

F) TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

<i>10) TRAYECTORIA Y CONTENIDO DE UNA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO</i>	505
<i>A) Preámbulo</i>	505
<i>B) Trayectoria</i>	507
<i>C) Contenido</i>	512
<i>D) Colofón</i>	523

F) TEORÍA GENERAL DEL PROCESO: NÚMS. 10-11

TRAYECTORIA Y CONTENIDO DE UNA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO *

A) *Preámbulo.* B) *Trayectoria.* C) *Contenido.* D) *Colofón.*

1) A) *Preámbulo.*—Hace dos meses, con motivo de una ponencia que para implantar en ella el doctorado me encomendó la Escuela Nacional de Jurisprudencia de México, propuse que como una de las disciplinas a estudiar en aquél, figurase un curso de *Teoría general del proceso*. De aprobarse el proyecto, que fue ya aceptado con ligeros retoques por la Dirección de la Escuela, México sería el primer país de América y acaso del mundo que contase con una cátedra especial de *Teoría general del proceso*, alineada junto a la *Teoría general de las obligaciones y contratos*, los *Estudios superiores de Derecho público* y los *Estudios superiores de Derecho penal* entre las materias que, por reputarse básicas, integrarían el primer año o semestre de los dos que abarcará el doctorado, con carácter obligatorio las cuatro, mientras que para el segundo quedarán otras cuatro, que el aspirante a doctor podrá escoger de un catálogo de diez o doce.¹ Antes de seguir adelante, debo aclarar que la idea de crear semejante cátedra no fue mía, aunque la acogí con entusiasmo y la patrociné en cuanto pude, sino de un ilustre jurista mexicano, el Lic. Virgilio Domínguez, que hasta el año pasado desempeñó con tanta autoridad como éxito la dirección de la Escuela a que me honro en pertenecer. Pues bien: el Lic. Domínguez, profesor de Introducción

* Conferencia dada en la Universidad de San José (Costa Rica) el 22 de abril de 1949 y repetida en la Universidad de San Carlos, de Guatemala, a petición de sus profesores de Derecho, el 29 del propio mes y año. El texto actual —publicado primero en “Jus”, núm. 140 (México, marzo de 1950), pp. 153-77, y después en “Revista de la Universidad de Costa Rica” (San José, octubre de 1951), pp. 86-115— reproduce la versión dada a conocer en San José y Guatemala, sin más cambios que el aditamento de las notas (en su mayoría procedentes de paréntesis que se han suprimido o de datos que se han completado), algunos retoques en los números 21 y 22 y la agregación del presente número 19.

¹ El Proyecto de Estatuto del Doctorado en Derecho, precedido de una breve exposición de motivos redactada por el Director de la Escuela, Lic. José Castillo Larrañaga, aparece en el número 41 (enero-marzo de 1949, pp. 221-226) de la “Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia”, y con ligeras modificaciones es reproducción literal de nuestro anteproyecto.

al Estudio del Derecho, imaginaba la enseñanza de la ciencia jurídica a manera de una pirámide escalonada, que tuviese su primer peldaño en la materia por él explicada, o Teoría general del Derecho, y el segundo en la Teoría general de las grandes ramas o sectores en que aquél se descompone, a saber: una Teoría general del Estado, en que confluyesen las distintas ramas del Derecho público (interno e internacional), una Teoría general de las obligaciones y contratos, que sirviese de tronco al civil, al mercantil y a zonas fundamentales del laboral y del agrario, y una Teoría general del proceso, en la que enraizasen los distintos enjuiciamientos. Una teoría general del delito podría haber completado el cuadro por lo que respecta a las ciencias penales.² La diferencia fundamental entre la concepción de Domínguez y la propuesta mía estriba en que en la suya, que no pasó de sugerencia para realizar en el futuro, la Teoría general del proceso estaba destinada a funcionar en la *Licenciatura* con anterioridad a los cursos institucionales del Derecho procesal civil, penal, administrativo y del trabajo, mientras que en la mía se incluye *a posteriori* de ellos, como enseñanza del *Doctorado*. Es decir, deja de ser cimiento o primer piso, para convertirse en tejado o azotea. De las dos fórmulas, ¿cuál resulta más lógica? Probablemente, la de Domínguez; pero su implantación en la Licenciatura mexicana tropezaba con ciertas dificultades de acoplamiento, que en el Doctorado, como creación de nueva planta, no se presentaban o eran más fáciles de orillar. Huelga decir que el diferente emplazamiento, si bien no tiene por qué afectar al contenido, que debe ser el mismo en uno u otro grado, sí trasciende al tono y a la intensidad, y una Teoría general del proceso en el Doctorado habrá de ser, empleando un calificativo del que se valen los planes de estudios argentinos, una enseñanza *profundizada*, mientras que la de la Licenciatura sería *introductiva*, aun siendo en ambas, insistimos, idénticos los temas.³

² Después de una serie de vicisitudes, el Doctorado en Derecho acaba de implantarse en la Escuela Nacional de Jurisprudencia (con fecha 7-X-1949), a base siempre del Proyecto y el Anteproyecto de que en la nota anterior se habla. Con objeto de uniformar la índole del primer curso y de dilatar su contenido, "Teoría general de las Obligaciones y contratos" se ha transformado en "Estudios Superiores de Derecho Privado" y, a su vez, "Teoría general del proceso" se ha convertido en "Estudios Superiores de Derecho Procesal". Adición: Véanse, por un lado, mi folleto *Creación del Doctorado en Derecho*, sobretiro de "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", núm. 44, octubre-diciembre de 1949, pp. 235-315 (así como *Doctorado en Derecho: Información Complementaria*, en rev. cit., núm. 46, abril-junio de 1950 pp. 235-47), y, por otro, mi *Programa de Estudios Superiores de Derecho Procesal*, sobretiro de rev. y núm. 46 cit., pp. 253-64, y mi *Programa para un Curso de Teoría General del Proceso* (México, 1960) —ahora, como apéndice del *Estudio Número 11*—.

³ El vigente "Plan de Estudios e Institutos" de la Universidad de Buenos Aires prevé ciclos que llama de *intensificación*, de alcance monográfico, al parecer (cfr. pp. 22-24 y 49-50 del folleto correspondiente —Buenos Aires, 1948—), mientras que, a nuestro entender, la nueva disciplina procesal, ya se trate de Teoría general o de Estudios Superiores, habrá de abarcar un panorama más completo.

2) B) *Trayectoria*.—Aislándonos de ahora en adelante de la tentativa mexicana, que sólo a título de antecedente hemos recordado, a fin de plantear el asunto de la Teoría general del proceso en términos de mayor amplitud, examinaremos primero lo que ella es o debe ser y trataremos después de puntualizar su contenido. En el primer sentido, y aunque como regla, la vía negativa no es aconsejable para efectuar diferenciaciones, porque podría prolongarse hasta el infinito (la Teoría general del proceso *no sería*, por ejemplo, ni Astronomía, ni Música, ni... tantas otras cosas), en este caso la emplearemos, con objeto de delimitarla respecto de disciplinas más o menos afines y próximas. Y una vez determinado lo que la Teoría general del proceso, *no es*, emprenderemos la ruta positiva de concretar lo que *es*.

