

## II. POLÍTICA Y ACTIVIDAD PROCESALES. SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO

<b>16) PREOCUPACIONES Y DIRECTIVAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO .....</b>	<b>113</b>
<b>A) Propósito y punto de partida .....</b>	<b>113</b>
<b>B) Preocupaciones y directivas de índole política .....</b>	<b>115</b>
<b>C) Preocupaciones y directivas de técnica legislativa .....</b>	<b>129</b>
<b>D) Preocupaciones y directivas de carácter didáctico .....</b>	<b>130</b>
<b>E) Preocupaciones y directivas de orden doctrinal .....</b>	<b>132</b>
<b>F) Palabras finales .....</b>	<b>136</b>

## PREOCUPACIONES Y DIRECTIVAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO \*

*A) Propósito y punto de partida. B) Preocupaciones y directivas de índole política. C) Preocupaciones y directivas de técnica legislativa. D) Preocupaciones y directivas de carácter didáctico. E) Preocupaciones y directivas de orden doctrinal. F) Palabras finales.*

1) *A) Propósito y punto de partida.* Como el título expresa, aspiramos, en el tiempo de una conferencia, a brindar un resumen o panorama de los trazos que imprimen carácter al derecho procesal contemporáneo y que, de rechazo, sirven para diferenciarlo del de épocas más alejadas. Y el primer paso a dar tiene que consistir en la determinación cronológica del punto de partida, o sea del momento a contar del cual se puede hablar de derecho procesal contemporáneo. Recordaré a tal fin, que en más de una ocasión<sup>1</sup> he dividido la evolución de la doctrina procesal en cuatro escuelas o tendencias, además de un periodo primitivo, que se pierde, por un lado, en la noche de los tiempos y que alcanza, por otro, hasta el siglo xi de nuestra era. Pues bien: de esas cuatro escuelas, las dos primeras, a saber, la judicialista y la de los prácticos, que en conjunto abarcan desde fines del siglo xi a los comienzos del xix, quedan

\* Conferencia dada en el teatro de la Universidad Central de Venezuela (Caracas), el 25 de octubre de 1950; repetida el 29 de agosto de 1951 a los alumnos de la "Generación 1950" de la Facultad de Derecho de México. Publicada en el "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", núm. 13, enero-abril de 1952, pp. 3-28. Proviene, en parte, de precedentes trabajos míos: así, los números 5, 8 y 9 proceden, en mayor o menor medida, de *Principios técnicos y políticos de una reforma procesal* (Tegucigalpa, 1950; *supra*, *Estudio Número 15*, núms. 4, 25 y 26); el número 11, de *Proceso, autocomposición y auto-defensa* (México, 1947; 2ª ed., 1970), núm. 126; el número 34, de las notas 17 y 36 de mi reseña del libro de COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, 1942), en "Jurisprudencia Argentina" de 1º de noviembre de 1942, y después en mis "Ensayos de Derecho Procesal (Buenos Aires, 1944, pp. 651-68), pp. 656-7 y 663. La totalidad de las notas, casi todas para puntualizar alusiones, las he redactado en agosto de 1972.

<sup>1</sup> Cfr. mi *Adición al número 1-b del "Sistema" de Carnelutti* (Buenos Aires, 1944), tomo I, pp. 6-9.

por completo fuera de nuestro tema, mientras que las otras dos —es decir, la procedimentalista y la del procesalismo científico— lo cubren por entero. Pero cuando nos referimos al derecho procesal contemporáneo, no pensamos en él tan sólo como literatura o teoría, sino asimismo como cuadro institucional o legislativo, y entonces, junto al arranque rigurosamente científico, que no se puede situar más allá de Bülow (1868) o, a lo sumo, de la famosa polémica entre Windscheid y Muther acerca de la acción (1856), hay que considerar el de tipo político, que se liga íntimamente con la Revolución francesa. Más brevemente: por derecho procesal contemporáneo entendemos, en la doble dirección legislativa y doctrinal, el que se desenvuelve desde la Revolución francesa a nuestros días.

2) Antes de seguir adelante, bueno será aclarar que no todas las preocupaciones y directivas a que vamos a referirnos brotan durante la etapa en cuestión ni permanecen invariables a lo largo de la misma: no pocas cuentan con antecedentes —próximos unos y remotos otros— antes de la Revolución francesa, y varias más han experimentado fluctuaciones e inclusive cambios radicales desde dicho acontecimiento hasta la fecha; pero ello no es obstáculo para que de su combinación emane un derecho procesal contemporáneo con rasgos propios e inconfundibles, en gran parte comunes, aunque la dosificación de los diversos ingredientes esté luego sujeta a diferencias o peculiaridades nacionales.

3) En otro sentido, tras la delimitación cronológica procede que efectuemos el deslinde espacial, porque, naturalmente, no vamos a ocuparnos de todas las naciones y pueblos del planeta, sino tan solo de los pertenecientes al ámbito de la decantada civilización occidental o, si lo preferimos, europeo-americana, entendida la caracterización con alcance cultural más que geográfico, para poder incluir en ella, a países como Australia, Nueva Zelanda o Unión Sudafricana. Ahora bien: en ese mundo occidental rigen actualmente tres grandes sistemas jurídicos distintos: el llamado continental europeo y también romano, el anglosajón y el soviético. Prescindiendo de la inadecuada denominación del primero (puesto que mientras se extiende a gran parte de América, el oriente europeo le está hoy sustraído y, además, las instituciones romanas se han mezclado en él con los de otras procedencias, sobre todo germánicas), es a él al que casi exclusivamente prestaremos atención, y ello por tres razones capitales: a) imposibilidad de brindar en una hora una descripción sucesiva o un cuadro comparativo de los tres; b) hallarse los pueblos hispánicos incluidos en su área, y c) haberse producido dentro de él la inmensa mayoría de las transformaciones legislativas y doctrinales propias del derecho procesal contemporáneo, mientras que los rasgos del sistema anglosajón son, en lo esencial, anteriores a la Revolución francesa y muy posteriores, por el contrario, los del sistema soviético, sin contar con que desde el punto de vista de la literatura

o pensamiento procesal, representa poquísimos, en los linderos con la nada, la aportación científica de estos dos últimos sistemas, cuando se la enfrenta con la de aquél, especialmente con la de Alemania e Italia.

4) Sin darle a los calificativos un valor absoluto, sino meramente indicativo, esas preocupaciones y directivas podríamos agruparlas en los siguientes sectores: *político, técnico, legislativo, didáctico y doctrinal*, y de acuerdo con ellos desenvolveremos la materia.

5) *B) Preocupaciones y directivas de índole política.* Concebida, por supuesto, la palabra "Política" en su más elevada acepción y en manera alguna como sinónima de maniobras o intrigas de tipo partidista. Por *Política procesal* debe, pues, entenderse el conjunto de principios y orientaciones fundamentales que definen el carácter de un determinado enjuiciamiento, civil o penal, presente o pretérito, nacional o extranjero. A ellos contraponemos los principios de técnica legislativa, que, como en otra ocasión dijimos,<sup>2</sup> se encuentran con los de naturaleza política, en relación similar a la del cuerpo con el alma, o bien, añadimos ahora, a la de la forma con el fondo.

6) Hecha la puntualización precedente, veamos ya cuáles son los principales cambios que en la Política procesal, se operan a partir de la Revolución francesa. Acaso el primero, tanto en el orden del tiempo como en el de la importancia, sea la *desvinculación del poder jurisdiccional respecto del monarca*. Si históricamente reyes y emperadores no sólo fueron fuente u origen de la jurisdicción, hasta el punto de que el Fuero Viejo de Castilla, en su título I, ley 1<sup>a</sup>, enumeraba a la cabeza de los derechos del monarca el de administrar justicia (al que agregaba los de moneda, fonsadera y sus yantares), sino que la ejercieron personalmente en ciertos asuntos o casos; si en virtud de avocación o de recurso (por ejemplo: la por ello denominada apelación al rey, de fueros municipales españoles, como el de Cuenca, siglo XII: véase *infra*, *Estudio Número 23*, núms. 100-3), llegaron a decir la última palabra judicial; si el vocablo "Corte" poseyó y aún conserva la doble acepción de residencia regia y de alto tribunal, reveladora de la estrecha ligazón que tuvieron; si en Francia se evoca con nostalgia la estampa de Luis XI en funciones de juez al pie de una encina: si el teatro clásico español (Lope y Calderón, sobre todo) nos ha legado figuras magistrales de reyes justicieros, y si el efecto devolutivo de las impugnaciones se liga, en su significado originario, con la restitución al soberano de la potestad jurisdicente por él delegada a los juzgadores de instancia, todo ese panorama varía cuando se pasa del estado absoluto al constitucional. Y no ya en las Repúblicas, sino en las Monarquías constitucionales, donde la justicia

<sup>2</sup> Véase *Principios técnicos y políticos*, cit.

se administra *en nombre del rey* (fórmula a la vez de recuerdo y de respeto) pero no *por el rey*. A éste se le suele reservar en las mismas, y aun ello de manera nominal o mediatizada, el ejercicio de la gracia y la resolución de ciertos conflictos de poderes. El rey reina, pero no gobierna, se dice de las monarquías constitucionales, y pudiera agregarse: ni legisla, ni juzga. Esa desvinculación que, claro está, en las Repúblicas parlamentarias tendríamos que referir a su Presidente, se relaciona, y, sin duda, fue secuela suya, con la famosa doctrina de la división de poderes que Montesquieu difundió con su *Espíritu de las Leyes* a partir de 1748; pero no deben identificarse, como lo prueba la circunstancia de que la primera se manifieste, inclusive, en países que de hecho o de derecho desconocen la independencia del poder judicial. Más aún: ni siquiera los regímenes totalitarios (por ejemplo, la Alemania nazi bajo el *Führerprinzip* o la España franquista con el juramento de adhesión incondicional de los jueces hacia el caudillo),<sup>3</sup> se han atrevido a retroceder hasta la vinculación personal de la justicia, y se contentan con tener a los tribunales en el puño del Ejecutivo o con montar jurisdicciones de excepción.

