBERG y, en cierto modo, BETTI, GUARNERI y SCHÖNKE acogen la clasificación goldschmidtiana de los actos de parte (cfr. *supra*, nota 7). Añadiremos: a) que para CARNELUTTI, la situación jurídica es elemento de la relación, que se compondría de dos situaciones combinadas (cfr. *Sistema*, núm. 11, e *Istituzioni*, 3ª ed., núm. 187), aun cuando su noción de situación jurídica no concuerda con la del procesalista alemán (cfr. la nota 14 de nuestra bibliografía del autor, en el tomo I, p. XVII de la trad. del *Sistema*); b) que para SCHÖNKE, si bien no es posible reemplazar la relación jurídica procesal por el concepto de situación jurídica, sí cabe designar como situaciones jurídicas los diferentes estadios que componen aquélla (cfr. *Lehrbuch*, 7ª ed., p. 7); c) que para LIEBMAN, aun “determinada la necesidad de mantener firme el concepto de relación procesal, queda todavía por aclarar cómo se debe entender esa relación, y a tal respecto son en gran parte exactas las objeciones de GOLDSCHMIDT, de CARNELUTTI y de otros al modo de entenderlo de BÜLOW y de sus secuaces” (*ob. cit.* en la nota 4, p. 69). Véase además, *infra*, nota 300.

²⁹⁸ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Prozess als Rechtslage*, p. V, 227-8, 246, 252, 255, 268, 280, entre otras; *Teoría del proceso*, pp. 43, 55-8, 61; véase también GELSI BIDART, *ob. cit.* en la nota 317, pp. 293-4.

²⁹⁹ *Il processo come giuoco*, en “Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti”, vol. II, Padova, 1950, pp. 485-511 (anticipada su publicación en “Riv. Dir. Proc.”, 1950, I, pp. 23-51). Véase también la réplica de CARNELUTTI, *Giuoco e processo* (en rev. cit., 1951, I, pp. 101-11).

³⁰⁰ Cfr. *Il processo come giuoco*, núm. 2, en contraste con la reseña *Il processo come situazione giuridica*, que en 1926 consagró a la obra maestra de GOLDSCHMIDT (en “Riv. Dir. Proc. Civ.”, I, pp. 216-26). Véase también el artículo de CALAMANDREI en memoria del profesor alemán, que mencionamos en la nota 4. La aproximación de CA-

con las posiciones a que acabamos de pasar revista, en ésta no se intenta ninguna nueva explicación *jurídica* del fenómeno procesal, ella brinda, en cambio, una visión profundamente *realista* del mismo, con frecuencia olvidada en las exposiciones científicas. La larga experiencia forense del autor le ha permitido poner sobre el tapete las maniobras a que se presta y los peligros que encierra el proceso, de no tenerse en cuenta el influjo que sobre su destino ejercen factores de índole no jurídica (psicológicos, económicos, sociales).³⁰¹ De ahí que, superada la fase del duelo judicial, en que el juzgador era tan sólo un juez de campo, el proceso se haya convertido, especialmente por efecto del principio de *dialecticidad*, en un “juego sutil de ingeniosos razonamientos” y en “una serie de actos que se entrecruzan y se corresponden como los movimientos de un juego: preguntas y respuestas, réplicas y contraréplicas, acciones que dan lugar a reacciones, suscitadoras, a su vez, de contrarreacciones”.³⁰² Frente a la contemplación teórica de la naturaleza del proceso, objeto de los precedentes epígrafes, el trabajo de Calamandrei significa un enfoque no tanto práctico como táctico³⁰³ acerca de su mejor conducción en concreto.

47) n) *Referencia a otras posiciones.*—Prescindiendo de las concepciones que lejos de fijarse en la *naturaleza* del proceso, atienden a la determinación de su *finalidad*,³⁰⁴ mencionaremos todavía, con brevedad, algunas otras de las que se han preocupado de aquel extremo. En Francia, Zarzycki, en un volumen que pone de manifiesto el increíble estancamiento de su literatura procesal.³⁰⁵ presenta la *instancia* como un *estado de derecho*, que une a las partes en el proceso

LAMANDREI a GOLDSCHMIDT fue ya incidentalmente señalada por LIEBMAN en su artículo *Norme processuali nel codice civile* (en “Riv. Dir. Proc.”, 1948, I, pp. 154-72), pp. 159-60.

³⁰¹ Véanse los trabajos de KISCH y nuestros citados en la nota 68.

³⁰² *Il processo come giuoco*, núm. 2. Aclaremos que el autor, en el pasaje transcrito, habla de *domande*, vocablo que lo mismo puede significar *demandas* que *preguntas*; pero al ir seguido de “*risposte*”, hemos creído que la traducción a utilizar era en este caso la segunda. Al principio de “*dialecticidad*” dedicó el autor la quinta conferencia de su cursillo *Proceso civil y democracia*, dado en México en febrero de 1952 y próximo a publicarse.

³⁰³ Véase, últimamente, en la literatura inglesa, MUNKMAN, *The technique of advocacy* (London, 1951), pp. 12 y 167-72, así como nuestra reseña de dicho libro, en “Rev. Fac. Der. Méx.”, núm. 6, abril-junio de 1952, pp. 160-2.