3) Comencemos por descartar, yendo de más o menos, que la Teoría general del proceso sea *Práctica forense* o, más exactamente, procesal.⁴ Beceña, que analizó la cuestión con minuciosidad, reveló que el sentido de la Práctica forense no es único, y que varía desde contemplarla como la parte más ritualista o secundaria del procedimiento dentro de su enseñanza universitaria,⁵ hasta entenderla como resolución de casos prácticos por los estudiantes, pasando por la organización del aprendizaje profesional, o tirocinio, según diferentes sistemas e incluso por parodias de proceso representadas en las aulas, con mayor regocijo del alumnado que provecho para su formación jurídica.⁶ Pero sea cual fuere la acepción de ella que se adopte, la *Práctica forense*, precisamente por su carácter empírico, significa el reverso de la Teoría general del proceso,⁷ o mejor dicho, los dos polos en el conjunto de disciplinas que tienen por objeto al proceso. Es más: ni aún dándole a Práctica forense el alcance que históricamente tuvo,⁸ a tenor del cual, durante varios siglos la denominación sirvió para designar lo que hoy se llama Derecho procesal, la confusión sería posible, porque las obras de dicho periodo, anteriores al advenimiento del procesalismo científico, podrían, a lo sumo, equipararse a un curso actual de instituciones, pero no de teoría general. En cuanto a la tesis de Zitelmann, de que el proceso debe aprenderse en forma práctica y no

⁴ La cual, a su vez, aunque se olvide con frecuencia, es tan sólo una parte de la Práctica jurídica (véase *infra*, nota 11).

⁵ Cfr. en este sentido, FÁBREGA Y CORTÉS, *Lecciones de Práctica Forense (Segundo curso de Procedimientos judiciales)*, 2ª ed., Barcelona 1921, pp. 5-6, o bien el *Anuario de la Escuela Nacional de Jurisprudencia* (México, 1940), p. 118.

⁶ Cfr. BECEÑA, *Casos de Derecho procesal civil para uso de los estudiantes* (Madrid, 1925), pp. 22-29.

⁷ La antítesis se ha querido superar (v. gr. en Francia o en Argentina: piénsese en las conocidas obras de GARSONNET o de ALSINA) hablando de *tratados teórico-prácticos*; pero tales libros son en realidad sólo teóricos, aunque de corte netamente procedimentalista el primero y con cierto dejo de lo mismo el segundo.

⁸ Cfr. *Evolución de la doctrina procesal* (conferencia dada asimismo en la Universidad de San José de Costa Rica, el 21-IV-1949), núms. 9-12. [ahora, *infra*, *Estudio Número 22*].

teórica, además de haber sido demolida por Wach,⁹ su triunfo habría significado la patente de inutilidad y hasta el certificado de defunción para la Teoría general del proceso, pero tampoco la confusión suya con la Práctica forense, que entonces quedaría como dueña y señora. Naturalmente, el hecho de que Teoría del proceso y Práctica forense sean territorios diferentes, no es óbice para que entre los puntos a que el cultivador de la primera tiene que prestar acuciosa atención figuren el del emplazamiento de la segunda y el del mejor modo de organizarla. Acaso éste sea, como ya se hace en diversos países,¹⁰ mediante Institutos o Seminarios de Aplicación Jurídica¹¹, en que con documentación *ad hoc* (que refleje una realidad y no un simulacro), método apropiado (en lugar de anarquía o abandono) y, según creemos, compenetrada cooperación de profesores universitarios, abogados y funcionarios judiciales,¹² el licenciado en Derecho cubra de manera eficiente la difícil etapa que media entre la conclusión de la carrera y el comienzo del ejercicio profesional sin andaderas, es decir, el estadio intermedio en que hay que efectuar la adaptación práctica de los conocimientos teóricos.

4) La Teoría general del proceso no es tampoco *Historia del Derecho Procesal*, ya sea de las fuentes, de las instituciones o de la literatura, sin perjuicio de que la segunda, en cualquiera de las mencionadas subdivisiones, especialmente en las dos últimas y de manera particularísima en la tercera, preste inestimables servicios a quien profese la primera, que no podrá moverse con desenvoltura por su campo mientras no domine a fondo el de los conocimientos históricos relacionados con el enjuiciamiento, so pena de levantar castillos en el aire, que se desmoronen al primer sople de la crítica. Mas con todo: la Historia del Derecho Procesal en particular, de igual manera que la Historia del Derecho en general, es, por su finalidad y por su técnica, ciencia histórica y no jurídica, como, en cambio, lo es la Teoría general del proceso, o sea en rigor, la Teoría general del *Derecho*

⁹ Cfr. su trabajo *Die Neuordnung des Rechtsstudiums und der Zivilprozess*, en el folleto "Der. Zivilprozess: Rechtslehre, Rechtsvergleichung, Gesetzesreform" (Mannheim, Berlín, Leipzig, 1922), p. 7.

¹⁰ Desde Austria, donde SPERL establece el primero en 1911 (cfr. el folleto *Institut für angewandtes Recht, Universität Wien: Bestand-Verzeichnis* —Wien, 1915—), hasta Argentina (cfr. CARLOS, *Clínica Jurídica y Enseñanza Práctica* —Santa Fe, 1939—, pp. 61-68) y México (cfr. el informe sobre *Creación del Seminario de Aplicación Jurídica*, en "Rev. Escuela Nac. de Jurisprudencia", núm. 42, abril-junio de 1949, pp. 193-194), sin contar con las cátedras de Práctica Forense, distintas de las de Derecho Procesal, existentes con anterioridad en la Facultad mexicana.

¹¹ No sólo de la forense o procesal: pensemos asimismo en la notarial, en la administrativa, registral, bancaria, etc. Sobre el tema y demás cuestiones últimamente abordadas, véase ALCALÁ-ZAMORA, *Concepto y enseñanza del Derecho procesal* (pendiente de publicación).

¹² A base de esa cooperación se articuló el proyecto que en 1933 redacté para instaurar un Seminario de Aplicación Jurídica en la Universidad de Santiago, el cual habría sido el primero de su género en España.

Procesal, que sería rúbrica más adecuada, incluso para disipar cualquier equívoco con las acepciones no jurídicas del vocablo “proceso”.