7) Desligada la jurisdicción de la persona del monarca, nada más lógico que a la vez desapareciesen los otros detentadores de potestad jurisdicente y así, verbigracia, en España se abolen en 1811 los señoríos jurisdiccionales, de cualquier clase y condición que fuesen. La jurisdicción contemporánea queda, en definitiva, como un atributo de la soberanía, monopolizada por el Estado, sin que constituyan excepción a esta regla ni el arbitraje ni el reconocimiento de efectos civiles a ciertas sentencias eclesiásticas acordado por países como Italia y España, ya que en ambos casos se trata de concesiones o tolerancias del propio Estado, sin cuyo consentimiento o aceptación carecerían por completo de eficacia jurídica. Además, en el arbitraje procede diferenciar la institución, que es obra del Estado mediante la ley que lo implante y regule, y el nombramiento de los jueces, que suele provenir (aunque no siempre) de los litigantes: de no existir aquélla, los árbitros sólo podrían desempeñar papel de mediadores; su laudo no sería una sentencia, sino una propuesta, y no se hallarían *supra*, sino *infra partes*.

8) *Independencia de la función judicial y correlativamente de los funcionarios que la desempeñan*, son otras dos destacadas preocupaciones del derecho procesal contemporáneo. Por desgracia, el logro de esa doble garantía constituye en casi todas partes una aspiración todavía, pese a las solemnes declaraciones que acerca de ellas y de la separación de poderes se consagran en Constituciones y leyes de organización judicial. Se da así el caso singular de que el país con mayor independencia judicial sea, sin duda, Inglaterra, donde pese a la ex-

<sup>3</sup> Cfr. art. 1º del decreto de 16 de febrero de 1938.

posición de Montesquieu, dista mucho de realizarse la famosa división de poderes, y en la que la figura del Lord Canciller, engastado a un tiempo en el Ejecutivo, en el Legislativo y en el Judicial, representa la más rotunda negación de la misma. En cambio, esa independencia falta por completo en Estados cuyas Constituciones hablan con énfasis de Poder Judicial, pero que al poner en manos del Ejecutivo, en forma directa o indirecta, el nombramiento y la remoción de los jueces, coloca a éstos, por el doble juego de la gratitud y del temor, si no en plano de dependencia ciega, sí por lo menos en el de libertad coartada. La independencia de la función judicial, entendida en el sentido de que, al juzgar, el juzgador sólo esté sometido a la norma aplicable al caso controvertido, suscita dos serias dudas o dificultades, que preocuparon y siguen preocupando al derecho procesal contemporáneo, especialmente sensible a estas cuestiones: una, la de que aquella (ley, por lo general) pugne con la conciencia del funcionario encargado de aplicarla, y la otra, la de si es compatible con la unidad jurisprudencial y con el régimen de un tribunal de casación (o equivalente: amparo en México) que la realice y la defienda. En caso de conflicto entre norma y conciencia (por ejemplo: juez antidivorcista o enemigo de la pena de muerte), sólo la abstención, de hallarse autorizada por tal causa y no ser pretexto para eludir asuntos enojosos, podrá evitar el fallo contra la propia convicción o, por el contrario, la prevaricación manifiesta. En cuanto a la otra hipótesis, si el juez sólo está sometido a la ley y a su conciencia, nada le obliga a acatar la jurisprudencia suprema, y para alcanzar ésta, si aquél se aparta de ella, habrá que acudir a la vía impugnativa; si, por el contrario, ha de fallar según las pautas del tribunal de casación, su independencia quedará cercenada y, además, se correrá el riesgo de una paulatina deformación (y aun sustitución) de la voluntad legislativa por la voluntad jurisprudencial. <sup>3 bis</sup>

9) La *independencia del funcionamiento* es, por su parte, la resultante de un conjunto de circunstancias. En primer término, y por encima de cualquier otra consideración, de cualidades de moralidad y carácter, sin que las primeras basten por sí solas, ya que, por desgracia son innumerables las personas *buenísimas*, carentes por completo de energía. En segundo lugar, sobre la independencia del funcionario influye decisivamente el ambiente de libertad y de respeto en que se desenvuelva. Naturalmente, el juez íntegro sabrá mostrarse independiente aun en los trances más difíciles, y buen ejemplo de ello lo es en la literatura española el admirable drama de Lope de Vega, *La Estrella de Sevilla*,<sup>4</sup> pero como las previsiones no deben hacerse pensando en el juzgador

<sup>3 bis</sup> Véase ALCALÁ-ZAMORA, *Miscelánea de libros procesales*, en "Revista de Derecho Procesal" argentina, 1943, II, pp. 196-7.

<sup>4</sup> Cfr. mis *Estampas procesales de la literatura española* (Buenos Aires, 1961), núms. 24-28.

ideal —que habría de ser una síntesis de sabio, santo y héroe—, sino en el funcionario común y corriente, hay que proteger su independencia mediante toda una serie de garantías, objeto todas ellas de preferente atención por el derecho procesal orgánico (en contraste con el funcional) de nuestra época. Medidas de diferente índole tienden a lograr ese resultado: en primer término, las reglas para el nombramiento de los jueces, que aspiran mediante la mejor ordenación de oposiciones y concursos a eliminar los peligros de la libre designación o los de ésta sólo condicionada a requisitos habilitantes fáciles de cubrir (título o edad mínima); en segundo lugar, prescripciones de tipo económico en cuanto a sueldo, ascensos, jubilación, etcétera, que pongan al juez y a los suyos a cubierto de inquietudes materiales y le permitan resistir sin heroísmo las tentaciones corrosivas del dinero; añadamos las sanciones penales que castiguen con severidad los delitos de captación o de coacción que contra el juzgador se cometan, ya por los justiciables, ya por los titulares de los otros poderes del Estado, principalmente del Ejecutivo; por último, la independencia del funcionario judicial se liga íntimamente con la mayor o menor estabilidad en el desempeño del cargo, y de ahí la importancia que posee la *inamovilidad*, al protegerle contra destituciones, suspensiones, traslados o jubilaciones ilegales o arbitrarias. Sin embargo, en algunos países, como México, la inamovilidad ha sido combatida a veces, atribuyéndole, en virtud de una manifiesta confusión de la causa con los efectos, los males de su administración de justicia, susceptibles de ser corregidos sin tocar a aquélla y sin sumir a los jueces de nuevo en la situación de incertidumbre y de amenaza que su desaparición implicaría.

10) Reverso y complemento de la independencia es la exigencia de *responsabilidad al funcionario* que conculque los deberes del cargo en la triple dirección disciplinaria, civil y penal. Pero la imposición de las correspondientes sanciones, o mejor dicho: de las de naturaleza civil y penal (puesto que las de índole disciplinaria tendrían que seguir aplicándose en vía jerárquica por los superiores del presunto infractor), suscita toda una serie de delicadísimos problemas. La fórmula del juicio político, encierra la peligrosa ingerencia de los otros poderes del Estado en la administración de justicia; y cuando se circunscribe a la privación de la investidura judicial, para dejar libre el camino al posterior proceso ordinario, ofrece el riesgo del prejuzgamiento y, por tanto, de la contradicción e implica, además, una duplicidad de trámite. Encomendar a la propia judicatura, con o sin la criba de un antejuicio, que frene el despacho de los litigantes vencidos, el castigo de sus propios miembros, tropieza, en pro o en contra, con los inconvenientes del espíritu de cuerpo y suscita el temor de los abogados en ejercicio, que incluso frente a los más evidentes atropellos no se atreven a promover acciones de responsabilidad judicial, recelosos para el futuro de malquistarse con la corporación de juzgadores. En

este punto, la Constitución republicana española de 1931 marcó un rumbo acertado, el encomendar esa tarea, por una parte, a una jurisdicción totalmente desligada de la ordinaria, o sea a la del Tribunal de Garantías, y, por otra al Tribunal Supremo, mas con intervención de un Jurado Especial, cuya composición no tuvo la ley fundamental la precaución de establecer, y el loable propósito constitucional quedó luego lastimosamente desnaturalizado por el texto de 13 de junio de 1936 que lo desarrolló.<sup>5</sup>

