

11) LA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PROCESAL	525
A) Introducción	525
B) Razón de ser y antecedentes	533

LA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PROCESAL *

A la memoria del inolvidable procesalista argentino EDUARDO B. CARLOS, cuya *Introducción al Estudio del Derecho Procesal* (Buenos Aires, 1959) constituye la primera exposición sistemática en América de una teoría general del proceso.

A) Introducción. B) Razón de ser y antecedentes. C) Problema previo referente a la unidad o diversidad del derecho procesal. D) Denominación preferible: ¿teoría general, introducción o parte general? E) Contenido. F) Teoría general del proceso, cursos particulares acerca de los diversos enjuiciamientos, y libertad de cátedra. G) Conclusiones. H) Suplemento bibliográfico. I) Apéndice: "Programa para un Curso de Teoría General del Proceso" (México, D. F., 1960).

I) *A) Introducción.*—Pocos temas podrían haber sido tan de mi agrado como el que los organizadores de las IV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal me han encomendado para que redacte mi ponencia. Porque desde los ya lejanos tiempos (año 1932) en que opositaba a cátedras en España, hasta la fecha, los problemas vinculados con la teoría general de proceso han atraído una y otra vez mi atención. En efecto, ya en la memoria pedagógica que presenté para obtener la cátedra de Santiago de Compostela, o sea, el trabajo acerca del *Concepto, método, fuentes y programa de la asignatura*,¹ me ocupé con detenimiento del que podríamos llamar, con terminología de nuestra disciplina, "artículo de previo y especial pronunciamiento",² es decir, de la *unidad o diver-*

* Ponencia general acerca del tema cuarto de los previstos para las "IV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal", celebradas en Venezuela (Caracas y Valencia) durante los días 27 de marzo al 2 de abril de 1967. Su discusión tuvo lugar en Valencia el 30 de marzo. Publicada en la "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", 1968, núm. 1, pp. 9-91.

¹ Véanse los artículos 13 y 20 del "Reglamento para las oposiciones a cátedras universitarias", de 25 de junio de 1931, que fue al que hube de acomodarme en la ocasión citada.

² Véanse, entre otros textos procesales hispanoamericanos que podrían traerse a colación, el libro III, título II (arts. 666-79), de la ley de enjuiciamiento criminal española

sidad del derecho procesal, porque de la respuesta que se dé a esta pregunta dependerá, a fin de cuentas, que quepa o no hablar de teoría general del proceso. Más tarde, cuando todavía no me había encarrilado resueltamente hacia el cultivo de la misma, redacté alguno que otro ensayo informativo referente a las distintas zonas del enjuiciamiento,³ y a todo lo largo de mi actividad como procesalista, desde 1929 hasta hoy, jamás me he recluso en el *palmo cuadrado*⁴ de una sola de las ramas procesales, sino que he prestado atención a todas ellas:

de 14 de septiembre de 1882 o el artículo 36 del código mexicano de procedimientos civiles para el Distrito Federal y Territorios, de 29 de agosto de 1932.

³ Aludo al artículo *Il diritto processuale in Ispagna dall'avvento della Repubblica all'inizio della guerra civile*, en "Rivista di Diritto Processuale Civile", 1938, I, pp. 138-75, y después en mis "Ensayos de Derecho Procesal (Civil, Penal y Constitucional)" (Buenos Aires, 1944), pp. 17-59. A la misma trayectoria responden algunos otros posteriores trabajos míos, como *Evolución de la doctrina procesal* (en "El Foro", de México, junio de 1950, pp. 107-43, y en "Revista de la Universidad de Costa Rica", junio de 1951, pp. 327-50), *Preocupaciones y directivas del derecho procesal contemporáneo* (en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", núm. 13, enero-abril de 1952, pp. 9-34), *Aportación hispánica a la difusión de la ciencia procesal italiana* (en "Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile" —Padova, 1953—, pp. 173-92), *Momentos, figuras preocupaciones y tendencias del procesalismo italiano* (en el volumen "X Aniversario. Generación de Abogados 1948-53: Universidad de Guadalajara" —México, 1963—, pp. 121-58), y *Veinticinco años de evolución del derecho procesal: 1940-1965* (México, 1968). Véase, además, mi *Síntesis del Derecho Procesal (Civil, Mercantil y Penal)* (México, 1966).

⁴ Según se solía decir humorísticamente en España a propósito de los ginecólogos.

⁵ Entre otros varios, en los siguientes trabajos: *Notas para la reforma de la ley de enjuiciamiento civil* (en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", junio de 1933, pp. 674-741, y luego en mis "Estudios de Derecho Procesal" —Madrid, 1934—, pp. 153-262), *Orientaciones para una reforma del enjuiciamiento civil cubano* (en "Revista del Colegio de Abogados de La Habana", enero-julio de 1942, y luego en "Ensayos" cit., pp. 95-138), *Indicaciones acerca del nuevo código de procedimiento civil italiano* (en el tomo I, pp. 397-435, de la traducción del "Sistema" de CARNELUTTI —Buenos Aires, 1944—), *La influencia de Wach y de Klein sobre Chiovenda* (en "Revista de Derecho Procesal" argentina, 1947, I, pp. 389-410), *Programa de Derecho Procesal Civil*, etc. (primera ed., México, 1948; segunda, 1960), *Nombre, extensión, técnica legislativa, y sistemática* (del anteproyecto de código procesal civil de 1948; en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", de México, núms. 47-48, julio-diciembre de 1950, pp. 59-88), *Estudios y bibliografía sobre arbitraje de derecho privado* (en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núm. 15, julio-septiembre de 1954, pp. 97-142), *A propósito de una planeada ley procesal civil hispanoamericana* (en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 27, septiembre-diciembre de 1956, pp. 17-48), *La ejecución de sentencias arbitrales en México* (en "Bol." antes cit., núm. 32, mayo-agosto de 1958, pp. 45-64), *L'exécution des sentences arbitrales* (en "Rapports Généraux au Ve. Congrès International de Droit Comparé" —Bruxelles, 1960—, pp. 354-77, y en "Bol." antes cit., núm. 33, septiembre-diciembre de 1958, pp. 9-39), *Examen crítico del código de procedimientos civiles de Chihuahua (Comparado con el del Distrito y Territorios Federales)* (Chihuahua, 1959), *El papel del juez en la dirección del proceso civil mexicano* (en "Comunicaciones Mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado: Hambur-

civil,⁵ mercantil,⁶ laboral y agraria,⁷ penal —en sus dos direcciones: represiva y preventiva—,⁸ administrativa,⁹ constitucional,¹⁰ internacional,¹¹ e incluso en el catálogo de mis reseñas bibliográficas se encontrarán algunas concernientes a la

go, 1962” —México, 1962—, pp. 49-96), *Innovaciones operadas e influencia ejercida por el código procesal civil de 1932 para el Distrito y Territorios Federales* (en “Rev. Fac. Der. Méx.”, núm. 48, octubre-diciembre de 1962, pp. 557-601), *Uniformación de la prueba en el proceso civil de los países hispanoamericanos* (en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, núm. 46, enero-abril de 1963, pp. 97-114, y luego en mis “Estudios de derecho probatorio” —Concepción, Chile, 1965—, pp. 91-107), *Reformas al código procesal civil del Distrito y Territorios Federales, en materia de caducidad de la instancia y de procedimientos inmobiliarios* (en “El Foro”, de México, enero-marzo de 1964, pp. 37-60), *El nuevo código procesal civil de Guatemala* (en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, núm. 52, enero-abril de 1965, pp. 155-92, y luego en “Boletín del Colegio de Abogados de Guatemala”, mayo-agosto de 1966, pp. 2-19), *Código modelo y modelo de códigos: el de procedimiento civil para la Ciudad del Vaticano* (en “Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales” de la Universidad Católica de Chile, 1965, pp. 7-40), *El procedimiento civil no contencioso* (en “Comunicaciones Mexicanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado: Upsala, 1966” —México, 1966—, pp. 35-57), *La reforma del enjuiciamiento civil español y el mundo procesal hispanoamericano* (en “Revista de Derecho Procesal” española, octubre-diciembre de 1966, pp. 27-46), *La regulación temporal de los actos procesales en el código de 1932 para el Distrito Federal* (en “Rev. Fac. Der. Méx.”, núms. 66-67, abril-septiembre de 1967, pp. 355-97), etcétera.