5) Prosigamos: en tercer lugar, la Teoría general del proceso no es la *Filosofía del Derecho procesal*, por las mismas razones por las cuales la Teoría general del Derecho no debe confundirse ni puede reemplazar a la Filosofía del Derecho.¹³ Algunos de los temas de la Teoría general del proceso (verbigracia: la acción, la jurisdicción o la sentencia) serán, a la vez, problemas para la Filosofía del Derecho Procesal, pero sin que ésta pueda abarcarlos todos, so pena de caer en el pueril empeño de algunos olvidados iusfilósofos de pasados tiempos, quienes puestos en el disparadero de filosofar instituciones, creían necesario no exceptuar ninguna: y que con los mismos arrestos e igual inspiración con que cierto poetastró puso en verso (o en aleluyas) la Biblia, habrían sido capaces de endosar divagaciones (seudo) filosóficas a los exhortos, el pagaré, la enfiteusis o el hurto doméstico. Además, aun en el caso de que fuese común el área respectiva, de tal modo que el índice de *temas* de la Teoría general del proceso coincidiese por completo con la lista de *problemas* de la Filosofía del Derecho procesal, el enfoque habría de ser, no ya distinto, sino diametralmente opuesto, porque de no ser así, la Teoría general dejaría de serlo, para convertirse en una nueva dirección o en un camuflaje de la Filosofía jurídica, con graves inconvenientes para ambas. En efecto, partiendo del contraste entre iusfilósofos y juristas técnicos, la experiencia demuestra que en todas las ramas del Derecho la Teoría general la han solido hacer los segundos, mientras que cuando los primeros se han decidido a incursiones por ella, han obtenido, con raras excepciones, poco éxito, y sus obras aparecen llenas de fallas, por su incompleto dominio de instituciones y conceptos. Viceversa, cuando en el siglo pasado, algunos procedimentalistas se lanzaron a hacer una (seudo) Filosofía del Derecho procesal, sin contar con la indispensable formación filosófica, no pasaron de estampar unas cuantas digresiones, de las que ya nadie se acuerda, acerca de la justicia y de la función judicial, más que del proceso. Una primera conclusión a extraer de lo que acabamos de decir hasta ahora, es la de que la exposición y el desarrollo de la Teoría general del proceso tanto en la cátedra como en el libro, ha de encomendarse al procesalista técnico y no al iusfilósofo. A éste, en cambio, debe reservársele la Filosofía del Derecho procesal; pero bueno sería recomendar a los iusfilósofos que cuando aborden cuestiones atinentes al proceso, lo hagan con el conocimiento de causa imprescindible, y, si, verbigracia, se deciden a escribir sobre la normatividad de la sentencia, que no vengan a presentarnos como descubrimientos kelsenianos, observaciones que antes de que naciese el maestro austriaco, había ya formulado el espíritu

¹³ Hasta el punto de que, por ejemplo, en el vigente plan de estudios de la Escuela Nacional de Jurisprudencia de México, la primera, bajo el nombre de Introducción al Estudio del Derecho, figura en primer año y la segunda en el quinto y último año, es decir, aparecen con acierto, como cimiento y remate.

clarividente de Bülow,¹⁴ o a demostrar que acerca de la sentencia ignoran, entre otros, los estudios profundos de un Kisch, de un Pagenstecher, de un Calamandrei o de un Liebman,¹⁵ porque corren el riesgo de convertirse en la contrapartida de los procedimentalistas a que hace un instante aludíamos.

6) Por último, la Teoría general del proceso no es o no debe ser *una nueva etiqueta* para designar un mismo producto, como sucede, por lo menos en el uso corriente, con los distintos rótulos que se emplean para bautizar los libros científicos de índole general: entre un "Sistema" y un "Tratado", una "Exposición" y un "Manual",¹⁶ unos "Principios" y unos "Elementos", un "Epítome" y un "Compendio", y aun entre todos ellos, salvo la de extensión, no siempre existe un deslinde tajante. Pues bien: al crearse en el ámbito universitario una cátedra especial de la materia, ya sea como *introdutiva* en la Licenciatura o como *profundizada* en el Doctorado, hay que cuidarse de diferenciarla respecto de las dedicadas al estudio básico del Derecho procesal en sus distintas ramas o sectores. No se trata de aumentar un curso, para conseguir un conocimiento más a fondo del proceso civil o del penal, sino de impartir una enseñanza distinta. ¿Con qué caracteres? Al llegar a este punto abandonaremos, por fin, la vía negativa que hasta aquí hemos seguido, para emprender la ruta positiva y determinar los rasgos que debe tener la Teoría general del proceso.

7) Aun en el supuesto de que los diversos enjuiciamientos se expongan por un solo docente dentro de una misma asignatura genérica, cual acontece o acontecía en España,¹⁷ y no por varios profesores dentro de una serie específica de ellas, entre los cursos que llamaremos ordinarios de Derecho procesal y el especial de

¹⁴ Cfr. su célebre artículo *Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung* (en "Archiv für die Civilistische Praxis", tomo 64, Freiburg i. B.—Tübingen, 1861).

¹⁵ Nos referimos a las siguientes obras: KISCH, *Beiträge zur Urteilslehre* (Leipzig, 1903); PAGENSTECHEER, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft* (Berlín, 1905); CALAMANDREI: véanse los trabajos agrupados por SENTÍS bajo el epígrafe "Sentencia", al traducir los principales artículos de aquél (reunidos en torno a los conceptos de jurisdicción, acción. proceso y sentencia) en el volumen *Estudios sobre el proceso civil* (Buenos Aires, 1945; cfr. pp. 365-608), y LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza* (Milano, 1935; trad. española, Buenos Aires, 1946).

¹⁶ No olvidemos, sin embargo, que aun siendo el término uno mismo, suele ser distinto el alcance que a *Manual* y a *Handbuch* se da en España y en Alemania. Los manuales españoles se corresponden con los pequeños *Handbücher* alemanes, pero no con los grandes manuales germanos, que son, en rigor, verdaderos tratados.

¹⁷ A partir de la Ley de Instrucción Pública de 9-IX-1857 y a través de los planes de enseñanza de 14-VII-1884, 26-VII-1892, 19-V-1928, 25-IX-1928 y 11-IX-1931, sin más excepción que la efímera del R. D. de 2-IX-1883. El vigente plan, de 7-VII-1944, prevé la enseñanza del Derecho procesal en tres cuatrimestres (destinado el primero a "organización judicial y procedimiento civil"; el segundo a "procedimiento civil y penal" y el tercero a "procedimientos especiales").

Teoría general del proceso existen profundas divergencias, o mejor dicho, deben mediar tan pronto como el segundo se instaure, ya que precisamente su falta obliga a incluir en los programas y explicaciones de aquéllos, planteamientos y desarrollos que, en realidad, son privativos de éste. Esas profundas divergencias consistirían: a) el curso especial estará reservado, como expresa su título, a la *Teoría general* del proceso y no a la teoría *particular* del proceso civil, del penal, del laboral, etc., es decir, a los conceptos, tesis y principios *comunes* a todos ellos o a la mayoría, y no exclusivos de éste o aquél; b) la orientación de los cursos ordinarios habrá de ser *fundamentalmente* institucional y la del curso especial, de índole *acentuadamente* doctrinal, con doble motivo, si se le sitúa en el Doctorado. Al expresarnos como lo hacemos, no se nos ha pasado siquiera por la imaginación que los cursos ordinarios deban ser lectura a palo seco de los códigos, o a lo sumo, exégesis superficial de sus preceptos, como tampoco que la sistemática docente haya de adaptarse a la legislativa, por muy perfecta que ésta sea,¹⁸ y nada digamos cuando deje mucho que desear: mediante los adverbios de modo que hemos utilizado, queremos únicamente recalcar la distinta dosificación, por decirlo así, de instituciones y doctrina en cada caso, sin que se pueda señalar *a priori* con exactitud matemática. El buen criterio del docente, teniendo en cuenta todos los factores (duración del curso, preparación de los alumnos, nivel de los estudios procesales en el país donde desempeñe la cátedra, etc.), hará la mezcla en la proporción más conveniente, pero sin olvidar, en cuanto al derecho positivo, que si en un comentario éste es el *punto de llegada* (porque la meta suprema del comentarista consiste en dilucidar el precepto legal) y en el curso ordinario el *punto de partida* (porque constituye la base para la exposición y el análisis), en el de Teoría general del proceso queda relegado al papel ilustrativo, pero secundario, de mero *punto de referencia*, que confirme o se oponga a una determinada tesis; c) aun cuando la Teoría general del proceso no sea, como dijimos, Historia jurídica ni tampoco, agregamos ahora, Derecho comparado, en sus respectivas aplicaciones al proceso, las consideraciones de uno y otro orden pueden abundar en ella, sin asfixiarla por exceso, en medida muy superior a la de los cursos ordinarios, donde deben administrarse con sobriedad, en cuanto sean indispensables para la mejor comprensión de normas vigentes derivadas de textos antiguos o importadas del extranjero; d) sin que de ellos esté proscrita la mirada hacia el exterior, como acabamos de indicar, y muchísimo menos la crítica que busque obtener mejores soluciones *de lege ferenda*, los cursos institucionales tienen tan marcado sabor *nacional*, que en el título de las exposiciones generales impresas, a ellos destinadas o de ellos procedentes, es frecuente expresar su nacionalidad jurídica,¹⁹ en cambio, el curso de Teoría general

¹⁸ Acerca de la sistemática legislativa más conveniente, cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Ensayos de Derecho Procesal* (Buenos Aires, 1944), pp. 113 y 308.

