

## E) PROCESO

8) <i>ALGUNAS CONCEPCIONES MENORES ACERCA DE LA NATURALEZA DEL PROCESO</i> .....	377
<i>A) Fijación de propósito</i> .....	377
<i>B) Crítica de las principales concepciones menores:</i> .....	382
<i>a) El proceso como estado de ligamen (Kisch);</i> .....	382
<i>b) La concepción francesa del proceso como servicio público; ...</i>	387
<i>c) La construcción histórico-sociológica de Benjamín Cardozo; ...</i>	391
<i>d) Las sucesivas posturas de Carnelutti en cuanto al fin y naturaleza del proceso; su tesis del enjuiciamiento criminal como jurisdicción voluntaria; el retorno al juicio; .....</i>	394
<i>e) El proceso como modificación jurídica y como “misterio” (Satta); .....</i>	405
<i>f) El reemplazo del proceso civil por la jurisdicción voluntaria (Baumbach); .....</i>	410

## ***E) PROCESO: NÚMS. 8-9***

•

## ALGUNAS CONCEPCIONES MENORES ACERCA DE LA NATURALEZA DEL PROCESO \*

A) FIJACIÓN DE PROPÓSITO. B) CRÍTICA DE LAS PRINCIPALES CONCEPCIONES MENORES: a) El proceso como estado de ligamen (Kisch); b) La concepción francesa del proceso como servicio público; c) La construcción histórico-sociológica de Benjamín Cardozo; d) Las sucesivas posturas de Carnelutti en cuanto al fin y naturaleza del proceso; su tesis del enjuiciamiento criminal como jurisdicción voluntaria; el retorno al juicio e) El proceso como modificación jurídica y como “misterio” (Satta); f) El reemplazo del proceso civil por la jurisdicción voluntaria (Baumbach); g) La instancia y la relación procesal (Machado Guimarães); h) El “acuerdo” como noción clave del proceso (Sentís Melendo); i) El proceso y la voluntad vinculatoria autárquica de la ley” (Podetti); j) El proceso como institución (Giménez Fernández, Guasp, Couture, etc.); k) El proceso como reproducción jurídica de una interferencia real (Lois Estévez); l) El proceso como entidad jurídica compleja (Foschini); m) El proceso como juego (Calamandrei); n) Referencia a otras posiciones. C) CONCLUSIÓN.

1) *A) Fijación de propósito.*—Junto a las explicaciones y teorías fundamentales acerca de la naturaleza del proceso,<sup>1</sup> —a saber: las *dos privatistas*, que

\* Trabajo escrito para los Estudios que la “Unión de Profesores Universitarios Españoles en el Extranjero”, tuvo el propósito de ofrecer a la Universidad de México con ocasión del IV Centenario (1551-1951) de su fundación. Debido a dificultades presupuestarias, la “Universidad Nacional Autónoma de México” no pudo encargarse de editar el volumen correspondiente; y su costo resultaba inaccesible para las posibilidades económicas de quienes lo compusimos, entre ellos muchas de las figuras máximas de la cultura española, lanzadas al destierro (y las más de ellas actualmente fallecidas) por un régimen caracterizado por su implacable persecución del pensamiento. Mi aportación, la más modesta del conjunto, se publicó en la “Revista de Derecho Procesal” argentina, 1952, I, pp. 212-77.

<sup>1</sup> Con algunos cambios y supresiones y la incorporación de las notas, los números 1-4 provienen del resumen que con fecha 31-VIII-1951 remitimos al *Congreso Científico Mexicano*, organizado para conmemorar el IV Centenario de la U.N.A.M., al cual quisimos haber presentado también el trabajo completo (cfr. *Boletín* 2, p. 121), pero lo impidió la premura del plazo. Al resumen acompañaba el sumario, ahora ampliado con varias rúbricas.

imaginaron respectivamente, el proceso como un contrato o un cuasicontrato,<sup>2</sup> y las *dos publicistas*, que lo consideran, a su vez, cual una relación jurídica<sup>3</sup> o una situación de derecho—,<sup>4</sup> han surgido, en lo que va de siglo, diversas

<sup>2</sup> Para la exposición y crítica de las mismas, véanse WLISSAK, *Die Litis contestatio im Formularprozess* (en "Breslauer Festgabe für Windscheid", 1888); DIANA, *Alcune considerazioni sul cosiddetto contratto giudiziale* (Milano, 1901); MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile* (4ª ed., vol. II, Milano, 1923, núms. 431-5 —como expositor más representativo cita al español CARLEVAL, aunque sin indicar su nacionalidad: cfr. p. 552, nota 1—); Ugo ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi* (Roma, MCMXVII; cap. IV, núms. 23-42); Luigi FERRARA, *Vecchie e nuove configurazioni processuali (L'elemento convenzionale nel processo civile)* (en "Moderni problemi del diritto", Milano, 1938, pp. 129-154); PUOLIESE, *Processo privato e processo pubblico: Contributo all'individuazione dei loro caratteri nella storia del diritto romano* (en "Rivista di Diritto Processuale", 1948, I, pp. 63-109); en castellano, ALSINA, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, tomo I (Buenos Aires, 1941), pp. 239-41; COUTURE, *Fundamentos del Derecho procesal civil* (1ª ed., Buenos Aires, 1942), pp. 60-66; ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho procesal penal*, vol. II (Buenos Aires, 1945), pp. 101-9, y *Proceso, autocomposición y autodefensa* (México, 1947), p. 115-8; cfr. además, *infra*, nota 187. Estas concepciones no serían hoy en día aprovechables ni siquiera para explicar la índole del arbitraje o la del juicio convencional (cfr. *infra*, notas 33 y 186). La propia doctrina francesa, tan rezagada, se alzó hace ya bastante tiempo contra el abuso de la idea de cuasicontrato en materia procesal: cfr. ZARZYCKI, *ob cit.*, en la nota 305, p. 84, en relación con un artículo publicado en 1914 en la "Revue trimestrielle de procédure".

<sup>3</sup> Literatura fundamental acerca de la misma (aparte de las obras generales): BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessoraussetzungen* (Giessen, 1868); KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältniss: Prolegomena zu einem System des Civilprozesses* (Mannheim, 1888); Luigi FERRARA, *La nozione dei rapporti processuali* (en "Saggi di diritto processuale", Napoli, 1914, pp. 1-99); SILVA MELERO, *Contribución al estudio de la relación jurídica procesal* (en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia"; Madrid, 1930, pp. 156-169); reproducido en "Revista General de Derecho y Jurisprudencia"; México, 1931, pp. 501-13; CRIOVENDA, *Rapporto giuridico processuale e litispendenza* (en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1931, I, pp. 1-24). Para su crítica: ante todo, GOLDSCHMIDT (véase la nota siguiente) y, en segundo lugar, RICCA-BARBERIS, *Due concetti infelici: "negozio" e "rapporto processuale"* (en "Riv. Dir. Proc. Div.", 1930, II, pp. 191-7, con Postilla de CARNELUTTI, pp. 198-9) y *Progresso o regresso intorno ai concetti di negozio e rapporto processuale* (en rev. cit., 1931, I, pp. 170-3); INVREA, *Contro i concetti dei presupposti processuali* (en rev. cit., 1931, II, pp. 100-13) y *La giurisdizione concreta e la teorica del rapporto giuridico processuale* (en rev. cit., 1932, I, pp. 24-60); PALLARES, *Crítica de las doctrinas sobre la relación jurídico-procesal* (en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", núm. 31, julio-septiembre de 1946, pp. 19-32); véanse también las objeciones de KISCH, SATTI, SENTÍS y PODETTI, en los números 5, 6, 22, 28, 29 y 30 del presente trabajo. El libro de BÜLOW ha comenzado a ser traducido al castellano, bajo el título *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, por el Dr. Miguel Ángel ROSAS LICHTSCHREIN, en el "Boletín del Instituto de Derecho Procesal" de la Universidad del Litoral, núm. 4 (Santa Fe, 1952), pp. 59-72.

<sup>4</sup> Desenvuelta por James GOLDSCHMIDT en su libro *Der Prozess als Rechtslage: Eine Kritik des prozessualen Denkens* (Berlín, 1925) y luego acogida en sus libros *Zivil-*

concepciones que calificamos de *menores*, sin propósito despectivo alguno y sí sólo para indicar que, o no han alcanzado el arraigo y la difusión de las que, en contraste con ellas, llamaríamos *mayores*, o bien han sido desenvueltas en trabajos de envergadura y aparato científico incomparablemente menos amplios: no en libros, sino en folletos, artículos de revista, pasajes aislados de una obra general e inclusive fragmentos de alguna reseña bibliográfica.

2) Excepto la de Satta y la de Sentís (cfr. *infra*, núms. 22 y 27-29), esas concepciones menores son de índole publicista. Las viejas explicaciones privativas debemos, pues, considerarlas definitivamente sepultadas, aunque todavía conserven algunos partidarios entre quienes, en el foro y hasta en la cátedra, siguen la evolución del pensamiento procesal con extraordinario retraso.<sup>5</sup> Tales doctrinas surgen de una doble comprobación: por un lado, de la observación hecha por Goldschmidt, a tenor de la cual, la tesis de la relación jurídica, entendida por cada autor a su manera, hasta desembocar en antagonismos evidentes, no brinda (por lo menos mientras no se la reelabore a fondo) cimiento firme para sobre él alzar la construcción referente a la naturaleza del proceso; y, por otro, la de que a su vez, la teoría edificada por Goldschmidt merced a un titánico esfuerzo, si bien ha sido aceptada en particulares aspectos<sup>6</sup> o seguida en determinados puntos,<sup>7</sup> no ha encontrado acogida, desde 1925 hasta la fecha,

*prozessrecht* (1ª ed., Berlín, 1929; 2ª, 1932; trad. española, *Derecho procesal civil*. Barcelona, 1936), *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal* (Barcelona, 1935) y *Teoría general del proceso* (Barcelona, 1936). Para la crítica, cfr. los trabajos mencionados por el propio GOLDSCHMIDT en las notas de la página 9 del *Derecho procesal civil*, y como más accesible, la reseña de CALAMANDREI en la "Rev. Dir. Proc. Civ.": véase *infra*, nota 300; con posterioridad, LUNA, *El proceso, ¿es una relación o una situación jurídica?* (en "Revista de los Tribunales", 17-I-1931); CALAMANDREI, *Un maestro de liberalismo procesal* (en "Estudios en memoria de James Goldschmidt, vol. I, Buenos Aires, 1951", pp. 159-67), y LIEBMAN, *La obra científica de James Goldschmidt y la teoría de la relación procesal* (en "Estudios", cit., vol. II, pp. 57-73); véase también nuestra *biobibliografía* del maestro, tanto en el apéndice de su obra póstuma, *Problemas generales del Derecho* (Buenos Aires, 1944, pp. 141-166), como en nuestros *Ensayos de Derecho Procesal* (Buenos Aires, 1944, pp. 693-706). La doctrina procesal de GOLDSCHMIDT se asienta en un segundo pilar, constituido por *Materielles Justizrecht* (*Rechtsschutzanspruch und Strafrecht*) (en "Festgabe für Hübler"; Berlín, 1905; trad. castellana de Catalina GROSSMANN, *Derecho justicial material [Pretensión de tutela jurídica y Derecho penal]*, en "Revista de Derecho Procesal" argentina, 1946, I, pp. 1-68).

<sup>5</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA (y LEVENE, h.), *Derecho procesal penal*, tomo II, pp. 108-9, notas 12 y 13. En una postura de tránsito entre la teoría del cuasi-contrato y una concepción pública del proceso civil se manifestó D. Angel OSSORIO, en *Observaciones al proyecto de código de procedimientos civiles y comerciales* (Córdoba, Arg., 1941), p. 6.

<sup>6</sup> Por ejemplo: en cuanto a la noción de carga (en contra, GUASP, *infra*, nota 234) o, aunque con mayores reservas, a propósito de la necesidad de nuevas categorías jurídicas para explicar los fenómenos procesales, etcétera.

<sup>7</sup> Como el concerniente a la clasificación de los actos procesales de parte, adoptada

en ningún tratadista<sup>8</sup> como base de una sistematización, salvo, claro está, las efectuadas en alemán o en castellano por el propio padre de la criatura (cfr. *supra*, nota 4).

3) El examen, que en seguida acometeremos, de las diferentes concepciones menores, responde no tanto a un propósito *informativo* como *crítico*, para poner de relieve, en plan de balance científico, lo que en ellas exista de inútil y lo que haya de aprovechable para la dilucidación definitiva del magno problema constituido por la naturaleza del proceso, donde las oscuridades y las sombras acaso sean aún mayores que en orden a la acción. En todo caso, si frente a ésta las doctrinas abstractas van cada día ganando terreno y conquistando más adeptos,<sup>9</sup> frente a aquél la teoría de la relación jurídica, que parecía, pese a sus variantes, haber atraído los pareceres más opuestos,<sup>10</sup> se ha debilitado en el

por ROSENBERG (cfr. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 2ª ed., Berlín, 1929, pp. 169-71) y en algunas de sus subdivisiones por SCHÖNKE (*Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, 7ª ed., Karlsruhe, 1951, pp. 125-6); véase también GUARNERI, *ob. cit.* en la nota 39, p. 82. Hasta cierto punto, la dos categorías de actos de parte establecidas por GOLDSCHMIDT (a saber: *Erwirkungs- y Bewirkungshandlungen*) son también aceptadas por BETTI en *Per una classificazione degli atti processuali di parte* ("Riv. Dir. Proc. Civ.", 1928, I, pp. 106-24). Acerca del tema, ALCALÁ-ZAMORA, *Los actos procesales en la doctrina de Goldschmidt* (en "Estudios" en su honor, vol. I, pp. 49-76): ahora, *infra*, Estudio Número 14.

<sup>8</sup> Las opiniones más favorables a GOLDSCHMIDT, pero sin llegar a adhesión plena, las encontramos en PODETTI (véase *infra*, nota 297), GUARNERI (cfr. *ob. cit.* en la nota 38, núms. 26-8, pp. 76-85) y, sobre todo, en Eberhard SCHMIDT, *Las repercusiones de la obra científica de James Goldschmidt sobre la legislación y la ciencia de Alemania* (en "Estudios", en su honor, vol. II, pp. 281-93, y concretamente 290-3). PRIETO-CASTRO, a su vez, rechaza que el proceso sea una situación jurídica, pero acepta que integre un conjunto de situaciones jurídicas (tesis pluralista, que se correspondería con la de CARNELUTTI respecto de las relaciones: cfr. *infra*, núm. 12) y reconoce, además, que "la totalidad de la crítica del erudito procesalista es totalmente aprovechable y ha sido en extremo aleccionadora" (*Derecho procesal civil*, tomo I, Zaragoza, 1946, p. 8). Véanse también *infra*, núm. 44 (FOSCHINI) y nota 297.

<sup>9</sup> En contra de lo que en su famosa lección de apertura de curso sobre *L'azione nel sistema dei diritti* supuso en 1903 CHIOVENDA, enemigo de dicha corriente (cfr. el núm. 5 del citado trabajo, en "Saggi di Dir. Proc. Civ.", vol. I, Roma, 1930; trad. castellana, vol. I, Buenos Aires, 1949). En contra asimismo de las teorías abstractas, PALLARES, *Los inconvenientes de la erudición* (en "El Universal", México, 10-VI-1947), artículo muy inferior a otros suyos, acaso por no ser las columnas de la prensa diaria, sino las páginas de las revistas especializadas, el lugar adecuado para tratar asuntos científicos.

<sup>10</sup> Así, los de hombres tan dispares, como BÜLOW, WACH, KOHLER o HELLWIG en Alemania; CHIOVENDA y CARNELUTTI en Italia, e incluso los de quienes niegan la unidad del derecho procesal, como los italianos MANZINI y FLORIAN o los españoles GÓMEZ ORBANEJA (cfr. *infra*, núm. 48) y SILVA MELERO (cfr. *infra*, nota 310).

último cuarto de siglo —hoy, casi medio siglo—<sup>11</sup> por la obra combinada de la crítica demoledora de Goldschmidt y del nacimiento de nuevas teorías explicativas, puesto que la mayoría de las que vamos a comentar se formulan desde 1925 hasta la fecha.