⁵ *Aspectos y repercusiones procesales del proyecto hondureño de código de comercio* (en “Foro-Hondureño”, junio de 1954, pp. 9-40) y *Examen del enjuiciamiento mercantil mexicano, y conveniencia de su reabsorción por el civil* (en “Memoria del Congreso” conmemorativo del IV centenario de la Universidad de México, tomo XIV —México 1953—, pp. 276-316, y en “Rev. Fac. Der. Méx.”, número 7, julio-septiembre de 1952, pp. 19-93).

⁷ Véanse los siguientes estudios legislativos nuestros: *Decreto que refunde las disposiciones sobre procedimiento laboral español* (en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, núm. 34, enero-abril de 1959, pp. 131-7), *Ley cubana sobre procedimiento laboral* (en “Bol.” cit., núm. 39, septiembre-diciembre de 1960, pp. 95-9), y *Nueva ley cubana de procedimiento laboral y de seguridad social* (en “Bol.” cit., núm. 44, mayo-agosto de 1962, pp. 357-61). Acerca del agrario, *Delimitación del proceso agrario: litigio, jurisdicción, procedimiento* (en “Atti della Seconda Assemblea”, del “Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato”, vol. I —Milano, 1964—, pp. 431-64).

⁸ a) *Represiva*: entre otros trabajos, *En torno al “codice di procedura penale” italiano* (en “Revista de Derecho Público”, de Madrid, julio-agosto de 1932, páginas 197-210, y luego en mis “Estudios” cit. pp. 79-116), *Derecho Procesal Criminal* (Madrid, 1935; reimpreso luego con eliminación de mi nombre), *Acerca del juicio monitorio penal* (en “Ensayos” cit., pp. 235-51), *Justice pénale de guerre civile* (en “Revue de Science Criminelle: et de Droit Pénal Comparé”, 1933, pp. 633-71, y luego en “Ensayos”, cit. pp. 253-94), *La reforma procesal penal en el Perú: el anteproyecto Zavala* (en la “Revista del Foro”, Lima, julio-diciembre de 1939, pp. 329-424, y luego en “Ensayos”, cit., 295-409), *El juicio penal truncado del derecho hispano-cubano* (en “Ensayos” cit., pp. 411-500; transformado después en el volumen *El allanamiento en el proceso penal* —Buenos Aires, 1962—), *La reforma del enjuiciamiento penal argentino (Con motivo del proyecto Vélez Mariconde-Soler de código para la capital federal)* (en “Rev. Der. Proc.”

canónica.¹² Acaso se me objete que “quien mucho abarca, poco aprieta”, pero, sin negar el fundamento de la frase (máxime a propósito de mi modesta producción científica), también lo tiene la contraria, la de que “quien mucho aprieta poco abarca”, puesto que el que se aísla en la contemplación de un territorio

argentina, 1945, I, pp. 1-63). *Derecho Procesal Penal* (en colaboración con LEVENE H.; tres tomos. Buenos Aires, 1945), *El jurado popular* (en “Estudios Sociológicos” —México, 1934—, pp. 207-17), *Programa de Derecho Procesal Penal*, etc. (México, 1957). *Proyecto de código procesal penal argentino para la capital y la justicia federal* en “Rev. Fac. Der. Méx.”, núms. 43-44, julio-diciembre de 1961, pp. 843-54), *La reforma procesal penal en Guatemala* en “Rev. Fac. Der. Méx.”, núm. 46, abril-junio de 1962, pp. 211-36, y en “Bol. Col. Abogs. Guat.”, septiembre-diciembre de 1966, pp. 2-13), *El nuevo código procesal penal del Estado de Michoacán* (en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, núm. 46, enero-abril de 1963, pp. 97-123) y *Legítima defensa y proceso* (en “Estudios Penales: Homenaje al R. P. Julián Pereda, S. J.” —Bilbao, 1965—, pp. 1-28).

b) *Preventiva: El sistema procesal de la ley relativa a vagos y maleantes* (publicado, en parte, en “Rivista Italiana di Diritto Penale”, 1937, núm. 5; pp. 526-42, y, completo, en “Ensayos”, cit., pp. 175-234).

9 *Proceso administrativo* (en “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, de Montevideo, enero-marzo de 1958, pp. 303-26, y luego, aumentado, en “Rev. Fac. Der. Méx.”, núm. 51, julio-septiembre de 1963, pp. 603-26), *Nueva Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en España* (en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, núm. 31, enero-abril de 1958, pp. 83-106), *Ley yugoeslava sobre procedimiento general administrativo* (en “Bol.” antes cit., núm. 46, enero-abril de 1963, pp. 127-38), *El mandato de seguridad brasileño, visto por un extranjero* (en “Bol.” antes cit., núm. 47, mayo-agosto de 1963, pp. 295-323; en el folleto “Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño” —México, 1963—, pp. 97-126, y en “Boletín del Seminario de Derecho Político”, de Salamanca, 1963, núms. 29-30, pp. 3-27) —puesto que, a nuestro entender, la mencionada institución pertenece más al ámbito de la justicia administrativa que al de la constitucional—. Véase también mi resumen *Ley española de procedimiento administrativo* (en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, núm. 35, mayo-agosto de 1959, pp. 84-7).

10 *Significado y funciones del tribunal de garantías constitucionales* (Madrid, 1933; y luego en “Ensayos” cit., pp. 503-36). Véase también *La justicia, según la Constitución española de 1931 y sus leyes complementarias* (en “Ensayos” cit., pp. 547-89).

11 *Il processo dei criminali di guerra* (en “Jus”, octubre de 1950, pp. 208-31), *Bases procesales para la uniformación internacional del arbitraje de derecho privado* (en “Atti del Convegno Internazionale per la Riforma dell' Arbitrato” —Milano, 1955, pp. 285-91, y en “Rev. Fac. Der. Méx.”, núm. 15, julio-septiembre de 1954, pp. 97-105), *Bases para unificar la cooperación procesal internacional* (en “Cursos Monográficos” de la Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, vol. VI —La Habana, 1957—, pp. 17-102). *Observaciones al anteproyecto sobre reforma del arbitraje de derecho privado elaborado por los profesores Eugenio Minoli y Enrico Allorio* (en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, número 37, enero-abril de 1960, pp. 101-13), *Reglamento de la Corte Europea de Derechos Humanos* (en “Bol.” antes cit., núm. 40, enero-abril de 1961, pp. 89-99). Véase, además, en el terreno de la cooperación científica, mi folleto *Instituto Internacional de Derecho Procesal (Antecedentes, Información, Anteproyecto de Reglamento)* (Buenos Aires, 1946).

12 Acerca de libros de DELIA ROCCA, en “Rev. Esc. Nac. Jurisp.”, núm. 38, abril-junio de 1943, pp. 173-7, y en “Rev. Fac. Der. Méx.”, núm. 45, enero-marzo de 1962, pp. 180-2.

exiguo, además de exagerar a menudo su importancia, convirtiéndolo en ombligo del mundo, olvida la visión de conjunto y, con ella, las semejanzas e incluso identidades que presente con campos colindantes.

2) La mencionada circunstancia me ha permitido comprobar hasta qué punto entre las distintas ramas procesales median coincidencias esenciales y rasgos comunes, qué no sólo permiten su cotejo en plan comparativo, sino que reclaman cada día con carácter más imperioso la elaboración de una *teoría general del proceso*, de la misma manera que, en un plano aún más elevado, la *teoría general del derecho* viene sirviendo para conectar las diversas disciplinas jurídicas y mostrar los conceptos e instituciones propios de todas ellas o, por lo menos, no exclusivos de una sola.¹³ A su vez, esa dedicación mía a los diversos enjuiciamientos obedece, sin duda, a que en España, con excepción hecha del nonato plan de los años 1883-84, la enseñanza íntegra del derecho procesal ha estado exclusivamente en manos del procesalista,¹⁴ sin que los penalistas, respetuosos de la divisoria, hayan suscitado nunca tercería de dominio o de mejor derecho, si se exceptúa la singularísima concepción de la justicia penal propugnada por Pedro García Dorado Montero, el insigne profesor de Salamanca,¹⁵ y de alguno que otro ar-

¹³ Comenzando por las ideas fundamentales de *derecho* y de *obligación*, para seguir por otras que no se circunscriben a una determinada rama jurídica, aun cuando sean luego en ésta o en aquélla donde alcancen mayor relieve. Pensemos en nociones como las de *negocio jurídico*, *contrato*, *sanción*, *prueba*, *procedimiento*, etc. De una manera más concreta, alguna vez hemos puesto de manifiesto los conceptos comunes al derecho procesal y al administrativo: véase *Ley española procedimiento administrativo*, cit., pp. 86-7.