¹⁹ A título de ejemplo dentro del campo procesal, recordemos: BELING, *Deutsches Reichsstrafprozessrecht* (Berlín-Leipzig, 1928); PRIETO CASTRO, *Exposición del Derecho*

del proceso, aun sin lanzarlo a una navegación interplanetaria o estratosférica por las regiones de la pura abstracción doctrinal (que en las aulas universitarias, y máxime si se implanta como introductiva, sería peligrosísima), no tiene por qué permanecer sujeto al Derecho positivo nacional a manera de globo cautivo, sino que, libre de amarras, puede elevarse a una contemplación del proceso, si no internacional, sí, desde luego, supranacional; e) por último, las materias que sean objeto tanto de los cursos ordinarios como del especial, han de ser desenvueltas a distinta escala y con diverso enfoque: los aspectos procedimentalistas y aun ritualistas (duración de un plazo, forma de las notificaciones, desarrollo de esta o aquella diligencia, tramitación de tal o cual especie de juicio, etc.), poseen capital importancia, aun sin descender a detalles de Práctica forense, en los cursos institucionales, mientras que no tienen cabida, salvo con fines de crítica global, en el de Teoría general del proceso. Por el contrario, en éste los conceptos fundamentales y los grandes lineamientos del proceso han de ser abordados con unos vuelos que se hallarían fuera de lugar en aquéllos, el día que se establezca la separación de contenido, máxime si el curso especial se incorpora, como previo, a la Licenciatura, porque si se lleva al Doctorado, entonces habría que preocuparse de suministrar en aquélla, para los alumnos que no se doctoren, el conocimiento indispensable de esas nociones y directivas básicas. En realidad, esta última solución es la que hoy prevalece en todas partes, porque precisamente la carencia de un curso introductivo obliga al docente de los cursos ordinarios a transformarlos en mixtos de institucionales y de Teoría general del proceso.

8) C) *Contenido*.—¿Qué extremos debe abarcar una Teoría general del proceso? Si la disciplina contase con una literatura privativa, fácil sería formar el inventario y darle respuesta amplia y satisfactoria, a ésta como a las demás dudas e interrogantes que desde el comienzo vienen jalonando nuestra charla. Por desgracia, esa literatura es casi inexistente: a la Teoría general del proceso hace, por ejemplo, Carnelutti algunas invocaciones en las páginas de su *Sistema*; pero a lo más que llega, en el tomo primero, es a esbozar su objetivo, cuando habla de que mediante ella se pretende “alcanzar una más alta síntesis de los principios del Derecho procesal, comprensiva no sólo de las instituciones del proceso de conocimiento, sino también de las de cualquier otro tipo de proceso, y, por tanto, lo mismo del de conocimiento que del de ejecución y ya se trate del proceso civil o del penal”, o bien cuando en términos más amplios todavía declara que “la ciencia de Derecho procesal no alcanzará su cima hasta que no se haya construido sólidamente una parte general, en que los elementos

procesal civil de España (Zaragoza, 1941); CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano* (3ª ed., Roma 1942); DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil español* (2ª ed., Madrid, 1945); TAVARES, *Elementos de Derecho procesal civil dominicano* (Ciudad Trujillo, 1944-46-48), etcétera.

comunes a cualquier forma de proceso encuentren su elaboración”.²⁰ Esos pasajes, que a su valor intrínseco suman el formidable prestigio de su autor, marcan un rumbo, pero no puntualizan un temario. Tampoco se obtendrá éste, aun conteniéndolo el volumen (que, además, se titula, exactamente, *Teoría general del proceso*), de la preciosa obra escrita en castellano durante su permanencia en España por otra cumbre del Derecho procesal: James Goldschmidt.²¹ Como no cultivo la paradoja, explicaré por qué un libro que lleva el epígrafe *Teoría general del proceso* no contiene, sin embargo, un programa de lo que ésta haya de ser. Goldschmidt publicó el tomito en cuestión con una triple finalidad: 1ª sintetizar en castellano su propio pensamiento procesal, expuesto con anterioridad en obras alemanas más extensas; 2ª, refutar las críticas suscitadas por el más famoso de sus libros —*Der Prozess als Rechtslage*— que con algunos otros trabajos del autor²² constituye el cimiento expositivo de la *Teoría*, y 3ª, proyectar sus ideas procesales sobre el enjuiciamiento civil español, de la misma manera que lo había hecho con el criminal en el folleto *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*.²³ De lo expuesto se infiere que el libro de Goldschmidt, más que enunciar una teoría general del proceso, aun cuando contenga desarrollos que desde luego pertenecen a ella, lo que hace es exponer, con una finalidad polémica y de propaganda del ideario propio, su visión particular del proceso, y no de él en abstracto o con referencia a las distintas ramas procesales, sino a través de un solo y concreto ordenamiento: el civil español. ¿Nos encontraremos acaso en un callejón sin salida? Entiendo que no: lo que ocurre es que la Teoría general del proceso como *disciplina autónoma*, representa todavía más una aspiración que una realidad; una meta hacia la que se marcha, pero que no se ha alcanzado aún: sillares para levantar la construcción encontramos en algunos libros que con clara intuición de su importancia han desgajado algunos capitales aspectos de la ciencia procesal para examinarlos aparte con mayor profundidad y relieve. No me refiero, claro está, a colecciones de estudios o de ensayos meramente recopilados en un volumen, sino a obras con trabazón interna y unidad

²⁰ *Sistema di diritto processuale civile*, tomo I (Padova, 1936; traducción española, Buenos Aires, 1944), núms. 1 b y 89 *in fine*. Algo más explícito pero no mucho, se muestra en el artículo *Para una teoría general del proceso* (en “Revista de Derecho Procesal” argentina, 1948, I, pp. 3-11).

²¹ Impresa en Barcelona, 1936.

²² *Der Prozess al Rechtslage: Eine Kritik des prozessualen Denkens* (Berlín, 1925; 2ª ed., Aalen, 1962); *Materielles Justizrecht (Rechtsschutzanspruch und Strafrecht)*, sobretiro de “Festgabe für Hübler” (1905); traducido con el título de *Derecho justicial material (Pretensión de tutela jurídica y Derecho penal)* por la Dra. GROSSMANN para “Revista de Derecho Procesal” argentina, 1946, I, pp. 1-68; *Zivilprozessrecht* (1ª ed., Berlín, 1929; trad. española, Barcelona, 1936).