³⁰⁴ Como últimamente SCHÖNKE, en los trabajos citados en la nota 205, y que ALLORIO tiene el propósito de examinar a fondo, pero sin que al redactar estas líneas hayamos recibido todavía su crítica al efecto. Por otra parte, aun cuando no pasen de sentar afirmaciones episódicas, ténganse asimismo en cuenta los puntos de vista que acerca de la naturaleza del proceso consignan OSSORIO GALLARDO, PRIETO CASTRO y BALLBÉ (cfr. *supra*, notas 5, 8 y 12).

³⁰⁵ *De la demande en justice*, París, 1937. Como muestras de la impreparación del autor, mencionaremos tan sólo dos, entre las muchas que podrían traerse a colación; en la p. 43 se acoge como definición de la acción una que se atribuye a AUBRY et RAU

y liga al tribunal. Semejante idea no ha sido desenvuelta en la obra, y el autor ignora en absoluto la doctrina procesal alemana; pero por lo expuesto y por una episódica cita de Chioyenda, la instancia (que no es ni un contrato ni un cuasicontrato, sino un acto unilateral creado por la sola voluntad del actor) ³⁰⁶ y, correlativamente, el estado de derecho en que se traduciría, caen a todas luces bajo el signo de la relación jurídica y, en este sentido, Zarzycki marcharía por el mismo camino que poco después Machado Guimarães, aunque éste con mucha mayor penetración y dominio del tema (cfr. *supra*, núm. 26).

48) En España, Gómez Orbaneja, si bien acepta como teoría explicativa del proceso la de la relación jurídica,³⁰⁷ entiende que entre los procesos civil y criminal existe una diferencia profunda,³⁰⁸ a tenor de la cual, mientras en el primero "la resolución definitiva o de fondo se distingue netamente, por su materia, de las resoluciones llamadas interlocutorias que se van sucediendo a

("La faculté de réclamer ou de poursuivre en justice contentieuse ce qui nous appartient ou ce qui nous est dû"), pero que en realidad es la de CELSO con el aditamento del *aut quod nostrum est* sugerido por DONELLO, HUBER, HEINECIO, etc., para abarcar los derechos reales: y en la p. 47 se define el derecho procesal como "la mise en oeuvre active, technique et pratique du droit", de acuerdo con una concepción que ZARZYCKI, de nuevo poco respetuoso con la propiedad intelectual, presenta como de JAPIOT (*Traité élémentaire de procédure civile*, 1916, p. 1), pero que mucho antes había sido formulada por POTHIER (cfr. CARNELUTTI, reseña de la 3ª ed. del *Précis de procédure pénale* de BRAAS, Bruxelles, 1950, en "Riv. Dir. Proc.", 1951, pp. 194-5).

³⁰⁶ Cfr. ZARZYCKI, *ob. cit.*, pp. 71-2, 79, 85-6 y 225. La referencia a CHIOYENDA, "La demande contient l'instance en puissance", p. 652, *Principii* (no se indica la ed.), figura en la p. 73.

³⁰⁷ Cfr. GÓMEZ ORBANEJA y HERCE, *Lecciones de Derecho Procesal*: vol. I, *Derecho procesal civil* (1ª ed., Madrid, 1946), pp. 3 y ss. (redactadas por el primero de los colaboradores); GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, cit., tomo I (Barcelona, 1947), p. XVIII.

³⁰⁸ Además de otras menores: "No nos referimos ahora a esa serie de principios, como el de oficialidad, de oralidad, o sobre todo el de la verdad material o de la prueba libre, los cuales, por íntima conexión que guarden con el interés lesionado por el delito, sólo eventual y parcialmente se contraponen a los que rigen la litis civil": *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*, tomo I, p. 35. En efecto: basta un recorrido al derecho histórico y al vigente, para comprobar que con mayor o menor intensidad según los textos y las épocas, todos esos principios se manifiestan lo mismo en el proceso penal que en el civil y no brindan, por tanto, una línea de demarcación absoluta: escrito fue el procedimiento penal inquisitivo y lo es todavía el de numerosos códigos de enjuiciamiento criminal hispanoamericanos, mientras que oral lo es el civil austriaco y el de otros varios países; la prueba tasada persiste en diversos códigos procesales penales de este continente, mientras que libre convicción y sana crítica se han abierto paso en materia civil, como también el principio de oficialidad (en pleitos sobre capacidad y estado civil), en tanto que el dispositivo cntra a veces en juego en lo penal; en fin, el anteproyecto mexicano de 1948 aspiraba a la verdad material en asuntos civiles (cfr. su art. 5, frac. III).

lo largo del pleito”, hasta el extremo de que el juzgador no tendría que consultar preceptos materiales sino llegado el momento de emitir la sentencia de fondo, en el segundo, en cambio, “para que el proceso pueda iniciarse, seguir adelante y abrirse el juicio (en las causas por delito) no basta que se den unas condiciones meramente formales”, sino que además hace falta “la posibilidad al menos de la existencia concreta de unos supuestos de derecho sustantivo, o sea de aquellos supuestos de hecho de que el derecho penal material hace depender la consecuencia que es la pena”.³⁰⁹ La tesis dualista de Gómez Orbaneja, que va en contra de la corriente unitaria, dominante entre los procesalistas españoles,³¹⁰ ha sido rebatida primero por Guasp³¹¹ y después por Fairén,³¹² cuyos argumentos

³⁰⁹ *Comentarios*, tomo I, pp. 35-6.

