

II. POLÍTICA Y ACTIVIDAD PROCESALES. SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO

15) PRINCIPIOS TÉCNICOS Y POLÍTICOS DE UNA REFORMA PROCESAL	83
A) Preámbulo	83
B) Principios técnicos	87
C) Principios políticos	101
Addenda et Corrigenda	112

PRINCIPIOS TÉCNICOS Y POLÍTICOS DE UNA REFORMA PROCESAL *

A) *Predámbulo.* B) *Principios técnicos.* C) *Principios políticos.*

1) A) *Predámbulo.*—Va para veinte años que en la “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, decana acaso de las de lengua castellana, apareció mi primer trabajo como procesalista, cuando daba en España los pasos iniciales para la conquista de la cátedra universitaria. Se titulaba ese artículo *Lo que debe ser el ministerio público*,¹ y ya en él me enfrentaba con extremos de la reforma procesal. Volví a tratar de ella en algunos estudios posteriores, e incluso desde comisiones legislativas, como la Jurídica Asesora del Ministerio de Justicia o la especial que en 1934 se formó para modificar el enjuiciamiento del trabajo.² Así llegó el año 1936; y de no haber sobrevenido entonces la espantosa tragedia de la guerra civil, que para mí supuso el exilio. . . aun antes de empezada, acaso no habría retornado sobre una materia a la que, dentro de la modestia de mi producción, había dado varios golpes, mientras que zonas inmensas del derecho procesal permanecían sin explorar por mí. El exilio, al ponerme en contacto con diferentes países de América, y el ejercicio ininterrumpido de la crítica bibliográfica, desde hace siete años en revistas americanas tan prestigiosas, como la “Revista de Derecho Procesal” argentina, o

* Salvo las notas, y no todas, puesto que varias proceden de paréntesis suprimidos del texto primitivo, el presente estudio es la transcripción literal de la conferencia dada por su autor en el Paraninfo de la Universidad hondureña el 25 de abril de 1949. Impresa como volumen II de la serie “Publicaciones de la Universidad Nacional de Honduras”, en un folleto de 35 pp. (Tegucigalpa, 1950), y reproducida en “Revista de la Universidad” (Tegucigalpa), julio-septiembre de 1960, pp. 7-38 (en ambas ocasiones con las notas).

¹ Publicado en la revista citada, tomo 155, núm. V (noviembre de 1929), pp. 519-531, y reimpresso en nuestros *Estudios de Derecho Procesal* (Madrid, 1934), pp. 1-22.

² La labor que desenvolvimos en la primera, desde mayo de 1931 a febrero de 1935, se recoge en parte (a saber: las ponencias y votos particulares) en los volúmenes I, II y IV de los trabajos de la misma (Madrid, 1931-2-3); no llegó en cambio, a imprimirse la desarrollada, durante los meses que funcionó, por la Comisión para la reforma de la legislación procesal laboral.

como la “Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia”, de México,³ me han llevado de nuevo a tener que considerar proyectos y tentativas de reforma, de distintos Estados. Ese conjunto de circunstancias ha hecho que desde 1929 hasta la fecha me haya ocupado, en artículos y notas de contextura y extensión muy variables, de la reforma procesal en relación con los siguientes países, citados por orden alfabético: Argentina, Bolivia, Cuba, España, Italia, México, Perú, Portugal, Suiza, Uruguay y Vaticano (Ciudad del), sin contar con referencias incidentales o episódicas a otros varios.⁴ Recopilados todos esos traba-

³ En la primera, bajo la rúbrica *Miscelánea de libros procesales*, sección que redactamos durante los años 1943 (núms. 2-4), 1944 (núms. 1-4) y 1945 (núms. 1-3), con más de cincuenta notas bibliográficas; en la segunda, a partir de 1946 (núms. 30 y ss.), también con más de cincuenta comentarios. A ellos debemos agregar los aparecidos en “La Ley” y “Jurisprudencia Argentina”, de Buenos Aires; “La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”, de Montevideo; “Cultura Jurídica”, de Caracas, y “Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México”.