¹⁴ La evolución de la disciplina en los planes españoles de enseñanza ha sido la siguiente: 1º Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857: figuraba en ella como «*Teoría y práctica de los procedimientos judiciales*» y había, además, un curso de «*Oratoria forense*» (art. 43); 2º Real decreto de 2 de septiembre de 1883, que distribuye así la materia: a) «*Derecho penal y procedimiento criminal*»; b) «*Derecho administrativo y nociones de lo contencioso*»; c) «*Derecho procesal civil, canónico y administrativo*», y d) «*Teoría y práctica de redacción de instrumentos públicos y actuaciones judiciales*» arts. 1º y 6º); 3º Real decreto de 14 de agosto de 1884: refundió toda la materia en una sola asignatura con dos cursos de lección diaria: «*Derecho procesal civil, penal, canónico y administrativo* y teoría y práctica de redacción de instrumentos públicos», y estableció unas «*Academias de Derecho*» a las que habían de asistir los alumnos que estudiasen aquél; 4º Real decreto de 26 de julio de 1892: instauró el régimen que durante más tiempo estuvo en vigor, a saber: un curso de «*Procedimientos judiciales*» y otro de «*Práctica forense* y redacción de instrumentos públicos»; 5º Real decreto de 19 de mayo de 1928: «*Derecho Procesal*»; 6º Real decreto de 25 de septiembre de 1928: «*Derecho de los procedimientos judiciales*»; 7º Decreto de 11 de septiembre de 1931: «*Derecho Procesal*»; 8º Decreto de 7 de julio de 1944: régimen de cuatrimestres, de los cuales en tres figura «*Derecho Procesal*»: a) «*Organización judicial y procedimiento civil*» b) «*Procedimiento civil y penal*», y c) «*Procedimientos especiales*»; 9º Decreto de 11 de agosto de 1953: «*Derecho Procesal*».

¹⁵ Al sugerir el reemplazo de los jueces juristas por médicos sociales: véase lo que dice

título de los últimos decenios,¹⁶ amén del proyecto de código procesal penal para Bolivia de Manuel López-Rey y Arrojo.¹⁷ De ahí que durante la larga etapa que va desde la ley de enjuiciamiento de 1855 al término de la guerra civil en 1939, o, si queremos otra formulación, desde el *Tratado* de Caravantes a la *Exposición* de Prieto Castro,¹⁸ uno y otra circunscritos al proceso civil, predominan en España las obras, no ciertamente de *teoría* general del proceso, porque hasta 1920 estuvimos viviendo bajo el signo del procedimentalismo *descriptivo*,¹⁹

en diversos trabajos reunidos bajo el común denominador de *El derecho protector de los criminales* (Madrid, 1915) y concretamente en el volumen I, pp. 180-4, 373-6, 418-9, y en el II, pp. 18 y 130-6.

¹⁶ Por ejemplo: el de LÓPEZ-REY y ARROJO, *El valor procesal de la llamada tipicidad* (sobretiro de la "Revista de Derecho Privado", Madrid, mayo de 1934), el de RUIZ-FUNES, *Algunos problemas del testimonio* (Ciudad Trujillo, 1946; reseña mía, en "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", núm. 43, julio-septiembre de 1949, pp. 192-3) o el de CASTEJÓN, *La sentencia provisional* (en "Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación", primer semestre de 1954, pp. 5-20; reseña mía, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 24, septiembre-diciembre de 1955, pp. 314-6).

¹⁷ *Proyecto de código procesal penal para Bolivia* (Córdoba, Argentina, 1946; reseña mía, en "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", núms. 35-36, julio-diciembre de 1947, pp. 372-7), así como su folleto *La reforma procesal penal en Bolivia* (sobretiro de "Rev. Der. Proc." argentina, 1947, II, pp. 113-74; reseña mía, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 2, mayo-agosto de 1948, pp. 185-6).

¹⁸ DE VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva ley de enjuiciamiento, con sus correspondientes formularios* (cuatro tomos, Madrid, 1856, los primeros, y 1858, el último); PRIETO-CASTRO, *Exposición del Derecho Procesal Civil de España*, primera ed., dos tomos (Zaragoza, 1941 y 1945). Pero inmediatamente antes de CARAVANTES tenemos la obra de GÓMEZ DE LA SERNA (el padre de la ley de enjuiciamiento civil de 1855) y de MONTALBÁN, que es de carácter general: *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales* (2ª ed., tomos I y II, Madrid, 1855, y tomo III, 1853), y más atrás aún los por tantos motivos interesantísimos *Elementos de práctica forense*, etc., de Lucas GÓMEZ Y NEGRO (Valladolid, 1825). No faltan sin embargo, obras consagradas exclusivamente a la justicia punitiva, tanto antes de 1855 (verbigracia: la de José MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España*; primera ed., Madrid, 1804; quinta, 1828), como después (por ejemplo, RUIZ Y RODRÍGUEZ, *Tratado general de procedimientos criminales, o exposición de las reglas que deben observarse en la sustanciación de los juicios para la averiguación y castigo de los delitos y faltas*, dos tomos y uno de apéndice, Madrid, 1878-9). En cuanto a PRIETO-CASTRO, si bien ha cultivado de manera preferentísima el enjuiciamiento civil, tiene planeado desde 1952 un *Tratado de Derecho Procesal*, aun cuando sólo haya aparecido parte de la primera parte, dedicada al *Derecho Procesal Civil* (Madrid). Anotemos también a DE LA PLAZA, *Derecho Procesal Civil Español*, primera ed., dos tomos (Madrid, 1942) y GUASP, *Derecho Procesal Civil*, primera ed., (Madrid, 1956). También a partir del término de la guerra civil aparecen varios libros que se ocupan sólo del proceso penal: recordemos los de FENECH, *Curso Elemental de Derecho Procesal Penal*, tres tomos (Barcelona, 1945); JIMÉNEZ ASENJO, *Derecho Procesal Penal*, dos vols. (Madrid, s. f.: 1949), y VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, *Lecciones de Derecho Procesal Penal* (Madrid, 1950), y *Curso de Derecho Procesal Penal*, tres vols. (Madrid, 1962, los dos primeros, y 1964, el tercero).

pero sí de carácter conjunto, inclusive a veces con especificación de los distintos calificativos secundarios que siguen a procesal en sus títulos: civil, penal, contencioso-administrativo y canónico.²⁰ Manuel Ortiz de Zúñiga, Francisco Lastres Juiz y Magín Fábrega y Cortés son, probablemente, los autores más representativos de esta tendencia,²¹ de la que naturalmente quedan fuera, por la índole misma de sus obras, los redactores de *Comentarios*, artículo tras artículo, a las leyes de enjuiciamiento, tanto civil como criminal.²²

3) No es, sin embargo, hasta 1946, con un estudio sobre la acción escrito para el homenaje a Hugo Alsina,²³ cuando comienzo a consagrarme de manera

¹⁹ Uno de los primeros trabajos en que se acogen las enseñanzas del procesalismo italiano es el de GALLARDO Y GONZÁLEZ, *Formalismo procesal (civil)* (en "Anales de la Universidad de Valencia", 1920-21, pp. 419-62), aun cuando por tratarse de una publicación poco difundida y por no haber perseverado su autor en el cultivo del derecho procesal, su esfuerzo renovador haya quedado totalmente eclipsado por el coetáneo de BECEÑA, que culmina en *Magistratura y Justicia: Notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial* (Madrid, 1928). Véase, además, *infra*, nota 327.

²⁰ Así, por ejemplo, y además de LASTRES (*infra*, nota 21), JOSÉ LÓPEZ ROMERO y JOSÉ LÓPEZ DE RUEDA, *Derecho Procesal Civil, Penal Canónico y Administrativo*, tres tomos (Sevilla, 1885-7); PARRA IBÁÑEZ, *Curso elemental del Derecho Procesal Español Civil, Penal, Administrativo y Canónico, compuesto con arreglo a la legislación vigente y con vista de los tratadistas principales* (Madrid, 1889); TORRES AGUILAR-AMAT, *Plan o programa razonado de Derecho Procesal, Civil, Penal Canónico y Administrativo, y teoría y práctica de la redacción de instrumentos públicos* (Madrid, 1889).

²¹ ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos de práctica forense* (primera ed., Granada, 1841), convertidos en *Práctica general forense* a partir de la cuarta (Madrid, 1861, dos tomos; octava, 1878); LASTRES JUIZ, *Procedimientos civiles, criminales, canónicos y contencioso-administrativos según las leyes y demás disposiciones vigentes, seguidos de un manual de formularios*, dos tomos (once ediciones desde la de Madrid, 1871, a la de 1902); FÁBREGA Y CORTÉS, *Apuntes de procedimientos judiciales* (1907) y *Apuntes de práctica forense* (1909), que más tarde se convierten en *Lecciones de procedimientos judiciales* (tercera ed., póstuma, Barcelona, 1928) y *Lecciones de práctica forense (Segundo curso de procedimientos judiciales)* (segunda ed., Barcelona, 1921).