³¹⁰ Entre los trabajos en que últimamente se propugna, recordaremos los siguientes: MIGUEL y ROMERO, *El código procesal único* (en “Revista de los Tribunales, 1927, tomo LXI, núm. 26); MIGUEL y ALONSO, *En torno a la unidad de los procesos civil y penal* (sobretiro de “Rev. Gral. Legisl. y Jurisp.”, abril de 1948); FAIRÉN GUILLÉN, *Para la elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento* (en “Anuario de Derecho Civil”, tomo I, fasc. IV, octubre-diciembre de 1948, pp. 1345-68; reproducido en “Rev. Der. Proc.”, argentina, 1949, I, pp. 172-95); *Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del derecho procesal* (sobretiro de “Rev. Der. Proc.”, española, 1949, pp. 247-85); *Acción* (en el tomo II de la “Nueva Enciclopedia Jurídica”, de Seix, Barcelona, 1950; publicado asimismo en “Rev. Der. Proc.”, argentina, 1950, I, pp. 40-83, y con título y contenido modificados, en “Jus”, Milano, junio de 1951: *Azione: diritto processuale e diritto pubblico*, pp. 189-212); *Cenerentola, ma per doppia ragione* (en “Riv. Dir. Proc.”, 1951 I, pp. 262-5; el título se relaciona con el de un artículo de CARNELUTTI, *Cenerentola*, en rev. cit., 1946, I, pp. 73-8, en que se parangona el derecho procesal penal con la Cenicienta); GUASP, *La pretensión* (cfr. *supra*, nota 247), y reseña que citamos en la nota siguiente; ALCALÁ-ZAMORA, *Concepto, metodología y enseñanza del Derecho procesal* (cuya redacción primitiva se remonta a 1932, pero que cuando se publique en breve, aparecerá totalmente reelaborada); *Derecho Proc. Pen.*, tomo I, pp. 37-47; *Enseñanzas acerca de la acción*, números 16-17; *Proceso, autocomposición*, núm. 78; *Trayectoria y contenido teor. gral. proc.*, núm. 9, *passim*; véase también GORDILLO, *Mi concepto unitario del proceso (ensayo de construcción)*, conferencia dada en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid el 30-IV-1948 (mencionada por LOIS ESTÉVEZ en la nota 9 de su artículo citado *supra*, nota 284). En contra, con razones harto endebles, SILVA MELERO, en *La estructura del proceso penal, en relación con el concepto de parte* (en “Rev. Der. Proc.”, española, 1946, pp. 247-72), donde niega la unidad del derecho procesal, pero, eso sí, tras aceptar como doctrina explicativa del juicio criminal la de la relación jurídica, que se extiende igualmente al proceso civil. El mismo GÓMEZ ORBANEJA se muestra, en buena parte, unitarista, en *Comentarios*, tomo I, pp. XVII-XX.

³¹¹ En la amplia reseña que en la sección de *Bibliografía* de la “Rev. Der. Proc.”, española, dedicó (año de 1947, pp. 345-54 al tomo I de los *Comentarios* de aquél. GUASP objeta: a) que la tesis de GÓMEZ ORBANEJA atenta contra la solución unitaria, la cual cuenta en la doctrina española con más facilidades que en las restantes europeas para arribar a la meta; b) que abandonada casi la concepción subjetiva del proceso (HELLWIG, SIMONCELLI, SCHMIDT), no es posible argumentar a base de diferencias entre el derecho subjetivo privado y el *ius puniendi* estatal, para obtener una diferenciación

resumimos mediante notas. A ellos agregamos por nuestra parte: *a*) que con frecuencia el juez civil tendrá que consultar preceptos sustantivos para dictar resoluciones anteriores a la de fondo (a propósito por ejemplo, de incompetencia por razón de la materia, litispendencia, legitimación, cuando funcionen como excepciones de previo pronunciamiento, e incluso de cosa juzgada, en el supuesto del art. 544 l. enjto. civ. española); *b*) que en contra de lo que afirma Gómez Orbaneja, no es cierto que para “obtener una sentencia civil de fondo no es necesario, no ya tener acción, sino ni siquiera mostrar la más mínima posibilidad o apariencia de ella”;³¹³ al expresarse así, comienza por confundir acción y derecho subjetivo y, en segundo lugar, olvida que aun dentro de las doctrinas del llamado derecho abstracto de obrar, la acción ha de ir acompañada de una pretensión que, en términos de derecho penal, *tipifique* una determinada relación jurídica civil sustantiva, aunque luego después (como también puede suceder en el enjuiciamiento criminal) se revele infundada, temeraria o inexistente;³¹⁴ y *c*) que si bien la existencia de una fase de instrucción anterior al juicio está muy generalizada en los códigos de enjuiciamiento criminal, no es consubs-