4) Bueno será aclarar que nuestra aportación a los Estudios que la “Unión de Profesores Universitarios Españoles en el Extranjero” ofrece a la Universidad de México como homenaje y demostración de gratitud con motivo del IV centenario de su fundación [véase *supra*, nota \*], no pretende ser exhaustiva y, por tanto, se ocupará tan sólo de las concepciones menores que el autor ha podido consultar de manera directa<sup>12</sup> y que posean, al mismo tiempo, el mi-

<sup>11</sup> GOLDSCHMIDT, por ejemplo, destaca el carácter ornamental que la doctrina en cuestión presenta en las sistematizaciones de derecho procesal, donde se le rinde homenaje inicial, pero sin que después se perciba su trascendencia en el resto de las obras (cfr. *Prozess als Rechtslage*, pp. 148-9); ROSENBERG, pese a seguirla, afirma su nulo o escaso valor para la sistemática de nuestra disciplina (cfr. ob y ed. cit., p. 315); HEGLER, por último, estima que en las nuevas exposiciones, la relación jurídica procesal desempeña un papel similar al del soberano en los Estados de régimen parlamentario, ante el cual se hace una reverencia, pero que nada tiene que decir y a quien en lo sucesivo no se molesta (cfr. *Zum Aufbau der Systematik des Zivilprozessrechts*, en “Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin, Arthur Benno Schmidt”, Tübingen, 1931, pp. 227-8). Sin embargo, a ella sigue fiel la doctrina alemana más reciente (cfr. POHLE, *La letteratura tedesca del dopo guerra nel campo del diritto processuale civile*, en “Jus”, Milano, junio de 1952, p. 247), con excepción de NIESE, que se inspira en GOLDSCHMIDT (cfr. *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen*, Göttingen, 1950, pp. 57 y ss.); y otro tanto sucede en las últimas obras italianas: cfr., por ejemplo, CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, vol. I (2ª ed., Padova, 1943; trad. castellana, Buenos Aires, 1943), §§ 46-8; LEONE, *Lineamenti di diritto processuale penale*, vol. I, Napoli, 1949), pp. 63-74; LIEBMAN, *Corso di diritto processuale civile* (Milano, 1952), pp. 28-30 (véase, además, *supra*, nota 4); REDENTI, *Diritto processuale civile*, vol. I (2ª ed., Milano, 1952), pp. 120-4. Igual panorama brinda la producción de lengua castellana: además de BECEÑA en sus *Lecciones mimeografiadas*, recordemos: ALSINA, *Tratado*, vol. I, pp. 241-3 y 247-60; COUTURE, *Fundamentos* (sólo en la 1ª ed., pp. 66-9); DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil español*, vol. I (2ª ed., Madrid, 1945), pp. 14-8 (y luego en diferentes epígrafes: pp. 147, 201, 297, 367, 395, 425, 571); GÓMEZ ORBANEJA y HERCE (cfr. *infra*, nota 307); DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA *Instituciones de Derecho procesal civil* (2ª ed., México, 1950), pp. 167-77; DE PINA, *Curso de Derecho procesal del trabajo* (México, 1952), pp. 101-5. En otros idiomas, citemos a PONTES DE MIRANDA, *Comentarios ao código de processo civil*, vol. I (Río de Janeiro, 1947), pp. 16-9. En cuanto a las desviaciones respecto de la trayectoria señalada, son el objeto del presente trabajo.

<sup>12</sup> Por dicha causa, no nos ocupamos del artículo de BALLBÉ, *La esencia del proceso (el proceso y la función administrativa)*, en “Rev. Gen. Legisl. y Jurisp.”, julio-agosto de 1947, pp. 5 y ss. A juzgar por la reseña de GUASP (cfr. “Rev. Der. Proc.”, española, 1947, pp. 528-9), se trata de una concepción que atiende a la estructura y no a la función y que presenta el proceso como sucesión de actos coordinados que fijan los datos según los que ha de ejercerse la función pública. GUASP le reprocha que lleva a la conclusión de que “los actos del proceso no son, en definitiva, actos jurisdiccionales, es decir, no

nimum indispensable de seriedad científica. En la exposición seguiremos, en general, el orden cronológico, salvo cuando su rígida observancia hubiese llevado a interrumpir el desarrollo de una doctrina sustentada en diferentes años por diversos autores (cual acontece con la del proceso como institución) o bien a fraccionar la evolución ideológica de un mismo autor, manifestada en distintos momentos o defendida desde posiciones cambiantes (casos de Carnelutti y de Satta).

5) *Crítica de las principales concepciones menores: a) El proceso como estado de ligamen (Kisch).*— Si asociamos esta teoría con Kisch no es porque sea el único ni siquiera el primero que la enuncia,<sup>13</sup> sino por no haber podido examinar en México las obras de los demás propugnadores de semejante tesis; por la claridad con que aquél la expone, y por ser accesible al lector de lengua castellana, gracias a la difundida traducción del libro en que se consigna.<sup>14</sup> Según él, entre las partes de un proceso no existe “ninguna *relación jurídica* en el sentido en que habitualmente se emplea el concepto”; pero “ciertos actos procesales pueden originar un *estado de ligamen*” (*Zustand der Gebundenheit*). “Por ejemplo, el acto judicial tiene fuerza vinculativa para las partes; y a su vez, la actividad de cada una de éstas puede ligar al adversario, al juzgador y al propio actuante. El ligamen más importante está constituido por la demanda, ya que una vez interpuesta, el actor tiene que continuar actuando, si no quiere verla desestimada; el demandado, por su parte, tiene que defenderse frente a ella, y el juez tiene que decidir acerca de la misma. Ese ligamen puede ser denominado *relación jurídica*, siempre que nos percatemos de que la expresión reviste entonces un significado peculiarísimo. A medida que el procedimiento avanza, el ligamen del juzgador se delimita de manera más enérgica y precisa; y al final del mismo, o sea cuando el juez ha de emitir una sentencia de clase y contenido determinados, se encuentra por completo circunscrito. La marcha del

son actos... procesales”. Creo que GUASP no tiene razón en este punto; proceso y jurisdicción se hallan en relación de medio a fin y, por tanto, salvo reducir las dos ideas a una, no cabe identificar actos procesales y actos jurisdiccionales, puesto que los primeros serían el género y los segundos una de sus especies. Basta el contraste entre la *demanda*, a la que no cabe sin violencia atribuir naturaleza jurisdiccional, y la *sentencia*, a la que tampoco sería posible privar de su significado procesal, para comprobar la diferencia.

<sup>13</sup> GOLDSCHMIDT (cfr. *Prozess als Rechtslage*, p. 3, nota 16) menciona los nombres de BÜLOW, DEGENKOLB, KREMER, SCHWALBACH y LANGHEINEKEN entre quienes hablan de “ligámenes” en el proceso.

<sup>14</sup> Aunque en el punto concreto que nos ocupa, adolece de algunas deficiencias: así, *Gebundenheit* se ha trasladado indistintamente por “ligamen”, “vínculo” o “sujeción”; obligar reemplaza a ligar: cótese el texto alemán (*Deutsches Zivilprozessrecht*, vol. I, 3ª ed., Berlín-Leipzig, 1922, pp. 18-9) y el español (*Elementos de Derecho procesal civil*, trad. de PRIETO-CASTRO, Madrid, 1932, pp. 20-1).



procedimiento hacia su meta final puede designarse como *desenvolvimiento del proceso*. Y la fase de desenvolvimiento en que cada vez se encuentre es la llamada *posición* (también *situación* o *estadio*) "procesal".<sup>15</sup>

6) Hasta aquí, reproducido en lo fundamental, el pensamiento de Kisch. En él observamos, ante todo, inconformidad con la doctrina de la relación jurídica procesal o, por lo menos, desviación manifiesta respecto de la postura más ortodoxa acerca de la misma, a saber: la que la construye a base de estrictas obligaciones y derechos.<sup>16</sup> En segundo lugar, la descomposición del desarrollo del proceso en *situaciones* y la afirmación, que poco antes hace,<sup>17</sup> de que a las partes no incumben obligaciones de hacer, sino tan sólo *cargas*, permiten colocar a Kisch entre los precursores de la concepción sustentada por Goldschmidt. Ahora bien: aun descontado que se trata de un mero esbozo<sup>18</sup> y que, por tanto, una explanación completa del pensamiento por parte de nuestro insigne maestro podría aclarar las dudas o echar por tierra las objeciones que se nos ocurren, hemos de formular algunas reservas a su tesis. Por de pronto, el mismo Kisch reconoce que el estado de ligamen posee contenido y límites variables, siendo éstos tanto más dilatados cuanto más avanzado se halle el proceso;<sup>19</sup> pero sin que se haya cuidado de indicar las causas y las formas de esos cambios ni el porqué de tal dilatación. Tampoco encontramos la definición del estado de ligamen ni la fijación de sus rasgos o requisitos y sí tan sólo un vago señalamiento de su efecto, insuficiente, sin embargo para saber a ciencia cierta si se identifica, asemeja o distingue de la *sujeción*, con el alcance que, verbigracia, le asigna Carnelutti.<sup>20</sup> A menos que Kisch se haya valido del verbo "müssen" no tanto para reflejar la idea de *necesidad* o *exigencia* como la más débil de *interés* o *conveniencia*, no es rigurosamente exacto que el actor *tenga* que con-

<sup>15</sup> Traducción nuestra de la edición alemana, p. 19.

<sup>16</sup> Véase, como más difundido, CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 4ª ed. (Napoli, 1928), pp. 89-95. REDENTI, sin embargo, aun reconociendo la existencia de derechos y obligaciones en el proceso, recalca que no han de confundirse con los de derecho sustantivo e insiste en que debe cargarse el acento sobre su cualidad de "procesales": cfr. *ob. cit.*, p. 122.

<sup>17</sup> Cfr. edición alemana, p. 18.

<sup>18</sup> Cuando en 1930 fuimos discípulos del insigne maestro, nos mostró el manuscrito conclusivo del que debió haber sido su tratado. El deseo de aguardar la reforma por entonces planeada del enjuiciamiento civil alemán (cfr. el *Entwurf einer Zivilprozessordnung veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium*, Berlín, 1931) y los posteriores acontecimientos políticos y bélicos en su patria, hicieron que el libro en cuestión, donde probablemente la tesis que comentamos habría alcanzado su pleno desenvolvimiento, no llegase a imprimirse.

<sup>19</sup> Cfr. edición alemana, p. 19.

<sup>20</sup> Cfr. *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I (Padova, 1936; trad. esp., Buenos Aires, 1944), núm. 20.

tinuar actuando para que no se rechace su demanda<sup>21</sup> y menos aún que el demandado *tenga* que defenderse frente a ella, puesto que cualquiera de los dos o bien ambos pueden permanecer inactivos, con secuelas más o menos graves,<sup>22</sup> pero que no excluyen tal posibilidad. Asimismo ha de ponerse en tela de juicio que dentro de un proceso civil de tipo dispositivo, como lo son la inmensa mayoría,<sup>23</sup> los actos del juzgador o la demanda vinculen a las partes, dueñas en todo momento, inclusive después de la sentencia, de resolver el litigio en forma autocompositiva o, sin llegar tan lejos, de sustituir la vía jurisdiccional pública por el arbitraje.<sup>24</sup> Aun cuando teóricamente quepa imaginar un proceso desenvuelto tan sólo entre juez y partes,<sup>25</sup> en la realidad el caso no se

<sup>21</sup> Pensemos en el allanamiento o en la confesión por parte del demandado; o en que sin llegar el proceso a su destino, el demandante obtenga por otros medios (confusión de derechos, reforma legislativa, transacción judicial) una solución, en todo o en parte, favorable a sus aspiraciones.

<sup>22</sup> Rebeldía del demandado, que puede ser considerada de distinto modo (ya como confesión de la demanda, ya como contestación en sentido negativo); inactividad del actor, interpretada, por lo general, como desistimiento (o, simplemente, como merecedora de una sanción procesal: cfr. art. 17 del título sobre justicia de paz del cód. proc. civ. mex. del Distrito); inactividad de ambas partes prolongada más allá del límite de tolerancia legal (caducidad o figuras afines).

<sup>23</sup> En contraste con los de índole inquisitoria: cfr. *infra*, nota 53. Posición análoga a la del civil dispositivo ocupa el proceso penal por delitos privados, en las legislaciones en que la acusación se encomienda al ofendido o a sus representantes y en que se prevén el desistimiento, la conciliación y el perdón (cfr., v. gr., arts. 104-7, 275, 278 y 804 l. enjto. crim. española de 1882 y 174, 591 y 592 cód. proced. crim. argentino de 1889, para la Capital y Fuero federales).

<sup>24</sup> Recordemos que, si bien dentro de límites restringidos, la autocomposición se manifiesta también en el campo del enjuiciamiento penal, bajo las formas de desistimiento y aun de allanamiento —no, en cambio, de transacción, pese a que algún texto, como la ley peruana núm. 9014, de 1939, hable de ella—: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición* núms. 50-55, y antes en *Derecho proc. pen.*, tomo III, pp. 211-23. Más aún: en la Argentina, por ejemplo, subsiste todavía (arts. 117 cód. pen. de 1921 y 595 cód. proc. citado en la nota anterior) la anómala figura de la retractación del culpable de injuria o calumnia contra particulares, con el efecto de provocar el sobreseimiento definitivo: cfr. RAMOS MEJÍA, *La retractación en los delitos contra el honor* (en "Jur. Arg.", de 3-V-1943); VERNENGO, *La retractación como eximente de pena en el Derecho argentino* (Buenos Aires, 1948), y MOLINARIO, *La retractación en los delitos contra el honor (Un ensayo de historia interna en Derecho penal)* (Buenos Aires, 1949). En cuanto al arbitraje, que en materia penal sólo podría funcionar respecto de la responsabilidad civil (cfr. art. 1821, en relación con el 1813, del código civil español), cabe que actúe no sólo como *intra-procesal* (respecto del proceso público que se abandone para acudir a él: cfr. arts. 487 y 824-5 l. enjto. civ. española), sino también como *post-procesal*, y en este caso, con evidente carácter revisivo (cfr. art. 610 cód. proc. civ. mexicano del Distrito).

<sup>25</sup> Para que tal hipótesis se diese en un proceso ante juzgador público haría falta: que no mediasen pruebas personales a cargo de terceros (testigos o peritos), ni carga del patrocinio, y por añadidura que no interviniese tampoco auxiliar alguno (secretario, eje-

presenta nunca y, por consiguiente, al referirse a la actividad procesal no es posible reducirla a la de dichos sujetos principales o esenciales, como tampoco, a la manera de Wach, Chioyenda o Goldschmidt,<sup>26</sup> reabsorber en la de ellos las actuaciones de los sujetos secundarios,<sup>27</sup> en las que se dan inequívocos derechos y obligaciones,<sup>28</sup> a los que han de añadirse —si bien Kisch los coloca en diferente plano—<sup>29</sup> los de índole funcional del juzgador, ministerio público y auxiliares o los de profesiones como la abogacía, que aun en el supuesto de ser estimados cual de naturaleza orgánico-administrativa, trascienden al desarrollo del proceso,<sup>30</sup> en el que igualmente surgen genuinas obligaciones y derechos de los litigantes.<sup>31</sup> A nuestro entender, pero a semejante perspectiva no alude

ctor, etc.). Puede, por el contrario, presentarse en procesos ante jueces privados (cfr. arts. 619, en relación con el 276, y 621 cód. proc. civ. del Distrito), en cuanto éstos no necesiten la cooperación del juez público del arbitraje y de sus auxiliares (cfr. arts. 631 y ss., cód. cit.).

<sup>26</sup> Cfr. WACH, *Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts* (Leipzig, 1885), pp. 24-25; CHIOYENDA, *Principii*, p. 767; GOLDSCHMIDT, *Prozess als Rechtslage*, pp. 363-4.

<sup>27</sup> La distinción de los sujetos procesales en principales y secundarios la tomamos de MANZINI (*Istituzioni di diritto processuale penale*, 3ª ed., Padova, 1929, pp. 91-2), pero le damos diferente alcance: mientras para él, sujetos principales son los de la relación jurídica motivada por el delito (juez, ministerio público e imputado) y sujetos secundarios los de la responsabilidad civil (actor y responsable en dicho orden), para nosotros los primeros son los de la relación procesal (juez y partes), sea cual fuere su índole, y los segundos, “todos los demás que con carácter profesional o sin él, en forma permanente, intermitente u ocasional, intervengan en un proceso”. (*En torno a la noción de proceso preliminar*, en “Scritti giuridici in onore della CEDAM nel cinquantenario della sua fondazione”, Padova, 1953, nota 87): ahora *infra*, *Estudio Número 9*.

<sup>28</sup> Derechos y obligaciones de testigos y peritos, postores, suministradores de prueba, administradores, síndicos, interventores, etc.

<sup>29</sup> Según él (cfr. ob. y ed. cit., p. 18), si bien existen obligaciones del juez, tienen naturaleza de derecho público y deben diferenciarse de las vinculaciones del derecho civil. Reconoce asimismo que el juzgador cuenta con una serie de atribuciones que podrían parecer derechos, pero que no lo son en realidad, sino que constituyen expresiones del poder estatal.