²² Es decir, los dos completos pero anticuados de MANRESA (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* —primera ed., cinco tomos, Madrid, 1888-94; sexta, seis, 1944-9—) y de AGUILERA DE PAZ (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, seis tomos, Madrid, 1923-4-5), y los dos más modernos pero incompletos de GUASP (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* —segunda ed., tomo I, Madrid, 1948—), y de GÓMEZ ORBANEJA (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomos I y II, Barcelona, 1947 y 1951), por circunscribirnos a los relativos a los textos vigentes. Recordemos también el volumen *Ley de Enjuiciamiento Criminal reformada, anotada y comentada con multitud de cuestiones resueltas por el Tribunal Supremo unas, otras por la Fiscalía del mismo, muchas por los escritores de Derecho Procesal, algunas por la práctica constante de las Audiencias y Juzgados y varias por el magistrado de la Territorial de Valladolid don Mariano Herrero Martínez* (Valladolid, 1908).

²³ *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*,

preferente a la teoría general del proceso. Desde entonces, durante veinte años largos [en la actualidad, veintiocho], he dado a la imprenta una serie de artículos y conferencias a ella pertenecientes,²⁴ más el volumen *Proceso, autocomposición y autodefensa*,²⁵ a los que han de sumarse las explicaciones acerca de la misma en la cátedra de Estudios Superiores de Derecho Procesal en el doctorado de la Universidad de México,²⁶ en los Cursos de extensión dictados en la de Concepción (Chile) en 1961 (un mes) y en 1964 (un semestre)²⁷ y en el de la sesión de México organizada en 1965 por la "Faculté Internationale pour l'Enseignement du Droit Comparé", de Estrasburgo.²⁸ De los trabajos en cuestión, el titulado *Trajectoria y contenido de una teoría general del proceso*,²⁹ muy probablemente

en "Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina" (Buenos Aires, 1946, pp. 761-820) y luego en "Anales de Jurisprudencia" (México, abril de 1947, pp. 263-359).

²⁴ Alrededor de una treintena, destinados a recopilarse en los volúmenes. De entre ellos destacaremos aparte los que son objeto de las notas 23 y 29, los siguientes: *Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria* (en "Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento", vol. I —Milano, 1951—, pp. 1-55, así como en "Jus" de México, octubre de 1948, pp. 329-92, y en "Rev. Der. Proc." argentina, 1949, I, pp. 287-336), *Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso* (en rev. argentina recién cit., 1952, I, pp. 212-77), *En torno a la noción de proceso preliminar* (en "Scritti giuridici in onore della 'Cedam' nel cinquantenario della sua fondazione", vol. II —Padova, 1953—, pp. 265-316), *El antagonismo juzgador-partes: Situaciones intermedias y dudosas* en "Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei", vol. II —Padova, 1958—, pp. 1-78), *Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria* (ponencia general ante el III Congreso Internacional de Derecho Procesal, Venecia, 1962; en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 45, septiembre-diciembre de 1962, pp. 521-96), más dicho, se está, el presente trabajo.

²⁵ (*Contribución al estudio de los fines del proceso*) (México, 1947). Actualmente estoy trabajando en la segunda edición de la obra: México, 1970.

²⁶ Véanse, al efecto, mi *Programa de Estudios Superiores de Derecho Procesal* (sobretiro de la "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", núm. 46, abril-junio de 1950, pp. 253-64) y mi *Programa para un Curso de Teoría General del Proceso* (México, 1960, 4 págs.: véase sub J, Apéndice). Mi *Programa de Derecho Procesal y Cuestionario para el acto del examen* (primera ed., Santiago de Compostela, 1933; segunda, Valencia, 1935) era también de signo unitario, idea ésta que afirmo también en mi *Der. Proc. Pen.*, cit., tomo I, pp. 37-47.

²⁷ Acomodados ambos al *Programa teor. gal. proc.* citado en la nota anterior y reimpreso por partida doble en Concepción: la primera vez (1961), en su totalidad, y la segunda (1964), en la parte que había quedado sin explicar en aquélla. La versión mecanografiada de los dos cursos (el segundo, patrocinado por la Organización de los Estados Americanos) comprende 1,250 páginas en tamaño oficio.

²⁸ En dicha oportunidad desarrollé un cursillo de cinco lecciones sobre el tema *Introducción al Derecho Procesal: Los sistemas procesales*, durante los días 28 a 30 de junio, 1 y 2 de julio. A la par que un sumario de las cuestiones a abordar en él, distribuí entre los alumnos, en versión mimeografiada, una *Bibliografía Clasificada* de obras concernientes al tema. Convenientemente actualizada, esa *Bibliografía* se repartió también entre los participantes de las Cuartas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal y figura ahora como *Suplemento* de esta ponencia.

²⁹ Conferencia dada en la Universidad de Costa Rica (San José) el 22 de abril de

ha influido en la creación de cátedras *ad hoc* en diversos países hispanoamericanos.³⁰

4) B) *Razón de ser y antecedentes.*—Concebida la teoría general del proceso como la exposición de los conceptos, instituciones y principios *comunes* a las distintas ramas del enjuiciamiento, en seguida se advierte que la que debería haber sido *lógicamente* cimiento de la dogmática procesal, *cronológicamente* surge con enorme retraso, puesto que todavía, y pese a su implantación en algunos países,³¹ representa más una aspiración que una conquista definitiva, como lo revela su inclusión en el temario de estas IV Jornadas. Huelga decir que la teoría *general* del proceso se contraponen a la *particular* de sus diferentes territorios, y que la relación entre aquella y éstas podríamos reflejarla, según ya hizo Carnelutti, mediante la metáfora del tronco y de las ramas,³² con el resultado de que tanta mayor importancia tendrá el primero cuanto mayor sea la altura a que la ramificación comience. Se sobreentiende asimismo que la difusión y el arraigo de la teoría general del proceso en Facultades y Escuelas de Derecho han de tener hondas y beneficiosas repercusiones de índole doctrinal, docente, legislativa y jurisprudencial, según intentaremos demostrar (*infra*, núm. 50).

1949; repetida en la de San Carlos, de Guatemala, el 29 del propio mes y año; publicada en "Jus" de México, marzo de 1950, pp. 153-77, y en la "Revista de la Universidad de Costa Rica", octubre de 1951, pp. 86-115.

³⁰ Primeramente en Guatemala, donde según me informa el profesor Mario Aguirre Godoy, en carta de 18 de enero de 1967, el curso de «Teoría general del proceso» se viene explicando desde 1957 en la Universidad Nacional y desde 1964 en la Universidad Católica Rafael Landívar (en la actualidad, conforme a los programas del propio informante y de su colega Fernando José Quezada Toruño). En Chile, desde hace un par de años, a tenor de las noticias que me facilita el profesor Hugo Pereira Anabalón. En la Universidad mexicana de Veracruz se consagró a ella en los últimos años el profesor Altamirano, pese a la resistencia de los elementos más retrógrados e inmovilistas de la Facultad. También en El Salvador, de acuerdo con el *Programa de Teoría General del Proceso* del profesor Guillermo Manuel Ungo (1965).

³¹ A saber: en los mencionados en la nota 30, donde, sin embargo, no ha pasado todavía de la redacción de programas docentes y de la impartición de clases, sin que haya producido aún obras de verdadera consistencia.

³² «*Procedura civile e procedura penale si distinguino bensì, man non perchè abbiano diverse radici, sibbene perchè sono due grandi rami, in cui si bipartisce, a una buona altezza, un unico tronco*: *Prove civili e prove penali* (en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1925, I, pp. 3-26), p. 3. CALAMANDREI, a su vez, sostiene que «*tra processo civile e processo penale, anzichè la assoluta separazione di un incolmabile abisso, corre a guisa di ponte di passaggio una zona di forme processuali intermedie, attraverso le quali la graduale continuità tra i due tipi estremi di processo è mantenuta, e conformata la loro essenziale unità di destinazione*: *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio* (en "Studi di Diritto Processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento" —Padova, 1927—, pp. 131-71; luego en sus "Studi sul processo civile", vol. II —Padova, 1930—, pp. 321-58, y en "Estudios sobre el proceso civil" —Buenos Aires, 1945—, pp. 225-61), núm. 1 *in fine*, Véanse, además, *infra*, núm. 16 y notas 108 y 110.