entre ambos procesos; *c*) que al prevalecer, por el contrario, la idea objetiva del proceso (WACH, CHIOVENDA), con ella desaparecen las dificultades que a tenor de la doctrina subjetiva cabía esgrimir contra la “unificación” (*sic*: entiéndase, *unidad*) del proceso civil y del penal; *d*) que la diferencia en cuanto a la actuación del derecho sustantivo en uno y otro enjuiciamiento, no pasa de ser una característica contingente y en manera alguna esencial; *e*) que si se concibe el proceso “como un instrumento destinado a la satisfacción de pretensiones, la identidad lógica entre ambos tipos se afianza enormemente” (aunque, claro está, si se rechaza tal explicación del proceso, el razonamiento pierde toda su fuerza); *f*) que el juego de los diversos elementos del proceso (sujetos, objeto, actividad) es idéntico en ambas figuras (resumen de los argumentos utilizados en las pp. 347-53 de la reseña). La réplica de GÓMEZ ORBANEJA, muy incompleta, en sus *Comentarios*, tomo II, pp. 201-2, donde, por cierto, rechaza la aducción por GUASP del art 1729 l. enjto. civ. como un caso de negación del juicio en materia civil por razones de fondo, por entender que debido a la “finalidad especial” de la casación, no puede invocarse su regulación para caracterizar un sistema procesal determinado; pero entonces, tampoco le resultaría a él lícito argumentar, como lo hace, a base de una fase igualmente de “finalidad especial”, cual lo es la instrucción penal.

³¹² En su citado artículo *Para la elaboración de una doctrina gral. de los principios del proced.*, FAIRÉN opina: *a*) que “para obtener una sentencia civil de fondo, es necesario mostrar anteriormente una posibilidad o apariencia de la existencia del derecho”; *b*) que el defecto de fundamentación fáctica de la demanda se presenta como paralelo al de la inadmisibilidad de la querrela por no ser constitutivos de delitos los hechos que en ella se relacionen; *c*) que la diferencia entre la constitución *escalonada* del proceso penal y la *definitiva* del civil, no es tan profunda como GÓMEZ ORBANEJA se figura, y responde, además, a haberse aislado en la contemplación de las leyes de enjuiciamiento españolas y a haber hecho caso omiso de los códigos procesales de países que autorizan la alteración de la demanda. Cfr. *ob. cit.*, pp. 174-6.

³¹³ *Comentarios*, t. I, p. 36.

³¹⁴ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Enseñanzas acerca de la acción*, núms. 11, 18 y 24; LIEBMAN, *La obra científica de J. Goldschmidt*, nota 12.

tancial con la idea de proceso penal y acaso no sea propiamente procesal, sino preprocesal (policial o administrativa, se encomiende o no, en todo o en parte, a funcionarios judiciales), sin contar con que en el orden civil se conocen asimismo procedimientos preparatorios; pertenecientes, como aquélla, al género *proceso preliminar*, con fines y caracteres muy distintos del de fondo,³¹⁵ por lo que no es correcto deducir divergencias radicales a base de comparar dos tipos de proceso (el preliminar penal y el civil de fondo) que se encuentran en distinto plano y persiguen diferente objeto.

49) Últimamente, Bettiol y Gelsi Bidart parece como si propendiesen a eludir el arduo problema de la naturaleza del proceso. El primero se contenta con presentar el proceso penal como “el conjunto de actividades de varios sujetos, reguladas por la ley procesal, para el accertamiento de un delito y la aplicación de una pena”.³¹⁶ Esa noción nos dice para qué sirve el proceso penal, pero no cuál sea su naturaleza jurídica, puesto que el “conjunto de actividades” de que en ella se habla, tiene la simple consideración de medio y, en todo caso, más se relaciona con la idea de *procedimiento* que con la de *proceso*. En cuanto a Gelsi Bidart, si bien pasa rápida revista a algunas de las doctrinas acerca de la naturaleza del proceso (teorías privatistas; relación, situación, institución), estima que dado el carácter de su artículo, no tenía de momento por qué entrar en el fondo de la cuestión, para pronunciarse en un sentido u otro, y se contenta, por tanto, con mostrar aquél como “un medio de determinar el derecho de fondo, que se presenta como una estructura u organización de sujetos y actos predefinidos, según la cual se ejercen la jurisdicción y los derechos procesales fundamentales de las partes (acción y excepción)”, y con adelantar que su calificación jurídica habrá de tomar en cuenta los datos que se extraigan de la visión descriptiva del mismo.³¹⁷ Aludiremos, por último, a una posición que sin duda resultará interesante, pero de la que hasta ahora sólo conocemos el título del trabajo en que se desenvuelve; nos referimos a la de Furno en el ensayo “*Judi-*

³¹⁵ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *En torno a la noción de proceso preliminar*, números 29-30. Resulta, además, sobremanera anómalo que para resolver el problema de la unidad del derecho procesal se prescindiera de cuanto hay de común entre el civil y el penal, desde los elementos hasta la terminología, para buscar con lupa diferencias minúsculas, accesorias o artificiales, si es que no las tres cosas, en la mecánica respectiva, cuando si atendemos a ésta, habría incluso que negar la pertenencia a una misma de esas ramas, de figuras tan distintas entre sí, como el procedimiento inquisitivo y el acusatorio en el campo penal; como el juicio ejecutivo, o el de quiebra, o el monitorio, respecto del declarativo ordinario en materia civil; o como en un mismo proceso, entre sus fases de conocimiento y de ejecución.

³¹⁶ *Su alcune caratteristiche giuridiche e politiche del processo penale* (en “*Scritti giuridiche in onore di Francesco Carnelutti*”, vol. IV, Padova, 1950, pp. 121-33), p. 127.