<sup>30</sup> Así, la obligación funcional del juez se traduce en actos de iniciativa e impulso y en las variadas resoluciones que dicta a lo largo del proceso; otro tanto sucede con la actividad, ya sea requirente o dictaminadora, del ministerio público; con la dación de fe y las facultades documentadoras del secretario judicial; con las medidas coercitivas del ejecutor en los países que lo erigen en oficio autónomo; con los informes de los abogados, etc.

<sup>31</sup> A título de ejemplo anotaremos en el cód. mex. del Distrito las obligaciones y los correlativos derechos referentes a pago de costas (art. 139), exhibición de cosas y documentos (art. 200), comportamiento como depositario judicial (art. 481, con la salvedad del 482), desalojo de fincas desahuciadas (arts. 490 y 497) presentación de títulos de propiedad (art. 590), rendición de cuentas en la anticresis forzosa (artículo 596), etc. Añadamos el deber de lealtad y de probidad exigido por algunos códigos (cfr. art. 88 del italiano de 1940 y 7 del Proyecto uruguayo de 1945) o, aun siendo sustantiva pero con repercusiones procesales, la obligación marital de abonar litis expensas a la

Kisch siquiera, el único ligamen claro que a todo lo largo del proceso se advierte es el de carácter formal (sujeción al procedimiento previsto e impuesto en cada caso por el legislador),<sup>32</sup> y aun respecto de él, habría que consignar dos salvedades: la representada por la figura anómala, pero no imaginaria, del proceso convencional<sup>33</sup> y la integrada por las actuaciones regidas por el principio de libertad de forma.<sup>34</sup> Por último, la tesis de Kisch, además de no adaptarse siempre al proceso civil de carácter dispositivo, como hace un momento exponíamos, no parece referible al proceso penal, en el que media, entre otras, una obligación de comparecer;<sup>35</sup> y ello impediría o dificultaría su colocación en el cuadro de la *Teoría general del proceso*, que es donde, dicho se está, ha de plantearse y resolverse el tema de su naturaleza jurídica. Con todo, de la doctrina de Kisch, como años después de la de Goldschmidt, desenvuelta a escala mayor (cfr. *supra*, nota 4), queda algo muy importante en pie: la insuficiencia del binomio derecho-obli-

mujer (cfr. PRIETO CASTRO, *ob. cit.*, tomo II, p. 557). Sobre el tema de las obligaciones procesales, incluidas las de las partes, véanse CARNELUTTI, *Sistema*, núms. 391-5, y SCHÖNKE, *Lehrbuch*, pp. 7-11.

<sup>32</sup> Cfr. art. 55 del cód. mex. del Distrito, con las salvedades del 619, en cuanto al procedimiento arbitral, y del 41 del título sobre justicia de paz, respecto de la tramitación ante ella. Véase también, aunque menos explícito, el art. 1º, tanto en materia civil como penal, de las leyes de enjuiciamiento españolas.

<sup>33</sup> Cfr. arts. 1051-4 cód. comercio mexicano, y en orden al arbitraje, el 619 del procesal civil del Distrito (véase también el 816 del italiano de 1940). En contra, pues, de lo que supusieron SARTORIUS (*Die Erzeugung und Bedeutung des Gewohnheitsrechts im Civilprocese*, en "Archiv für die Civilistische Praxis", tomo 27, Heidelberg, 1844, pp. 86-7) y BOLGIANO (*Handbuch des Reichs-Civil-Prozessrechts auf rationellen Grundlagen*, etc., Stuttgart, 1879, p. 18), si hay posibilidad de un proceso convencional, incluso ante jueces públicos, aun cuando deba respetar ciertas bases o garantías mínimas y ofrezca carácter excepcional, estando llamado a desaparecer (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Examen del enjuiciamiento mercantil mexicano, y conveniencia de su reabsorción por el civil*, núm. 45; comunicación presentada al Congreso Científico Mexicano, próxima a publicarse). Huelga decir que el juicio convencional (lícito) no ha de confundirse con el proceso convenido (colusivo), como tampoco con el proceso dispositivo o de equidad (cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 40), en que el concierto se refiere a la *clase del pronunciamiento* (cfr. arts. cit. en las notas 342-3 de *Proceso, autocomposición*) y no al *desarrollo del procedimiento*.

<sup>34</sup> Cfr., v.gr., arts. 41 del título sobre justicia de paz en el cód. mex. del Distrito, 121 cód. proc. civ. italiano y 6 del Proyecto uruguayo; pero téngase en cuenta que en ninguno de los tres textos la libertad de forma es absoluta (en cuyo caso los códigos citados habrían estado de más o se hubieran reducido a la mínima expresión), sino que se mueve dentro de los límites consentidos por el legislador.

<sup>35</sup> A la que tal importancia se confiere, que predominan todavía los códigos en que sin la presencia del presunto culpable no puede efectuarse su juzgamiento (cfr., por ejemplo, los arts. 834 y 839-41, con la salvedad del 845 l. enjto. crim. española, 150-1 cód. proc. pen. argentino para la Capital y 477-8 del mexicano del Distrito), si bien frente a ellos el proceso penal contumacial tiende poco a poco a difundirse (cfr. mis *Ensayos*, pp. 271-3, 301, 380-1 y 401).

gación para explicar el fenómeno procesal, y la necesidad de trabajarlo con nuevas categorías jurídicas.<sup>36</sup> El error o la exageración de ambos consistió en creer que en el proceso no hay margen alguno para derechos y obligaciones.<sup>37</sup> Una vez más, ni tanto ni tan calvo: entre el monopolio absoluto y la exclusión a rajatabla, la realidad nos muestra, en número variable según los ordenamientos positivos, auténticos derechos y obligaciones en la marcha de cualquier proceso.

7) b) *La concepción francesa del proceso como servicio público.*—Tratadistas como Duguit, Jèze y Nezard han proyectado sobre el proceso la doctrina del servicio público.<sup>38</sup> Conforme a ella, la actividad administrativa, y dentro de la misma la jurisdicción y su ejercicio en el proceso, no da lugar más, a que servicios públicos. Para Guarneri, semejante enfoque se relaciona con el origen histórico de los tribunales en Francia, donde en mayor medida que en otros países, fueron emanación directa del poder político, por el cual quedaron controlados y regidos, del mismo modo que los órganos administrativos; y encomendada a los parlamentos, instituciones de estructura política, la función jurisdiccional, era natural que en analogía con tal estado de cosas, que se prolongó durante siglos, la doctrina francesa configurase la actividad jurisdicente como servicio público, es decir, como actividad material técnica puesta a disposición de los particulares para ayudarles en la consecución de su fines, de la misma manera que cuando el Estado se cuida de organizar el servicio ferroviario o el postal. Las normas rectoras de un servicio público no serían jurídicas, porque no tienden a crear relaciones jurídicas, sino técnicas, para conseguir la finalidad respectiva: nadie está obligado a valerse de un servicio público, pero si lo hace, ha de acomodarse a un procedimiento estrictamente técnico.<sup>39</sup>

8) ¿Qué objeciones se pueden formular a la tesis que acabamos de condensar? Recogeremos primero las críticas que le dirige Guarneri y luego añadiremos al-

<sup>36</sup> Cfr. *supra*, nota 7. Véase ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho proc. pen.*, tomo II, p. 127; *Proceso, autocomposición*, núm. 74; *Evolución de la doctrina procesal* (publicado en "El Foro", México, junio de 1950 y en "Revista de la Universidad de Costa Rica", julio de 1951), núm. 28: ahora, *infra*, *Estudio Número 22*.

<sup>37</sup> Siguiendo la trayectoria de su padre, se ha manifestado últimamente en este sentido WERNER GOLDSCHMIDT, *La imparcialidad como principio básico (La "parcialidad" y la parcialidad*, Madrid, 1950, p. 14); véase también NIESE (*supra*, nota 11). La tesis de KISCH que acabamos de comentar, había sido objeto en la doctrina española de una simple mención por parte de MARCOS PELAYO (*Guía para un curso de procedimientos judiciales*, Madrid, 1929, pp. 116-7) y de una breve referencia por la nuestra (en *Derecho proc. pen.*, tomo II, pp. 132-3, y en *Proceso, autocomposición*, núm. 75).

<sup>38</sup> Cfr. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel* (París, 1921), II, pp. 54 y ss.; JEZE, *Le service public* (en "Revue de droit public.", Bucarest, 1926), y NEZARD, *Eléments de Droit public*, núm. 188, citados por GUARNERI, *Sulla teoria generale del processo penale* (Milano, 1939), p. 73, nota 5.

<sup>39</sup> Cfr. GUARNERI, *ob. cit.*, núm. 23, pp. 72-4.

gunas más por nuestra cuenta. Para el profesor italiano, adolece, en primer lugar, de los defectos inherentes a la teoría subjetiva de la jurisdicción, a tenor de la cual el Estado pondría su propia actividad al servicio de los particulares, para dirimir sus controversias. De ese modo, la administración de justicia sería concebida en función del interés de los particulares. En segundo término, resulta incompatible con la índole del proceso penal, cuyo funcionamiento no depende casi nunca de la voluntad de las partes. En tercer lugar, impide diferenciar el servicio público y la función pública, sin que la dificultad se salve fijándose en la cualidad de la persona física que asuma el cometido, porque funciones públicas pueden ser desempeñadas por particulares.<sup>40</sup> Además, la jerarquía de la justicia se rebaja al ser considerada tan sólo como servicio público, noción ésta que presenta, por último, el inconveniente de su excesiva amplitud. Sin embargo, el propio Guarneri reconoce, en pos de Carnelutti, que componiéndose el proceso de hombres y de cosas, cuya organización resulta indispensable para que satisfagan su objetivo final, en él existe un conjunto de normas de orden puramente técnico, instrumental, dirigidas a la realización de las normas materiales, o sea a la de los fines que el legislador asigna a la jurisdicción: no componen directamente un conflicto de intereses, sino que sirven para componerlo, atribuyendo un *poder* en vez de imponer una *obligación*.<sup>41</sup> Ellas se encuentran fuera del campo de la relación jurídica y, por el contrario, se hallan en situación muy similar a la que se manifiesta con la petición de un servicio público.<sup>42</sup>

9) Por nuestra parte, estimamos que la teoría del proceso como servicio público comienza por estar en pugna tan notoria como irreductible con la más famosa doctrina jurídica francesa, o sea la de la división de poderes. Ciertamente que ni toda la actividad del Poder Judicial es jurisdiccional ni siempre se le reconoce como titular único de la función jurisdiccional;<sup>43</sup> pero ambas excepciones no destruyen la regla ni mucho menos permiten reducir el “poder” a “servicio” y, por añadidura, recluirlo en uno de los tantos compartimientos de la desbordante Administración. Lanzados por esa pendiente, todo sería Administración, y con argumentos semejantes a los esgrimidos respecto de la jurisdicción, la misma legislación se convertiría en servicio público. Además, si bien el proceso es el cam-

<sup>40</sup> Véase ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici* (Roma, 1920). CARNELUTTI, por su parte, considera que la acción es un caso típico de “ejercicio privado de una función pública” (*Sistema*, núm. 356). Añadamos otros supuestos: detención de presuntos delincuentes por particulares (cfr. art. 490 l. enjto. crim. española), presidencia de mesas electorales, actuación como jurados, desempeño de funciones arbitrales, etc., en todos los cuales, más que de *ejercicio privado*, creemos que debiera hablarse de *asunción cívica o ciudadana* de funciones públicas.

<sup>41</sup> Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 19.

<sup>42</sup> Cfr. GUARNERI, *ob. cit.*, núms. 24-25, pp. 74-6.

<sup>43</sup> Véase nuestro *Derecho proc. pen.*, tomo I, pp. 186-7.



po donde la jurisdicción se desenvuelve,<sup>44</sup> trátase de conceptos esencialmente distintos, y ni siquiera cabe confundir el segundo con la organización judicial que sirva para su ejercicio,<sup>45</sup> porque aun reputada ésta como de carácter administrativo<sup>46</sup> y con rasgos de servicio público, no pasaría de ser el *medio* para la consecución del *fin*. Sin negar que en el proceso intervengan normas *técnicas*, cuya adecuada ordenación tiene capital importancia para su mejor rendimiento,<sup>47</sup> la institución en sí, en cuanto ruta para alcanzar la definición jurisdiccional y, en su caso, la ejecución forzosa, tiene naturaleza y fin esencialmente *jurídicos*. Por otra parte, ni siquiera los servicios públicos por antonomasia se rigen exclusivamente por normas técnicas, sino que éstas se mezclan con otras estrictamente jurídicas,<sup>48</sup> sin contar con que, por lo menos en cuanto a la forma, las primeras caen asimismo bajo el signo del derecho, a menos de circunscribirse a recomendaciones y consejos de libre observancia.<sup>49</sup> La equiparación del, llamémosle de momento así, servicio jurisdiccional con el postal o el ferroviario, no se tiene en pie: el primero, como atributo de la soberanía, es consubstancial con el Estado

<sup>44</sup> Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pp. 302-3.

<sup>45</sup> En esta confusión incurre, a nuestro entender, GUASP en su artículo *Problemas fundamentales de organización judicial* (en "Revista de Estudios Políticos", núm. 45, pp. 133-43), reseñado por nosotros en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", 1949, núm. 6, p. 239. Réplica de GUASP en *La pretensión procesal* (en "Estudios en memoria de J. Goldschmidt, vol. I), nota 96, y respuesta final nuestra en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núm. 5 (enero-marzo de 1952), pp. 188-9, nota 22.

<sup>46</sup> Acerca del carácter y división de las normas de organización judicial, véase nuestro *Derecho proc. pen.*, tomo I, pp. 27-28. Ellas integrarían el derecho procesal *orgánico*, en contraste con el derecho procesal *funcional* (cfr. nuestro *Programa de Estudios Superiores de Derecho Procesal*, en "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", 1950, núm. 46, p. 260).

<sup>47</sup> Pensemos en el progreso representado por el uso de la mecanografía en cuanto a las actuaciones escritas o por el de los fonograbadores (poco difundidos aún en el ambiente judicial) respecto de las orales (declaraciones, audiencias, etc.); o bien por los medios de telecomunicación en materia de notificaciones, aun cuando susciten a su vez ciertas dificultades (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Las comunicaciones por correo, telégrafo, teléfono y radio, en el Derecho procesal comparado*, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", 1948, núm. 1, pp. 1-26; ahora, *infra*, *Estudio Número 13*); o en el campo de la justicia penal, por las diversas técnicas puestas al servicio de la criminalística y de la medicina legal y, en definitiva, de la prueba.

<sup>48</sup> Traigamos a colación, verbigracia, los reglamentos de policía ferroviaria, con sus catálogos de infracciones y castigos, o bien los estatutos de los empleados que presten cualquier servicio público.

<sup>49</sup> Por ejemplo: el ruego con frecuencia consignado en los matasellos, de que no se utilicen sobres cuadrados, en atención a determinados inconvenientes que ofrecen, no pasa, por ahora, de ser una sugestión técnica; pero si un día el servicio postal llega a prohibir su empleo o a imponer un recargo en el franqueo de los mismos, se habrá operado la conversión de la norma técnica en jurídica, o mejor dicho, sin dejar de poseer la primera cualidad, se habrá reforzado con la segunda.

moderno,<sup>50</sup> que dejaría de serlo si consintiese su explotación por particulares, así fuese mediante una concesión al efecto y una tarifa o arancel por él fijados;<sup>51</sup> en cambio, nada se opone a que los ferrocarriles, en lugar de hallarse nacionalizados o intervenidos, sean de empresas privadas (cual en Estados Unidos), como lo son también en diversos países, si no propiamente el servicio postal (aunque cabe, sin dificultad, imaginar su concesión o su arrendamiento), sí otros análogos, como el telegráfico, el de radiogramas y cablegramas o el telefónico. En otro sentido, la concepción que comentamos, no sólo no es referible al proceso penal, que brinda escaso campo para la autocomposición del litigio,<sup>52</sup> sino que aun en el ámbito de las contiendas civiles sólo sería aplicable —extremo olvidado por Guarneri— a los juicios de tipo dispositivo y en manera alguna a los de naturaleza inquisitoria;<sup>53</sup> y otro tanto habría que afirmar acerca de las demás ramas del enjuiciamiento cuyo objeto sea público (administrativo, constitucional). Agréguese todavía que contempla la jurisdicción desde el ángulo del interés privado (el cual podría muy bien tutelarse fuera del servicio público, en vía autocompositiva o arbitral) y con total olvido del punto de vista publicista (exclusión de la autodefensa; restauración del orden jurídico; control de legalidad en ocasiones, etcétera).<sup>54</sup> Finalmente, y

<sup>50</sup> Entiendo por tal, en términos generales, el posterior a la Revolución francesa y de manera más concreta, en los países que las conocieron, el de la abolición de las jurisdicciones no estatales (señoriales, municipales, etc.), entre las que no incluimos las de las entidades integrantes de una Federación, porque, al menos en principio, tienen la condición de *Estados*.