⁴ Relación de los trabajos aludidos en el texto: a) *Argentina: La reforma del enjuiciamiento penal argentino* (sobretiro de la “Revista de Derecho Procesal”, 1945, I); algunas otras indicaciones, en diversas notas de la *Miscelánea* citada en la nota anterior, en distintos lugares de nuestros *Ensayos* (*infra*, sub c) y en las páginas donde se recogen nuestras intervenciones en el *Primer Congreso Argentino pro Oralidad en los Juicios* (La Plata, 1942); b) *Bolivia: reseña del Proyecto de código procesal penal para Bolivia* (Córdoba, 1946) compuesto por LÓPEZ-REY y ARROJO (en “Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia”, núms. 35-36, julio-diciembre de 1947, pp. 372-377) y nota bibliográfica acerca del folleto, también de LÓPEZ-REY, *La reforma procesal penal en Bolivia* (sobretiro de “Revista de Derecho Procesal”, Buenos Aires, 1947), en “Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México”, mayo-agosto de 1948, pp. 185-186); c) *Cuba: Orientaciones para una reforma del enjuiciamiento civil cubano* (en “Revista del Colegio de Abogados de La Habana”, enero-julio de 1942; reproducidas en nuestros “Ensayos de Derecho Procesal”, Buenos Aires, 1944, pp. 95-138, con aditamento de las notas); d) *España*: cfr. los trabajos núms. I, II, III, VI y VII de nuestro volumen de “Estudios”, o sea los que se titulan *Lo que debe ser el ministerio público* (cfr. *supra*, nota 1), *Los recursos en nuestras leyes procesales*, *Un grave problema judicial y político: la justicia municipal*, *Algunas observaciones acerca de la reforma procesal*, y *Notas para la reforma de la ley de enjuiciamiento civil*, todos ellos publicados antes en diversas revistas españolas; e) *Italia: En torno al “codice di procedura penale” italiano* (en “Revista de Derecho Público”, julio-agosto de 1932; reimpresso en “Estudios”, pp. 79-116) e *Indicaciones acerca del nuevo código de procedimiento civil italiano* (en el tomo I de la traducción del “Sistema de Derecho Procesal Civil” de Carnelutti —Buenos Aires, 1944—, pp. 397-435); f) *México: Unificación de la legislación procesal en México* (en “La Justicia”, enero de 1948, y después en “Revista Jurídica Veracruzana” y en “Anales de Jurisprudencia”), y *Nombre, extensión, técnica legislativa, y sistemática del anteproyecto [de código procesal civil para el Distrito Federal]* (conferencia dada el 24-VI-1949 y reproducida por el diario “El Nacional” los días 30-VI y 1, 2 y 4-VII-1949); g) *Perú: La reforma procesal penal en el Perú: el anteproyecto Zavala* (en “La Revista del Foro”, Lima, julio-diciembre de 1939; reproducido en “Ensayos”, pp. 295-409); h) *Portugal: José Alberto Dos Reis y el nuevo proceso civil portugués* (sobretiro de “Rev. Esc. Nac. Jurisp.”, núm. 31, julio-septiembre de 1946, pp. 357-369, comprensivo de tres comentarios a otros tantos libros del profesor de Coimbra; véase (también rev. cit., núm. 34, abril-

jos, integrarían ya un grueso volumen, y entre ellos los hay referentes tanto al proceso civil (el mayor número) como al penal (los más extensos).