II) Otra característica del derecho procesal contemporáneo, ya destacada por nosotros en nuestro libro *Proceso, autocomposición y autodefensa (supra, nota \*)* es su progresiva expansión en tres direcciones distintas: *a)* en la de una batalla sin cuartel para reducir la autodefensa; *b)* en la de someter a intervención jurisdiccional, litigios y conflictos que hasta época reciente le estuvieron sustraídos, y *c)* en la de poner término a la subsistencia de poderes o magistraturas irresponsables. En efecto, dentro del derecho romano no hay más que proceso civil y proceso penal; aún es mayor la indistinción (o indiscriminación, como dice López Ortiz,<sup>6</sup> en el primitivo derecho germánico. donde en realidad se mezclan y confunden; pero en todo caso, durante siglos y más siglos son ellos las dos únicas manifestaciones procesales. Compárese ese cuadro con la formidable difusión del enjuiciamiento a partir de la Revolución francesa. Prescindiendo del proceso mercantil, que carece de substantividad y que tiende a extinguirse, anotaremos: *aparición de la justicia administrativa*, que empieza siendo retenida, para pasar luego a delegada o incluso a plenamente judicial, y que de la revisión de los actos reglados acaba extendiéndose a los discrecionales, cuando medie abuso, exceso o desviación de poder; *nacimiento del proceso laboral o del trabajo*, que al principio se contenta con solventar los litigios individuales y que desde hace años tiende a encauzar también los colectivos; *surgimiento de un proceso constitucional*, con antecedentes, por un lado, en la declaración judicial de ilegalidad de los *reglamentos* (que implica, además, una nueva ampliación procesal) y por otro, en la declaración de inconstitucionalidad de los Estados Unidos y de otros varios países americanos y en el recurso de amparo mexicano, bien entendido que, como ha demostrado Jerusalem, el derecho norteamericano desconoce la idea de una jurisdicción constitucional *stricto sensu*, que brota en la Constitución austriaca de 1920, inspirada por Kelsen, y que trascendió a otros países, como España en 1931; unida a ella en unos sitios y separada en otros, encontramos la *jurisdicción electoral*, que Repúblicas como Checoslovaquia (antes de quedar

<sup>5</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *La justicia, según la Constitución española de 1931 y sus leyes complementarias*, en "Ensayos", cit. (pp. 547-89), pp. 580-4.

<sup>6</sup> Cfr. su artículo *El proceso de los reinos cristianos de nuestra reconquista antes de la recepción romano-canónica*, en "Anuario de Historia del Derecho Español", tomo XIV (Madrid, 1942-3; pp. 184-226), p. 185.



sovietizada) y Cuba [antes de Fidel Castro] han sustraído a las Cámaras, para encomendarla a verdaderos tribunales. Sin computar en la lista el proceso canónico, porque es un conjunto de normas procesales pertenecientes a diferentes ramas (civil, penal, jurisdicción administrativa y voluntaria) y que, además, alcanza su esplendor en la Edad Media, mencionaremos todavía el *enjuiciamiento especial de los menores*, con gloriosos antecedentes en España, pero que con sus rasgos actuales arranca del tribunal establecido con el condado de Cook (Chicago), en 1899; junto a él, como rama perteneciente asimismo al que Dorado Montero llamó derecho penal preventivo, destaquemos el sometimiento a proceso, y no a meras medidas policiales o gubernativas, del *estado peligroso sin delito*, terreno éste en el que España con su ley relativa y vagos y maleantes de 1933, obra de los profesores Jiménez de Asía y Ruiz Funes, se adelanta a las demás naciones, y su ejemplo ha sido seguido luego en Venezuela, Uruguay y Paraguay, existiendo, además, proyectos pendientes de aprobación en Argentina y Chile.<sup>7</sup> Prosigamos: aparte del esbozo de un *derecho procesal agrario*,<sup>8</sup> con rasgos que lo aproximan al laboral, y de manifestaciones de menor importancia (extensión del proceso a litigios entre productores de materias primas y fabricantes: reemplazo del consejo de familia por el juez tutelar o pupilar, como en Italia o México; difusión del juicio contumacial penal; erección de tribunales de conflictos, como el francés de 1872, para dilucidar los que surjan entre los diferentes poderes del Estado; generalización de la acción declarativa con una finalidad en el fondo preventiva, cual acontece con especial frecuencia en Estados Unidos, una vez disipadas las dudas que su admisión originó, etcétera), tenemos el *proceso internacional* —no los meros convenios de conciliación (pertenecientes a la esfera de la jurisdicción voluntaria)—, que tuvo una primera realización en el Tribunal Centroamericano instituido por la Conferencia de Washington de 1909, luego una segunda y más amplia en el Tribunal Permanente de la La Haya de 1920, o en el previsto por la Carta de las Naciones Unidas de 1945, sin contar con proyectos y propuestas para instituir tribunales internacionales de derecho privado y de derecho penal, a fin de que conozcan de litigios que rebasen el área jurisdiccional de un solo Estado, ni de los establecidos al término de la segunda contienda mundial para juzgar a los criminales de guerra alemanes y japoneses conforme a directivas que, a nuestro entender, son jurídicamente insostenible, sin que el proclamarlo disminuya en un ápice nuestra más enérgica repulsa hacia las atrocidades que aquéllos cometieron; pero el castigo por los vencedores de unos vencidos atados de pies y manos, jamás

<sup>7</sup> Véase mi artículo *El sistema procesal de la ley relativa a vagos y maleantes*, texto completo en "Ensayos", cit., pp. 175-234.

<sup>8</sup> Véase mi comunicación *Delimitación del proceso agrario: litigio, jurisdicción procedimiento*, en "Atti della Seconda Assemblea: Firenze 30 settembre - 4 ottobre 1963" del "Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato" (Milano, 1964), pp. 431-62.

se podrá presentar como justicia, aunque revista formas procesales, sino como venganza.<sup>9</sup> La generalización de *convenios de asistencia jurídica internacional* debemos asimismo cargarla en la cuenta del movimiento expansivo del proceso, ya que merced a ella es posible en muchos casos que sus fines lleguen a realizarse. Al mismo tiempo, la desaparición del absolutismo —aunque su sucedáneo el totalitarismo acaso ofrezca mayores peligros e inconvenientes— ha hecho que repugne a la conciencia contemporánea la existencia de *poderes o magistraturas irresponsables*, que sólo subsisten en las cada vez menos numerosas monarquías constitucionales, donde el rey es sagrado e inviolable; en los demás regímenes, se conocen restricciones funcionales relativas al ejercicio de la jurisdicción (inviolabilidad e inmunidad parlamentarias) y también un procedimiento especial para el enjuiciamiento de determinadas autoridades y funcionarios, pero comenzando por el Jefe del Estado, nadie está sustraído, al menos en principio, de manera plena a la jurisdicción. Sólo España, donde los Estatutos de Falange declaran que el caudillo únicamente responde ante Dios y ante la historia, constituye una pública, destacada y regresiva excepción a la regla. En definitiva, desde la reclamación de unos centavos, hasta los conflictos internacionales, o desde una contravención insignificante, a la traición del Presidente de la República (como en el artículo 108 de la Constitución mexicana), el proceso contemporáneo aspira a salvaguardar todo el ámbito del derecho contra cualquier transgresión de que sea objeto.

12) La expansión que a grandes trazos acabamos de bosquejar, tiene en particulares aspectos antecedentes anteriores a la Revolución francesa, pero faltos del relieve y continuidad que alcanzan después de ella. Esa dilatación, por otra parte, trasciende, como luego veremos, al campo docente y doctrinal, haciendo nacer la necesidad de una teoría general del proceso. Añadamos aún que en la lista de zonas conquistadas por el derecho procesal contemporáneo hemos dejado de mencionar tres territorios: a) los seudos tribunales de honor, porque mientras no varíe su composición y procedimiento, hasta convertirse en una auténtica jurisdicción ética, no serán más que la válvula de escape de las malas pasiones o de los prejuicios de cada profesión o cuerpo, y en el fondo no pasarán de ser formas procesalizadas de autodefensa; b) los tribunales extraordinarios que se implanten para hacer frente a situaciones imprevistas, como las motivadas por guerras, terremotos, rebeliones, etcétera, por su carácter anormal y esencialmente transitorio, y c) los llamados tribunales de excepción de los Estados totalitarios, dedicados a la defensa de ultranza del régimen y a la persecución rencorosa de sus adversarios políticos, porque de tribunales, sólo tienen el nombre y la apariencia, pero no la finalidad ni el contenido.

<sup>9</sup> Véase *infra*, Estudio Número 28.