<sup>51</sup> En este sentido, aun siendo funcionarios y no concesionarios, la retribución arancelaria de jueces municipales y secretarios judiciales, tal como, pese a repetidos intentos de suprimirla, se practicó en España (hasta el decreto de 19-I-1945, en cuanto a los primeros, y hasta la ley de 8-VI y el decreto de 26-XII-1947, respecto de los segundos, con ciertas salvedades y opciones), carece por completo de justificación e incluso resulta subversiva y deprimente cuando el auxiliar así remunerado percibe mayores ingresos que los jueces o magistrados a cuyas órdenes actúe; cosa muy distinta cuando se aplica a procuradores o a abogados, que son profesiones libres, si bien no lo creemos el mejor sistema para pagar a los segundos.

<sup>52</sup> Véase *supra*, nota 24.

<sup>53</sup> Es decir, aquellos en que “para conseguir un determinado efecto jurídico, los interesados deben seguir necesariamente la vía judicial, incluso si están de acuerdo, porque la ley prescribe que dicho efecto jurídico no puede alcanzarse, aunque las partes estén conformes en pedirlo, sino a través de la sentencia del juez”. Trátase de los procesos relativos al estado y capacidad de las personas, y la denominación (*Untersuchungsprozess*, en alemán) fue propuesta por KOHLER y adoptada por CICU: cfr. CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, en “Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda”, Padova, 1927, pp. 139 y 141.

<sup>54</sup> Que el proceso sustituya a la autodefensa no significa, sin embargo, que la haya eliminado en absoluto ni tampoco que ésta deje de ser útil en ciertas ocasiones y bajo determinadas condiciones: cfr. FERRARA, *La giustizia privata (Il risparmio del processo)*, a propósito del libro, con igual título de su hijo Massimo FERRARA SANTAMARÍA (Napoli, 1937; en vol. cit. en la nota 2, pp. 155-67), y ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, núms. 17-25 y 32-33.



el reproche se dirige ahora a Guarneri, ni cronológicamente esta tesis es la primera que se alza frente a la de la relación jurídica<sup>55</sup> ni, sobre todo, me parece defendible mostrarla como antecedente de la posición de Carnelutti, de un lado, porque éste no identifica norma procesal y norma instrumental y mucho menos niega a la segunda carácter jurídico,<sup>56</sup> y de otro porque el contraste que (especialmente en orden a la clasificación de los actos procesales) establece entre *derecho* y *técnica* del proceso, responde a un planteamiento muy distinto del de la teoría del servicio público.<sup>57</sup>

10) c) *La construcción histórico-sociológica de Benjamín Cardozo.*—A título informativo destacaremos que el volumen, dedicado a la memoria de Arthur P. McKinstry, en que Benjamín N. Cardozo famoso juez que fue de la Suprema Corte de los Estados Unidos, desenvuelve su ideas sobre *The nature of the judicial process*,<sup>58</sup> alcanzó trece ediciones durante el periodo comprendido entre 1921 y 1946, y aun es posible que con posterioridad a la última fecha (a la que corresponde el ejemplar que manejamos) haya aparecido alguna más, si bien no tenemos conocimiento de la misma. Si ahora pensamos que las mejores monografías de las dos grandes literaturas procesales (germánica e italiana) rara vez han alzado la segunda edición y que otro tanto ha solido suceder con los tratados de mayor aliento,<sup>59</sup> acaso se crea que nos hallamos ante una obra de méritos

<sup>55</sup> Baste recordar que la doctrina del proceso como estado de ligamen se acoge en la primera edición del manual de KISCH (Berlín, 1909, p. 16) y que con anterioridad la habían postulado los autores que se mencionan en la nota 13.

<sup>56</sup> En efecto, CARNELUTTI se cuida muy bien, por una parte, de caracterizar como “jurídicas” a las normas instrumentales y, por otro, de destacar que el derecho procesal pertenece, sí, en su mayoría pero no de modo exclusivo al derecho instrumental, de tal manera que éste incluye asimismo preceptos de derecho constitucional, administrativo y aun civil, mientras que, por el contrario, existen normas procesales materiales, y entre ellas, según él, nada menos que la acción concebida como derecho procesal subjetivo: cfr. *Sistema*, núms. 19, 26 y 356.

<sup>57</sup> Véase *Sistema*, núms. 393-4.

<sup>58</sup> En el volumen así titulado, de 180 páginas, impreso en la serie *The Storrs Lectures* de la Universidad de Yale (New Haven, London, Oxford).

<sup>59</sup> Ni la obra de BÜLOW, ni la de KOHLER, ni la de GOLDSCHMIDT (cfr. *supra*, notas 3 y 4), auténticas y fundamentales investigaciones las tres sobre la naturaleza del proceso y cualquiera de ellas a cien codos del libro de CARDOZO, han pasado de la primera edición. Otro tanto ha sucedido con obras generales de tan extraordinaria calidad como el *Handbuch* de WACH, el *Lehrbuch* de HELWIG (a menos de considerar como segunda edición suya el *System*) o el *Sistema* de CARNELUTTI (eso sí, traducido al castellano). Más afortunados CHIOVENDA (con cuatro ediciones de los *Principii*, más las de las *Istituzioni*, traducidas ambas obras al castellano y la segunda al portugués), ROSENBERG con cinco del *Lehrbuch*) o SCHÖNKE (con siete, hasta ahora, del *Lehrbuch*), quedan también muy lejos del norteamericano, a quien iguala KISCH con su *Grundriss des Deutschen Konkursrechts*, compendio admirable de la materia (con 13 eds. antes de la 2ª guerra mundial; Mannheim, Berlín, Leipzig), y a quien de manera incomprensible, por la insi-

poco menos que sobrenaturales, de esas que de tarde en tarde cambian los derroteros de una disciplina científica. Y sin embargo, nada más lejos de la realidad: el libro de Cardozo, más superficial que profundo, escrito con soltura y diafanidad pero sin brillantez, no descubre acerca del fenómeno judicial anglosajón horizontes esencialmente distintos de los dados a conocer hace mucho tiempo por los grandes expositores del sistema ni supera tampoco a los excelentes resúmenes o cuadros que del mismo se han trazado en diversos idiomas.<sup>60</sup> Entonces, para explicarse el éxito editorial del librito, tan en desproporción con sus verdaderos merecimientos, hay que atender a otros factores; la posición del autor como juez de la Suprema Corte... de los Estados Unidos (porque de haber sido la de cualquier país minúsculo e incluso mediano, la serie de ediciones no se habría producido, pese al cargo); su lanzamiento al mercado por las prensas de la poderosa *Yale University*, con todos los recursos y aun trucos de la propaganda norteamericana; y, sobre todo, su extensión, formato y claridad de breviarío, propias para erigirle en texto de sucesivas promociones de estudiantes, dentro y fuera del mencionado establecimiento docente, así como en compendio de consulta para todos aquellos que deseen obtener una somera y a la vez ilustrativa información acerca de uno de los aspectos más sugestivos (el del *judge-made law*) del régimen jurídico imperante en la nación más poderosa del orbe en la hora actual. El volumen, por otra parte —y no lo decimos en tono de reproche, sino a título de constancia—, revela mucha más *experiencia* que *ciencia*; y al ocuparse, de manera hartó incompleta, del derecho continental europeo, lo ha hecho siguiendo a tratadistas que si bien concuerdan en mayor o menor medida con los puntos de vista del autor, no son, ciertamente, los más representativos u ortodoxos dentro de las corrientes dominantes en los respectivos Estados, aun cuando sean, eso sí, primerísimas figuras en ellos.<sup>61</sup>

11) Explicadas, a nuestro entender, las razones del desaforado éxito, un nuevo motivo de sorpresa sale al paso del lector: el de que el libro no se refiere para

pidez de la obra, se acerca LASTRES, con sus *Procedimientos civiles, criminales, canónicos y contencioso-administrativos*, etc. (11ª ed., Madrid, 1902). Como se ve, mérito científico y éxito comercial andan divorciados con frecuencia.

<sup>60</sup> Por ejemplo, DE FRANQUEVILLE, *Le système judiciaire de la Grande Bretagne* (2 vols., París, 1893) o LEVY ULLMANN, *Le système juridique de l'Angleterre* (París, 1928), entre los franceses; TIRANTI, *Introduzione allo studio della giustizia in Inghilterra* (Pisa, 1911), entre los italianos; MENDELSSOHN-BARTHOLDY, *Das Imperium des Richters* (Strasbourg, 1908), CURTI, *Englands Zivilprozess* (Berlín, 1928) o CORN, *Das Reich des Anwalts* (Heidelberg, 1949), entre los alemanes; BECEÑA, *Magistratura y Justicia* (Madrid, 1928), MAURICE AMOS, *La justicia británica* (Londres, 1941) o COUTURE, *La justicia inglesa* (Montevideo, 1943), entre los redactados en castellano, más la traducción, por GÓMEZ ORBANEJA, del libro de ENSOR, *Juices y tribunales de Inglaterra, Francia y Alemania* (Madrid, 1935).

<sup>61</sup> Como GÉNY en Francia o EHRLICH en Alemania.

nada, en uno solo de sus cuatro capítulos ni en una sola de sus líneas,<sup>62</sup> a la naturaleza del proceso judicial y, por consiguiente, no sustenta tesis alguna, buena o mala, original o no, acerca del tema que en sus manifestaciones menores venimos considerando en este artículo. Trátase de uno de los casos más flagrantes de falta de correspondencia entre título y contenido de una obra, hasta el punto de que de no ser por aquél y por el deseo de aclarar la divergencia, no habríamos tenido que ocuparnos aquí de tal trabajo. Cardozo, en efecto, al hablar del proceso no lo hace jamás para dilucidar su índole, señalar sus características o determinar sus fines,<sup>63</sup> sino que lo considera tan sólo como vehículo para la resolución de casos judiciales<sup>64</sup> y se preocupa únicamente de los que llama *métodos* inspiradores, por decirlo así, del pronunciamiento jurisdiccional, a saber: los que denomina *filosófico, histórico, tradicionalista y sociológico*.<sup>65</sup> En otros términos, y de la misma manera que *juicio* tiene en el ámbito del derecho procesal por lo menos dos acepciones —la estricta, como sinónimo de *sentencia* y la amplia, cual equivalente del *proceso*—,<sup>66</sup> así también en el pensamiento de Cardozo “*process*” ha sido tomado en un sentido restringido e impropio (identificación del todo con su elemento culminante: la decisión) y, por añadidura, el *conteniente* (proceso) aparece confundido con el *contenido* (normalmente sustantivo) de la sentencia. De lo expuesto se desprende que el rótulo adecuado para el libro de Cardozo habría sido el de *Métodos* (o criterios, pautas, orientaciones, etc.) *para dictar sentencias*<sup>67</sup> (o para decidir “casos judiciales”, de reputar más

<sup>62</sup> Ni siquiera en las pp. 163-6, donde si bien se consignan algunos rasgos del proceso (véase nota siguiente), el término no se toma en su estricto sentido, según luego indicamos en el texto.

<sup>63</sup> Cuando en la p. 163 CARDOZO afirma que el proceso judicial “is a process of search and comparison, and little else”, o cuando en la 166 sostiene que “the process in its highest reaches is not discovery, but creation”, evidentemente se refiere a la sentencia y no al proceso, con independencia de que aquélla sea o no creadora, extremo que aquí no podemos examinar (véanse algunas indicaciones acerca del problema, en *Proceso, autocomposición*, núms. 117-123).

<sup>64</sup> “The work of deciding cases goes on every day in hundreds of courts throughout the land. Any judge, one might suppose, would find it easy to describe the process which he had followed a thousand times an more”: CARDOZO, *ob. cit.*, p. 9.

<sup>65</sup> “The directive force of a principle may be exerted along the line of logical progression; this I will call the rule of analogy or the method of philosophy; along the line of historical development; this I will call the method of evolution; along the line of the customs of the community; this I will call the method of tradition; along the lines of justice, morals and social welfare, the *mores* of the day; and this I will call the method of sociology”; CARDOZO, *ob. cit.*, pp. 30-31. Para evitar en el sumario una rúbrica demasiado larga, nos hemos referido en él tan sólo a los dos métodos que con mayor relieve destacan en la obra de CARDOZO, a saber: el histórico y el sociológico, dentro de los que podría sin dificultad reabsorberse o diluirse el que él llama tradicionalista.

<sup>66</sup> Véase *infra*, núm. 21 y nota 126.

<sup>67</sup> Pero sin coincidir más que en el título con el libro de ARAGONES ALONSO, *Método para dictar sentencias y demás resoluciones judiciales (Justicia municipal-jurisdic-*

expresiva esta terminología en el cuadro del derecho anglosajón). En definitiva, el proceso como tal no es objeto de análisis, ni jurídico ni sociológico,<sup>68</sup> por parte de Cardozo.

12) d) *Las sucesivas posturas de Carnelutti en cuanto al fin y naturaleza del proceso; su tesis del enjuiciamiento criminal como jurisdicción voluntaria; el retorno al juicio.*—Como tantos otros autores, Carnelutti elabora una de las numerosas variantes que presenta la doctrina del proceso como relación jurídica;<sup>69</sup> pero no siendo ésta el objeto de nuestro estudio, nos limitaremos a dar cuenta de ella en una nota,<sup>70</sup> para ocuparnos, en cambio, de la que Guasp catalogaría como su concepción sociológica del proceso,<sup>71</sup> cuya originalidad y relieve dentro del pensamiento carneluttiano son, además, incomparablemente superiores a la de aquella otra.

13) La piedra angular de la doctrina procesal carneluttiana ha sido durante años y decenios el concepto de *lite* (o *litis* o *litigio*, como el lector prefiera).<sup>72</sup>

*ción contenciosa civil*). (3ª ed., Madrid, 1951), que se ocupa de su redacción y estructura, mientras que CARDOZO atiende a su inspiración y contenido sustantivo.

<sup>68</sup> A la manera como lo hizo KISCH en *Die soziale Bedeutung des Zivilprozesses* (en "Judicium", 1928-29, pp. 1-32) o como lo hemos intentado nosotros en el cursillo dado en agosto de 1952 en la Universidad de Nuevo León, sobre *Función y proyecciones sociales del proceso* (pendiente de publicación).

<sup>69</sup> Una recapitulación de las mismas, en GOLDSCHMIDT, *Prozess als Rechtslage*, pp. 1-4, resumidas a su vez por nosotros en la *Advertencia preliminar* a su *Derecho procesal civil* (Barcelona, 1936), p. VI.

<sup>70</sup> CARNELUTTI entiende que en el proceso no hay una sola relación jurídica, sino "tantas cuantos son los conflictos (entre el interés en cuanto a la composición del litigio y los intereses de aquellos que deben proporcionar los medios al proceso) compuestos por el orden jurídico mediante la imposición de una obligación y, eventualmente, de un derecho": *Sistema*, núm. 357 (en relación con el núm. 11). Véanse con anterioridad sus *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. IV (Padova, 1930), núms. 364-6, así como la *Postilla* suya a RICCA-BARBERIS citada en la nota 3; y con posterioridad, sus *Istituzioni* (*infra*, nota 76), núm. 187, y sus *Lez. proc. pen.* (*infra*, nota 72), núm. 163.

<sup>71</sup> Para GUASP, en efecto, las teorías sobre la función del proceso se dividen en *sociológicas* (las que atienden a la misión social que se les asigna, es decir, a la resolución de un conflicto intersubjetivo) y *jurídicas* (las que de una manera global responden a la idea general de actuación del derecho): cfr. *La pretensión procesal*, pp. 337 y 343 de "Estudios en memoria de J. Goldschmidt", vol. I.

<sup>72</sup> Desde aquí hasta el final del número 19 proviene, con algunos cambios y ampliaciones, del *Prólogo* nuestro (núms. 3-9) a la traducción de las *Lezioni sul processo penale* del maestro (ed. italiana, vols. I-IV, Roma, 1946-7-9; versión castellana, Buenos Aires, 1950). Acerca de la traducción de "*lite*" por *litigio*, véase nuestra *Adición al número 14 del Sistema de Carnelutti*; objetada por ALSINA (*La obra de Alcalá-Zamora*, en "Revista de Derecho Procesal", 1945, II, p. 187), véase nuestra réplica en *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*, nota 30 (en "Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina", Buenos Aires, 1946: ahora, *supra*, *Estudio Número 7*).