5) Pasando ahora a los antecedentes, los dividiremos en *remotos* y *próximos*. Como antecedente *remoto*, probablemente el más significativo está constituido no tanto por el fenómeno del proceso penal privado en Roma,³³ imbuido de rasgos civilistas, que aún encontramos en ordenamientos de nuestros días (*infra*, núms. 16 y 36), como por la característica *indiscriminación* del enjuiciamiento germánico primitivo,³⁴ esencialmente común para litigios civiles y causas penales,³⁵ a título de proceso de condena por el incumplimiento de una obligación, con rasgos muy distintos del romano,³⁶ y que, contemplado con criterio contemporáneo, más haría pensar en un mecanismo para dilucidar una contienda criminal que no un pleito civil.³⁷

6) Entre los antecedentes *próximos*, los hay *docentes, doctrinales y legislativos*. a la cabeza de los docentes, Castellari recuerda el curso de *diritto giudiziario* que a partir de 1848 explicó Mateo Pescatore en Turín,³⁸ y por nuestra cuenta

³³ Cfr. MANZINI, *Tratatto di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, vol. I (Torino, 1931), pp. 1 y 2 (en la traducción —tomo I, Buenos Aires, 1951—, pp. 3 y 4), así como VÉLEZ MARIÓNDE, *El proceso penal romano*, en “Rev. Der. Proc.” argentina, 1947, I —pp. 466-87—, pp. 469-70, y luego en sus “Estudios de Derecho Procesal Penal”, vol. I (Córdoba, Argentina, 1956), pp. 23-4.

³⁴ Cfr. LÓPEZ ORTIZ, *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), p. 185.

³⁵ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, traducción española (Barcelona, 1936), p. 14.

³⁶ Por ejemplo: concepción de la prueba como derecho del demandado y no como carga del actor, según la regla predominante en el derecho romano; presunción de culpabilidad del reo, que hoy persiste sólo en juicios especiales, como el ejecutivo (por alzarse frente al deudor el elemento de cargo representado por el título ejecutivo) o el monitorio, etcétera.

³⁷ Las denominaciones que para designar a las partes se emplean en textos procesales hispano-germánicos son harto ilustrativas al respecto: al actor se le llama *querelloso*, y al demandado, *sospechoso*, hecha la aclaración de que el término «querella», que en la actual terminología hispánica tiene significado exclusiva o predominantemente *penal*, históricamente poseyó alcance *civil*: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Instituciones judiciales y procesales del Fuero de Cuenca* (publicado, en parte, en los “Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti”, vol. II —Padova, 1950—, pp. 73-95, e íntegramente en “Rev. Esc. Nac. Jurisp.”, núms. 47-48, julio-diciembre de 1950, pp. 281-373), pp. 313-4. [Ahora, *infra*, *Estudio Número 23*, punto 43]. Como muestra de precepto que emplea la voz «querella» en acepción civil, recordaremos el artículo 791 del código salvadoreño de 31 de diciembre de 1881, a propósito de los juicios posesorios.

³⁸ Cfr. CALAMANDREI, *L'insegnamento del diritto processuale nei nuovi statuti universitari*, en “Riv. Dir. Proc. Civ.”, 1924, I, p. 364, en relación con la respuesta de CASTELLARI acerca de la reorganización de la enseñanza universitaria efectuada en Italia por la reforma GENTILE, a que en seguida nos referimos en el texto. El pensamiento procesal de PESCATORE culmina en su famosa *Esposizione compendiosa della procedura civile e penale nelle somme dei suoi ragioni e nel suo ordine naturale, con appendici di complemento*

señalamos antes (*supra*, núm 2), la pauta de los planes de enseñanza españoles desde la Ley de Instrucción Pública de 1857 a hoy en día, con la excepción del de 1883-84, que no llegó a aplicarse, en el sentido de atribuir la explicación de todo el derecho procesal a un solo profesor, el procesalista. Volviendo a Italia, la reforma Gentile, al establecer la autonomía universitaria, permitió que tanto Marco Tullio Zanzucchi, en la Universidad Católica de Milán, como Piero Calamandrei, en la de Florencia, estableciesen un curso inicial de *Istituzioni di Diritto Processuale*, proyectado sobre las diversas esferas procesales.³⁹

7) Mención aparte merece la tentativa mexicana de 1948, porque de haber cristalizado, México hubiese sido el primer país de América y acaso del mundo en contar con una cátedra exclusiva de teoría general del proceso. Antes de seguir adelante, debo declarar, porque “a quien de ajeno se viste, en la calle lo desnudan”, que la idea de crear tal cátedra no fue mía, aunque la acogí con entusiasmo y la apoyé en cuanto pude, sino de un ilustre jurista mexicano, el licenciado Virgilio Domínguez, cuando siendo director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia (luego, Facultad de Derecho) de México, pensó en reorganizar su plan de estudios, Domínguez imaginaba la enseñanza de la ciencia jurídica a manera de una pirámide escalonada, que tuviese su primer peldaño en la *Teoría general del Derecho*, y el segundo, en la teoría general de los grandes 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 entronque al civil, al mercantil y a zonas fundamentales del laboral y del agrario, y una *Teoría general del Proceso*, en la que enraizarían los distintos enjuiciamientos. Una *Teoría general del Delito* podría haber completado el cuadro por lo que respecta a las ciencias penales.⁴⁰ Un lamentable conflicto universitario provocó la salida de Domínguez como director y el abandono de su proyecto; pero poco después, en 1949, su sucesor, el licenciado José Castillo Larrañaga, me encomendaba elaborar el estatuto para implantar el doctorado en derecho, y entre las materias a estudiar en él figuraba un curso de *Teoría general del Proceso*, que luego, por el deseo de unificar las denominaciones de las asignaturas, y con el propósito de marcar su tonalidad científica, profundizada en contraste con las de la licenciatura, se transformó en uno de *Estudios Superiores de Derecho Procesal*.⁴¹ Sin

sui temi principali di tutto il diritto giudiziario (tres vols. Torino, 1864, 1865, y 1872), de índole netamente unitaria.

³⁹ Cfr. CALAMANDREI, ob. cit. en la nota anterior, pp. 363-5, así como CARNELUTTI, *Scuola italiana del diritto* en “Riv. Dir. Proc. Civ.”, 1936, I (pp. 3-17), p. 13, con referencia no sólo a CALAMANDREI y a ZANZUCCHI, sino también, y en primer lugar, a MASSARI, procesalista penal, aun cuando —agregamos— fuertemente influido por CHIOVENDA (*infra*, núm. 26).

⁴⁰ Cfr. *Trayectoria teor. gral. proc.* cit., núm. 1.

⁴¹ Véase el artículo 5º del Estatuto del Doctorado en Derecho, de 7 de octubre de

embargo, desde que el doctorado empezó a funcionar en 1950, a esa cátedra, que ha estado casi siempre a mi cargo,⁴² le he impreso contenido de *Teoría general del Proceso*, según revelan mis dos programas relativos a aquélla, singularmente el segundo (cfr. *infra*, *Apéndice*), que recibe taxativamente tal denominación, y que utilicé asimismo en los cursos chilenos de 1961 y de 1964 (*supra*, núm. 3).⁴³ Señalemos, no obstante, una diferencia esencial entre la fórmula de Domínguez y la que después prevaleció: de acuerdo con la primera, la *Teoría general del Proceso* estaba destinada a funcionar en la *licenciatura* con anterioridad a los cursos privativos de derecho procesal civil, penal, administrativo y laboral, así como al de amparo,⁴⁴ mientras que a tenor de la segunda, se incluyó *a posteriori* de ellos, como asignatura del *doctorado*. Es decir, dejó de ser cimiento o primer piso, para convertirse en tejado o azotea. De las dos soluciones, resulta más lógica la de Domínguez, por su implantación en la licenciatura tropezaba con dificultades que en el doctorado, como creación de nueva planta, no se presentaban o se eliminaron fácilmente. En efecto, cuando años más tarde se pensó por segunda vez en instaurar la *Teoría general del Proceso* en la licenciatura, hubo una tenaz resistencia, pasiva en unos y activa en otros, por parte de bastantes profesores (en mayor proporción aún de procesalistas penales), que a base del código, de experiencia forense y de alguno que otro manual, se desenvolvían más o menos bien en cursos institucionales de una sola rama del enjuiciamiento, pero a quienes faltaba la visión panorámica y los conocimientos doctrinales indispensables para afrontar la exposición de aquélla. Probablemente hoy en día, tras diecisiete años de existencia del doctorado [ahora, veinticuatro], con no pocas cátedras de derecho procesal en manos de quienes cursaron dicho grado y siguieron en él explicaciones de *Teoría general del Proceso*, la oposición sea menor y, en definitiva, acaso haya sido una ventaja incorporarla primero al

1949. Para más datos, la información por mí preparada sobre *Creación del Doctorado en Derecho*, en "Rev. Esc. Nac. Jurisp." núm. 44, octubre-diciembre de 1949, pp. 235-315 así como más tarde nuestro trabajo *Datos y antecedentes relativos a la implantación en México del Doctorado en Derecho*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núms. 35-36, julio-diciembre de 1959, pp. 9-39, y en el volumen "Doctorado en Derecho: Décimo aniversario, 1950-1960" (México, 1960), pp. 17-25 (sin notas).