13) Veamos ahora otro aspecto: la tendencia a *democratizar la justicia*, aunque varias de las fórmulas a tal fin ideadas hayan dado resultados deplorables. Pero no adelantemos críticas, sin antes mencionar las manifestaciones que reviste. Merecedora de todos los elogios y, a fin de cuentas, expresión del principio de igualdad ante la ley es la norma que permite el acceso a las profesiones judiciales a cuantos posean las condiciones mínimas habilitantes (edad, título, conducta, etcétera), para el desempeño de las mismas, que ya no son oficios enajenables, como tampoco reductos acotados para ciertos sectores. Y cuando ese precepto se combina con una adecuada regulación de oposiciones o concursos, que garantice el triunfo en buena lid de los mejores, entonces miel sobre hojuelas, como suele decirse. Pro y contra ofrece, en cambio, por lo menos en países de economía capitalista, la llamada *justicia gratuita*, que priva al Estado de los ingresos que por razón de papel sellado, arancel o tributo judicial habrían de pagar los litigantes procesalmente ricos y que, además, fomenta el espíritu de litigiosidad. Una buena y bien escalonada ordenación del patrocinio gratuito, que se extienda, en la medida necesaria, a cuantos no puedan sufragar total o parcialmente los gastos procesales, parece solución preferible a la de la justicia gratuita, que, sin embargo, varias Constituciones (México, Cuba, etcétera) [antes del castrismo] instauran.

14) En el catálogo de instituciones que aspiran a la democratización de la justicia y que se propagan durante el periodo que estudiamos, encontramos tres a las que el balance resulta sobremanera adverso: *el jurado*, *la elección popular aplicada a la provisión de cargos judiciales* y la llamada *libertad de defensa*.

El *Jurado*, al que se la han señalado antecedentes muy remotos, (en Grecia, Roma, legislación visigoda, etcétera) dista mucho de ser, en su derivación más directa y persistente, o sea la inglesa, una jurisdicción de origen democrático, y menos aún lo es, si la divisoria entre autoritarismo y libertad la colocamos entre los verbos *vencer* y *convencer*, por su manera de actuar, puesto que el veredicto carece de fundamentación. La experiencia, además, le resulta muy duramente desfavorable fuera del clima inglés, e incluso en él se salva más por la acción de factores circundantes (labor encauzadora del juez, prestigio de la policía, seriedad de la abogacía, vigilancia de la opinión pública, etcétera), que por sus propios méritos, y falta por demostrar si iguales o mejores frutos no se conseguirían en la propia Inglaterra mediante tribunales de juristas sin legos. La cuestión del Jurado se ha oscurecido al convertirse en materia de debate político, y los elementos de izquierda han consumido en su defensa unas energías que habrían reportado mayores beneficios al servicio de otra cualquier causa, aunque bueno será recordar que la crítica más dura de la institución se debe a Ferri, por los tiempos en que era socialista, y que cuando en España dos profesores izquierdistas, Jiménez de Asúa y Ruiz Funes, redactan la ley de vagos de que antes hablamos, la ponen a cubierto de las

pecadoras manos del Jurado. En todo caso, con su inmensa carga de fracasos y de vicios encima, la difusión del Jurado, que durante siglos estuvo recluido en Inglaterra, pertenece de lleno al derecho procesal contemporáneo.

15) *La elección popular para la designación de jueces*, que se conoció en Roma, bien que dentro de límites restringidos y con caracteres muy especiales, resurge con la Revolución francesa y se ha utilizado luego en algunos países, con más o menos amplitud y con resultados, salvo en Suiza, sencillamente desastrosos, singularmente en Estados Unidos, donde acaso sea, como piensa Né-rincx, la causa principal de su corrompida justicia.<sup>10</sup> Se creyó en Norteamérica que aceptado el principio de la división de poderes, y siendo en ella fruto de la elección popular tanto el Legislativo como el Ejecutivo, la consecuencia exigía que lo fuese también el Judicial. El argumento obtuvo éxito, y hacia 1848 la mayoría de los Estados de la Unión acudían al sufragio para el nombramiento de sus jueces: después, ante la adversa experiencia, decrece el entusiasmo, y a partir de 1870 se da marcha atrás. En cuanto al relativo éxito suizo, obedece a peculiaridades nacionales no trasplantables a otros medios (tradicción democrática, régimen de sus micro-Estados cantones, elevado nivel medio de cultura, etcétera), y, sobre todo, a que la crecida cifra de juristas con que cuentan cantones como el de Tesino y algunos otros, permite, según revela Heusler, no sólo que en los mismos la elección de circunscriba a ellos —aparte de que los puestos de mayor jerarquía suelen sustraerse al voto popular—, sino incluso proveer en esa forma tribunales colegiados de composición numerosa.<sup>11</sup> Aun así, como antes en el caso del Jurado en Inglaterra, falta por demostrar si la justicia cantonal suiza no sería mejor designada de otro modo; y por de pronto, los tribunales federales no son de nombramiento electoral. En efecto, el sufragio, que no puede ser sino una manifestación de voluntad, carece de virtudes para dotar al funcionario electo de las condiciones indispensables para administrar justicia: inteligencia, moralidad, cultura, sentimiento de lo justo y conocimiento de derecho.<sup>12</sup>

16) *La libertad de defensa*, a tenor de la cual el litigante puede informar por sí mismo ante los tribunales o designar con tal fin a cualquier persona con mera capacidad de obrar, aunque no sea abogado, comienza por representar

<sup>10</sup> Véase su obra *L'organisation judiciaire aux États Unis* (París, 1909).

<sup>11</sup> Cfr. su libro *Der Zivilprozess der Schweiz* (Mannheim, Berlín, Leipzig, 1923), pp. 1-4. Por error, ahora subsanado, el pasaje rectificado del texto decía: "... a la crecida cifra de juristas con que cuenta el país, que permite, según revela Heusler, no sólo que *de facto* la elección se circunscriba a ellos, sino incluso proveer en esa forma tribunales colegiados de composición numerosa" (núm. 15, p. 14).

<sup>12</sup> Véase mi artículo *Un grave problema judicial y político: la justicia municipal*, en "Revista de los Tribunales y de Legislación Universal" de 14 de mayo de 1932 y luego en mis "Estudios de Derecho Procesal" (Madrid, 1934; pp. 67-78), p. 69.

una regresión histórica, puesto que la evolución ha ido, como se advierte, por ejemplo, en Grecia y Roma, desde la autodefensa física a la defensa mediante abogado, a través de la autodefensa jurídica, que significa, por tanto, etapa intermedia o de tránsito y no meta. Pese a ello, la Revolución francesa, como luego la rusa en sus primeros tiempos, el comunismo húngaro bajo Bela-Kun, y algún otro intento más efímero, no vacilaron en suprimir la abogacía, que al cabo de más o menos tiempo resurgía, porque el lugar de los verdaderos abogados se vio invadido por una plaga de intrusos sin preparación y sin escrúpulos, a los que, por ejemplo, en Francia, se dio el despectivo título de abogados de presidio... , porque merecían estar tras de las rejas. Aun sin llegar tan lejos, la mera libertad de defensa (y otro tanto digamos del ejercicio prematuro de la abogacía que, verbigracia, México consiente a los estudiantes de derecho —pasantes—), es contraria a la buena administración de justicia y a los propios intereses de los litigantes, perturbada aquélla y perjudicados éstos por el deficiente modo de conducir los procesos los iletrados e intrusos. Por consiguiente, exceptuados los asuntos de mínima cuantía, a causa de obvias razones económicas, la carga del patrocinio debe implantarse como obligatoria, a la vez que se cierre por completo la puerta al audaz y nefasto intrusismo forense.

17) No incluimos, en cambio, bajo el signo de la democratización de la justicia las expresiones de *demagogia judicial* que a lo largo de este periodo y en diversos países podemos encontrar, desde la Convención francesa a los tribunales populares de la guerra civil española, de un lado, precisamente, por su carácter demagógico, y de otro, por el alcance circunstancial o transitorio que tuvieron y que impide contemplarlas como formas normales de actuación procesal.<sup>13</sup>

18) La *composición paritaria* de ciertos órganos jurisdiccionales con el nombre o no de tribunales (juntas, comisiones, jurados mixtos, etcétera), se manifiesta en algunas jurisdicciones nuevas, donde el tránsito de la autodefensa al proceso aparece tan inmediato como claro, y donde junto a uno o más juzgadores verdaderamente imparciales, hallamos otros, que hemos llamado jueces-defensores, por representar a las categorías contrapuestas interesadas en el conflicto (obreros y patronos, propietarios e inquilinos, productores de materias primas y dueños de las industrias transformadoras, etcétera).