Esa noción, que para Carnelutti constituye el elemento extra o metaprocesal a cuya justa composición está adscrito el proceso<sup>73</sup> —en una relación similar a la de la enfermedad y la medicina,<sup>74</sup> aun cuando la solución del conflicto podría obtenerse por vías distinta de la procesal—,<sup>75</sup> experimenta cambios muy perceptibles en las cuatro exposiciones sistemáticas atinentes al proceso llevadas a cabo por él durante su fecunda vida jurídica.<sup>76</sup> En la primitiva elaboración del concepto —entendido como conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro—,<sup>77</sup> Carnelutti acepta, por un lado, la existencia de un proceso sin litigio (aunque como tipo anómalo o excepcional) y extiende, por otro, su idea-clave al ámbito del enjuiciamiento penal. Cuando poco después, Cortesia di Serego publica su excelente monografía *Il processo senza lite*,<sup>78</sup> Carnelutti la saluda, en el prólogo, con verdadero alborozo, tanto por emanar de un discípulo, como por tratarse de “un libro carneluttiano” (pág. V); pero a partir de ese instante, su entusiasmo por una tesis que representa “un absurdo y suicidia torpedo” dirigido por él mismo “contra el cimiento de su construcción procesal”,<sup>79</sup> disminuye a todas luces: en el *Sistema*, como arrepintiéndose, califica de proceso *impropio* a la figura y casi llega a

<sup>73</sup> Cfr. *Lezioni dir. proc. civ.*, núms. 13, 14 y 44-47, y *Sistema*, núms. 16, 57, 82, 83, 410 c y 519 b.

<sup>74</sup> Cfr. *Sistema*, núm. 118.

<sup>75</sup> A saber: mediante autocomposición (reputada por CARNELUTTI como equivalente jurisdiccional: cfr. *Sistema*, núm. 55) y también mediante autodefensa (aunque CARNELUTTI, parezca excluirla: cfr. su reseña de nuestro *Proceso, autocomposición y auto-defensa*, en “Riv. Dir. Proc.”, 1948, I, p. 50).

<sup>76</sup> Es decir, las ya citadas *Lezioni di dir. proc. civ.* (7 vols., Padova, 1920-31, reimpresas en diferentes ocasiones), el también mencionado *Sistema* (inconcluso; 3 tomos, Padova, 1936-7-8; trad. castellana de SENTÍS MELENDO y nuestra, Buenos Aires, 4 vols., 1944) y las *Istituzioni del nuovo processo civile italiano* (1ª ed., un vol., Padova, 1941; trad. española de GUASP, Barcelona, 1942; 3ª ed., dos tomos, Roma, 1942), más las *Lezioni, proc. pen.* (véase nota 72).

<sup>77</sup> Cfr. *Sistema*, núm. 14. Con anterioridad, cfr. *Lezioni dir. proc. civ.*, núms. 28, 76 y 89; *Sulla “reformatio in peius”* (en “Riv. Dir. Proc. Civ.”, 1927, I, pp. 181-8); *Lite e funzione processuale* (rev. cit., 1928, I, pp. 23-37); *Lite e processo* (rev. cit., 1928, I, pp. 95-105); una *Postilla* al artículo de PAOLI sobre *La nozione di ilite nel processo penale* (rev. cit., 1930, I, pp. 63-74 éste, y 74-7 aquélla); *Ancora sulla lite nel processo penale* (rev. cit., 1930, I, pp. 245-8, que son también una “postilla”, ahora al artículo de INVREA, *La servitù del giudicato*, pp. 233-44). En fecha más reciente, con motivo de la promulgación del cód. proc. civ. de 1940, del que fue uno de los redactores, CARNELUTTI ha vuelto sobre el tema, en una nueva nota acerca de *Lite e processo*, publicada, como la otra, en la revista citada, 1941, I, pp. 348-50.

<sup>78</sup> Padova, 1930. Tras comparar la figura que estudia con el proceso sin controversia, con el aparente y con el simulado, el autor examina el proceso sin litigio en sus manifestaciones constitutivas y de condena, tanto en el derecho vigente, como con vistas a una regulación futura.

<sup>79</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, p. 135.

reconocer que pertenece a la jurisdicción voluntaria,<sup>80</sup> cuando en rigor entre ésta y el proceso con litigio, “no hay sitio para un proceso sin litigio, que no sea ni contencioso ni voluntario”;<sup>81</sup> en las *Istituzioni*, por último, ha desaparecido inclusive el epígrafe “*processo senza lite*”, mientras que se mantienen el contencioso y el voluntario, al segundo de los cuales, y no a aquél, se aplica ahora, aunque con reservas, el adjetivo *improprio*, y se le ensancha, además, hasta abarcar los procesos sobre estado civil, que pueden surgir “sin litigio”.<sup>82</sup>

14) En cuanto al trasplante del concepto al proceso penal, Carnelutti se valió a tal fin de una fórmula iusprivatista a todas luces y, en consecuencia, inaprovechable,<sup>83</sup> que fue, con razón, combatida, en vez de haber imaginado el litigio con la amplitud necesaria para ser referido, como él mismo entiende, a cualquier proceso, sea “jurisdiccional o ejecutivo, civil, administrativo o penal”.<sup>84</sup> Para ello le habría bastado, a nuestro entender, con concebir el litigio como conflicto jurídicamente trascendente y susceptible de solución, asimismo jurídica, mediante proceso, autocomposición o autodefensa.<sup>85</sup> En cambio, sostener, como él hace, que si “el delito es la violación de una obligación, no puede existir duda de que el fondo del proceso penal está constituido por el conflicto de intereses entre el imputado y la parte lesionada”,<sup>86</sup> está en pugna con la verdadera naturaleza del proceso penal contemporáneo, máxime en un país como Italia,<sup>87</sup> cuyo código, que por razón de nacionalidad hubo de ser tenido en cuenta por aquél antes que ningún otro, reconoce a la víctima o a sus representantes, menores derechos que, por ejemplo, la legislación española y las que en ella se inspiraron.<sup>88</sup> Por otro lado, en los casos de homicidio en que la víctima no deje

<sup>80</sup> Cfr. los núms. 80 *d* y 81 *b, e* y *f* del mismo.

<sup>81</sup> ALCALÁ-ZAMORA, *ob. cit.*, p. 136. También COUTURE, quien en su primera obra, *El divorcio por voluntad de la mujer* (Montevideo, 1931), acogió la tesis carneluttiana, parece estar de retorno respecto del proceso sin litigio, y en su *Proyecto de código de procedimiento civil* (Montevideo, 1945) incluye la declaración de incapacidad, que sería el prototipo de la figura (cfr. CARNELUTTI, *Lezioni dir. proc. civ.*, núm. 89; *Sistema*, núm. 80, c.  $\alpha$ ), en la jurisdicción voluntaria (Parte primera, libro V, título III).

<sup>82</sup> Cfr. *Istituzioni*, núms. 3, 4, 17, 18 y 23, tanto de la primera como de la tercera edición, así como el 24 de ésta (p. 23), sin equivalente en aquélla. Añadamos que las dudas acerca de la índole procesal del proceso sin litigio se manifiestan en CARNELUTTI desde el primer momento, y en las *Lezioni dir. proc. civ.* (cfr. núm. 89, vol. II, p. 134) casi acepta que sea un “seudoproceso”, un “proceso impropio” o un “proceso formal”. La posibilidad de proceso sin previo conflicto la acepta últimamente GUASP: cfr. *infra*, núm. 37 y nota 238.

<sup>83</sup> El concepto de litigio penal se esboza en los artículos citados en la nota 77, principalmente en la p. 31 de *Lite e funzione processuale*.

<sup>84</sup> Prólogo al citado libro de DI SEREO, p. VI.

<sup>85</sup> Cfr. *Proceso, autocomposición*, pp. 12-13.

<sup>86</sup> *Sistema*, núm. 79 *j*.

<sup>87</sup> Cfr. *Proceso, autocomposición*, nota 12.

<sup>88</sup> Cfr. *Proceso, autocomposición*, nota 13.



causahabientes, ¿nos encontraremos quizá ante un proceso “sin fondo”, es decir, sin litigio?<sup>89</sup> Acaso por todo ello, al aparecer las *Lezioni sul processo penale*, el autor, sin rectificarse abiertamente, salva la dificultad de seguir concibiendo el proceso penal como destinado a la composición justa de un conflicto entre particulares, mediante el doble expediente de esfumar —no de borrar del todo: cfr., por ejemplo, los números 60 y 61 de la obra— la noción de litigio, tan vigorosa en sus tres exposiciones procesales civiles, y, a la vez, de presentar el juicio criminal como “la fusión de un proceso contencioso con uno voluntario” (entiéndase: de jurisdicción de esta clase).<sup>90</sup> Y ese carácter voluntario adquiere especial relieve en una nota jurisprudencial posterior del propio Carnelutti.<sup>91</sup>

15) ¿Qué razones ha tenido Carnelutti para proyectar sobre el enjuiciamiento criminal el discutidísimo concepto de jurisdicción voluntaria,<sup>92</sup> habitualmente considerado, si no como integrante del proceso civil *stricto sensu* (a saber: el contencioso), sí como materia conexa o exclusivamente relacionada con él, en la doctrina y en los códigos? Antes de contestar la pregunta, recordemos que en 1900 Oetker se valió ya de la jurisdicción voluntaria a fin de explicar la singular índole del juicio monitorio penal, carente, a su entender, de relación jurídica (tesis ésta que el autor aceptaba como interpretativa de la naturaleza del proceso), debido a la ausencia o posposición del contradictorio en el mismo.<sup>93</sup> La postura de Carnelutti es distinta de la de Oetker en dos fundamentales aspectos: a) en el de la amplitud respectiva, ya que el profesor de Roma extiende la noción al proceso penal en su conjunto, mientras que el procesalista alemán la restringía a una modalidad *sui generis* del mismo, y b) en el de que en tanto Oetker contraponía proceso (contencioso) y jurisdicción voluntaria —precisamente por no reputar al monitorio incluíble en el primero lo incorporaba a la segunda—, Carnelutti denomina asimismo proceso al de carácter voluntario. Pero dejando a Oetker, veamos los argumentos en que se asienta la nueva tesis carneluttiana.

<sup>89</sup> Cfr. *Proceso, autocomposición*, p.16; 2ª ed. p. 17.

<sup>90</sup> *Lezioni proc. pen.*, vol. I, núm. 60.

<sup>91</sup> Cfr. *La tutela del terzo nel processo penale* (en “Riv. Dir. Proc.”, 1946, II, p. 41).

<sup>92</sup> Cfr. nuestro trabajo *Premisas para determinar la índole de la jurisdicción voluntaria* (en “Studi in onore di Enrico Redenti”, Milano, 1951, vol. I, pp. 1-55; publicado también en “Jus”, México, octubre de 1948, y en “Rev. Der. Proc.” argentina, 1949, I): ahora, *supra*, Estudio Número 4.

<sup>93</sup> Cfr. su ensayo *Strafprozessbegründung und Strafklageerhebung* (en “Würzburger Festgabe für Dernburg”), p. 120 (citado por BELLAVISTA, *Il processo penale monitorio*, Milano, 1938, p. 89). Creo que en el juicio monitorio, como en los demás procesos sin contradictorio (juicio en rebeldía o contumacial) o con él pospuesto (embargo preventivo, juicio ejecutivo, por ejemplo), existe relación jurídica, sólo que *nominal* o *latente*, en vez de *efectiva* o *presente*; para BELLAVISTA, en cambio, esa relación sería retardada (cfr. *ob. cit.*, pp. 85 y 110) en virtud de razones que no me parecen convincentes (cfr. mi comentario *Acercas del juicio monitorio penal*, en “Ensayos”, pp. 248-9).

16) Carnelutti parte de que el proceso penal de conocimiento<sup>94</sup> “obtiene a la vez dos resultados: el accertamiento<sup>95</sup> del delito, o sea de la ilicitud penal de un hecho y el accertamiento de lo ilícito civil, es decir, de la ilicitud civil del propio hecho”, de tal manera que “su contenido va más allá del accertamiento del delito con fines exclusivamente penales. Esta observación —prosigue— es fundamental para la definición de su carácter en orden a la distinción, formulada por la teoría general del proceso, entre proceso *contencioso* y proceso *voluntario*”. Bien miradas las cosas, “se descubre que si respecto de la ilicitud civil el proceso penal puede ser contencioso, en cambio le falta ese carácter cuando se trata de la ilicitud penal”. Confiesa a continuación que en sus primeros intentos de sistematizar la teoría general del proceso, creyó también que el proceso penal tenía carácter contencioso; y atribuye el que considera error suyo, por un lado, a no haber diferenciado su doble contenido, civil y penal, y por otro, a haber confundido litigio y controversia. Debido a ello, se equivocó, según él, dos veces al determinar el contenido puramente penal del proceso que nos ocupa: la primera, cuando le asignó carácter contencioso y la segunda, cuando lo consideró como un tipo intermedio entre el proceso contencioso y el voluntario. En definitiva, y tras establecer que si en el proceso penal cupiese escindir el contenido penal y el no penal, el primero de ellos sería un verdadero proceso no contencioso, y tras afirmar la analogía entre el proceso punitivo y el de interdicción de una persona, llega a la conclusión de que no siendo posible dicho aislamiento, por ser “inseparables” las consecuencias civiles y las penales del delito, y porque sobre las de ambos sectores pronuncia “inseparablemente” el juez penal, “al proceso penal debe reconocerse, no tanto carácter *intermedio* entre el contencioso y el no contencioso, como carácter *mixto*”, puesto que representa “la fusión de un proceso contencioso con uno voluntario”.<sup>96</sup>

17) Pero en realidad, el pensamiento actual de Carnelutti acerca de la índole del proceso penal lo muestra como un fenómeno de estricta jurisdicción voluntaria, desde el momento en que el carácter mixto se lo imprime el contenido civil, de tipo contencioso, que el autor considera inseparable de aquél. ¿Lo es en rigor? A mi entender, este es el talón de Aquiles de la original construcción levantada por el profesor de Roma, y la escindibilidad de *uno y otro litigio* (según nosotros, que resultamos más carneluttianos que el propio Carnelutti en este aspecto), o como ahora prefiere en las *Lezioni*, del *litigio* civil (contencioso) frente a la *controversia* penal (voluntaria), es perfectamente posible, lo mismo

<sup>94</sup> A él se circunscribe el autor en los pasajes que a continuación recogemos, sin aludir siquiera al de ejecución, acaso por la complejidad normativa de éste.

<sup>95</sup> Acerca de esta traducción de “*accertamento*”, precisamente exigida por las consideraciones que a propósito del concepto formula CARNELUTTI en el *Sistema*, cfr. nuestra *Adición a los núms. 45 y 46* del mismo.

<sup>96</sup> Cfr. *Lezioni proc. pen.*, vol. I, núm. 60.



en el terreno doctrinal que en la esfera legislativa,<sup>97</sup> sin que por ello desconozcamos la existencia de delitos que tienen por contenido único o principal el daño,<sup>98</sup> pero tales hipótesis no son la regla, sino la excepción, y aun ésta, neutralizada por la contraexcepción de los delitos no originadores de daño.<sup>99</sup> Siendo evidente lo que acabamos de afirmar, ¿cómo ha podido Carnelutti sostener lo contrario? Dos explicaciones pudieran darse a su actitud: una, la de que milita en las filas de quienes por consideraciones teóricas, que en la práctica de diversos países han dado resultados opuestos a los previstos, propugnan la publicisticación —permítasenos la palabreja— de la responsabilidad civil inherente al delito,<sup>100</sup> la otra, hacia la cual nos inclinamos, la de que no siendo aprovechable su noción de litigio penal para ser referida al conflicto principal que en el correspondiente proceso se debate (a causa, como dijimos, de la definición privatista de que hizo objeto a aquél), en vez de rectificarla y ampliarla, que habría sido lo procedente, ha preferido intentar su soldadura con la “controversia” penal. Pero esa soldadura, además de no ser autógena, sino heterógena, no engendra esos inseparables hermanos siameses que Carnelutti nos presenta, sino, a lo sumo, un hermano (litigio civil) y una hermana (controversia penal) gemelos, que pueden caminar por separado, aunque su origen haya sido común.