⁴² Con excepción de un par de años en que el profesor Eduardo PALLARES explicó un segundo grupo de "Estudios Superiores de Derecho Procesal", al que imprimió, según mis noticias, una orientación más bien practicante, y de aquellos en que por corresponderme año sabático o por hallarme en Chile (1964) fui reemplazado por los doctores MOLINA PASQUEL y BRISEÑO.

⁴³ Véanse *supra*, notas 26 y 27.

⁴⁴ Conviene aclarar que ni en 1947-48 (fórmula DOMÍNGUEZ) ni en 1949 (Estatutos del Doctorado) se había producido aún la contemplación *procesalista* del amparo por obra de FIX ZAMUDIO, a partir de su trabajo *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana: Ensayo de una estructuración procesal del amparo* (México, 1955), que marca la divisoria frente al tradicional enfoque *constitucionalista* de la institución, el cual se bate hoy en retirada frente a aquélla, aunque todavía conserve adeptos.

nivel más alto para, después de allanado el camino, establecerla en la licenciatura. (Como acaba de suceder, al aprobarse a fines de enero de 1968 el nuevo plan de estudios para la Facultad de Derecho, en el que figuran un curso obligatorio y otro optativo de *Teoría general del Proceso*.)

8) Entre los *antecedentes doctrinales próximos*⁴⁵ hay que mencionar ante todo, en 1868, el famoso libro de Oskar Bülow sobre excepciones y presupuestos procesales,⁴⁶ no sólo por constituir el punto de partida de la ciencia procesal contemporánea,⁴⁷ sino por haber situado el centro de gravedad de nuestra disciplina en los dominios del derecho público y por haberle dado a la naturaleza del proceso una explicación que, con precedentes lejanos unos y cercanos otros,⁴⁸ ha sido referida a las distintas ramas procesales,⁴⁹ inclusive por quienes de manera

⁴⁵ O sea, en contraste con los doctrinales remotos, es decir, por las exposiciones conjuntas de *judicialistas, prácticos y procedimentalistas* (acerca de esta distinción, véase mi *Adición al número 1 del «Sistema» de Carnelutti*, vol. I Buenos Aires, 1944—, pp. 6-9), respecto de las cuales remitimos a las notas del número 28.

⁴⁶ Es decir, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen* (Giessen, 1868). Traducción castellana de Miguel Angel ROSAS LICHTSCHEN: *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (Buenos Aires, 1964).

⁴⁷ Naturalmente, BÜLOW no surge de la noche a la mañana, y menos todavía por generación espontánea: antes de él «hay un WETZELL y la polémica de WINDSCHEID y MÜTHER acerca de la acción, y más atrás aún, en pleno siglo XVII Benedicto CARPZOV»: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Comentario a los «Fundamentos del Derecho Procesal Civil» del doctor Eduardo J. Couture* (en "Jurisprudencia Argentina" de 1 de noviembre de 1942, y luego en "Ensayos" cit., pp. 651-68), nota 17. Aludimos, dicho se está, al *System des ordentlichen Civilprocesses* (primera edición, Leipzig, 1854), de WETZELL; a los trabajos integrantes de la polémica —a) WINDSCHEID, *Die actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts* (Düsseldorf, 1856); b) MÜTHER, *Zur Lehre von der römischen actio, dem heutigen Klagrecht usw.* (Erlangen, 1857), y c) WINDSCHEID, *Abwehr gegen Dr. Theodor Muther* (Düsseldorf, 1857)—, de la que existe traducción italiana de HEINITZ y PUGLIESE, con introducción de éste: *Polémica intorno all'«actio»* (Firenze, 1954), y a la *Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium* (Wittenberg, 1635), de CARPZOV. Acerca de éste, que no obstante descender de judíos españoles huidos de la quema, se especializó en mandar a la hoguera a millares de supuestas brujas, véase VON WEBER, *Benedict Carpov. Ein Bild der deutschen Rechtspflege im Barockzeitalter* (en "Festschrift für Ernst Heinrich Rosenfeld zu seinem 80. Geburtstag am 14. August 1949" —Berlín, 1949—, pp. 29-50).

⁴⁸ Entre los primeros, Bulgaro de SASSOFERRATO, recordado por WACH (*Hanbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, tomo I —Leipzig, 1885—, p. 39, nota 12, en la que asimismo cita a AZÓN) y luego por CHIOVENDA (*Istituzioni di diritto processuale civile*, primera ed. —Napoli, 1933—, p. 51), y Bernardo DORNA, mencionado por FLORIAN (*Principi di diritto processuale penale* —Torino, 1927—, p. 42). Entre los segundos, HEGEL y ВЕТМАНН-HOLLWEG, este último expresamente invocado por BÜLOW en la nota 1-a del capítulo I de su libro (*supra*, nota 46).

⁴⁹ Así, por JOHN (*Die Strafprozessordnung für das deutsche Reich*, tres volúmenes; Leipzig, 1844-8-9; cfr. vol. I, pp. 130 y ss.) y por VON KRIES (*Die Prozessvoraussetzungen des Strafprozesses*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", tomo V, 1885,

tajante niegan su unidad troncal.⁵⁰ Después, hay que dar un salto de algo más de medio siglo para tropezar, en 1919, con las *Grundlagen des Prozessrechts*, de Wilhelm Sauer, cuya indole comparativa entre los dos grandes procesos, el civil y el penal, se subraya con especial relieve en la tercera edición del libro, aparecida en 1951.⁵¹ A su vez, la obra maestra de James Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage: Eine Kritik des prozessualen. Denkens* (Berlín, 1925; 2a. ed., Aalen, 1962), brinda una nueva concepción de la naturaleza del proceso, proyectable y proyectada por él,⁵² y, en menor medida, por otros autores,⁵³ a los diferentes

y en su *Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts* —Freiburg i. B., 1892—, pp. 4-7) al ámbito del enjuiciamiento criminal, o por Otto MAYER al de la justicia administrativa (en su *Deutsches Verwaltungsrecht*, tercera ed., München, 1924, vol. I, § 14).

⁵⁰ Como sucede, por ejemplo, con FLORIAN (cfr. sus citados *Principi*, pp. 8-11, por un lado, y 54-9, por otro) o con MANZINI (véase su *Tratado*, cit., tomo I, pp. 109-12, por un lado. y 112-21, por otro).

⁵¹ Bajo el título de *Allgemeine Prozessrechtslehre* [es decir, precisamente, «teoría general del derecho procesal», *zugleich eine systematische Schulung der civilistischen und der kriminalistischen Praxis* [o sea, «a la vez que una enseñanza sistemática de la práctica civilista y criminalista»] (Köln-Berlín, 1951).

⁵² Primero en su *Zivilprozessrecht* (primera ed., Berlín, 1929; segunda, 1932; traducción, *supra*, nota 35) y luego en dos de sus obras aparecidas en España: *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal* (Barcelona, 1935) y *Teoría general del proceso*, que se cita después en el texto.