³¹⁷ *Enfoque preliminar del proceso* (en “*Estudios en memoria de J. Goldschmidt*”, vol. I, pp. 291-308), pp. 306-8.

cium accipitur actus...³¹⁸: considerazioni preliminari sul procedimento come categoria tecnico-giuridica autonoma.³¹⁸

50) C) *Conclusión.*—Retornamos al comienzo de nuestro estudio. Hundidas irremisiblemente las viejas doctrinas privatistas, como incompatibles con la índole pública de la jurisdicción y de la función del proceso; sin haber prevalecido sino en contados aspectos, y más en la parte crítica que en la constructiva, la teoría de Goldschmidt; con nulas o remotísimas probabilidades de triunfar las concepciones menores examinadas en el presente artículo, las unas por la inconsistencia de los puntos de vista que sustentan, las otras por el insuficiente desarrollo de su tesis central, cuando no por el exagerado afán de singularizarse, si bien todas ellas revelen que no pocos procesalistas, entre los cuales varios de gran prestigio, encuentran defectuosa la explicación todavía dominante; y debilitada ésta, o sea la de la relación jurídica, que con casi cien años de vida [hoy ya rebasados] y con más del siglo si retrocedemos a los precursoses directos de Bülow Hegel y Bethmann-Hollweg), ha prestado a nuestra disciplina el inmenso servicio, que todos reconocen, de transformarla en verdadera ciencia,³¹⁹ pero que no ha salido indemne ni mucho menos de los embates de la crítica,³²⁰ se plantea la cuestión de si nos hallaremos en un callejón sin salida o si para escapar del atolladero habrá que formular nuevas teorías. A nuestro entender, ni lo uno ni lo otro: probablemente bastará con una reelaboración a fondo, muy a fondo, de la teoría de la relación jurídica, a fin de limpiarla de antinomias y variantes, de vitalizarla con la incorporación de nuevas categorías y conceptos (cfr. *supra*, nota 297) y de convertirla en efectiva columna vertebral —la cabeza estaría siempre representada por la jurisdicción— para la sistemática del proceso, tanto en el terreno doctrinal como en el campo legislativo, puesto que, a manera del capítulo inicial sobre las acciones en los códigos mexicanos (cfr. *supra*, nota 235), acaso sea la intrascendencia de semejante concepción, en las dos direcciones mencionadas, la causa principal de que no se haya impuesto en toda la línea. Pero esa reelaboración rebasa con mucho, en tiempo y en espacio, los límites del estudio a que ponemos fin: quédese como anuncio de proyecto, que quizá algún día realicemos.

³¹⁸ Comunicación presentada al Congreso de procesalistas de Florencia. Se publicará en el volumen de *Actas*, sin que tengamos noticia de que se haya anticipado su aparición en folleto o revista.

³¹⁹ Véase lo que a este propósito decimos en *Ensayos*, pp. 656 (nota 17) y 663 (nota 33). Cfr. también *Proceso, autocomposición*, núm. 63.

³²⁰ Cfr. *supra*, notas 4, 7, 8 y 11 (primera parte).

ADDENDA ET CORRIGENDA

A) **TEXTO:** Núm. 34: La idea de GUASP de que el proceso es un mecanismo para la satisfacción de pretensiones, constituye, a su vez, el *punto de partida* para el trabajo de FAIRÉN GUILLÉN sobre *El proceso como función de satisfacción jurídica* (en "Rev. Der. Proc. Iberoam.", 1969, pp. 17-95). No me es posible aquí, so pena de romper la proporción debida entre adición y texto adicionado, ocuparme del susodicho ensayo del catedrático de Valencia y he de contentarme con llamar la atención acerca de su importancia y con destacar que la tesis esbozada por GUASP encuentra en FAIRÉN GUILLÉN pleno y sólido desenvolvimiento, con aplicación tanto al ámbito del proceso civil como a la esfera del enjuiciamiento criminal.— Núm. 42: En la 3ª edición de sus *Fundamentos* (Buenos Aires, 1958), póstuma en su aparición, pero totalmente revisada y puesta al día por su autor antes de la operación quirúrgica que produjo su fallecimiento, COUTURE, con su proverbial nobleza, abandonó clara y categóricamente la concepción institucionalista del proceso (cfr. pp. 141-5), en vista de las objeciones a ella formuladas.— Núm. 46: Acerca de la dialecticidad forense, véase *infra*, *Estudio Número 21*, punto 18.