18) Ahora bien: sea o no cierta esa inseparabilidad entre el contenido civil y el penal del proceso punitivo, veamos en qué se basa Carnelutti para colocar al último bajo el signo de la jurisdicción voluntaria. Para dilucidar la naturaleza de ésta cabe seguir, en nuestra opinión, tres senderos: el de la jurisdicción, el de la cosa juzgada... y el de litigio. El maestro ha optado por el segundo

<sup>97</sup> En el *doctrinal*, por el manifiesto desdén de los penalistas hacia una materia para cuyo análisis acaso no se sientan con preparación adecuada; en el *legislativo*, por la serie de casos en que una y otra responsabilidad pueden funcionar desligadas (cfr., por lo que respecta a España, los núms. 104-5 de mi estudio *El juicio penal truncado del derecho hispano-cubano*, pp. 493-5 del citado volumen de “Ensayos”; en cuanto a Italia, véanse los arts. 22-28 cód. proc. pen. de 1930).

<sup>98</sup> Como sucede, ante todo, en el delito de daños, muchas veces tan difícil de diferenciar de los daños meramente civiles, o bien con los de contrabando y defraudación en detrimento de la Hacienda pública.

<sup>99</sup> Por ejemplo, en España, hasta la sentencia de 6-XII-1912 (en contra de la de 6-XII-1882), recaída en un ruidoso proceso por difamación periodística, la jurisprudencia había entendido que los delitos contra el honor no originaban responsabilidad civil. Es más: ante el tráfico repugnante de que en ocasiones son objeto honestidad y honor en los correspondientes procesos, acaso fuese más decoroso volver a la primera interpretación. Un honor sometido a tarifas y a regateos, deja de ser ese patrimonio del alma, exaltado por CALDERÓN.

<sup>100</sup> Cfr. nuestro *Derecho proc. pen.*, tomo III, pp. 94-6. Un certero enfoque de la cuestión, en SILVA MELERO, *El problema de la responsabilidad civil en el derecho penal* (“Rev. Gral. Legisl. y Jurisp.”, diciembre de 1950, pp. 635-69); reseña nuestra, en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, 1951, núm. 12, pp. 239-40.

—nosotros, también aquí más papistas que el Papa, habríamos emprendido el tercero— y considera que “la cosa juzgada es el resultado característico del proceso civil de conocimiento”, el cual se traduce en la *inmutabilidad* del juicio del juez (en el sentido de sentencia y no de proceso), cuya finalidad consiste en establecer la certeza. Conforme a la teoría general del proceso —en rigor, a tenor de su visión carneluttiana— esos dos aspectos de la cosa juzgada, es decir, la *imperatividad* y la *inmutabilidad* del juicio,<sup>101</sup> se corresponden con el sentido material y con el formal de la institución. Para Carnelutti, “la cosa juzgada material representa la eficacia del juicio *fuera del proceso*, o sea *respecto a todos*; la cosa juzgada formal, *dentro del proceso*, a saber, *respecto de cualquier otro juzgador*, puesto que cuando y donde un primer juez haya juzgado, no puede volver a juzgar”. De ahí deduce que la cosa juzgada formal ofrece el peligro del error judicial, y a fin de conjurar semejante riesgo, no se llega a ella de una manera inmediata, sino a través de la vía impugnativa. La exigencia de certeza, determinante de la cosa juzgada, se hace sentir esencialmente en el proceso contencioso y, por tanto, es natural que se extienda al contenido civil del proceso penal, por lo mismo que en él existe o puede existir litigio; pero como el contenido penal del proceso punitivo pertenece a la jurisdicción voluntaria, no existe respecto de él la exigencia de certeza, e incluso en el campo del enjuiciamiento civil, la cosa juzgada sólo se aplica al proceso contencioso y no al voluntario.<sup>102</sup> Y Carnelutti concluye afirmando que la extensión de la cosa juzgada a todo el proceso penal no se justifica, ya que significaría la renuncia a corregir el error judicial en la determinación de la pena, y que debe circunscribirse al contenido civil del mismo, frente al cual se explica que la necesidad de justicia se incline ante la necesidad de certeza.<sup>103</sup>

19) El ataque a la cosa juzgada penal, en los términos que acabamos de resumir, no es ninguna novedad carneluttiana, aunque sí es original de las *Lezioni* el modo de lanzarlo. Sin ir más lejos, hace ya bastantes decenios que los dos más eminentes penalistas españoles de los tiempos modernos —Pedro Dorado Montero y Luis Jiménez de Asúa— combatieron la cosa juzgada con argumentos que,

<sup>101</sup> CARNELUTTI emplea estas palabras en un sentido muy personal. Otros autores hablan de *indiscutibilidad e inimpugnabilidad*, o bien refieren la *inmutabilidad* a la cosa juzgada en sentido material (cfr., por ejemplo, CHIOVENDA, *Principii*, pp. 906, 911 y 944; ROSENBERG, *Lehrbuch*, p. 481; GOLDSCHMIDT, *Derecho proc. civ.*, pp. 399-11 y 386 y ss.; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, pp. 3 y 6). De acuerdo en este punto con la terminología de CARNELUTTI, LIEBMAN, en *Eficacia y autoridad de la sentencia* (Buenos Aires, 1946), p. 56.

<sup>102</sup> Dada la característica revocabilidad de las resoluciones recaídas en el segundo: cfr. arts. 1818 l. enjto. civ. española, 897 cód. proc. civ. mexicano del Distrito, 742 cód. proc. civ. italiano de 1940, o § 18 de la ley alemana sobre negocios de jurisdicción voluntaria, de 17-V-1898; véase, sin embargo, *infra*, nota 164.

<sup>103</sup> Cfr. *Lezioni proc. pen.*, vol. 1, núm. 61.

además de no ser irrefutables, olvidaban la garantía de estabilidad jurídica que la misma representa en cualquier orden del enjuiciamiento, y acaso en mayor medida en el penal, por su alcance *erga omnes*, en contraste con el *inter partes* que, como regla, posee en lo civil.<sup>104</sup> Mas prescindiendo de esos antecedentes o de esa coincidencia, diremos que, o no hemos captado bien el pensamiento de Carnelutti en este punto, o nos parece descubrir en el mismo una cierta contradicción, porque si conforme a su tesis, el contenido civil y el penal del proceso criminal son “inseparables”, ¿cómo cabe entonces que la cosa juzgada, meta y culminación de la fase de conocimiento, les afecte de tan distinto modo o, mejor dicho, deba circunscribirse al primero, sin abarcar al segundo?; ¿cómo es posible, dada la inescindibilidad que el autor proclama, que uno se extinga y el otro subsista o reaparezca? ¿no sería más lógico pensar que entre ambos contenidos lo que media, y no siempre (cfr. *supra*, nota 97), es una asociación procedimental más o menos intensa<sup>105</sup> dentro de un proceso penal en curso? En otro sentido, aun en el caso de que Carnelutti hablase con la mente puesta en el futuro y en el presente del derecho penal, habría que meditar mucho si los inconvenientes de abolir en la esfera de la justicia criminal la cosa juzgada no son mayores que las problemáticas ventajas de cambio tan radical, y si en el supuesto de llevarlo a cabo habría de extenderse a todas las sanciones o sólo a algunas. Creemos, a este último propósito, que lo que las penas determinadas *a posteriori* (por consiguiente, no todas ni siquiera la mayoría, en el estado actual de la lucha contra el crimen) y las medidas de seguridad requerirán, será completar el cuadro tradicional de identidades de la cosa juzgada (objeto, causa, persona y legitimación) con una nueva que se refiera a la subsistencia de las circunstancias o factores condicionantes de la aplicación de las mismas.<sup>106</sup> Por lo demás, el derecho procesal, en mayor medida aún el penal que el civil, dispone de medios para subsanar las discordancias máximas entre cosa juzgada y realidad, cuando el mantenimiento de la primera resulte incompatible con la segunda.<sup>107</sup>

20) Para acabar de complicar las cosas, el propio Carnelutti, pero ahora en las *Istituzioni*, señala como presupuesto de la jurisdicción voluntaria civil el

<sup>104</sup> Cfr. los núms. 17 y 25 (especialmente las notas 56, 101, 107 y 109-11) de nuestro trabajo *El sistema procesal de la ley relativa a vagos y maleantes* (pp. 195-6 y 212-6 de mis citados “Ensayos”), donde se puntualizan los pasajes oportunos de DORADO y de ASÚA.

<sup>105</sup> Hasta el extremo de que, por ejemplo, en España, incluso cuando marchan acopladas, la responsabilidad civil se tramita en pieza separada (cfr. arts. 590 y 619 l. enjto. crim.).

<sup>106</sup> Es decir, mientras, verbígracia, subsista la alcoholización o la toxicomanía; en tanto el vago no adquiera hábitos de trabajo o, en general, hasta que el reo no se corrija del vicio o inclinación determinantes de la medida.

<sup>107</sup> Así sucede con el recurso de revisión, la amnistía (aunque suele responder a otros propósitos), el indulto, el perdón y hasta, en ocasiones, leyes privilegiadas. En cambio,

*negocio*,<sup>108</sup> mientras que respecto del proceso penal (según él, voluntario) habla de *controversia*. Pues bien: si como pensamos, el proceso penal es contencioso, entonces su presupuesto habría de ser el litigio, aunque no el de tipo iusprivatista imaginado por su creador (cfr. *supra*, núm. 14), y si es voluntario, en tal caso su presupuesto debiera ser el negocio y no la controversia; porque si el “proceso” voluntario civil y el penal discrepan esencialmente en cuanto al presupuesto, a la rama jurisdiccional y a la tramitación y, además, en el primero falta y en el segundo existe verdadera actividad jurisdicente, las divergencias entre ellos son de tal magnitud, que no es posible imaginarlos como meras especies de un mismo género. Por otra parte, la distinción litigio-controversia, pugna con el uso corriente, que los emplea como sinónimos, y habría sido por ello preferible, en lugar de contraponerlos<sup>109</sup> dilatar el primero, como indicamos (cfr. *supra*, núm. 14), para que cupiese referirlo asimismo al proceso penal.<sup>110</sup> Finalmente, si para Carnelutti la *quiebra* pertenece a la jurisdicción voluntaria, porque en ella el deudor *quiere* cumplir pero *no puede*, a diferencia de la ejecución singular, en la que *puede* cumplir pero *no quiere* hacerlo,<sup>111</sup> habría que preguntarle, con independencia de las objeciones formulables en sí a tal punto de vista,<sup>112</sup> qué semejanza puede mediar entre la actitud del quebrado, dispuesto al cumplimiento, y la del imputado en lo penal, que salvo en rarísimos casos de altruismo,

el revisionismo judicial desenfundado ofrece peligros que no es posible silenciar u olvidar (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Miscelánea de libros procesales*, en “Rev. Der. Proc.” argentina, 1943, II, pp. 392-3, nota 13).

<sup>108</sup> Traducimos “*affare*” por negocio basándonos precisamente en las palabras del propio CARNELUTTI: “*affare* —afirma— es un interés o un grupo de intereses, respecto del cual se exige, en el conflicto con uno o más intereses ajenos, la realización de un acto para su tutela según el derecho (*negotium, de nec otium*)” (*Istituzioni*, I, núm. 19, p. 20). Sin llegar a buscarle un presupuesto distinto, ya LENT había afirmado que el litigio es, por lo general, muy diferente en una y otra jurisdicción (cfr. *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 2º ed., Berlín, 1928, p. 2).

<sup>109</sup> Según CARNELUTTI, la diferencia entre litigio y controversia estribaría en que la segunda “no implica *pugna de intereses* y sí tan solo de *opiniones*” (*Lez. proc. pen.*, núm. 60); pero aparte de que ésta podría faltar en algunas hipótesis de proceso penal (cfr. nuestro *Juicio penal truncado*, núms. 42 y 49-52), litigio y controversia se emplean como términos sinónimos (cfr., JAEGER, *Corso di diritto processuale del lavoro*, 2º ed., Padova, 1936, pp. 12, 59-60 y 64-6, o bien cód. proc. civ. italiano de 1940, uno de cuyos redactores fue justamente CARNELUTTI, lib. II, tít. IV: “Normas para las controversias en materia corporativa”, así como los cuatro capítulos en que se divide). El camino a seguir sería, pues, no el de introducir a presión la controversia, sino el de ensanchar el litigio para hacerlo aplicable al proceso penal (cfr. *Proceso, autocomposición*, pp. 15-6 —2º ed., pp. 16-7—, y nuestro *Prólogo* a las *Lez. proc. pen.*, núms. 4 y 7, o sea ahora, *supra*, núms. 14 y 17, con algunos cambios).

<sup>110</sup> Cfr. *Premisas jurisd. vol.*, núm. 31.

<sup>111</sup> Cfr. *Sistema*, núm. 437, f; véanse también los núms. 387 y 600, b.

<sup>112</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Ensayos*, p. 124. y *Premisas jurisd. voluntaria*, nota 69.

jactancia o arrepentimiento,<sup>113</sup> se obstina, contra viento y marea, en negar su culpabilidad, como para asociar ambas situaciones bajo el común denominador de (seudos) procesos voluntarios.<sup>114</sup>

21) Siempre Carnelutti, pero ahora de nuevo en plano de teoría general del proceso y no en el de la particular de una de sus ramas, ha propugnado en fecha reciente, dentro de la tonalidad mística que desde hace años viene imprimiendo a sus escritos,<sup>115</sup> el *retorno al juicio*.<sup>116</sup> Vuelta, por un lado, a la tradición romana, ya que el nombre *procedura* es de importación francesa, y *proceso*, si bien de ascendencia latina, se propaga por influencia germánica;<sup>117</sup> pero, por otro, delimitación o, más bien, dilatación de su alcance dentro del cuadro procesal, porque, dicho se está, el juicio se manifiesta en otros campos de la actividad y del saber humanos.<sup>118</sup> Por de pronto, el proceso no sería un juicio cualquiera, sino únicamente el pronunciado por ciertas personas, a saber: los

<sup>113</sup> Véase ALCALÁ-ZAMORA, *Juicio penal truncado*, núms. 63-66 (en "Ensayos", pp. 458-62).

<sup>114</sup> Llamemos la atención hacia el hecho verdaderamente extraño de que algunos reseñadores de las *Lezioni sul processo penale* no se hayan fijado para nada en el capital aspecto que acabamos de comentar (o sea la concepción del proceso penal como jurisdicción voluntaria), sin duda el más llamativo de toda la obra; véase en este sentido el silencio, por ejemplo, de GUASP (en la sección de "Bibliografía" de la "Revista de Derecho Procesal" española, 1949, pp. 227-235) o el de CRESPI (en *Le dottrine generali del processo penale nella recente letteratura italiana*, en "Jus", Milano, marzo de 1952, pp. 124-7).

<sup>115</sup> Como más significativos dentro de esa tendencia, *La lotta del diritto contro il male*, lección inaugural con que CARNELUTTI asumió la cátedra de Derecho procesal penal de Roma en 1946 y que encabeza e imprime carácter a sus *Lex. proc. pen.*, e *I valori giuridici del messaggio cristiano* (Padova, 1950), páginas de gratitud a quienes colaboraron en los *Scritti*, en su honor; véase también *Il problema della pena* (2ª ed., Roma, 1945; trad. castellana, Buenos Aires, 1947).

<sup>116</sup> En su artículo *Torniamo al "giudizio"*, compuesto para los "Scritti in onore di Antonio Scialoja" y publicado en "Riv. Dir. Proc.", 1949, I, pp. 165-174. El estudio de CARNELUTTI y el de SATTÀ que más adelante comentamos (cfr. *infra*, núm. 23), han motivado, a su vez, las reflexiones de CAPOGRASSI en *Giudizio, Processo, Scienza, Verità* (en rev. cit., 1950, I, pp. 1-22), y acaso el primero (cfr. *ob. cit.*, p. 165) haya repercutido en el ánimo de PRIETO CASTRO, cuando en contra de toda su trayectoria acerca de la acción, sugiere poco menos que el retorno a CELSO (cfr. "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", julio-agosto de 1951, *Notas bibliográficas*, p. 188). Véanse también los trabajos de CALAMANDREI y de MUSATTI que se citan en la nota 145.

<sup>117</sup> Cfr. *Torniamo*, pp. 165-6; pero téngase en cuenta que el término *processus* se utilizó ya en el derecho canónico medieval (cfr. WACH, *Handbuch*, p. 3, nota 1) y en los prácticos españoles de los siglos XVI y XVII e incluso en procedimentalistas del XIX totalmente ajenos a la influencia germánica (como LÓPEZ ROMERO y LÓPEZ RUEDA, ROBLES POZO, PARRA IBÁÑEZ, PASO y DELGADO): cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso procedimiento, enjuiciamiento* (en "Estudios de Derecho Procesal", Madrid, 1934, pp. 462, 465-6 y 468-9).