⁵³ Algunos, a propósito tan sólo de su *clasificación de los actos procesales*, uno de los aspectos más interesantes del libro de GOLDSCHMIDT: véanse las referencias que a ROSENBERG, GUARNERI, BETTI y SCHÖNKE consigno en la nota 11 de mi artículo *Los actos procesales en la doctrina de Goldschmidt*, en "Rev. Der. Proc." argentina, 1951, I, pp. 49-76. Véase también NIESE, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen: Ein Beitrag zur allgemeinen Prozessrechtslehre* (Göttingen, 1950), pp. 89-106, *passim*. La obra de NIESE, que por razón de su fecha no me fue posible tomar en cuenta para la redacción de mi citado artículo, además de ser una de las mejores producidas por la literatura alemana posterior a la Segunda Guerra Mundial, está construida, como indica el subtítulo, en plano de la teoría general del proceso y concuerda muy a menudo con las ideas de GOLDSCHMIDT. Coincidencias más o menos acentuadas con otros extremos del pensamiento goldschmidtiano, que aquí por razones de espacio no podemos puntualizar, encontramos en PODETTI (*La ciencia del proceso y las doctrinas de Goldschmidt*, en los folletos de «Antología Jurídica» —Buenos Aires, 1938—), LÓPEZ-REY y ARROJO (*Proyecto de código cit.*, pp. 14-20, correspondientes a la exposición de motivos y que, dicho sea de paso, no son muy ortodoxas), CALAMANDREI (*Un maestro de liberalismo procesal*, en "Rev. Der. Proc." argentina, 1951, I, pp. 159-67, en agudo contraste con la posición francamente adversa en que se colocó al reseñar el trabajo que nos ocupa, en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1927, I, pp. 219-26, bajo el epigrafe *Il processo come situazione giuridica*), SCHMIDT (Eberhard) (*Las repercusiones de la obra científica de James Goldschmidt sobre la legislación y la ciencia alemanas*, en rev. argentina cit., 1951, II, pp. 281-93), PRIETO CASTRO (*Derecho proc. civ. cit.*, tomo I, pp. 21-5) y ALSINA (*La teoría de la situación jurídica no se opone, antes bien, integra el concepto de relación jurídica* en rev. arg. cit., 1952, I, pp. 1-12). En esencial discrepancia se muestra, por el contrario, LIEBMAN, *La obra científica de James Goldschmidt y la teoría de la relación jurídica*, en revista arg. cit., 1951, II, pp. 57-73.

enjuiciamientos. No es, en cambio, colacionable la *Teoría General del Proceso* (Barcelona, 1936), del propio Goldschmidt, porque, pese a su título, se circunscribe al civil,⁵⁴ y por idéntico motivo no lo son *Fundamentos*, de Couture, que, sin embargo, por el modo como están planteados, sobre todo en la edición tercera y póstuma,⁵⁵ con poquísimo esfuerzo habrían desembocado en un texto catalogable de lleno en la literatura sobre el tema. Dos artículos, uno del procesalista penal italiano Giuseppe Sabatini y otro del procesalista civil austriaco Hans Schima, ajustan, en cambio, como anillo al dedo en el sector de trabajos que venimos haciendo desfilar: el de aquél se denomina *La teoria generale del processo penale e civile*,⁵⁶ y el del segundo, *Grundlegende Aufgaben und Grenzen einer allgemeinen Verfahrenslehre*.⁵⁷ En diversas oportunidades, Carnelutti habló de teoría general del proceso⁵⁸ y, al igual que Goldschmidt, cultivó tanto el derecho procesal civil⁵⁹ como el penal,⁶⁰ pero si exceptuamos el trasplante de ideas básicas desde sus exposiciones generales relativas al proceso civil, a las de la misma clase concernientes al proceso penal⁶¹ y ciertos aspectos de su

⁵⁴ Véase mi reseña de dicho libro, en la “Revue Internationale de la Théorie du Droit», 1938, núm. 2, y luego en “Ensayos” *cits.*, p. 625, en relación con pp. 699-700.

⁵⁵ *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, primera ed. (Buenos Aires, 1942; acerca de la misma, véase mi comentario citado en la nota 46; segunda, 1951, y tercera, 1958). Por la misma razón, excluimos también los libros de TOLOMEI, *I principi fondamentali del processo penale* (Padova, 1931; traducción castellana de BECERRA BAUTISTA —México, 1947—; véase, sin embargo, *infra*, nota 80) y de GUARNERI, *Sulla teoria generale del processo penale* (Milano, 1939).

⁵⁶ En “Scuola Penale Unitaria”, 1930, pp. 81 y ss.

⁵⁷ Publicado en italiano como *Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti*, en “Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile”, 1953, pp. 757-72. En la *Tagung* de los procesalistas alemanes efectuada en Tubinga durante los días 11-14-IV-1972, el tema tercero (ponente, el profesor GRUNSKY, de Giessen) versó sobre las posibilidades y límites de una teoría general del proceso en la enseñanza académica: *Möglichkeiten und Grenzen einer allgemeinen Prozessrechtslehre im akademischen Unterricht*. (Publicado en “Zeitschrift für Zivilprozess”, 1972, pp. 378-91).

⁵⁸ Ya en sus *Lezioni di diritto processuale civile*, se ocupó de las relaciones e influjos entre proceso civil y proceso penal: véanse los números 75-78, en el volumen II (reimpresión, Padova, 1930), pp. 40-52; pero es en los números 1, 43, 44 y 89 del *Sistema de diritto processuale civile*, vol. I Padova, 1936; traducción: Buenos Aires, 1944), donde examina el problema de sus interferencias desde el ángulo de la teoría general del proceso. Véase también su artículo citado en la nota 32.

⁵⁹ Tanto en las dos obras mencionadas en la nota anterior, como en las sucesivas ediciones de sus *Istituzioni del nuovo processo civile italiano* (primera ed., Roma, 1941; a partir de la quinta —1957— se elimina el adjetivo «nuovo», que a esas alturas resultaba inadecuado; traducción: Barcelona, 1942). Huelga decir que limitamos la referencia a sus exposiciones generales, porque la lista de sus ensayos y artículos sería interminable.

⁶⁰ Véanse sus *Lezioni sul processo penale*, por desgracia inconclusas (cuatro vols., Roma 1946-7-9; traducción, con *Prólogo* mío, Buenos Aires, 1950), y sus *Principii del processo penale* (Napoli, 1960). Repetimos la salvedad consignada al final de la nota anterior.

⁶¹ De sumo interés sería un estudio comparativo entre sus *Lezioni dir. proc.* y sus *Lezioni*

volumen *Diritto e processo*,⁶² su aportación se reduce a dos artículos no muy largos: *Saggio di una teoria integrale dell'azione*⁶³ y *Para una teoría general del proceso*,⁶⁴ todavía más corto que el primero, y en el que, por tanto, apenas pasa de insinuar propósitos y derroteros. Con anterioridad, pero con alcance más concreto, a un enfoque unitario del proceso responden también, en 1880, el libro de August von Kries sobre los *recursos*⁶⁵ —abordados asimismo en línea de teoría general por Víctor Fairén Guillén en 1949—,⁶⁶ y en 1893, el de Friedrich Stein sobre la *prueba*.⁶⁷ Dejando de momento al margen los ensayos específicamente contraídos a tratar de la *unidad o diversidad del derecho procesal*, por ser punto del que nos ocuparemos en el epígrafe siguiente, así como la cita, ya efectuada (*supra*, nota 24), de los estudios míos sobre teoría general del proceso, recordaremos, por último, con el más emocionado recuerdo hacia su autor, el admirable esfuerzo representado por la *Introducción al Estudio del Derecho Procesal* (Buenos Aires, 1959),⁶⁸ de Eduardo B. Carlos, escrita en circunstancias para él difícilísimas, superadas merced a la devota cooperación de su hija, que le leía los materiales de consulta, y a quien él dictaba el texto y las notas de la obra. Libro de altísima calidad aun redactado por un vidente, y que produce asombro como realización de un hombre prácticamente ciego durante los años en que lo compuso.

proc. pen., o entre éstas y el *Sistema*, singularmente en los desarrollos introductivos y en los correspondientes a la fase de conocimiento (en la de ejecución, las acusadas divergencias de ambos enjuiciamientos harían el cotejo más difícil y los resultados menos satisfactorios), ya que servirían para poner de relieve coincidencias fundamentales y, por ende, la utilidad de la teoría general del proceso.

⁶² Con el que se inicia (Napoli, 1958) el monumental *Tratatto del processo civile* proyectado bajo su dirección y que acaso debido a la muerte del maestro, tras haberse publicado varios volúmenes de distintos autores (MONTESANO, PROVINCIALI, GRIECO, SANDULLI, LENT), no siga adelante. Precisamente por no deberse sino en parte a CARNELUTTI, no lo mencionamos antes en la nota 59. Véase nuestra reseña de dicho volumen, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 52, octubre-diciembre de 1963, pp. 1109-13.

⁶³ Primero en "Riv. Dir. Proc.", 1946, I, pp. 5-18, y luego en "Questioni sul processo penale" (Bologna, 1950), pp. 117-32 (en la traducción —Buenos Aires, 1961—, pp. 23-39).

⁶⁴ Primero en "Rev. Der. Proc." argentina, 1948, I, pp. 3-11, y luego en "Questioni" cit., pp. 9-19 (en la traducción, pp. 41-50, con cambio, en el título, de la preposición «Para» por «Sobre».

⁶⁵ *Die Rechtsmittel des Civilprocesses und des Strafprocesses nach dem Bestimmungen der Deutsche Reichsgesetze* (Breslau, 1880).