B) **NOTAS:** (2) En lugar de los pasajes de la primera edición de sus respectivas obras que en ellas se citan, véanse ahora: ALSINA, 2ª ed., de su *Tratado*, tomo I (1956), pp. 413-6; COUTURE, 3ª ed. de sus *Fundamentos*, cit., pp. 124-31; ALCALÁ-ZAMORA, 2ª ed. de *Proceso, autocomposición* (1970), pp. 121-4.— (3) El libro de BÜLOW fue traducido en Argentina por ROSAS LICHTSHEIN, bajo el título de *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (Buenos Aires, 1964). El prólogo, los capítulos I y II y el § 1º del III de dicha traducción fueron dados a conocer por el autor de la misma bastantes años antes desde el "Boletín del Instituto de Derecho Procesal" de la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, Argentina), núms. 4 (1952), pp. 59-72; 5 (1953), pp. 39-46, y 6 (1954), pp. 29-45.— (4) Segundas ediciones de las obras de GOLDSCHMIDT que se citan: a) *Prozess als Rechtslage*, (Aalen, 1962); b) *Problemas del proc. pen. y c) Teoría gen. del proc.* (Buenos Aires, 1961), ambas, en un volumen cada una, bajo el común denominador de "Principios generales del proceso", aunque en orden inverso al de su aparición en España. Acerca de la doctrina de James GOLDSCHMIDT, véase la clase que bajo el epígrafe de *Explicación de la teoría de la situación jurídica* dictó su hijo Werner el 17-II-1953 en la Universidad de Valencia y que se publicó en los núms. 396-8 de "Juris" (Rosario, Argentina), correspondientes a los días 25-7-XI-1953.— (7) Aceptación por ROSENBERG de la clasificación goldschmidtiana de los actos procesales: véase ahora, ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, 10ª ed. (München, 1969), pp. 305-8.— (8) Véase, en plan de conciliar ambas doctrinas, según se expresa desde el título, ALSINA, *La teoría de la situación jurídica no se opone, antes bien, integra el concepto de relación jurídica*, en "Rev. Der. Proc.", argentina, 1952, pp. 1-12.— (11) 2ª ed. del *Diritto Processuale Civile* de REDENTI: a) reseñas mías de sus tres vols., en "Rev. Fac. Der. Méx.", núms. 8 (oct.-dic. 1952, pp. 227-9), 15 (jul.-sept. 1954, pp. 195-8) y 16 (oct.-dic. 1954, pp. 171-3); ahora, en "Miscelánea Procesal", tomo I (México, 1972), pp. 335-8, 372-4 y 374-6, respectivamente; b) traducción de SENTÍS MELENDO y AYERRA REDÍN, con *Prólogo* mío, Buenos Aires, 1957, tres vols.— (12) El artículo de BALLBÉ, objeto de un sobretiro de 51 pp. (Madrid, 1947), más

destructivo que constructivo e inspirado en un afán *imperialista* de enfocar el proceso conforme a criterios de la disciplina por él cultivada (o sea el derecho administrativo, materia de la que fue catedrático), llega a conclusiones sorprendentes, como la de que el fin del proceso *no es* la jurisdicción (cfr. p. 47), o la de que “no son admisibles” (*sic*) los “tipos de proceso” llamados civil, penal social, etc. . . (cfr. p. 50).— (24) En lugar de los arts. 487 y 824-5 ley enjto. civ., véase hoy, aunque menos explícito, el 13 de la ley de 22-XII-1953, reguladora de los arbitrajes de derecho privado y derogadora de aquéllos.— (33) Mi estudio sobre el *Enjuiciamiento mercantil mexicano* se publicó, sin notas, en el vol. XIV, pp. 276-316, de la “Memoria del Congreso Científico Mexicano”, o sea del conmemorativo del “IV Centenario de la Universidad de México (1551-1951)” (México, MCMLIII), y con sus 220 notas, en “Rev. Fac. Der. Méx.”, núm. 7, julio-septiembre de 1952, pp. 19-93.— (35) Proceso contumacial penal funcionó en España durante la guerra civil: véase mi artículo *Justice pénale de guerre civile* (en “Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé”, 1938, pp. 633-71, y luego en mis “Ensayos”, cit., pp. 253-94), núms. 20 y 21.— (37) Reseña mía del folleto de W. GOLDSCHMIDT, en “Rev. Fac. Der. Méx.”, núms. 1-2, enero-junio de 1951, pp. 325-7, y ahora en “Miscelánea”, cit., tomo I, pp. 240-2— (51) Con posterioridad a 1952, fecha de publicación de este ensayo, la retribución arancelaria persiste en la administración de justicia española: véanse, entre otras, las órdenes ministeriales de 22-I-1957 y de 9-I-1961.— (58) Traducción castellana del libro de CARDOZO: realizada por PONSZA para “Ediciones Arayú” (Buenos Aires, 19. .), bajo el título de *La naturaleza de la función judicial*, más expresivo que “proceso” para denotar el verdadero contenido de la obra.— (59) Rectificación relativa a la traducción del libro de BÜLOW y a las segundas ediciones de trabajos de GOLDSCHMIDT: véanse *supra*, en *addenda et corrigenda*, los suplementos a las notas 3 y 4. Añadiré que el *Lehrbuch* de ROSENBERG fue traducido en Buenos Aires, 1955 (como *Tratado de Der. Proc. Civ.*, 3 vol.) y que el *Handbuch* de WACH aparecerá en 1974 (probablemente, con prólogo mío).— (60) Reseña mía del folleto de COHN, en “Rev. Esc. Nac. Jurisp.”, núms. 47-48, julio-diciembre de 1950, pp. 416-8, y ahora en “Miscelánea”, cit., tomo I, pp. 183-4.— (67) Reseña mía del libro de ARAGONESES, en “Rev. Fac. Der., Méx.”, núm. 7, julio-septiembre de 1952, p. 227, y ahora en “Miscelánea”, cit. tomo I, p. 312.— (68 y 221) El cursillo anunciado en estas notas no se ha publicado; pero de aspectos sociales del proceso me ocupó *infra*, *Estudios Números 17 y 18*.— (91) Véase también el posterior artículo de CARNELUTTI, *Mettere il pubblico ministero al suo posto*, en “Riv. Dir. Proc.”, 1953, I, pp. 257-64, y luego en *Cuestiones sobre el proceso penal* (no en la ed. italiana) (Buenos Aires, 1961), pp. 209-23.— (95) Traducción de “acertamiento”: véase el núm. 44 de mis *Cuestiones de terminología procesal* (México, 1972).— (97, 109 y 113) *El juicio penal truncado* ha sido reimpresso, considerablemente ampliado y en volumen independiente, bajo el título de *El allanamiento en el proceso penal* (Buenos Aires, 1962), en cuya p. 37 se exponen las infundadas consideraciones que llevaron a eliminarlo en Cuba a partir de 1945.— (99) El honor, reputado patrimonio del alma: cfr. CALDERÓN, *El alcalde de Zalamea*, jornada I, escena XVIII.— (108) En *Crisi della giustizia penale* (en “Riv. Dir. Proc.”, 1958, pp. 333-63), CARNELUTTI presenta el *affare* no como *presupuesto*, sino como *fin* del “proceso voluntario” (cfr. pp. 339-41): estimo más correcta la primera caracterización que la segunda.— (124) Significado de *enjuiciamiento*: cfr. el núm. 85 de mis *Cuestiones de terminología*, cit.— (126) La cita de BELLAVISTA que encabeza esta nota resulta doblemente errónea, tanto porque CARNELUTTI no dice lo que él le atribuye, sino algo muy distinto (a saber: “La lite non è il processo, ma è nel processo”), como porque su verdadera opinión al respecto no se encuentra en el núm. 16 del *Sistema*, sino en el núm. 118.— (132) Reseñas mías: a) de ARANGIO-RUIZ, en “Rev. Esc. Nac.