19) Pasemos a ocuparnos de la *prevención y aceleración del proceso*. La primera se conecta esencialmente con el trámite de la conciliación, a la que se

<sup>13</sup> Véase mi artículo *Justice pénale de guerre civile*, en "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", octubre-diciembre de 1938 (pp.633-71), y luego, traducido, en mis "Ensayos", cit. (pp. 253-94), núms. 4-23.

le han señalado antecedentes bíblicos, romanos y medievales, pero que se generaliza por obra de la Revolución francesa, en cuyo ánimo influyó, sin duda, la famosa carta de Voltaire haciendo el elogio entusiasta de los hacedores de paz, o conciliadores, holandeses. Desde entonces, la conciliación se propaga —y hasta se constitucionaliza, como en el Uruguay— conforme a dos modelos diferentes: el francés, de tipo obligatorio, consagrado en el código de 1806, y el ginebrino, de índole facultativa, instaurado por Bellot en el código de 1819. Más tarde, junto a la conciliación preprocesal aparece la intraprocésal, e inclusive en algunas legislaciones se conoce en materia penal respecto de delitos privados.<sup>14</sup>

20) La *aceleración del proceso* no representa, en rigor, una preocupación contemporánea, como no lo es tampoco la aspiración femenina a la belleza o a la de los ancianos a retener la juventud. Más aún: la historia presenta no pocos ejemplos de procesos rápidos (como los sumarísimos de la Edad Media, el de mínima cuantía en las Partidas, etcétera) y hasta ultraexpeditivos (cual los seguidos en Italia durante los siglos xvi a xviii contra el bandolerismo). Pero esa obsesión por la rapidez procesal, agudizada por la tremenda crisis económica secuela de las dos guerras mundiales, presenta en nuestros días rasgos peculiares en cuanto a las soluciones que propugna para lograr su objeto. Punto de partida en orden al procedimiento civil debemos considerar la reforma de Klein en Austria, a lo largo del decenio 1890 a 1900, en que a base de los principios de oralidad y concentración y de reforzar los poderes de dirección del juez, logró reducir la tramitación de los juicios en términos sorprendentes en contraste con la anterior substanciación escrita. Sin embargo, pese al éxito rotundo de esa reforma, algunos de cuyos postulados trató de implantar en España decenios antes el Marqués de Gerona, en 1853; pese también al triunfo alcanzado en los países de Europa que imitaron el ejemplo austriaco y a la prédica infatigable de Chiovenda en favor de la oralidad, ésta tropieza aún en diversas naciones, principalmente de América, y lo que es más curioso: por parte de quienes más debieran desearla, los abogados, con resistencias tenaces y obcecadas. Junto al proceso ordinario de tipo concentrado hay que citar diferentes procedimientos sumarios o abreviados, en que a veces hasta se altera la mecánica habitual de los juicios. Mencionemos a la cabeza de ellos los dos monitorios (civil y penal), con antecedentes medievales, pero cuya incesante propagación corresponde al periodo que examinamos y que incluso ha llegado a adaptarse en Italia con fines de desahucio. En ambos, se conculca el principio del contradictorio, que asimismo falta o se comprime en procedimientos como la oblación voluntaria en materia de contravenciones o el juicio penal truncado del derecho español, cubano y argen-

<sup>14</sup> Cfr., verbigracia, los artículos 278 y 804 ley enjto. crim. española.

tino.<sup>15</sup> El procedimiento francés del *référé*, incidental y monocrático, goza también de gran prestigio como instrumento rápido y eficaz para la adopción de medidas urgentes y debe ser muy tenido en cuenta en cualquier reforma procesal que se acometa.

21) La realidad, más fuerte que las preferencias doctrinales y hasta que la propia tradición nacional, ha motivado que a partir de la primera guerra mundial el juez único gane terreno en detrimento del juzgador colegiado. Vemos así cómo en Alemania hace su aparición en 1924 el *Einzelrichter* (o mejor dicho: la novela de dicho año ratifica una innovación que la práctica se había adelantado a introducir); cómo en Francia, en 1935, se entroniza el *juge chargé de suivre la procédure*, y como en Italia, en 1940, tras haberse combatido el en este punto todavía más radical Proyecto Solmi, de 1937, acaba por prevalecer el juez instructor en materia civil, erigido en piedra angular del nuevo enjuiciamiento. Si pensamos que a diferencia de los países hispánicos, habituados al juez único en primera instancia, los tres europeos mencionados propendían al juzgador colegiado, se comprenderá la trascendencia del cambio registrado.

22) A conseguir la anhelada rapidez tienden algunas otras disposiciones y reformas, que a estas alturas del trabajo nos hemos de contentar con enunciar. Tal sucede: a) con los cortapisas puestas al empleo de los recursos (verbigracia: casación *per saltum* o bien apelación restringida, de tipo español, que ha triunfado sobre la amplia o centroeuropea en las últimas reformas de Alemania y de Francia, y en Italia antes de la contrarreforma de 1948); b) con la creciente tendencia a condenar en costas por el hecho objetivo del vencimiento, en cuanto refrena el espíritu de litigiosidad y aplaca la fiebre impugnativa; ese criterio, extraído del derecho romano, se ha difundido en nuestros días merced a la clásica monografía de Chiovenda sobre el tema; c) con el aumento, en número y cuantía, de las multas procesales para sancionar el abuso de ciertos actos procesales, aunque sin incurrir por ello en los excesos del Proyecto Solmi, donde, como se ha dicho, se multaba hasta por respirar. En cambio, la supresión de la segunda instancia, que, por ejemplo, auspició el Segundo Congreso Nacional Argentino de Ciencias Procesales reunido en Salta en 1948, podría resultar contraproducente, de no hacerla tras un serio análisis de estadísticas; y el hecho de que los más perfectos códigos procesales mantengan la apelación y de que los más insignes procesalistas la defiendan, debieran hacer reflexionar a los partidarios de esta simplista solución.

<sup>15</sup> Véase ALCALÁ-ZAMORA, *El juicio penal truncado del derecho hispano-cubano*, en mis "Ensayos", cit., pp. 411-500, y luego, ampliado, en volumen independiente, bajo el título de *El allanamiento en el proceso penal* (Buenos Aires, 1962). En Cuba, la institución dejó de funcionar en 1945 (cfr. *Allanamiento*, cit., p. 37).

23) También en plan enunciativo, pero ya al margen de la preocupación aceleradora del proceso, señalaremos unas cuantas directivas más del derecho procesal contemporáneo. Así, por la acción combinada de liberalismo y socialismo se acentúa la *protección al deudor* en varias formas (exclusión de la prisión por deudas; desaparición casi completa del arresto personal en lo civil; prohibiciones y restricciones en materia de embargos, y hasta moratorias constitucionalizadas, como en Cuba —v. *supra*, núms. 11 y 14—), de tal modo que ya algunos códigos recientes han iniciado una reacción hacia... el pobre acreedor. En dirección distinta, se atiende a la *moralización del proceso* y, por ejemplo, en torno al discutido deber de decir verdad los litigantes existen ya normas legislativas en diversos códigos y proyectos y una abundante literatura en diferentes idiomas, aunque el problema no sea nuevo y quepa recordar que, entre otros, un curioso escritor español del siglo XVI, el Dr. Sabuco, lo trató ya incidentalmente en uno de sus libros.<sup>16</sup> Preocupa también la *fundamentación* de todas aquellas actuaciones procesales destinadas a provocar una convicción en el ánimo de otro; y si bien tampoco este principio es nuevo (al menos por lo que toca a las sentencias), ha tenido dentro del periodo que estudiamos dos proyecciones del más alto interés, legislativa una y doctrinal la otra, a saber: la apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica, criterio instaurado por los artículos 147-8 del reglamento español del Consejo Real de 1846, luego adoptado por numerosos textos y que, al ser razonado, supera con mucho al escueto de libre convicción, como ha reconocido Gorphe y analizado Couture,<sup>17</sup> y la clasificación de los actos procesales establecida por Goldschmidt en su monumental libro *Der Prozess als Rechtslage* y que se basa precisamente en el deslinde de aquéllos según que estén o no llamados a ejercer influjo psíquico mediante razonamientos apropiados sobre el ánimo de sus destinatarios.<sup>18</sup>

24) Para cerrar la exposición de las directivas políticas, diremos ahora algo acerca de las profundas transformaciones que durante la edad contemporánea experimenta el *proceso penal*, por obra fundamentalmente de la Revolución francesa. En efecto, a ella se deben los cambios que cristalizan en el *advenimiento del sistema mixto*, que con diferencias nacionales imposibles de

<sup>16</sup> Véase mi artículo *La obligación procesal de decir verdad, en un escritor español del siglo XVI*, en el diario "El Universal", México, de 24 de enero de 1947, y después en mis "Estudios de Derecho Probatorio" (Concepción, Chile, 1965), pp. 53-6.

<sup>17</sup> Véanse las indicaciones oportunas e información amplia acerca del tema, en mis artículos *Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba*, en "La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración" (Montevideo), febrero de 1945, pp. 33-42, y *A propósito de libre convicción y sana crítica*, en "Revista Jurídica de Córdoba" (Argentina), octubre-diciembre de 1948, pp. 513-22; ambos ahora en "Ests. Der. Probat.", cit., pp. 29-52 y 79-89, respectivamente.