²³ Impreso en Barcelona, 1935. Acerca de *Teoría general del proceso*, cfr. nuestra reseña en la “Revue internationale de la théorie du droit” (1938, núm. 2; reproducida en mis “Ensayos”, pp. 699-700).

central de pensamiento. De ellas constituye un magnífico modelo en castellano los *Fundamentos del Derecho procesal civil* del uruguayo Couture, aunque su título no refleja con exactitud su contenido, y *Conceptos fundamentales del proceso civil* habría sido epígrafe más adecuado.²⁴ Aparte ese volumen, que aún circunscrito al proceso civil, y, por tanto, perteneciente a su teoría particular y no a la general, marca un derrotero aprovechable, y aparte también los antes mencionados *Problemas del proceso penal* de Goldschmidt, incursos en el mismo reproche, desde otro campo del enjuiciamiento, recordaremos los *Grundlagen des Prozessrechts* escritos por Sauer hace una treintena de años²⁵ y que por extenderse a las dos ramas principales del mismo, están a cubierto del reparo o le alcanza en menor medida. Pero la cantera de donde extraer los sillares no se reduce a las tres referidas obras ni a otras similares que cabría traer a colación y que ocupan un lugar intermedio entre las monografías en estricto sentido y las exposiciones sistemáticas. Estas últimas, o mejor dicho, los capítulos introductivos de muchas de ellas, contienen el germen o el compendio de lo que, desenvuelto a mayor escala, podría ser una auténtica Teoría general del proceso.

9) Veamos en concreto los temas que deben integrarla. Quizás el primero de todos y, desde luego, uno de los fundamentales es el de la *unidad o diversidad del Derecho procesal*. Si la teoría es general, ha de estar por encima de este o de aquel proceso y significar, por el contrario, el substrato o la quintaesencia común a todos ellos. Tropezamos aquí con una cuestión debatidísima, planteada en forma errónea por algunos procesalistas penales, principalmente italianos, que han confundido *unidad* del derecho procesal con *identidad* de sus distintas ramas.²⁶ Sin posibilidades de espacio para aducir argumentos y réplicas,²⁷ sintetizaremos la polémica diciendo, que, a nuestro entender, existiendo, sin duda, hondas diferencias entre el proceso civil y el penal, no bastan a destruir la unidad

²⁴ Los conceptos fundamentales que COUTURE examina en dicha obra son: acción, excepción y proceso, reunidos bajo el epígrafe "constitución del proceso" (parte I); procedimiento, prueba y sentencia, agrupados como "desenvolvimiento del proceso" (parte II); contralor de la sentencia (recursos), cosa juzgada y ejecución, incluidos como "eficacia del proceso" (parte III). Además de la jurisdicción (cfr. *infra*, núm. 12, nota 35), se echa de menos en la primera edición (Buenos Aires, 1942) el examen del acto procesal; pero en la traducción brasileña (São Paulo 1946), un capítulo relativo a "los actos procesales" ha reemplazado al referente al procedimiento —por nuestra parte, bajo la rúbrica "actividad procesal" habríamos considerado las dos nociones—.

²⁵ La primera edición se imprimió en Stuttgart 1919 y la segunda en la propia ciudad en 1929. Adición: Una tercera, bajo el título de *Allgemeine Prozessrechtslehre, zugleich eine systematische Schulung der zivilistischen und der kriminalistischen Praxis* (Köln, Berlín, 1951).

²⁶ Así sucede con ANGIONI, LUCCHINI, STOPPATO y, sobre todo, con FLORIAN y MANZINI.

²⁷ Véanse en ALCALÁ-ZAMORA *Derecho Procesal Penal* (en colaboración con LEVENE H.), tomo I (Buenos Aires, 1954), pp. 37-47, y con más amplitud, *Conceptos y enseñanza del Derecho procesal*.

esencial de todo el Derecho procesal, porque al proclamarla, nadie pretende sostener que el Derecho procesal penal sea, se confunda o se reabsorba en el Derecho procesal civil, sino sencillamente (un "sencillamente" que, sin embargo, ha pasado inadvertido a los partidarios del dualismo) que el Derecho procesal penal, como el civil, es ante todo y sobre todo, Derecho procesal.²⁸ Bueno será aclarar que si bien el debate se ha suscitado a propósito sólo de las dos ramas principales del proceso, la civil y la penal, no se circunscribe en rigor a ellas, y al abordarlo en Teoría general del proceso no habrá que olvidarse de esos otros procesos que han ido brotando poco a poco: el administrativo, el laboral o del trabajo (con sus dos variantes: individual y colectivo), en algunos países el constitucional,²⁹ el de menores o el agrario, sin contar con el canónico, de existencia plurisecular, ni en algunos Estados con el mercantil, que carece de substantividad y que tiende a desaparecer.³⁰

10) Otro tema también trascendental y, además, gravísimo en el plano político, es el de la posible *eliminación del proceso*, mediante una dilatación de los poderes policíacos e inquisitivos en cuanto a la justicia penal o mediante el reemplazo del proceso civil contencioso por expedientes de jurisdicción voluntaria, según propuso en Alemania Baumbach en plena orgía nacionalsocialista, sin que, por fortuna, su temeraria propuesta pasase de suscitar una polvareda doctrinal, carente de repercusión legislativa.³¹

11) Acabamos de mencionar la *jurisdicción voluntaria*. La determinación de su naturaleza, que, a nuestro parecer, no es ni jurisdicción ni voluntaria; la de sus relaciones e interferencias con el genuino proceso, o sea el contencioso, y el análisis de sus respectivos presupuestos; en fin, la de si, de acuerdo con el criterio dominante, sobre todo en el área legislativa, se circunscribe a la esfera civil o se extiende, por el contrario, como algunos pretenden, a otros campos del Derecho, todas ellas son cuestiones a dilucidar en Teoría general del proceso.³² A

²⁸ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho procesal penal*, tomo I, p. 41.

²⁹ Así, en Estados Unidos, Austria (bajo la Constitución de 1920), España (durante la vigencia de la de 1931), etc.: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales* (Madrid, 1933: reproducido en nuestros "Ensayos", pp. 503-536; véanse también en éstos las pp. 51-53, 560-565 y 609-613) y los datos y bibliografía allí citados, especialmente el libro de Franz W. JERUSALEM, *Die Staatsgerichtsbarkeit* (Tübingen, 1930).

³⁰ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *José Alberto Dos Reis y el nuevo proceso civil portugués* (sobretiro de "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", julio-septiembre de 1946), nota 1.

³¹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición y autodefensa* (México, 1947), pp. 214-216, en relación con el artículo de BAUMBACH, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit* (en "Zeitschrift der Akademie für Deutsches Rechts", 1938, pp. 583 y ss.).

³² Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria* (escrito con destino a los "Studi in onore di Enrico Redenti", anticipada su

propósito de la última, recordemos que en sus recientes *Lecciones*, todavía inconclusas, Carnelutti sustenta la tesis antes propugnada por Oetker, aunque con más restringido alcance, de que el proceso penal tiene carácter voluntario, de acuerdo con razonamientos más sugestivos que convincentes.³³

12) A la Teoría general del proceso incumben importantísimas *fijaciones conceptuales*. Por un lado la de establecer, con amplitud y puntualizaciones impropias de los cursos institucionales, *el concepto de Derecho procesal*; por otro, la de concretar *los conceptos fundamentales del proceso*. En el primer sentido, la investigación habrá de abarcar, por lo menos, cuatro extremos, a saber: noción, contenido, denominación y carácter de la disciplina, cada uno de los cuales, especialmente el segundo (contenido) y el último (carácter), comprende, a su vez, diferentes cuestiones.