2) A fuerza de machacar sobre el tema, he llegado, no a convertirme en un especialista del mismo (título que se compagina mal con lo humilde de mi esfuerzo), pero sí, por lo menos, a dominarlo más a fondo y a mejorar poco a poco la técnica de los estudios que le he venido consagrando. Así, al analizar en 1939 el Proyecto Zavala Loaiza de código procesal penal para el Perú, dividí el ensayo en dos partes, la primera, de “Indicaciones generales” y la segunda, de “Observaciones al articulado”, de acuerdo con un criterio que por sus ventajas expositivas utilizaré en las sesiones que dediqué a los *Aspectos y repercusiones procesales del proyecto hondureño de código de comercio*.⁵ Dos años más tarde, cuando desde el Tribunal Supremo de La Habana señalé unas *Orientaciones para una reforma del enjuiciamiento civil cubano*,⁶ incluí bajo el epígrafe “Cuestiones previas” una serie de consideraciones de carácter aún más amplio, más supranacional, por decirlo así, que las “Indicaciones generales” concernientes al Proyecto Zavala, no desligables de éste. Esas “cuestiones previas” se referían a tres extremos decisivos, a nuestro entender, para el éxito de cualquier reforma legislativa, con abstracción del país donde la empresa codificadora se acometa, a saber: a) la constitución del organismo redactor; b) la preparación de un ambiente adecuado, mediante la propaganda indispensable, que evite la frustración del nuevo texto cuando entre en vigor, y c) la proyección de la tarea con margen de tiempo suficiente y en momento oportuno. Tan ajenas a la reforma procesal de este o aquel Estado en concreto aparecían dichas “cuestiones previas”, que el profesor Couture, por entonces en los preparativos del proyecto que para el Uruguay compuso,⁷ las desgajó del resto del trabajo, a fin de reproducirlas en “La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración” que dirige en Montevideo, bajo el título in-

junio de 1947, p. 177); i) Suiza: Estudio acerca de la *Ley de procedimiento civil federal* de 4-XII-1947 (en “Bol. Inst. Der. Comp. Mex.”, mayo-agosto de 1948, pp. 179-182); j) Uruguay: Reseña del *Proyecto de código de procedimiento civil* (Montevideo, 1945) compuesto por Eduardo J. COUTURE (en “Rev. Esc. Nac. Jurisp.” núm. 30, abril-junio de 1946, pp. 316-328), e *Impresión de conjunto acerca del proyecto Couture de código de procedimiento civil* (en “Jurisprudencia Argentina” de 11-V-1946 y en “La Rev. Der. Jurisp. Admón”, junio de 1946); k) Vaticano: *Ley de organización judicial y código de procedimiento civil de la Ciudad del Vaticano* (en “Bol. Inst. Der. Comp. Mex.”, mayo-agosto de 1948, pp. 27-37).

⁵ Objeto de dos conferencias sustentadas en la propia Universidad de Tegucigalpa los días 26 y 27 de abril de 1949 y que se recogen en folleto aparte. En la primera de esas conferencias expusimos la “Parte General” del tema y en la segunda la “Parte Especial”, u observaciones al articulado.

⁶ Cfr. *supra*, nota 4, sub c.

⁷ Citado *supra*, nota 4, sub j.

dependiente de *Método para la reforma del código de procedimiento civil*.⁸ Un nuevo paso en la elaboración de la que cabría denominar *parte*, o *teoría general* de la reforma procesal, quiere significar la conferencia de hoy. Si en el extenso comentario al proyecto peruano formé ya un bloque con las “Indicaciones generales”, aunque todavía conectadas, como dije, con un determinado texto nacional; si a base de pasajes pertenecientes a estudios anteriores sobre la reforma en España,⁹ llegué en las conferencias de La Habana a una superación y síntesis que en una cierta zona del trabajo me permitió aislarme de un concreto código o proyecto, ahora me dispongo a abordar el tema por completo en abstracto y a contemplar aspectos suyos no tomados en cuenta por mí en incursiones precedentes.

3) *Por quién, en qué forma y en qué momento debe efectuarse la reforma procesal*, fueron extremos ya examinados en las susodichas conferencias de La Habana, y sobre los que no he de insistir aquí, aunque ellos sean, desde el ángulo de esa *teoría general* hace poco mencionada, antecedente y complemento de las ideas que me dispongo a desarrollar. Menos aún me voy a ocupar de sugerir altas o bajas, proponer retoques o formular críticas de instituciones encuadradas en un código a sustituir o en un proyecto a entronizar. Como el epígrafe de la conferencia revela, será exclusivamente de los principios inspiradores de una reforma procesal en *abstracto* de los que me ocupe. Y como la expresión “en abstracto” podría suscitar dudas, alarmas o recelos, diré que al emplearla no pienso en un código procesal para país imaginario o época remota, y mucho menos, por faltarme categoría y preparación para ello en un proyecto demasiado personal, como el célebre de Carnelutti en 1926,¹⁰ sino un texto perfectamente viable en nuestros días, dentro de cualquier Estado de los pertenecientes al llamado sistema continental-europeo, como sucede con todos los de lengua española.