<sup>18</sup> Acerca de la posición de GOLDSCHMIDT a este respecto, véase *supra*, *Estudio Número 14*.



registrar aquí, es el desde entonces dominante en la esfera del proceso penal. Ese sistema mixto, que podría también denominarse anglofrancés, por razón de los materiales que combina, se caracteriza esencialmente por la división del enjuiciamiento criminal en dos grandes etapas: instrucción y juicio, la primera basada en el sistema inquisitivo, que en Francia culminó en la Ordenanza de Luis XIV de 1670, y la segunda inspirada en el sistema acusatorio, que durante siglos quedó recluido en Inglaterra y que, como varias otras instituciones inglesas, fue puesto en boga por enciclopedistas y revolucionarios franceses. Además de esa fundamental división en dos fases, encomendadas, por añadidura, a juzgadores diferentes,<sup>19</sup> y de la adopción del Jurado, a que ya hicimos referencia, el sistema mixto comporta otras dos innovaciones de relieve, la concerniente al ministerio público y la relativa a la apreciación de la prueba.

25) El *ministerio público* es una institución a la que se le han señalado muy remotos y diversos antecedentes (quizás el más definido, el del derecho valenciano del siglo XIII), pero con sus rasgos hoy predominantes deriva de la Francia revolucionaria y napoleónica y desempeña su principal papel como acusador oficial dentro del proceso penal. Hasta qué punto deba monopolizar la acción penal y alternar con acusaciones no estatales (popular, particular o profesional), es extremo de sumo interés, pero cuyo examen nos desviaría de nuestra ruta.<sup>20</sup>

26) En cuanto a la *apreciación de la prueba*, la valoración legal o tasada, inherente al sistema inquisitivo, cede su puesto al criterio de libre convicción o de conciencia y determina de rechazo, en los dominios doctrinales un gran florecimiento de la literatura probatoria durante los primeros decenios del siglo XIX: los nombres de Bentham, Mittermaier y Bonnier bastarían para acreditarlo. Sin embargo, el triunfo de la libre convicción, que trasciende a lo civil, dista mucho de ser completo: de un lado, incluso en lo penal, rigen todavía códigos dominados o mediatizados por la prueba legal, como bastantes de los americanos, y de otro, según ya indicamos (*supra*, núm. 23), la prueba razonada o sana crítica ha venido en parte a desbancarla y en todo a superarla.

<sup>19</sup> Aunque no siempre, ya que en determinados ordenamientos el instructor actúa como sentenciador, según ocurre actualmente en España en virtud de la reforma introducida en la ley enjto. crim. el 8 de abril de 1967 en el título III (capítulo II) de su libro IV (arts. 790-2); y también en México (cfr. arts. 313 y ss. y 619 cód. proc. pen. distrital de 1931), incluso antes de la supresión de las cortes penales por decreto de 17 de febrero de 1971.

<sup>20</sup> Véanse mis trabajos *Lo que debe ser el ministerio público*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", noviembre de 1929, pp. 519-31, y luego en "Ests. Der. Proc.", cit., pp. 1-22, y *Ministerio Público y Abogacía del Estado*, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", cit., núm. 40, abril-junio de 1961, pp. 37-64.

27) Una postrera nota distintiva del proceso penal contemporáneo, aun cuando mucho más tardía en su aparición, que obedece a influjos positivistas y neopositivos, es la creciente *intervención del juez en la ejecución*, como secuela del cada día más difundido empleo de medidas de seguridad, ya para completar alguna pena o bien como sanción principal frente a conductas reveladoras de peligrosidad, por considerarse que encomendar la aplicación o la modificación de esas medidas al Ejecutivo por medio de algún ministerio, de la policía o de la administración penitenciaria encerraría muy graves riesgos para la libertad individual, como reiteradas experiencias han mostrado. Tales medidas reclaman la vigilancia judicial, para que en vista de sus resultados las mantenga, reforme, suspenda, reemplace o les ponga término.

28) C) *Preocupaciones y directivas de técnica legislativa*. Si bien el libro II del *Liber Iudiciorum* (654), la *Partida III* (1263), el libro III del *Fuero Viejo de Castilla* (1356) —los tres en España— la *Peinliche Gerichtsordnung* (o *Constitutio Criminalis Carolina*) de Carlos V en Alemania (1522) y, en la propia Francia, las *Ordenanzas de Luis XIV* (sobre procedimiento civil la de 1667 y sobre enjuiciamiento criminal la de 1670), deslindan y agrupan las normas procesales por separado de los preceptos sustantivos, en contra de la supuesta indistinción de unos y otros sustentada en pleno siglo xx por Alimena, es indudable que ninguno de esos intentos logró la resonancia y el éxito propagandísticos de los códigos napoleónicos de 1806 (*procédure civile*) y de 1808 (*instruction criminelle*),<sup>21</sup> cuyo ejemplo fue bien pronto seguido por las demás naciones e hizo brotar cátedras y libros independientes consagrados al estudio de una y otra rama procesales. Desde entonces, la técnica legislativa procesal, muy deficiente en ambos códigos franceses, sobre todo en el de instrucción criminal, se va perfeccionando y depurando. Se propende cada día más a que los códigos procesales los redacten los procesalistas y no los meros prácticos, ante la experiencia reveladora de que los mejores textos de enjuiciamiento han resultado en la práctica los compuestos por aquéllos y no por éstos. Se presta especial atención a la sistemática, para obtener una distribución de materias a la vez lógica y sencilla, que evite idas y venidas, omisiones y repeticiones. En materia civil, tiende a prevalecer una ordenación en tres o cuatro libros, el primero de disposiciones generales, el segundo reservado, al proceso o fase de conocimiento, el tercero al de ejecución y el cuarto (eventual) a los procedimientos especiales; se suele adoptar como base en el campo penal, aparte un libro también sobre disposiciones generales y otro, eliminable, sobre los susodichos procedimientos especiales, el deslinde entre la instrucción y el juicio, más otro libro para la ejecución, zona sumamente compleja en lo penal, por la interferencia de órganos jurisdiccionales y administrativos, pero

<sup>21</sup> Reemplazado por el vigente *code de procédure pénale* de 1957-8.

que cada día se va procesalizando en mayor grado. En el orden civil, legislaciones como la alemana y la austriaca sacan fuera de los códigos procesales, para hacerlos objeto de textos privativos aparte, tanto el concurso de acreedores (que en ellas abarca lo mismo la insolvencia civil que la mercantil, o quiebra) como la llamada jurisdicción voluntaria, que debe en gran parte encomendarse a funcionarios ajenos a la judicatura (notarios, registradores, etcétera), y que de quedar en los códigos procesales, ha de cambiar de rúbrica y figurar en ellos como apéndice, para destacar sus divergencias esenciales respecto del genuino proceso. Destaquemos en este punto que códigos procesales civiles como el venezolano, no hablan ya de jurisdicción voluntaria, sino de procedimientos especiales no contenciosos; nosotros lo hacemos de actividad judicial extraligiosa, y el código italiano ha intentado hasta escamotear aquella rúbrica.<sup>22</sup>

29) Los adelantos de la técnica legislativa general han sido, como es lógico, asimilados por la particular del proceso. Así, a ejemplo de la restante codificación mussoliniana, los códigos procesales italianos —penal de 1930 y civil de 1940— dotan de epígrafe a cada uno de sus artículos, y esa pauta es imitada en seguida por diversos países (código procesal penal de Córdoba, proyecto de Couture, ley federal procesal suiza de 1948, anteproyecto mexicano de 1948, etcétera). Se presta especial atención a la terminología, para asegurar su exactitud, simplicidad y constancia; se cuida de que cada artículo tenga unidad preceptiva; se procura evitar los grandes altibajos en el articulado; se propende a encerrar la regulación del proceso civil en códigos de unos ochocientos artículos y la del proceso penal en textos alrededor de los seiscientos, y hasta se hace el cálculo total de palabras, para que en definitiva la extensión no sea desafortada, etcétera.

30) A todo lo largo del periodo encontramos cuerpos legales que regulan conjuntamente el *proceso civil y el penal* e incluso la organización judicial. Recordemos a este propósito, además del reglamento español de 1835, de algunas leyes argentinas derogadas, del código judicial de Colombia (hasta 1931) y de Panamá, los recientes y progresivos códigos procesales de Dinamarca (1916) y de Suecia (1942), que marcan una trayectoria muy a tener en cuenta, por la simplificación legislativa que realizan.<sup>23</sup>

31) D) *Preocupaciones y directivas de carácter didáctico*. El problema del método a seguir en la enseñanza del derecho procesal, que hacia 1922 originó

<sup>22</sup> Acerca de la jurisdicción voluntaria, véanse *supra*, Estudios Números 4 y 5. En el código procesal civil italiano de 1940, la denominación "jurisdicción voluntaria", que el legislador pareció haber puesto especial atención en eludir, se ha deslizado, sin embargo, en el artículo 801.