Jurisp.", núm. 31, julio-septiembre de 1946, pp. 350-2, y ahora en "Miscelánea", cit., tomo I, pp. 31-3; b) de ÁLVAREZ SUÁREZ, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 8, octubre-diciembre de 1952, pp. 213-6, y ahora en "Miscelánea", pp. 319-22.— (138) Acerca del concepto de jurisdicción sustentado por REDENTI en el homenaje a SIMONGELLI, véase lo que digo *supra*, *Estudio Número 2*, punto 32.— (144) Reseñas mías relativas a SATTA: a) la de la "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", (pp. 259-61) se inserta ahora en "Miscelánea", cit., tomo I, pp. 145-8; b) la de *L'esecuzione forzata*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 27, julio-septiembre de 1957, pp. 240-2, y ahora en "Miscelánea", pp. 472-4.— (145, 187, 217 y 235) La ponencia de SATTA, el discurso de CALAMANDREI, las comunicaciones de FAIRÉN GUILLÉN y de GARBAGNATI y la ponencia de ALLORIO de que en ellas se habla, se publicaron en el volumen "Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile: 30 settembre-3 ottobre 1950" (Padova, 1953), en las pp. 79-89, 9-23, 239-74, 275-87 y 127-44, respectivamente.— (146) En relación con el artículo de SATTA sobre *Il mistero del processo*, véase el de FOSCHINI que se cita *infra*, suplemento a la nota 290.— (157) Una recapitulación de las críticas formuladas a BAUMBACH puede verse en las notas 75 y 76 del trabajo de CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, en "Studi in onore di Redenti", vol. II (Padova, 1951, pp. 693-772), pp. 729-30 (traducción, en "Rev. Fac. Der. Méx.", número 12, octubre-diciembre de 1953, pp. 97-182 —pp. 135-6—).— (158) Merced al afecto de un antiguo alumno, ROSENBERG se libró de las matanzas nazis; no así sus dos hermanas, que fueron gasificadas...— (168) Mis dos artículos sobre apreciación de la prueba se recogen en "Estudios de Derecho Probatorio" (Concepción, Chile, 1965), pp. 29-52 y 79-89, respectivamente.— (169) El folleto de MACHADO GUIMARÃES se reproduce en sus "Estudos de Direito Processual Civil" (Rio de Janeiro/São Paulo, 1969), pp. 33-75.— (173) La fórmula de Cristóbal de Paz acerca de la instancia, repercute también en el código proc. civ. uruguayo de 1878: véase *supra*, *Estudio Número 7, addenda et corrigenda*, suplemento a la nota 135.— (174) Refutación mía a GUASP: véase ahora la nota 22 a que me refiero, en "Miscelánea", cit., tomo I, pp. 289-90.— (179) El comentario de SENTÍS MELENDU sobre *Los conceptos de "acción" y de "proceso" en Alsina*, se recoge en el vol. I (Buenos Aires, 1959), pp. 223-59, de su *Teoría y Práctica del Proceso: Ensayos de Derecho Procesal*.— (180) Reseña mía del folleto de SARTORIO, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núms. 1-2, enero-junio de 1951, pp. 360-1, y ahora en "Miscelánea", cit., tomo I, p. 280-2.— (196) Combinación de las doctrinas de la relación jurídica y de la situación de derecho: cfr. ROSENBERG, 2ª ed., cit., pp. 2 y 314-6; ROSENBERG-SCHAWB, 10ª ed., cit., pp. 5-10.— (205) El trabajo de SCHÖNKE determinó, su vez, el de ALLORIO sobre *Bisogno di tutela giuridica* (versiones italiana, española y alemana, con algunas divergencias, las tres aparecidas en 1954: véase *supra*, *Estudio Número 7, addenda et corrigenda*, suplemento al núm. 23). Véase también POHLE, *Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis*, en "Festschrift für Friedrich Lent zum 75 Geburtstag" (München-Berlin, 1959), pp. 195-235.— (206) Reseña mía del folleto de COUTURE, ahora en "Miscelánea", cit., tomo I, pp. 225-7.— (217) MONTAGU, *El juez ante la norma injusta*: véase mi cit. "Miscelánea", tomo I, p. 306, nota 2.— (218) Reseña mía de los dos folletos de COUTURE, en "La Ley" (Buenos Aires), de 26-VI-1940, bajo la rúbrica *Algunas "páginas menores" del profesor Eduardo J. Couture*, y luego en mis "Ensayos", cit. (pp. 637-49), pp. 638-41. En cuanto a mi artículo sobre *La obligación de decir verdad*, se reproduce en "Estudios Der. Probat.", cit., pp. 53-6.— (220) Véase también el cursillo sobre *Problemas fundamentales del derecho procesal* dictado por GUASP en Buenos Aires en agosto de 1954 y publicado en la "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales" de dicha ciudad, núm. 41, noviembre-diciembre de 1954 (pp. 1325-66), en cuyas pp. 1349-55 reses con el general de la República, y cuya finalidad *preventiva* de ulteriores procesos