13) No existe unanimidad acerca de cuáles sean los *conceptos fundamentales del proceso*. Carnelutti, por ejemplo, ha levantado sus exposiciones de Derecho procesal civil sobre la noción de litigio:³⁴ Couture, en sus *Fundamentos*, incluye la sentencia y deja fuera la jurisdicción,³⁵ Wach y Goldschmidt, tan profundamente distintos, coinciden, sin embargo, en estimar como institución clave a la cosa juzgada.³⁶ Pero a partir de una episódica observación de Chiovenda,³⁷ desenvuelta por Calamandrei³⁸ y aceptada ya por bastantes autores,³⁹ entre los

publicación en la revista mexicana "Jus", octubre de 1948, pp. 329-392). [Ahora, *supra*, Número 4].

³³ Cfr. los números 4-10 de nuestro *Prólogo* a la traducción castellana de las *Lezioni sul processo penale* del profesor italiano (Roma; cuatro vols., hasta ahora: 1946-47-49), en relación con los números 60 y 61 de las mismas. *Adición*: Mi citado *Prólogo* ocupa las pp. 1-29 del volumen I de la traducción (Buenos Aires, 1950), y los referidos números 4 a 10 se extienden desde la p. 5 a la 12.

³⁴ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Francisco Carnelutti* (en el vol. I de la traducción de su *Sistema*), pp. XIV-XV, así como los núms. 3-4 del prólogo citado en la nota anterior.

³⁵ Cfr. *Fundamentos*, pp. 149-191, en las que estudia la sentencia; en cuanto a la omisión de la jurisdicción en dicha obra, véanse las reseñas de Virgilio DOMÍNGUEZ (en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", 1942-43, pp. 635-638) y la nuestra (en "Ensayos", pp. 658-660).

³⁶ Cfr. WACH, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts* (Leipzig, 1885), pp. 3-12, y con más extensión, GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, pp. 151-227.

³⁷ Cfr. *L'azione nel sistema dei diritti*, nota 2 (en "Saggi di diritto processuale civile", vol. I, Roma, 1930, pp. 30-31).

³⁸ Cfr. *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, vol. I (2ª ed., Padova, 1943), pp. 21-22.

³⁹ Verbigracia: ARGOTE VALDÉS, *Programa de Derecho Procesal civil (Primer curso)* (La Habana, 1941), pp. 25 y ss.; PODETTI, *Teoría y Técnica del proceso civil*, (Buenos Aires, 1942). pp. 64-66, y *Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil* (sobretiro de "Revista de Derecho Procesal", 1944, I, pp. 113-170), núms. 1-3; BARTOLONI FERRO, *El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales*, cuya segunda edición (Santa

cuales figuramos,⁴⁰ se va abriendo paso la creencia de que los conceptos realmente fundamentales o básicos, de los que se derivan o con los que entroncan todos los demás son tres: la acción, la jurisdicción y el proceso, o sea la trilogía estructural del proceso, como la ha denominado Podetti.⁴¹ Cualquier otro, por muy importante que parezca —por ejemplo: la excepción, el procedimiento⁴² o la sentencia— no alcanza, ni de lejos, la categoría de aquéllos; pero, por desgracia, ninguno de los tres ha logrado la elaboración definitiva y convincente que permita alzar sobre ellos una construcción estable o estabilizada por lo menos. Esa comprobación nos llevó a decir en alguna ocasión que el Derecho procesal se apoya en un trípode desvencijado y nos indujo, en otro, a querer reflejar tal situación de incertidumbre, mediante el juego de los verbos *ser* y *estar*, en la siguiente forma: del proceso sabemos dónde está (en el Derecho procesal, por supuesto), pero no lo que es (dudas acerca de su naturaleza jurídica); de la jurisdicción, en cambio conocemos lo que es (índole de la función que cumple), pero no dónde está (si en el Derecho procesal, en el público o constitucional, en la Teoría del Estado o en la del Derecho); en fin, de la acción ignoramos con exactitud lo que es (disputa entre las doctrinas abstractas y las concretas) y dónde está (si en el Derecho substantivo o en el procesal). Como es natural, nuestras palabras no deben ser tomadas al pie de la letra, sino sólo como una forma llamativa de expresar las inseguridades doctrinales en torno a los mencionados conceptos. Para acabar de complicar las cosas, la noción de proceso se halla encuadrada por la de acción, que viene a ser su punto de partida, y por la de jurisdicción, que representa su meta, o mejor dicho, su culminación, desde la cual eventualmente desciende aquél hacia la ejecución, y por tanto, mientras no se dilucide lo que a ciencia cierta sean los conceptos situados a los extremos, acaso no se llegue a saber con exactitud lo que sea el camino que los une.⁴³

14) Desde el punto de vista de la Teoría general del proceso, el estudio de los tres susodichos conceptos habrá de abarcar la exposición de las doctrinas

Fe, 1944) lleva, precisamente, el subtítulo “Acción, jurisdicción, proceso”; SENTÍS MELLENDO, *Dos producciones de Calamandrei* (en “Revista de Derecho Procesal” argentina, 1943, II, pp. 78-80).

⁴⁰ Cfr. nuestros trabajos *Derecho procesal penal*, tomo I, pp. 12-21; *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción* (sobretiro de los “Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina” —Buenos Aires, 1946—. Ahora *supra*, *Estudio Número 7*), núm. 4, y *Proceso, autocomposición y autodefensa*, p. 99.

⁴¹ En el artículo citado en la nota 39.

⁴² Al que los procedimentalistas atribuyeron desafortunada importancia, aún habiéndose contentado con su mera *descripción*, sin haber llegado a elaborar una verdadera *teoría* del mismo (cfr. nuestra conferencia *Evolución de la doctrina procesal*, núms. 13 y 23).

⁴³ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Enseñanzas... acerca de la acción*, nota 11, y *Proceso, autocomposición y autodefensa*, pp. 99-100.

fundamentales acerca de cada uno de ellos. En cuanto al *proceso en particular*, entendemos que habrá de ser enfocado desde tres ángulos distintos, que se corresponden con el planteamiento de otras tantas cuestiones, a saber: *cómo es, qué es y para qué sirve*, o dicho de otro modo: *desarrollo, naturaleza y finalidad*. Lógicamente, el examen de la naturaleza y de la finalidad debiera haber precedido al del desarrollo; pero históricamente, ha sucedido lo contrario. El estudio del desarrollo implica la consideración del proceso como procedimiento y, correlativamente, el deslinde tajante entre esas dos nociones, con tanta frecuencia involucradas: la primera es esencialmente teleológica, mientras que la segunda es de índole formal. En otras palabras: una cosa son los *tipos de proceso*, basados en divergencias esenciales en la estructura, en la finalidad o en el contenido, y otra *las formas de procedimiento*, asentadas en diferencias ritualistas secundarias. El análisis de la naturaleza se traducirá en la exposición y crítica de las distintas doctrinas explicativas de la misma, desde las viejas concepciones privatistas del proceso como contrato o cuasicontrato, a las más modernas publicistas. Por último, el examen de la finalidad presenta como cuestión previa a despejar la de si el proceso es o no el único medio de resolver los litigios, o conflictos de intereses con trascendencia jurídica. Al llegar a este punto, la observación y la experiencia demuestran de consuno que, con amplitud variable según las épocas y los países, junto a la solución imparcial y altruísta del conflicto, que el proceso debe aportar, coexisten las que brindan la autodefensa, como forma parcial y egoísta, y la autocomposición, como modalidad parcial y altruísta. Entonces, la Teoría general del proceso habría de señalar, dentro de una visión sistemática, las relaciones e interferencias entre proceso, autocomposición y autodefensa e incluso descender al análisis de las dos últimas en sus líneas generales. Resuelta esa cuestión previa, habría aún que considerar la finalidad del proceso en atención a la triple misión que cumple: *jurídica* (como instrumento para la realización del derecho objetivo en caso de conflicto), *política* (como garantía del justiciable y, a fin de cuentas, de la libertad) y *social* (al contribuir a la pacífica convivencia de los habitantes de un Estado y a equilibrar sus fuerzas en la empresa de obtener justicia), y traer también a colación, para su condena, los fines anómalos a cuyo servicio se le adscribe con frecuencia *de facto*, aunque *de iure* se encuentren más o menos enérgicamente prohibidos.⁴⁴