4) Dos clases de principios rigen y encuadran las reformas legislativas y más especialmente las que conciernen a los códigos y a las leyes que sin recibir este nombre, poseen categoría igual o análoga, como precisamente en los dominios procesales acontece con las de organización judicial. La primera serie de principios se refiere a la *técnica legislativa* que debe presidir la redacción, ya se trate de ligeros retoques, de cambios más profundos o de sustitución de

⁸ En el número correspondiente a abril de 1943, pp. 97-101.

⁹ Cfr. *supra*, nota 4, sub d.

¹⁰ El proyecto CARNELUTTI *stricto sensu* (no el texto revisado por la Comisión, impreso en Roma, 1926) lo dio a conocer en edición no oficial, mediante dos suplementos, la “Rivista di Diritto Processuale Civile”: *Progetto del codice di procedura civile. Parte I: Del processo di cognizione y Parte II: Del processo di esecuzione* (Padova, “Cedam”, 1926).

un código por otro de traza muy distinta. La segunda serie, por el contrario, atañe al *contenido político* del texto, y si el calificativo asusta (aunque nada o poco tenga que ver con este caso con luchas o colores partidaristas), hablemos de carácter u orientación del mismo. Tan diferentes son esas dos series, que, sin forzar el símil, podríamos compararlas, la de principios técnicos con el cuerpo, y la de principios políticos con el alma. Y tan escindibles se muestran, que suponiendo siempre idéntica la técnica legislativa en los ejemplos que vamos a poner, cabría, verbigracia, que un código civil sea individualista y el otro socialista; que un código penal admita sólo penas y el otro las haya reemplazado por medidas de seguridad; que un código de enjuiciamiento criminal se asiente en el sistema inquisitivo y el otro en el acusatorio, o que un código procesal civil sea liberal o autoritario. Viceversa: códigos inspirados en los mismos o parecidos principios políticos, podrían responder a técnicas legislativas muy distintas.

5) Los principios técnicos, si bien al adaptarse a cada territorio legislativo ofrecen rasgos peculiares, son esencialmente comunes a los distintos códigos. En cambio, los principios políticos, por lo menos los de alcance más localizado, son privativos de cada rama jurídica, sin perjuicio de que ciertos credos o tendencias lleguen a impregnar el equipo entero de códigos con que una nación cuente. Debido a esa índole más genérica de los principios técnicos, por ellos comenzaremos el análisis, y, una vez terminado, examinaremos los principios políticos.

6) *B) Principios técnicos.* Suponiendo que se trate de sustitución plena de un código por otro, la primera cuestión que se plantea es la de si debe hacerse tabla rasa del pasado o si, por el contrario, conviene aprovechar, y en qué escala, elementos del texto precedente. Entran aquí en juego dos contrapuestos principios de técnica legislativa, que bien cabría denominar de *conservación* y de *innovación*; pero lo fundamental no son los nombres que reciban sino el criterio conforme al cual funcionen. Como es natural, no se puede sentar de una vez para todas una pauta absoluta, y muchísimo menos proporciones o porcentajes, porque el predominio de uno de esos principios sobre el otro, dependerá de las deficiencias que presente el código de cuya derogación se trate, apreciadas por la persona o comisión llamadas a reformarlo. Cabría, sin embargo, aconsejar que el principio de conservación sirva para hacer menos perturbador el cambio y el de innovación para remediar los males advertidos durante la vigencia del ordenamiento anterior. Nada más dañino que alterar por completo la estructura y redacción de un código, si sus fallas e inconvenientes subsisten o se agravan en el que venga a reemplazarlo. El reformador no debe olvidar nunca que “por muy viejo que sea un edificio, siempre de su derribo se obtienen materiales para construcciones futuras”; y si, verbigracia,