dor" de la misma: el pasaje suyo a que alude es el ahora recogido en la p. 11, nota 2, de sus *Études de Procédure* (Bordeaux, 1956).— (225) Reseñas mías: a) de FENECH, en "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", núm. 33, enero-abril de 1947 (n. 14, pp. 272-4); y ahora en "Miscelánea", cit., tomo I, pp. 79-82; b) de GONZÁLEZ PÉREZ: 1) *Ejecución sent. conto-advas.*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núms. 3-4, julio-diciembre de 1951, pp. 362-4, y en "Miscelánea", pp. 282-5; 2) *Problemas admisibilidad*, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 13, enero-abril de 1952, pp. 244-5, y 3) *Extinción proc. advoa.*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 7, julio-septiembre de 1952, p. 231, y en "Miscelánea", p. 317.— (225 y 229) Trabajos de GONZÁLEZ PÉREZ, posteriores a mi presente ensayo, en que sigue acogiendo la doctrina de GUASP: véanse, entre otros, *La pretensión procesal administrativa*, en "Revista de Administración Pública", septiembre-diciembre de 1935, pp. 77-128 (especialmente 90-2); *La sentencia administrativa: su impugnación y efectos* (Madrid, 1954), pp. 10-2; y *Derecho Procesal Administrativo*, 1ª ed., tomo I (Madrid, 1955), pp. 62-5.— (266) Reseña mía del artículo de SCARANGELLA, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 15, septiembre-diciembre de 1952, pp. 220-1.— (276) El *Ensayo sobre el proceso*, de BRISEÑO SIERRA, se imprimió tiempo después (Puebla, 1956), bajo el título de *Categorías institucionales del proceso* y fue reseñado por mí en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 22, abril-junio de 1956, pp. 212-5 (ahora, en "Miscelánea", cit., tomo I, pp. 390-3). Su concepción institucionalista, poco o nada tiene que ver con las de GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, GUASP o COUTURE, y su estilo oscuro y difícil contrasta con la meridiana claridad de los tres expositores mencionados.— (289) Acerca del concepto de sentencia *definitiva* y de su contraste con la *firme*, véase últimamente el núm. 128 de mi libro *Cuestiones de terminología*, cit.— (290) Véase también de FOSCHINI, *Giudicare et essere giudicati*, en "Riv. Dir. Proc.", 1952, I, pp. 170-8, y en los "Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini" (Padova, 1954), pp. 207-18.— (293) En lugar de mi *Adición al núm. 428 del "Sistema" de Carnelutti*, puede verse ahora, mejor distribuido y ampliado, el núm. 111 de *Cuestiones terminología*, cit.— (302) CALAMANDREI, *Processo e democrazia* (Padova, 1954); traducción de FIX ZAMUDIO (Buenos Aires, 1960).— (304) Véase *supra*, suplemento a la nota 205.— (303) Reseña mía del libro de MUNKMAN, ahora en "Miscelánea", cit., tomo I, pp. 302-4.— (308) Aspiración a la verdad material en el proceso civil mexicano: el art. 5, frac. III del anteproyecto distrital de 1948, además de trascender al 3 del proyecto de 1950, ha determinado los de igual numeración de los vigentes códigos de Sonora (1949), Morelos (1954) y Zacatecas (1965).— (310) CARNELUTTI, *Cenerentola*, reproducida en *Questioni sul processo penale* (Bologna, 1950; pp. 3-8; traducción cit., pp. 13-21; además, *Continua la mala sorte di Cenerentola*, en "Riv. Dir. Proc.", 1960, p. 650. GORDILLO, *Concepto del derecho procesal (A través de una noción unitaria del proceso)*, 2ª ed. (Salamanca, 1963).— (318) La *comunicación* de FURNO, reducida a la categoría de "intervención", se recoge en las pp. 109-14 de "Atti Congresso Internazionale Dir. Proc. Civ.", cit.