15) Incumbe también a la Teoría general del proceso en orden a la *actividad procesal*, por un lado elaborar la *teoría del procedimiento y la del acto procesal* y, por otro, ocuparse de los *principios fundamentales* que deben inspirarla. Aunque parezca extraño, la escuela procedimentalista⁴⁵ se dejó íntegramente sin elaborar la teoría del procedimiento, contentándose con describirlo a través de

⁴⁴ Cfr. nuestro *Proceso, autocomposición y autodefensa*, pp. 223-224.

⁴⁵ Cfr. *supra* nota 42.

sus diversas manifestaciones en el país del expositor respectivo. La teoría del procedimiento, a diferencia de la explicación del mismo en los cursos institucionales, no será descriptiva: expondrá por qué una coordinación de actos desenvueltos según formas preestablecidas, siempre que éstas no rebasen el mínimo indispensable, constituye una garantía de justicia y un dique contra la arbitrariedad, y señalará las clases, modelos y sistemas de enjuiciamiento imaginables; pero faltaría a su cometido si se entretuviese en relatar cómo se tramita este o aquel juicio en particular, por mucha importancia que posea para el derecho positivo. Algo parecido habríamos de decir de la teoría del acto procesal, concebido como pieza aislada del mecanismo integrado por el procedimiento. Entre ambos conceptos, que se encuentran en la relación del eslabón con la cadena, la Teoría general del proceso tendría, además que aclarar, mediante una observación microscópica, si hay cabida para nociones intermedias, cual las de acto complejo y acto procedimiento.⁴⁶ En cuanto a los principios fundamentales, que reflejan el carácter político-procesal del enjuiciamiento o, mejor dicho, que se lo imprimen, la Teoría general del proceso deberá expresar su razón de ser o indicar las mejores combinaciones de ellos, de acuerdo con los diversos tipos de proceso.⁴⁷

16) Misión de la Teoría general del proceso es también la de suministrar *orientaciones metodológicas y didácticas* para la mejor enseñanza y estudio del Derecho Procesal: sistemática de los programas, método expositivo, fraccionamiento de la disciplina en ramas, tiempo que debe consagrarse a cada una, organización del aprendizaje práctico del proceso, formación y reclutamiento de los procesalistas, etc. Aspectos capitales todos ellos, de los que en definitiva depende el fracaso o el éxito, y que, sin embargo, muchos docentes descuidan por completo. ¡Cuántos profesores hay que no prestan la menor atención al programa, con olvido de que el mismo significa, por de pronto, la columna vertebral del curso, y para el futuro, el índice de ese Tratado que todo verdadero investigador sueña con publicar algún día! ¡Y cuántos profesores también llegan, no a fin de año, sino a la jubilación en la cátedra sin haber escrito un artículo de revista, ni dirigido una sesión de casos prácticos, ni haber suscitado entre los alumnos que pasaron por sus manos una sola vocación de discípulo!

17) *Las fuentes del Derecho Procesal*, en doble sentido de norma jurídica y de bibliografía, son otro de los temas de Teoría general del proceso. Al estudio de la norma procesal consagró Wach páginas definitivas,⁴⁸ y salvó así un vacío

⁴⁶ Acerca de esta cuestión cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 428.

⁴⁷ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho procesal penal*, tomo II, pp. 208-216; *Proceso, autocomposición y autodefensa*, pp. 217-218, y *Principios técnicos y políticos de una reforma procesal* (conferencia dada en Tegucigalpa el 25-IV-1949), núms. 20-37. [Ahora, *infra*, Estudio Número 15].

⁴⁸ Cfr. las pp. 185-305 de su *Handbuch*.

expositivo que antes e incluso después de él se observa con mucha frecuencia en las obras generales de nuestra disciplina. Una sucinta información acerca de la bibliografía fundamental (tratados más importantes y accesibles, media docena de monografías de excepcional relieve), puede y debe facilitarse en los cursos institucionales: pero la evolución del pensamiento procesal y el señalamiento de sus principales escuelas y tendencias,⁴⁹ corresponden de lleno a la Teoría general del proceso, dentro de una orientación crítica y no como árido repertorio de títulos y fechas.

18) Aun cuando los preceptos que la encuadran sean, en buena parte —no en su totalidad—, de Derecho Administrativo, ciertos aspectos de la *organización judicial*, tan indisolublemente ligada con el enjuiciamiento, han de ser analizados en Teoría general del proceso. ¿Cuáles? Entendemos que estos dos: las bases en que haya de asentarse y los principios que deban inspirarla para su más eficaz rendimiento, con abstracción del desarrollo concreto (planta y distribución de tribunales: régimen de ingreso, ascensos y traslados: sistema de retribución, etc.) que reciban en un determinado ordenamiento vigente. Entre esas bases y principios, el de la independencia jurisdiccional, objeto de tantas declaraciones solemnes y de tantas violaciones flagrantes, habrá de merecer especial atención y examinársele en la doble dirección en que se manifiesta, es decir, a la vez respecto de la función y del funcionario judiciales. Dentro de la organización judicial en sentido amplio, habría que considerar asimismo las cuestiones esenciales relacionadas con la intervención del ministerio público y de los abogados en el proceso. Acerca del ministerio público, dos principales preguntas: en nombre de qué o de quién actúa en el proceso, y si al hacerlo se comporta o no como parte. En orden a la abogacía, cuya enorme trascendencia no cabe en manera alguna inferir de los códigos procesales, que sólo incidentalmente suelen referirse a ella, pero que en la vida forense, sobre todo en los países con efectiva oralidad y colegiación única, asume papel de protagonista en el proceso,⁵⁰ la teoría general habrá de mostrarnos por qué es indispensable, qué normas tácticas y éticas deben presidir su actuación y cuál sea su emplazamiento en la doctrina de los sujetos procesales.

19) En el estudio de los *sujetos procesales*, tras señalar sus diferentes categorías y clases, habrá que prestar especial atención al análisis del juzgador y de las partes. Cometido, especies, cualidades y criterios para el nombramiento, por lo que respecta al primero; razón de ser, posición procesal, capacidad, significado

⁴⁹ Véase nuestra conferencia citada en la nota 42.