<sup>118</sup> Véase nuestro *Derecho proc. pen.*, tomo I, p. 18.

jueces; pero al expresarse así, Carnelutti confunde el recorrido con la meta y olvida que el proceso concluye con frecuencia sin emisión de juicio judicial sobre el fondo.<sup>119</sup> En otro sentido, el autor rechaza que el juicio se reduzca a la fase de deliberación e incluso que el de carácter penal se circunscriba al debate final: a su entender, cuando, por ejemplo, el ministerio público pide al juez que a efectos punitivos juzgue de un hecho, es porque, así sea provisionalmente, él ha juzgado también.<sup>120</sup> Entonces “creer que juicio sea tan solo lo que el juez hace en la llamada *camera di consiglio*,<sup>121</sup> sería tanto como imaginar que todo el proceso nutritivo consiste en la quimificación, cuando ésta no es sino la última fase de un *iter*, comenzado al llevarse el hombre a la boca el alimento o, mejor dicho, antes en rigor”.<sup>122</sup> Lástima que arrastrado por una metáfora falaz, cuya lógica le debió haber llevado, valga el contrasentido, al absurdo de hablar de *juicio* (y no de “proceso”) nutritivo, Carnelutti olvide el doble significado del vocablo a que más atrás nos referíamos (cfr. nota 66): de acuerdo con él, el proceso supondría un *juicio-medio* (proceso de conocimiento) para obtener un *juicio-fin* (sentencia; la cual sería, a su vez, en caso de condena, *medio*—título ejecutivo judicial— para recabar la ejecución).<sup>123</sup> (Digamos, de paso, que a través de esa relación de juicios, la voz *enjuiciamiento*, felicísimo hallazgo de la terminología española,<sup>124</sup> pasaría a primer plano y podría invocar a su favor el inestimable respaldo del artículo que comentamos). Además, *proceso*, al abarcar no sólo la fase de conocimiento, a la que Carnelutti parece contraerse en su trabajo, sino asimismo la cautelar y la de ejecución, por él precisamente

<sup>119</sup> En virtud de autocomposición, caducidad, sobreseimiento provisional, etc.: cfr. ROSENBERG, *Lehrbuch*, pp. 416-7; CARNELUTTI, *Sistema*, núms. 55 y ss.; ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, núms. 49-60.

<sup>120</sup> Análogicamente, también el defensor. Quizá por ello CARNELUTTI lo incluya, así como al ministerio público, como *juzgador* (cfr. *Lex. proc. pen.*, núms. 97 y 99); pero aun suponiendo que juzguen, en ese peculiar sentido, sus juicios serán distintos de los del juez: juicios-peticiones (u opiniones, cuando el ministerio público despliegue actividad dictaminadora en vez de requirente), a diferencia de los juicios-mandatos del juzgador propiamente tal.

<sup>121</sup> Como la traducción literal resultaría inexpresiva en castellano, hemos conservado la denominación italiana. *Sala de deliberación*, en contraste con *Sala de audiencia*, sería probablemente su mejor traducción al español.

<sup>122</sup> *Torniamo al “giudizio”*, p. 171.

<sup>123</sup> En el juicio ejecutivo intervendría un título ejecutivo *extrajudicial* (como regla; pero en el derecho mexicano podría ser también judicial: cfr. art. 444 cód. proc. civ. Distrito) para obtener un título ejecutivo *judicial* (sentencia de remate), asimismo en una clara relación de medio a fin.

<sup>124</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Acertios terminológicos e institucionales del derecho procesal hispánico* (en “Rev. Esc. Nac. Jurisp.”, abril-junio de 1948, núm. 9) —ahora, *infra*, *Estudio Número 24*—; aun cuando como derivado de “juicio”, *enjuiciamiento* no serviría para englobar la jurisdicción voluntaria, asociada con la contenciosa en la ley procesal española y en los códigos hispanoamericanos.



denominadas como “procesos”,<sup>125</sup> sería siempre concepto más amplio que juicio.<sup>126</sup> Por tanto, el retorno al juicio no sólo no resuelve problema alguno de dogmática procesal, sino que ni siquiera presenta ventajas indudables en punto a depuración terminológica. Dejemos, pues, las cosas como están y admiremos a Penélope como ejemplo de fidelidad conyugal, mas sin tomarla como modelo en la investigación científica.

22) e) *El proceso como modificación jurídica y como “misterio” (Satta).*— En un artículo que motivó una ruidosa polémica con Carnelutti y Cristofolini,<sup>127</sup> el profesor Satta postuló una nueva interpretación de la naturaleza del proceso. A tal fin, comenzó por destacar la separación entre la acción (en sentido privatista) y el proceso y por rechazar, en los dominios de nuestra disciplina, el concepto de relación jurídica, así como por entender que la sucesión procesal no lo es en el proceso, en el litigio o en la pretensión, sino en la legitimación: pero el cambio en cuanto a ésta no es óbice para que asimismo repercuta en aquéllos, al modificar su constitución subjetiva: el litigio —y como secuela suya la pretensión o la contrapretensión<sup>128</sup>— que hasta un determinado momento procesal se desarrolló entre Fulano y Zutano, a partir de ese instante se desarrolla entre Mengano (sucesión activa) y Zutano, o entre Fulano y Perengano (sucesión pasiva), o bien (sucesión doble) entre Mengano y Perengano. Sostiene también Satta, en contra de Carnelutti, que el interés del Estado en cuanto a la justa composición del litigio,<sup>129</sup> se reduce a la tutela del interés de

<sup>125</sup> Cfr. *Sistema*, núms. 38, 63 y 72; en contra nosotros, en *Miscelánea de libros procesales*, en “Rev. Der. Proc.” argentina, 1944, II, pp. 95-6, y en *En torno a la noción de proceso preliminar*, núm. 39.

<sup>126</sup> “El juicio está en el proceso, pero no es el proceso”, ha dicho BELLAVISTA (*ob. cit.*, p. 48, nota 8), precisamente en relación con CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 16. En el derecho histórico español la equivalencia *juicio-sentencia* se manifiesta en numerosos preceptos: véase una lista de los correspondientes al texto estudiado, en nuestro artículo *Instituciones judiciales y procesales del Fuero de Cuenca*, nota 56 (en “Rev. Esc. Nac. Jurisp.”, julio-diciembre de 1950: ahora, *infra*, *Estudio Número 23*); cfr. también *Partida III*, títulos XXII-XXVII, especialmente la ley 1ª del primero de ellos, que comienza así: “Juicio en romance tanto quiere decir, como sentencia en latín”.

<sup>127</sup> Integrada por los siguientes trabajos: SATTÀ, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo* (en “Riv. Dir. Proc. Civ.”, 1937, I, pp. 32-49); CRISTOFOLINI, *A proposito di indirizzi nella scienza del processo* (en *rev. cit.*, 1937, I, pp. 105-24); CARNELUTTI, reseña del libro *L'esecuzione forzata*, de SATTÀ (1ª ed., Milano, 1937; véase *infra*, nota 144), en *rev.*, año y parte *cits.*, pp. 201-2; SATTÀ, *Orientamenti e disorientamenti nella scienza del processo* (en “Il Foro Italiano”, 1937, parte IV, columnas 276-87); CRISTOFOLINI, *Contro i disorientamenti della scienza del processo* (en “Riv. Dir. Proc. Civ.”, 1937, I, pp. 282-7).

<sup>128</sup> Entendidas con el alcance que a ambos términos damos en *Enseñanzas acerca de la acción*, núms. 23, 24 y 28, y no con el peculiar que al primero de ellos atribuye GUASP (véase *infra*, núm. 37).

<sup>129</sup> Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, núms. 16, 59, 82, 83, y 519.

quien tenga el derecho; y de ahí que sustente una concepción privatista del proceso, ya que la finalidad pública no sería la suya, sino la de la jurisdicción.

A tales afirmaciones podemos oponer: *a*) que no cabe referirlas a procesos distintos del civil, como el penal, el administrativo o el constitucional, con neta finalidad pública, y que aun dentro de aquél, no podrían extenderse, al menos sin ciertas salvedades, al de tipo inquisitorio (cfr. notas 23 y 53) y al laboral; *b*) que no es posible identificar interés en litigio e interés en su composición, con tanto más motivo cuanto que acaso en el proceso no medien dos intereses, según entiende Carnelutti, sino tres; el individual, el público y el social:<sup>130</sup> *c*) que el proceso concluye en ocasiones sin tutelar el interés de quien tenga el derecho;<sup>131</sup> *d*) que la nueva concepción privatista del proceso tiene menos consistencia que las antiguas, a las cuales el *ordo iudiciorum privatorum* brindaba, en realidad o en apariencia, un asidero muchísimo más firme;<sup>132</sup> *e*) que si, como indicamos, el proceso es el campo donde la jurisdicción se desenvuelve,<sup>133</sup> y si el propio Satta reconoce la finalidad pública de ésta, resulta incongruente atribuirle carácter privado a aquél, máxime si pensamos que sólo dentro de límites restringidos o anómalos se admite hoy en día, y aun ello sólo en materia civil, la existencia de un proceso convencional (cfr. nota 33). Lanzado por la pendiente privatista, Satta rechaza igualmente la doctrina procesal de la acción (con lo que deja sin explicar los numerosos casos de quienes accionan —mejor dicho: pretenden— sin tener derecho)<sup>134</sup> y la presenta como un poder puesto al servicio del derecho (bien entendido: subjetivo) para obtener la modificación jurídica (sanción) que permita reintegrarlo; y privado sería también el interés que impulsa a obrar (pero aun conforme al criterio, hoy superado, de Savigny,<sup>135</sup> el interés no pasaría de ser un elemento de la acción —junto al

<sup>130</sup> En nuestro citado cursillo sobre *Función y proyecciones sociales del proceso*, hemos sostenido que los intereses en juego en éste son los tres que se indican en el texto y que su relación con las doctrinas acerca de la acción se establecería del siguiente modo: el interés *individual* se correspondería con la acción como derecho a la *sentencia favorable* (WACH, R. SCHMIDT); el interés *público*, con la acción como derecho a la *sentencia* (posición primitiva de BÜLOW; CARNELUTTI), y el interés *social*, con la acción como derecho a la *sentencia justa* (ulterior postura de BÜLOW y, en cierto sentido, de CARNELUTTI: cfr. su *Sistema*, núm. 76).

<sup>131</sup> Por falta de jurisdicción, incompetencia por razón de la materia, ausencia de legitimación pasiva, muerte del demandado (en pretensiones pasivamente intransmisibles), reforma legislativa, amnistía (cuando se extienda a procesos todavía no fallados), etc.

<sup>132</sup> Cfr. WENGER, *Institutionen des Römischen Zivilprozessrechts* (München, 1925), pp. 165-6; ARANGIO-RUIZ, *Las acciones en el Derecho privado romano* (trad. esp. de GUTIÉRREZ-ALVIZ; Madrid, 1945), p. 97; LUZZATO, *Procedura civile romana, Parte II* (Bologna, 1948), pp. 312-22; ÁLVAREZ SUÁREZ, *Curso de Derecho Romano, Fascículo II: Derecho procesal civil romano* (Madrid, 1949), pp. 211-2, 268-80 y 496-503.

<sup>133</sup> Según la ya expuesta opinión de CHIOVENDA: véase *supra*, núm. 9 y nota 44.

<sup>134</sup> Véase *infra*, nota 314.

<sup>135</sup> Cfr. *Enseñanzas acerca de la acción*, núm. 23. Creemos, además, que no es co-



derecho, a la calidad y a la capacidad— y no bastaría por sí solo para imprimirle su tonalidad al todo). Y como resultante final, la de que la jurisdicción protege “el interés privado surgido de la lesión, mediante la producción de una modificación jurídica que se llama sanción”, sin que el proceso, regido por la ley procesal, sea otra cosa que el medio para realizar dicha sanción, de donde se infiere que, si no se le agrega el señalamiento de su objeto, se reduce a una expresión elíptica.<sup>136</sup> Frente a estas conclusiones aducimos: a) que la jurisdicción tutela no sólo intereses privados, sino públicos, de acuerdo con la índole de las pretensiones formuladas y de los procesos en que se hagan valer; b) que la jurisdicción actúa también cuando no medió lesión alguna o cuando la hubo pero no es ya o de momento exigible,<sup>137</sup> y en tales hipótesis no se produce modificación jurídica alguna; c) que ninguna ventaja representa, y se presta, en cambio, a confusiones, llamar sanción a los efectos jurídicos-materiales de la sentencia estimatoria de fondo;<sup>138</sup> d) que en mayor medida y de manera más estricta, proceso para la realización de la sanción lo sería el penal, en sus dos ramas<sup>139</sup> y, sin embargo, a él no se refiere Satta, con lo cual su tesis, que habría podido penetrar así en el área de la teoría general del proceso, ha quedado relegada en la mucho más restringida de la teoría particular del proceso civil; y e) que desde el momento en que “proceso” no es un vocablo monopolizado por el derecho,<sup>140</sup> y siendo Satta el primero en reconocer que se trata de un *medio*, no cabe duda de que entraña una denominación elíptica; pero como dista mucho de existir unanimidad acerca del *fin* o *finés* que persigue,<sup>141</sup> nada se ganaría con añadirle la discutible puntualización que él propone, y lo más que podría llegarse es a caracterizarle como *judicial* o, mejor, *jurisdiccional*,

recto presentar la acción como un “poder”: véase *ob. cit.*, núm. 19, en relación con CARNELUTTI, *Sistema*, núms. 20-21 (el poder es posibilidad de *mandar* para la composición de un conflicto de intereses; y semejante rasgo no concurre en la acción).

<sup>136</sup> *Gli orientamenti pubblicistici*, pp. 48 y 45, respectivamente.

<sup>137</sup> Pretensiones infundadas y aun temerarias; excepciones de prescripción o de espera, etcétera.

<sup>138</sup> En cierto sentido, la tesis de SATTÀ coincide con el carácter sancionador que a la jurisdicción atribuyen, por ejemplo, REDENTI (*Intorno al concetto di giurisdizione*, en “Studi in onore di Vincenzo Simoncelli”, Napoli, 1917, p. 505, y después en *Profili Pratici di Diritto Processuale Civile*, 2ª ed., Milano, 1939, pp. 5. 39 y ss., 207 y 220) y TOLOMET (*I principi fondamentali del processo penale*, Padova, 1931; trad. castellana de BECERRA BAUTISTA: México, 1947, núms. 3-4).

<sup>139</sup> A saber: la *preventiva* (a base de medidas de seguridad frente al estado peligroso sin delito) y la *represiva* (mediante la imposición de penas por la comisión de delitos). Esa dualidad obligaría a sustituir el nombre derecho procesal *penal* por el más comprensivo de derecho procesal *sancionador*: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *El sistema procesal de la ley de vagos*, núm. 18, y *Derecho proc. pen.*, tomo I, pp. 51-3.

<sup>140</sup> Véase nuestro *Derecho proc. pen.*, tomo I, p. 16.

<sup>141</sup> Acerca de esta cuestión. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, núm. 116-29; GUASP, *La pretensión*, pp. 336-55.

calificativos que por sobrentendidos se suelen omitir en las obras de derecho procesal. Pero acaso el argumento decisivo frente al autor y, en todo caso, el que confirma nuestra previsión de que la doctrina de la modificación jurídica no estaba llamada a prevalecer y ni siquiera a hacer mella en las grandes teorías acerca del proceso (relación o situación jurídicas)<sup>142</sup> es el de que cuando en 1948 Satta publica su *Diritto processuale civile*, lejos de obstinarse en alzarle sobre tan inseguro cimiento,<sup>143</sup> se olvida por completo de él, y nos da así un admirable ejemplo de buen sentido, ya que lo malo no es tanto el error, como la persistencia en el mismo.<sup>144</sup>

23) En fecha más reciente y sin nexo directo con su antes criticada doctrina, Satta publica un artículo con el llamativo título *Il mistero del processo*, que motiva el aplauso de Carnelutti, su antiguo detractor, y cuyo eco en el Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal dio lugar a un movido debate entre pesimistas y optimistas en cuanto al rendimiento y perspectivas de la institución objeto de nuestros afanes.<sup>145</sup> Tomando como punto de partida un dramático episodio acaecido en el tribunal revolucionario francés el 2 de septiembre de 1792,<sup>146</sup> Satta sostiene que, por definición, el proceso es un acto antirrevolu-

<sup>142</sup> Véase nuestro *Derecho proc. pen.*, tomo II, p. 134.

<sup>143</sup> 1ª ed., Padova, 1948. Años antes, en cambio, había insistido en su doctrina de la modificación jurídica: véase su estudio *Dalla conciliazione alla giurisdizione* (en el folleto "Introduzione allo Studio del Diritto Processuale Civile", Milano, 1939), núm. 7, pp. 26-30.