⁶⁶ *Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del derecho procesal*, en "Revista de Derecho Procesal" española, 1949, pp. 247-85.

⁶⁷ *Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse* (Lepzig, 1893).

⁶⁸ Véase mi reseña de este libro, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 33, mayo-agosto de 1960, pp. 143-6 (reproducida en la revista "Universidad", de Santa Fe, Argentina, abril-junio de 1960, pp. 356-9).

9) Como *antecedentes legislativos próximos*, vale la pena recordar, ya en plena época codificadora,⁶⁹ una serie de textos legales que con mayor o menor fortuna regulan a la vez sectores más o menos amplios del enjuiciamiento civil y del penal e incluso de la organización judicial, y que se promulgan en España⁷⁰ y en diversos países hispanoamericanos.⁷¹ Tanto por razón de su fecha como por su

⁶⁹ Con anterioridad a ella, hubimos de referirnos ya a la *indiscriminación* del proceso germánico (*supra*, núm. 5, nota 34). Carácter unitario tuvo también la legislación procesal histórica de Suecia y Finlandia: cfr. WREDE, *Das Zivilprozessrecht Schwedens und Finnlands* (Mannheim, Berlín, Leipzig, 1924), pp. 15-8, y TIRKKONEN, *Das Zivilprozessrecht Finnlands* (Helsinki, 1938), pp. 1-3 (reseña mía de este libro, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 34, enero-abril de 1959, pp. 153-5). Acerca del actual código unitario sueco, *infra*, nota 165.

⁷⁰ Véase el "Reglamento provisional para la administración de justicia en lo respectivo a la real jurisdicción ordinaria", de 26 de septiembre de 1835. Se compone de 107 artículos.

⁷¹ Recordemos, entre otros, los siguientes: *Argentina*: a) el proyecto de Manuel Antonio DE CASTRO, de 12 de marzo de 1822, titulado «Ley de establecimiento de las magistraturas, forma y orden de la administración de justicia» (cfr. MÉNDEZ CALZADA, *La función judicial en las primeras épocas de la Independencia: Estudio sobre la formación evolutiva del poder judicial argentino* —Buenos Aires, 1944—, pp. 135-6); b) el «Reglamento de reforma de administración de justicia» para la provincia de Salta, de 16 de diciembre de 1825 (cfr. REIMUNNÍN, *Derecho procesal salteño (Notas de sistematización para su estudio histórico)*, en "Rev. Der. Proc." argentina, 1945, I —pp. 147-82—, pp. 157-9); c) la «Ley de procedimiento de los Tribunales nacionales», de 14 de septiembre de 1863, usualmente denominada «Ley 50»; aun cuando su título XXX («Del procedimiento en las causas criminales»: arts. 352-72) haya sido derogado por el vigente código procesal penal de 1888 (para el estudio de dicho texto, véase SARTORIO, *La Ley 50 y sus complementarias del procedimiento federal* —Buenos Aires, 1938—); *Bolivia*: véase nota 72; *Brasil*: Código Procesal de Bahía de 1917, acaso el mejor de los brasileños anteriores al nacional de 1939; *Colombia*: a) «Código Judicial» de Cundinamarca, de 11 de noviembre de 1858, adoptado luego en otros Estados colombianos durante la época federal; b) «Código Judicial» de la Unión, de 7 de junio de 1872, convertido en nacional único por la ley de 15 de abril de 1887; c) «Código Judicial» de 30 de septiembre de 1931, pero en 1938 se desgajó de él el procedimiento penal, y desde entonces dejó de ser unitario (cfr. MARTÍNEZ SARMIENTO, *Historia del derecho procesal colombiano*, en "Rev. Der. Proc." argentina, 1943, I —pp. 439-69—, pp. 454-9 y 462-8). Véase, además, *infra*, Venezuela, sub a; *Costa Rica*: «Código de Procedimientos» de 1841 (cfr. BAUDRIT, *La organización de los tribunales de justicia y los procedimientos judiciales en Costa Rica*, en "Rev. Der. Proc." argentina, 1944, I —pp. 472-504—, pp. 477-8); *El Salvador*: «Código de procedimientos civiles y criminales» de 20 de noviembre de 1857, reimpresso al cumplirse su centenario (véase mi reseña en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 41, mayo-agosto de 1961, pp. 438-41); *Honduras*: *infra*, nota 162; *México*: a) Proyecto de 22 de octubre de 1838 (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *El proyecto de ley de 1838 para el arreglo de la administración de justicia en los tribunales y juzgados del fuero común*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núms. 35-36, julio-diciembre de 1959, pp. 41-67); b) «Ley de procedimientos» de 4 de mayo de 1857, a un tiempo orgánica, procesal civil y, aunque en mínima parte, también procesal penal; *Panamá*: *infra*, nota 161; *Venezuela*: a) Leyes de 30 de abril y de 1 de

categoría, destaca entre ellos el famoso *Código de procedimientos* sancionado en Bolivia en tiempos del presidente Santa Cruz, con cuyo nombre es conocido.⁷² A favor del *El código procesal único*, que tal es el título de su trabajo, se manifestó hace cuarenta años en España el profesor Mauro Miguel y Romero;⁷³ y treinta años después, desde Alemania, Bettermann, en el artículo *Notwendigkeit, Möglichkeiten und Grenzen einer Angleichung der deutschen Verfahrensordnungen*,⁷⁴ ha puesto de relieve la necesidad, las posibilidades y los límites para llevar a cabo la uniformación de las leyes procesales de su patria, no ya respecto de la justicia civil y de la penal, sino también de la administrativa y de la constitucional. [Más adelante (*infra*, número 25), indicaremos los modernos códigos procesales vigentes de tipo unitario.]

10) Acaso se objete que varios de los antecedentes mencionados poco o nada tienen que ver con la *teoría* general del proceso, cual sucede, por ejemplo, con la indiscriminación del proceso germánico (*supra*, núm. 5) o con el Código de Procederes Santa Cruz (*supra*, núm. 9); pero aparte de que los hemos citado no como *expresiones* de aquélla, sino a título de *precedentes* en el tiempo, lejanos unos y cercanos otros, se imponía evocarlos antes de pasar a examinar el capital extremo acerca de la unidad o diversidad del derecho procesal, con el que guardan relación manifiesta.

mayo de 1825, de índole orgánica la primera y procesal la segunda, correspondientes a la época de la Gran Colombia; b) «Código de Procedimiento Judicial» de 15 de mayo de 1836, conocido como «código arandino» (del nombre de su autor, Francisco Aranda). cfr. LORETO, *Estado actual del derecho procesal civil en Venezuela*, en "Rev. Der. Proc." argentina, 1943, I —pp. 205-21—, pp. 207-10, y CUENCA, *El derecho procesal en Venezuela* —Caracas, 1956—, pp. 19-25), *Addendum*: En el momento de enviar la ponencia a España, nos llega el nuevo «código procesal civil y comercial de la nación argentina», de 20 de septiembre de 1967 (inserto en «Anales de Legislación Argentina», núms. 32-33, de 25 de noviembre de dicho año), que deroga tanto el código para la Capital Federal de 1880 como la Ley 50, de 1863, citada en esta nota.

⁷² Sancionado el 6 de noviembre de 1832, promulgado el 14 y en vigor desde el 11 de marzo de 1833; cfr. COUTURE, *Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano* (Córdoba, Argentina, 1940), pp. 18-9 y 21, y PAREDES, *Historia del Derecho Procesal Boliviano*, en "Rev. Der. Proc." argentina, 1944, I (pp. 366-79), pp. 370-3.

⁷³ En "Revista de los Tribunales y de Legislación Universal" (Madrid), 25 de junio de 1927, núm. 26, pp. 393-5. El código abarcaría cinco libros: orgánico, fundamental (*rectius*: común o general: acciones y excepciones, pruebas, recursos, etc.), procesal civil, procesal penal y contencioso-administrativo.

⁷⁴ En "Zeitschrift für Zivilprozess", 1957, pp. 161-98. Véanse también BACHOF, *Justiz und Verwaltungsgerichtsbarkeit* (ponencia ante la reunión de los procesalistas alemanes efectuada en Weinheim en 1951, en "Zeitschrift" cit., 1952, pp. 1-43; traducción italiana como *L'amministrazione di fronte ai tribunali nella recente legislazione tedesca*, en "Jus", 1952, pp. 518-49; reseña mía, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 19, enero-abril de 1954, pp. 273-4), y BÖTTICHER, coponencia sobre el mismo tema, en "Zeitschrift" y año cit., pp. 44-51.