<sup>23</sup> Acerca del código sueco, véase mi reseña en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", cit., núm. 18, septiembre-diciembre de 1953, pp. 213-21.

una resonante polémica entre Zitelmann, que sustentaba el criterio practicante, y Wach, que en forma elocuentísima defendió la orientación teórica, y que con posterioridad se ha manifestado en posiciones intermedias, como las de Carnelutti o Finzi, o como en Venezuela la de los profesores Cuenca y Naranjo, podemos considerarlo resuelto mediante la separación nítida entre el derecho procesal como ciencia, que es lo que al procesalista incumbe explicar, y la práctica forense o, más ampliamente, la aplicación jurídica. Pero ni el derecho procesal debe flotar sobre abstracciones, ni la práctica forense aprenderse sin plan ni dirección. En el primer sentido, el complemento indispensable de la enseñanza teórica (no la base, como en Estados Unidos) estriba en la resolución de casos prácticos por los alumnos, método que se suele presentar como invención norteamericana, con olvido de un ilustre profesor español, Fernando de León y Olarieta, que lo propugnó y utilizó bastantes años antes de que lo adoptasen las universidades de Norteamérica. Para facilitar su empleo, que, por supuesto, se extiende a las distintas disciplinas jurídicas, se han redactado diferentes colecciones de casos, destacando entre los de contenido procesal las alemanas de Kisch y de Heinsheimer y la española de Beceña. En la otra dirección, y con independencia de las formas extrauniversitarias del aprendizaje profesional —*stage* en Francia, *Vorbereitungsdienst* en Alemania, *tirocinio* en Italia, *pasantías*, con distinto carácter, en España, México, etcétera, *Inns of court* en Inglaterra, etcétera—, el profesor Hans Sperl crea en Viena, en 1911, el primer Instituto de Aplicación Jurídica, donde en forma metódica y mediante un archivo de documentos relativos a los distintos sectores de la práctica jurídica —por tanto, no sólo forense o procesal, sino asimismo notarial, bancaria, registral, administrativa, etcétera—, se cubre de manera adecuada la etapa intermedia entre el término de los estudios teóricos y el comienzo del ejercicio profesional sin andaderas. El ejemplo cunde; y un día Bolonia, otro las universidades argentinas (con sus Institutos de Enseñanza Práctica), más tarde la de México, que junto a las de cátedras de Práctica forense (distintas de las de Derecho procesal) crea en 1949 un Seminario de Aplicación Jurídica, sin contar con nuestro proyecto de 1933 para implantar uno de esa especie en España, van montando esos que bien podríamos comparar con los laboratorios y las clínicas de las Facultades experimentales. En fecha más reciente y con alcance más circunscrito, se ha creado en España una Escuela Judicial, de capacitación para los funcionarios ingresados mediante oposición en la Judicatura: lo mismo que el proyecto que hubo de establecer una Escuela de Abogacía, tratase de iniciativa hartamente discutible y discutida en diversos aspectos; pero como carezco de información directa y fidedigna acerca de los frutos cosechados en su escaso tiempo de vida, me limito a suministrar el dato informativo.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Los datos consignados en este número 31 proceden de un extenso estudio inédito sobre

32) La existencia de diferentes ramas procesales, varias de las cuales, como expusimos, nacen en el periodo que estudiamos, y la comunidad, en gran parte, de fines, terminología y conceptos básicos entre todas ellas, está haciendo surgir la necesidad de cátedras e investigaciones relativas a la *Teoría General del Proceso* y no a la particular de cada uno de los sectores en que se descompone. Ha sido Carnelutti, en uno de sus geniales hallazgos, quien ha llamado la atención sobre el asunto; y por mi parte, primero en una conferencia que hace más de dos años di en San José de Costa Rica y luego desde la cátedra de "Estudios Superiores de Derecho Procesal" del Doctorado mexicano, estoy intentando esbozar la trayectoria y el contenido asignables a esa Teoría general del proceso, que probablemente, cuando se deslinde por completo, habrá de trasplantarse, como introductiva, a la Licenciatura, en lugar de permanecer como profundizada en el Doctorado.<sup>25</sup>

33) E) *Preocupaciones y directivas de orden doctrinal*. Dos escuelas, la procedimentalista y la procesalista, abarcan la totalidad del derecho procesal contemporáneo. El procedimentalismo nace en Francia, y obedece a dos causas fundamentales: una política, la Revolución francesa, determinante de cambios profundos en la justicia criminal, y otra jurídica, la codificación napoleónica, extremos ambos a que ya nos hemos referido. A ellos podemos agregar, en un plano más secundario, la gravitación del célebre jurisconsulto y filósofo inglés Jeremías Bentham. Organización judicial, competencia y procedimiento agotan, por lo general, el contenido de la literatura procedimentalista. Con raras excepciones, el plan sigue muy de cerca la línea de las instituciones legales, y en su desarrollo, meramente descriptivo, subsisten zonas importantes impregnadas de concepciones iusmaterialistas (verbigracia: examen de la acción), mientras que faltan planteamientos teóricos acerca de las nociones esenciales, comenzando por la de procedimiento. El procedimentalismo se propaga rápidamente fuera de Francia, donde perdura todavía, así como en las naciones y ambientes que marchan con retraso en la evolución de su pensamiento procesal.

34) Cuando el procedimentalismo ha producido ya varios de sus mejores frutos, se inicia en Alemania el derecho procesal científico. Este momento se suele situar en el año 1868, por ser cuando Oscar Bülow publica en Giessen su célebre libro *Die Lehre von den Processenreden und die Processvorausset-*

*Concepto, método y enseñanza del derecho procesal*, que convenientemente puesto al día, espero entregar a la imprenta en 1974.

<sup>25</sup> Conferencia dada en Costa Rica en 1949: véase *supra*, *Estudio Número 10*. Implantación de la enseñanza de la "Teoría General del Proceso" en la Licenciatura en México a partir de 1968: véase lo que digo en el folleto *Algunas perspectivas de cooperación internacional entre procesalistas* (México, 1972), núm. 11 y notas 27 y 28.

*zungen*,<sup>26</sup> donde concibe el proceso como una relación jurídica que progresivamente se desenvuelve. Acaso cabría retrotraer la fecha hasta 1856, en que se produce la polémica Windscheid-Muther acerca de la acción. Discutida luego la doctrina de Bülow; interpretada por los posteriores tratadistas de muy diferentes maneras, y propugnado después su reemplazo por otras concepciones (situación, institución, modificación, etcétera), nadie podrá discutirle a su obra dos triunfos decisivos: a) haberle buscado una explicación publicista a la naturaleza del proceso, merced a la cual las viejas concepciones privatistas, que lo imaginaban como un contrato o un cuasicontrato, quedaron definitivamente arrumbadas, y b) haber provocado un movimiento científico procesal de magnitud y brillantez inigualadas, que al irradiar primero a Italia y después a otros países, ha originado la completa renovación de nuestra disciplina en el mundo. ¿Qué cambios esenciales son los que ese procesalismo científico introduce? A nuestro entender, son los siguientes: a) la independización del derecho procesal frente al derecho material, iniciada por los judicialistas de la Escuela de Bolonia y acentuada cuando la codificación napoleónica difunde el modelo de su legislación separada, se lleva a sus últimas consecuencias; b) los conceptos principales de nuestra disciplina (acción, jurisdicción, proceso, etcétera) se examinan conforme a criterios de riguroso derecho procesal, con lo cual se dilatan sus límites y, en todo caso, se perfilan; c) la superación del método expositivo mediante la sustitución de la *exégesis* por el sistema; d) el estudio de la materia procesal se acomete con enfoque y técnica distintos: mientras los procedimentalistas hacen, o *filosofía*, de mayor o menor valor y más de la justicia y de la función judicial que del proceso, o, sencillamente, *descripción* de las instituciones procesales, los procesalistas hacen *teoría* del derecho procesal, incluso acerca del procedimiento, y rompen sus amarras respecto de la *práctica forense* como terreno ciertamente colindante, pero empírico y no científico: mediante una metáfora, diríamos que en tanto el procedimentalista se detiene en la *anatomía* del fenómeno procesal, el procesalista penetra en su *fisiología*.

35) Las máximas aportaciones del procesalismo científico llevan el marchamo alemán; pero en algunas zonas han tomado la delantera los italianos. Destaquemos entre ellas el examen de la ejecución procesal, por primera vez sistematizada a fondo por Carnelutti en los tres tomos últimos de sus *Lezioni*, o bien la exposición de las providencias cautelares, que ha tenido en Calamandrei su más penetrante investigador.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Es decir, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, traducción de ROSAS LICHTSCHEIN (Buenos Aires, 1964).

<sup>27</sup> a) CARNELUTTI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile: Processo di esecuzione*, tomos I-III (Padova, 1929-1931); b) CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* (Padova, 1936); traducción, Buenos Aires, 1945.

36) El formidable impulso del procesalismo científico ha pecado en ocasiones por exceso y ha llegado a hablarse de *hipertrofia procesal*, frase que cabe entender en un doble sentido: material y formal. La hipertrofia material consiste en la propensión de algunos procesalistas a invadir terrenos colindantes. Como botón de muestra, el de Carnelutti al presentar la prenda y la hipoteca cual instituciones procesales. La hipertrofia formal, en cambio, se refiere no tanto al estilo (aun cuando la enrevesada redacción de algunos trabajos procesales produzca a un tiempo, por contradictorio que parezca, somnolencia e insomnio), como al planteamiento y desarrollo de no pocos temas, con olvido de que la literatura procesal, en mayor medida que la de cualquier rama de la producción jurídica, debe resultar siempre accesible a los prácticos, o aplicadores del derecho (jueces, abogados, secretarios judiciales, etcétera), que son sus destinatarios naturales y a quienes por diversas razones (y como fundamental, la de falta de tiempo) no cabe suponer con igual versación que las tres o cuatro centenas —si a dicha cifra llegan— de procesalistas especializados que en el mundo existan. Por fortuna, los peligros de la hipertrofia procesal han sido señalados a tiempo y creo que corregidos antes de causar mayores daños, que previsiblemente serían dos: indigestión en unos y hastío en la mayoría.