⁵⁰ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Miscelánea de libros procesales*, en "Revista de Derecho Procesal" argentina, 1943, II, p. 315, y 1945, II p. 83.

en los diversos enjuiciamientos, por lo que concierne a las segundas, serían los aspectos principales a considerar en el curso de Teoría general del proceso.⁵¹

20) ¿Qué zonas de la *prueba* deben, ya que no monopolizarse, sí, desde luego, profundizarse en el curso de Teoría general del proceso, especialmente de llevarse al Doctorado? Pues todas aquellas que componen la parte general de esa materia tan vasta e importante, que ha originado verdaderos tratados en varios tomos.⁵² Puntualizando más: ante todo, como eco específico de la unidad o diversidad del derecho procesal, el problema de si la función y los caracteres esenciales de la prueba son comunes a todas las ramas del enjuiciamiento o peculiares de cada una de ellas; en segundo lugar, la cuestión concerniente a si la prueba aportada por las partes no podría ser reemplazada por una averiguación judicial *ex officio*, y, en caso afirmativo, dentro de qué límites y en qué hipótesis; por último, las consideraciones relativas a la carga, límites, división y fuerza de la prueba, a los momentos capitales de su desarrollo y, muy especialmente, a los sistemas y criterios para su apreciación.⁵³ En cambio, el examen de cada medio de prueba en particular, el de su procedimiento respectivo y el de las distintas técnicas probatorias (tan numerosas y variables, sobre todo las inherentes a la pericia), debe reservarse para los cursos institucionales o para la literatura especializada sobre la materia.

21) La *sentencia* y en mayor medida, si cabe, ese efecto suyo o, mejor dicho, de algunas, conocido por *cosa juzgada*, son conceptos que requieren también ser indagados a fondo por la Teoría general del proceso. La finalidad y clases de la sentencia; las teorías y los efectos de toda índole de la cosa juzgada, así como su alcance en los distintos órdenes del enjuiciamiento, serían los extremos que por parte de aquélla reclamarían un más detenido análisis. En relación con la sentencia, y aún más ampliamente con las resoluciones judiciales, habría asimismo

⁵¹ El número 19 se ha agregado al componer la redacción definitiva (cfr. nota *), y como consecuencia de ello, se ha corrido la numeración de los cuatro últimos.

⁵² Como los tan conocidos de BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales* (traducción española; cuatro tomitos; París, 1825); BONNIER, *Traité des preuves en droit civil et criminel* (París, 1943; traducido por CARAVANTES como *Tratado teórico y práctico de las pruebas en Derecho civil y en Derecho penal* —Madrid 1869; 5ª ed. en dos tomos 1928-29); LESSONA, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario italiano* (Florenca, 1895-99; cinco vols.; traducción de AGUILERA DE PAZ, *Teoría general de la prueba en Derecho civil*; Madrid, 1907; 3ª ed., vols. I-III, 1928-29-30, y vols. IV-V, 1942); FLORIAN, *Delle prove penali* (2 vols. Milano, 1924).

⁵³ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba* (sobre-tiro de "La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", febrero de 1945) y *A propósito de libre convicción y sana crítica* (en "Revista Jurídica de Córdoba", —Argentina—, 1948). [Ahora, en mis "Estudios de Derecho Probatorio" (Concepción, Chile, 1965), pp. 29-52 y 79-89, respectivamente].

que desenvolver la *teoría de la impugnación*, es decir, no cómo funcionan los distintos recursos, sino que a qué obedecen y cuáles son sus tipos fundamentales.

22) Hasta hace poco, los procesalistas habían prestado al llamado *proceso de ejecución* muchísima menos atención que al de conocimiento. Chiovenda, por ejemplo, no llegó a ocuparse de aquél en ninguna de sus dos exposiciones sistemáticas, y otros muchos autores lo despachaban en poco espacio al final de sus obras. Después, principalmente en Italia a partir de las *Lecciones* de Carnelutti, que le consagraron tres de sus siete volúmenes, y en libros posteriores de Satta, Liebman, Pugliatti, etc.,⁵⁴ se ha ido perfilando una teoría general del procedimiento de ejecución, aunque sin haber alcanzado todavía el grado de elaboración de la correspondiente al de conocimiento. Esa teoría tiene ante sí toda una serie de cuestiones capitales. La primera sería la de dilucidar si es correcto llamarle "proceso de ejecución" por reputarlo autónomo, como entiende Liebman, o sí, cual estimamos nosotros, debe hablarse tan solo de "ejecución procesal", por ser excepcional dicha autonomía o darse únicamente en algunos códigos: ⁵⁵ en rigor, no mediaría en ella proceso, sino procedimiento, de acuerdo con la distinción que establecimos (cfr. *supra*, núm. 14). Resuelta en uno u otro sentido esa duda, entraría en juego la de si el contraste entre la ejecución singular y la universal tiene razón de ser o si, por el contrario, no hay en él mucho de artificial y suprimible.⁵⁶ Sigamos: el concepto e índole del título ejecutivo, piedra angular de la ejecución, y sus relaciones con la doctrina de la prueba; las diferencias esenciales entre la de carácter civil, que como regla será patrimonial, y la de naturaleza penal, que casi siempre es personal; la posibilidad de erigir la ejecución en disciplina jurídica (derecho ejecutivo) distinta de la procesal;⁵⁷ los nexos de la ejecución definitiva con las medidas cautelares, etc.: he aquí

⁵⁴ A saber: CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile: processo di esecuzione*, tres vols. (Padova, 1929 y 1931); PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale* (Milano, 1935); SATTA, *L'esecuzione forzata* (Milano, 1937; 2ª ed., Torino, 1952); LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione* (2ª ed., Roma 1936) y *Processo de execução* (São Paulo, 1946); DOS REIS, *Processo de execução*, vol. I. (Coimbra, 1943).

⁵⁵ Cfr. LIEBMAN, *Execução e ação executiva* (sobretiro de "Revista Forense", Río de Janeiro, 1943), pp. 216-217, y nuestro comentario del folleto, en *Miscelánea de libros procesales* ("Revista de Derecho Procesal" argentina, 1944, II, pp. 95-96).

⁵⁶ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Aspectos y repercusiones procesales del proyecto hondureño de código de comercio* (conferencias dadas en Tegucigalpa los días 26 y 27-IV-1949), núm. 16. Adición: Publicadas en "Foro Hondureño", junio a diciembre de 1954, pp. 9-40. El código de procedimiento civil de 1946 para el Vaticano, despacha, en forma unitaria, la ejecución concursal en sólo doce artículos: 479 a 490.

⁵⁷ Cfr. Hafter, *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechtes* (Berlín, 1926), § 1, donde propugna la existencia de un *Derecho ejecutivo penal* (*Strafvollzugsrecht*), distinto, a la vez, del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal criminal.

otra tanta de cuestiones a resolver o, por lo menos, a plantear en Teoría general del proceso.

23) *Colofón.*—El cuadro que acabamos de trazar, no tiene la pretensión de ser definitivo. Como nuestro, ha de adolecer de muchísimas fallas; pero aun cuando lo hubiese diseñado mano más experta, no dejaría de presentar serias deficiencias, porque la Teoría general del proceso se encuentra aún en su infancia. Si tanto trabajo ha costado deslindar la Práctica forense y el Derecho procesal, y si la concepción romanista de la acción conserva todavía irreductibles partidarios, no esperemos que la Teoría general del proceso se abra paso de un golpe ni que su trayectoria y contenido surjan indiscutibles desde el primer momento.