<sup>144</sup> Cfr. nuestra reseña en "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", núms. 39-40 (julio-diciembre de 1948), p. 261, nota 7. Tampoco en la 2ª ed. de *L'esecuzione forzata* (Torino, 1952), reelaborada a fondo, se advierte huella de la posición comentada.

<sup>145</sup> El trabajo en cuestión apareció en la "Riv. Dir. Proc.", 1949, I, pp. 273-88, y reproduce una conferencia dada en la Universidad de Catania el 4 de abril del propio año. Véase el elogio de CARNELUTTI, en *Torniamo al "giudizio"*, p. 173. En el Congreso de Florencia, la ponencia de SATTA sobre *La tutela del diritto nel processo*, influida por su citado artículo, originó, como indicamos en el texto, una animada discusión en la que CARNELUTTI y GUASP se colocaron, hasta cierto punto, a su lado, mientras que SCHÖNKE, SCHIMA, FURNO y nosotros representamos la discrepancia: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil* (en "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", núms. 47-48, julio-diciembre de 1950, y en "Bol. Inst. Der. Comp., Méx.", núm. 9, septiembre-diciembre de 1950): véanse también CARNELUTTI, *Impressioni sul Congresso internazionale di diritto processuale civile* (en "Riv. Dir. Proc.", 1950, I, pp. 344-8); CARNACINI, *I lavori del congresso internazionale di diritto processuale civile* (en "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 1950, núm. 4, pp. 1014-7), y ALLORIO, *Il Congresso internazionale di Diritto processuale a Firenze* (en "Jur", diciembre de 1950, pp. 432-5). (El debate íntegro se recogerá probablemente en las actas del Congreso, todavía no publicadas). El artículo de SATTA fue uno de los factores determinantes del de CAPOGRASSI citado en la nota 116 y trascendió al discurso —*Processo e giustizia* (en "Riv. Dir. Proc.", 1950, I, pp. 273-290)— con que CALAMANDREI inauguró el Congreso de Florencia, así como al artículo de MUSATTI, *Diritto e ricerca della verità* (en "Riv. Dir. Proc.", 1950, I, pp. 215-22), con Postilla de CARNELUTTI (pp. 222-24).

<sup>146</sup> Cuando durante la causa contra el comandante Bachmann, de la guardia real suiza,

cionario, de tal modo que juicio y revolución son términos que se repelen, porque mientras la esencia de aquél consiste en que lo emita un tercero independiente, en las épocas revolucionarias el juicio lo pronuncia quien en rigor es parte; y, por tanto, al faltarle la imparcialidad, el proceso revolucionario no puede ser considerado por el jurista como verdadero juicio.<sup>147</sup> Quizás en esa cadena de razonamientos haya algo de exageración, y un recorrido a través de la llamada justicia revolucionaria —a cuyo lado, huelga decirlo, habría que colocar la reaccionaria, igualmente saturada de impregnación política—, permitiría descubrir, en los diversos países que la han padecido, junto a excesos notorios en línea general, casos en los cuales fueron estrictamente observadas las garantías del enjuiciamiento y dictadas las sentencias conforme a la más escrupulosa justicia. De ahí que la conclusión de que el proceso revolucionario “se traduce en el predominio de la acción sobre el juicio, en la negación de éste y en el rechazo de la que todavía es justicia, en un mundo que lentamente declina”,<sup>148</sup> resulte demasiado absoluta. Pero aun aceptado a ojos cerrados el parecer de Satta respecto del proceso revolucionario, el punto débil de su argumentación estriba en haber convertido la *excepción* en *regla*, puesto que aquél y su reverso el reaccionario pertenecen no a la *fisiología*, sino a la *patología* e inclusive a la *teratología* procesal.<sup>149</sup> A esta fundamental objeción cabría sumar algunas otras secundarias. Así, frente a su escepticismo en cuanto a la eficacia del precepto constitucional que en Italia, como en otros Estados, prohíbe la instauración de tribunales extraordinarios (en realidad, excepcionales),<sup>150</sup> puede aducirse que una cosa es que un golpe de fuerza lo reduzca en un momento dado a letra muerta (peligro a que en tal caso está expuesta cualquier norma jurídica) y otra muy distinta que mientras esa situación no se produzca carezca de vigor. Tampoco creo que a nadie convenza el autor con su sorprendente descubrimiento de que proceso y juicio sean “los únicos actos de la vida que no tienen finalidad alguna”: si las explicaciones hasta ahora dadas acerca del fin del proceso no le parecen convin-

la multitud, tras haber asesinado a numerosos presos en sus celdas, invadió la sala de audiencia y fue en ella contenida por la resuelta actitud del presidente Lavau, que la conminó a respetar la ley y al acusado, colocado bajo la protección de aquélla: cfr. *Il mistero del processo*, pp. 273-4.

<sup>147</sup> Cfr. *Il mistero*, pp. 276, 283, 285, 286 y 287.

<sup>148</sup> *Il mistero*, p. 288.

<sup>149</sup> Los jueces que en ellos intervienen (como también los que actuaron en los juicios de Nuremberg y Tokio) carecen de la imparcialidad que debe caracterizar al verdadero juzgador: sobre esa cuestión, ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, núm. 94; *Il processo dei criminali di guerra* (en “Jus”, octubre de 1950), núms. 14, 15 y 19-21; *El antagonismo juez-partes: situaciones intermedias y dudosas* (conferencia dada en la Universidad de Caracas el 26 de octubre de 1950; próxima a publicarse) —ahora, respectivamente, *infra*, *Estudio Número 28*, y *supra*, *Estudio Número 6*—; Werner GOLDSCHMIDT, *ob. cit.* en la nota 37, pp. 15-17.

<sup>150</sup> Cfr. *Il mistero*, p. 274.

centes a Satta,<sup>151</sup> ello será motivo para que busque una interpretación más plausible, pero de ningún modo para que incurra en el absurdo de mostrarnos un concepto esencialmente dinámico, cual el de proceso, que a veces dura años y hasta decenios, con costo elevadísimo, como una simple marcha sin objetivo de ninguna clase. Aun cuando no provenga de Satta, que incluso la califica de “desconcertante consecuencia”, pero que en definitiva la acepta, la tesis carneltutiana de que la sentencia absolutoria implica la confesión de un error judicial, sólo se tiene en pie de referirla al sistema inquisitivo puro, mas en manera alguna de prolongarla hasta el acusatorio: en este punto, nos parece mucho más sólida la posición de nuestro autor cuando por su cuenta y riesgo estima que “la absolución del acusado se traduce en condena, con frecuencia no sólo moral, del acusador”.<sup>152</sup> Tampoco es defendible que en un proceso, civil o penal, las partes, además de enfrentarse entre sí (salvo, claro está, en las hipótesis de auto-composición, menos frecuentes, pero no desconocidas en la segunda de las citadas ramas),<sup>153</sup> “luchen también contra el juez, porque cada una quiere plegarlo a su razón”.<sup>154</sup> singular concepción de la lucha, la que confunde la pugna con la persuasión, el propósito de derrotar con el de atraer, el vencimiento del adversario con el convencimiento del juzgador, la contraparte con quien no es parte.

24) Mas por encima de divergencias o de coincidencias secundarias,<sup>155</sup> ¿será cierto que el proceso constituye un *misterio*, de acuerdo con la tesis central de este artículo, antecedente directo del antes mencionado de Carnelutti? A título de instrumento humano, el proceso aunque perfeccionado en sus muchos siglos de existencia y perfeccionable todavía en los que aún tenga por delante, presenta imperfecciones, pero nada tiene de *misterioso* (Satta) como tampoco nada de *místico* (Carnelutti). No compliquemos la ya ardua labor del procesalista, es decir, del *jurista* del proceso, para sumirle en profundidades teológicas, si es que no para lanzarle, con o sin turbante y bola de cristal, por los *misteriosos* dominios en que los cultivadores (?) de la adivinación y de la magia de todos los colores y técnicas (?) campan por sus respetos.

25) f) *El reemplazo del proceso civil por la jurisdicción voluntaria (Baumbach)*.—Los inconvenientes que el proceso ofrece, o para ser más exactos, que

<sup>151</sup> A su entender, la realización de la ley, la defensa del derecho subjetivo, el castigo del reo, la justicia o la búsqueda de la verdad, no son fines del proceso, sino del legislador y de las partes: cfr. *Il mistero*, pp. 280-1. Frente a él, CALAMANDREI estima que el fin del proceso es la justicia: cfr. *Processo e giustizia*, p. 283; véase, además, *supra* nota 141.

<sup>152</sup> *Il mistero*, p. 282.

<sup>153</sup> Véase *supra*, nota 24.

<sup>154</sup> *Il mistero*, p. 284.

<sup>155</sup> Coincidencia plena, por ejemplo, cuando afirma que “la máxima experiencia del proceso se concreta indudablemente en la independencia de los jueces” (p. 286), o cuando destaca los riesgos de los procesos llamados políticos (cfr. pp. 277, 279, 287).

se le atribuyen, ya que no son tanto defectos intrínsecos, como fallas orgánicas o procedimentales de fácil o accesible remedio, han motivado algunas sugerencias para la sustitución del mismo por expedientes o mecanismos a cubierto de los males que se le señalan.<sup>156</sup> La más ruidosa de esas tentativas, circunscrita al cuadro del proceso civil,<sup>157</sup> provino de Baumbach, quien mientras en Alemania hubo auténticos procesalistas de primera fila, vivía en la penumbra de las ediciones anotadas y de los artículos de revista de escasos vuelos, pero que cuando el nazismo hizo enmudecer a un Goldschmidt, a un Rosenberg o a un Mendelssohn-Bartholdy,<sup>158</sup> creyó llegado el momento de llamar la atención con alguna elucubración sensacionalista. Y efectivamente en 1938 aparecía su célebre artículo *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit* (Proceso civil y jurisdicción voluntaria),<sup>159</sup> en el que al servicio de una concepción totalitaria de la justicia, propone el reemplazo del proceso civil por la seudojurisdicción voluntaria. ¿Qué representa el cambio ideado por Baumbach, que en la propia Alemania sojuzgada encontró críticos que lo combatieron<sup>160</sup> y que en la Italia, por entonces del Eje, tropezó con la réplica serena, cortés pero a la vez demoledora, de Calamandrei?<sup>161</sup> Pues, entre otras cosas, la eliminación de la verdadera actividad jurisdiccional por una total o predominantemente administrativa, como la que por esencia, y

<sup>156</sup> Con ligeros cambios, este número proviene del 130 de *Proceso, autocomposición y autodefensa*, con aditamento de las líneas que en el texto siguen a la nota 167, así como de las notas 157, 162-6 y 168.

<sup>157</sup> En cuanto a los sucedáneos del proceso penal, en diferentes momentos de la historia y todos ellos peligrosísimos para la libertad y el derecho, véase lo que decimos en *Proceso, autocomposición*, núm. 131.

<sup>158</sup> GOLDSCHMIDT murió en Montevideo en 1940; MENDELSSOHN-BARTHOLDY falleció en Oxford en 1936 (cfr. GOLDSCHMIDT, *Albrecht Mendelssohn-Bartholdy: Necrologio*, en "Rivista di Diritto Privato", 1937, núms. 1-2, pp. 104-6): ROSENBERG fue separado de la cátedra, a la que se reincorporó a la caída del nazismo.

<sup>159</sup> En la "Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht", 1938, pp. 583 y ss. Véase PRIETO-CASTRO, *Revisión de los conceptos básicos del Derecho procesal (Examen y crítica de las direcciones germánicas de los últimos tiempos)* (publicado en "Información Jurídica", julio-agosto de 1947; en "Rev. Der. Proc." argentina, 1948, I, y en el vol. II de los "Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil" Madrid, 1950, del autor), núm. 4. El artículo de 1938 fue completado por BAUMBACH en la propia "Zeitschrift", con otros tres, dos de ellos en 1941 (pp. 31 y 49) y otro en 1942 (p. 49).

<sup>160</sup> Como BULL en su artículo *Ende des Zivilprozesses? (¿Fin del proceso civil?)*, en "Zeitschrift", cit. 1938, pp. 629 y ss., o como los autores mencionados por PRIETO CASTRO en las notas 21-23 del trabajo citado en la nota anterior.

<sup>161</sup> En el artículo *Abolizione del processo civile?*, en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1938, I, pp. 336-40 (publicado asimismo en las pp. 343-8, de la trad. castellana hecha por SENTÍS MELENDO de diversos "Estudios sobre el proceso civil", de CALAMANDREI, Buenos Aires, 1945); véase también *La relatività del concetto di azione* (sobre todo de los *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1939: impreso asimismo en rev. cit., 1939, I, pp. 22-46; traducido por Manuel ROMERO en "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", enero-junio 1942, pp. 43-67, y por SENTÍS en volumen citado, pp. 135-60), núms. 8 y 10.

más dentro de la concepción de Baumbach, corresponde a la seudojurisdicción voluntaria,<sup>162</sup> y como consecuencia, el juez descendería hasta la condición de burócrata, aunque, en compensación, sus poderes se ampliarían, ya que encaminado el cambio a reforzar la posición del Estado en la administración de justicia, el principio de oficialidad crecería hasta absorber o poco menos al dispositivo; la acción cedería su puesto a la mera facultad de denunciar el litigio ante la omnipotente autoridad,<sup>163</sup> y la cosa juzgada, garantía máxima de certidumbre y estabilidad jurídica, habría de replegarse ante la revocabilidad de las resoluciones de jurisdicción voluntaria.<sup>164</sup> El sueño, o pesadilla, de Baumbach no ha llegado a ensayarse siquiera: si se hubiera llevado a la práctica, así hubiese sido sólo unos meses, ya se habrían visto las consecuencias desastrosas de fiar al celo somnoliento de un burócrata, lo que sólo el interés vigilante de las partes puede aportar al proceso.<sup>165</sup> Aumentar los poderes de dirección procesal del juez es una cosa, y otra totalmente distinta erigirle en burócrata-dictador y dejar de lado el principio del contradictorio, que a lo largo de siglos se ha revelado como el más fecundo para el rendimiento del proceso civil,<sup>166</sup> y que bajo la denominación de acusatorio fue el que a fines del siglo xviii y principios del xix transformó de raíz el proceso penal, que si conserva durante la etapa de instrucción lo bueno del sistema inquisitivo, eliminó, por el contrario, sus peligros en la fase de juicio

<sup>162</sup> Con posterioridad al libro de que proceden estas líneas, nos hemos desviado de la tesis administrativista en cuanto a la naturaleza de la jurisdicción voluntaria (cfr. *Premisas*, núm. 39): pero ello no destruye la fuerza del argumento frente a BAUMBACH, dada la posición que al juez asigna.

<sup>163</sup> Fórmula ésta aplicable tan sólo a los interdictos de obra nueva y de obra peligrosa, o de daño temido (que precisamente en los códigos italianos de 1865 y de 1940 reciben el nombre de "denuncias"), así como en materia penal, tanto por la especial índole de la instrucción (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *En torno a la noción de proceso preliminar*, núms. 33-34), como porque la intervención de un acusador (ministerio público, como regla) durante el juicio en estricto sentido determina un proceso con contradictorio. En cambio, aun suscribiendo a primera vista la misma tesis, la posición de CARNELUTTI al concebir el proceso penal como jurisdicción voluntaria (cfr. *supra*, núms. 14-22) no entraña los riesgos que la de BAUMBACH respecto del civil, porque el parecer de aquél, a diferencia del de éste, no implica transformación del mecanismo juzgador y de la estructura procesal y sí únicamente una nueva interpretación de la naturaleza del enjuiciamiento criminal.

<sup>164</sup> Véase *supra*, nota 102. Téngase, sin embargo, en cuenta lo que acerca de esta cuestión decimos en *Premisas*, núm. 40.

<sup>165</sup> Baste recordar, frente a las exageradas ilusiones teóricas despositadas en la institución, la desidia con que en los países que le atribuyen el monopolio acusador suele actuar el ministerio público frente a ciertas categorías de delitos: cfr. nuestro *Der. proc. pen.*, tomo II, pp. 25-30 y 78, nota 44, y *Proceso, autocomposición*, núm. 92.

<sup>166</sup> Si el deseo de BAUMBACH hubiese cristalizado, se habría confirmado la creencia de LASCANO de que en los países totalitarios no hay en realidad jurisdicción sino administración: cfr. su libro *Jurisdicción y competencia* (Buenos Aires, 1941), pp. 30-1: acerca de él, véase *supra*, *Estudio Número 3*.



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

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

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

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

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

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

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