37) Para cerrar el epígrafe de preocupaciones y directivas doctrinales, trataremos ahora del que cabría llamar *movimiento procesal corporativo o colectivo*: revistas, asociaciones y congresos, manifestaciones todas ellas que pertenecen a la época del derecho procesal contemporáneo y que responden a ineludibles exigencias de cooperación e intercambio.

38) Entre las *revistas*, corresponde el primer lugar en el tiempo al *Archiv für die zivilistische Praxis*, con casi siglo y medio de vida y en el que se han publicado numerosos e importantísimos artículos sobre derecho procesal. En segundo lugar, ya exclusivamente dedicada al proceso civil, la *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, fundada en 1879 por Busch, interrumpida su aparición en un par de ocasiones y que a fines de 1950 reanudó su salida bajo la dirección de Rosenberg y Schönke.<sup>28</sup> Siempre en Alemania, recordemos a *Judicium*, órgano de la Asociación de profesores de Derecho procesal civil, que tuvo corta vida —1928-1933—, aunque óptima calidad, y la *Rheinische Zeitschrift für Zivil-und Prozessrecht* desde 1909 a 1926 (14 tomos).<sup>29</sup>

En Francia tuvo efímera existencia y muy endeble valor científico, una *Revue*

<sup>28</sup> Al reaparecer en 1950, lo hace bajo la denominación de “*Zeitschrift für Zivilprozess*”, o sea con baja del calificativo indicador de nacionalidad. CHIOVENDA (cfr. sus *Principii di Diritto Processuale Civile*, 4ª ed. —Napoli, 1928—, p. 21) recuerda como anterior la *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, fundada por LINDE.

<sup>29</sup> Por error, el texto primitivo decía “desde 1909 a 1914”, en lugar de lo que ahora se lee.

de *Procédure Civile et Commerciale*, durante los años 1918-9. En 1924 fundan Chioyenda y Carnelutti la más conocida y prestigiosa publicación periódica de nuestra disciplina: la *Rivista di Diritto Processuale Civile*, que con ese título prosigue hasta 1943, en que se suspende por la guerra. Cuando reaparece en 1946, su título se acorta, pero se dilata su contenido al transformarse en *Rivista di Diritto Processuale*, comprensiva, por tanto, de sus distintas ramas. El puesto de Chioyenda, muerto en 1937, lo ocupa desde entonces Piero Calamandrei. Desde 1947, un grupo de profesores de la Universidad de Bolonia, y entre ellos, como procesalistas, Redenti y Carnacini, viene editando la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. En el mundo hispánico, la guerra civil frustró la aparición en 1937 de la Revista española que Goldschmidt, Prieto Castro y nosotros habíamos proyectado y que nada tiene que ver con la muy modesta que desde 1945 se publica en Madrid, con más intervención de secretarios judiciales que de auténticos procesalistas. Desde 1943, con Alsina como Director y con Sentís Melendo como alma y motor de la misma, se edita en Buenos Aires la *Revista de Derecho Procesal* que tanto ha contribuido, sobre las trazas de la italiana, a la difusión del procesalismo científico en América. En Brasil, el profesor italiano Liebman, en unión del brasileño Soares de Faria, tuvo el propósito de lanzar una; pero el retorno del primero a su patria, tras los años de exilio que el fascismo le impuso, ha hecho fracasar el intento. Y en México, la Academia Mexicana de Derecho Procesal aspira a sacar su revista, bajo la dirección de quien os habla. Revistas íntegramente consagradas al proceso penal (y menos todavía a las ramas procesales menores) no existen: sus temas se abordan en las revistas procesales, en las penales sustantivas o en algunas mixtas, como en Italia la *Rivista* o los *Annali di Diritto e Procedura Penale*.<sup>80</sup>

39) *Asociaciones*: Hemos mencionado ya la alemana (o más exactamente: germánica), que además de editar durante algunos años la revista *Judicium*, celebró varias reuniones, las cuales acaba de reanudar hace unos meses, con asistencia de procesalistas extranjeros especialmente invitados al efecto. Durante mis años de residencia en la Argentina lancé por medio de la "Revista de Derecho Procesal" la idea de crear una asociación o instituto internacional de procesalistas. La semilla germinó primero en el terreno nacional, y así fueron naciendo el Instituto Peruano y la Academia Mexicana, ambos en 1945, después el Argentino y en fecha más reciente el Español. Mientras tanto,

<sup>80</sup> Para la actualización de este segundo apartado del número 38, véase mi libro *Veinticinco años de evolución del derecho procesal: 1940-1965* (México, 1968), pp. 25-37, con dos complementos a su vez, posteriores en fecha: 1) a partir de 1969, las dos revistas españolas se han refundido en la "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", y 2) en Argentina han surgido dos publicaciones acerca de la disciplina: desde 1968, la "Revista Argentina de Derecho Procesal", y a contar de 1969, la "Revista de Estudios Procesales".



los profesores italianos organizaban la *Associazione fra gli studiosi del processo civile*, con miembros titulares nacionales y socios correspondientes extranjeros.<sup>31</sup>

40) *Congresos*: Aparte las reuniones de la *Vereinigung* alemana, recordemos los dos Congresos argentinos de Ciencias Procesales (Córdoba, 1939 y Salta, 1948), el español (Madrid, 1950), y sobre todo, el Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal, reunido en Florencia (30-IX a 3-X-1950), y organizado, en forma realmente insuperable, por la Asociación italiana. De ese Congreso ha salido el acuerdo, adoptado por aclamación, de crear una Comisión que sienta las bases de la futura organización internacional y señale sede y fecha del próximo Congreso. Dicha Comisión se compone de la junta directiva italiana (Carnelutti, Calamandrei, Redenti, Carnacini y Furno) y de siete vocales extranjeros: Schönke (Alemania), Schima (Austria), Fairén (España), Millar (Estados Unidos), Couture (Uruguay), Da Cunha (Brasil) y nosotros.<sup>32</sup>

41) *F) Palabras finales*. Cuando en el citado Congreso de Florencia el profesor Satta provocó con su ponencia sobre *La tutela del diritto nel processo* un apasionado debate en torno a la crisis o fracaso del enjuiciamiento e hizo que se formasen dos bandos, el pesimista, con él, Carnelutti y, en cierto modo, Guasp, y el optimista, con Furno, Schönke y Schima, me incorporé, sin vacilar, al segundo grupo.<sup>33</sup> Como justificante de mi actitud aduje entonces y repito ahora que si miramos hacia adelante, son muchos aún los problemas procesales que aguardan solución satisfactoria, y rigen en el mundo todavía códigos de enjuiciamiento plagados de deficiencias y de errores; pero que si volvemos la vista hacia atrás, el ánimo se siente confortado ante la magnitud de los avances registrados y debe tener fe plena en el futuro. A lo largo de esta conferencia he ido señalando algunos de los grandes progresos que el derecho procesal ha logrado en poco más de siglo y medio, y en ciertos aspectos en muchísimo menos tiempo todavía. Y ello me lleva, una vez más, a creer que,

<sup>31</sup> Información reciente sobre asociaciones e institutos de derecho procesal, en *Veinticinco años evolución*, cit., pp. 39-42 y 47 y notas 115-39. Por fin, tras veintidós años de gestiones, anteproyectos, larguísimos periodos de somnolencia, etcétera, con ocasión del "Quinto Congreso Internacional de Derecho Procesal" (*infra*, nota 32) se constituyó el Instituto Internacional de la materia, el cual tendrá su sede en Bolonia.

<sup>32</sup> Información complementaria sobre Congresos, en *Veinticinco años evolución*, cit., pp. 42-8 y notas 140-70. Con referencia concreta a los internacionales, éstos han sido cinco: Florencia, 1950; Viena, 1953; Venecia, 1962; Atenas, 1967, y México, 1972: cfr. *Algunas perspectivas cooperación*, cit. p. 19, nota 1.

<sup>33</sup> Véase el volumen *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile: 30 settembre-3 ottobre 1950* (Padova, 1953), pp. 107-26 y 349-60 (éstas, con la comunicación de SCHIMA: *Grenzen des Rechtsschutzes*).

dentro de sus imperfecciones humanas, el proceso continuará siendo el más perfecto medio de resolver los conflictos jurídicos entre los hombres y el único que quizás algún día logre evitar la pesadilla de las guerras, si la alocada humanidad aspira a subsistir y no sigue empeñada en suicidarse.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> Cfr. mi *Proceso, autocomposición*, cit., núm. 140, y *Algunas perspectivas*, cit., núm. 14.