en el código antiguo existe una buena distribución de materias o cuenta con preceptos de correcta formulación jurídica y gramatical, sería absurdo llevar el prurito innovador hasta prescindir por completo de aquélla o de éstos, suponiendo que al huir del precedente nacional quepa también escapar de los modelos extranjeros, y con olvido de que la asimilación por jueces, abogados, secretarios, etcétera, de un nuevo código civil, penal o mercantil es mucho más rápida y sencilla, que la de nuevas leyes procesales, que son vividas a diario por las profesiones forenses y no meramente invocadas o aplicadas.¹¹ La incompreensión mostrada por un sector considerable de la magistratura austriaca ante la genial reforma operada a fines del siglo XIX en el enjuiciamiento civil por Klein, quien hubo de proceder a jubilarlo para que no frustrase o sabotearse su obra; la resistencia opuesta por los críticos portugueses a las reformas introducidas por Dos Reis en el cuadro de la justicia civil a partir de 1926, o bien la postura de franca rebeldía asumida en 1853 por el Colegio de Abogados de Madrid frente a la Instrucción del Marqués de Gerona sobre el procedimiento civil,¹² confirman hasta qué punto las profesiones forenses se sienten afectadas en mayor medida por los cambios en la legislación procesal que por los de la legislación sustantiva, incluso cuando, como en los tres casos mencionados, el tiempo vino a demostrar lo infundado de sus actitudes. En sentido contrario, las profesiones forenses se han adelantado en ocasiones al legislador en la introducción de reformas procesales, operadas al margen y hasta en contra de la ley, antes de que ésta terminase por acogerlas: así aconteció en Alemania con el movimiento consagrado *a posteriori* por la novela de 1924, que implantó o, mejor dicho, que reconoció el régimen del juez único en el proceso civil.¹³ En ambas direcciones se manifiesta, pues, esa mayor sensibilidad de las profesiones forenses respecto de la legislación procesal, hasta el punto de que todavía en algunos países los prácticos, que no se atreverían a reclamar para sí la tarea de redactar los códigos sustantivos, propenden a adueñarse de la confección de los procesales, a veces hasta con prescindencia total de los procesalistas. En todo caso, el reformador procesal hará bien en calcular las resistencias que hayan de salir al paso de sus innovaciones, para vencerlas, si las cree infundadas y cuenta con medios para ello (ejemplo de

¹¹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *La reforma procesal penal en el Perú*, núm. 7 (en "Ensayos", p. 300).

¹² Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso oral y abogacía* (San Juan, Argentina, 1945), pp. 24-25 (*supra*, Estudio Número 12); idem, *La influencia de Wach y de Klein sobre Chiovenda* (en "Rev. Der. Proc." argentina, 1947, I, pp. 405-6) (*infra*, Estudio Número 27); idem, *José Alberto Dos Reis*, etc., p. 4 del sobretiro.

¹³ Limitándose a consagrar, mediante su recibimiento *inter legem*, un cambio que la práctica judicial había introducido *praeter legem* (cfr. Heinsheimer, *Der neue Zivilprozess*, Mannheim, 1924, pp. 12-13). Otro tanto había sucedido con las reformas, también de 1924, operadas en el enjuiciamiento penal (cfr. BELING, *Deutsches Reichsstrafprozessrecht*, Berlin-Leipzig, 1928, p. 12).

Klein en Austria, al cambiar el proceso escrito por el oral y concentrado); para orillarlas, si mediante rodeos cabe evitar choques frontales (verbigracia; mediante la híbrida figura del juez-instructor, consiguieron los autores del código de procedimiento civil italiano de 1940 salvar la oposición hacia el juez único, que en 1937, o sea en pleno fascismo, hizo naufragar el proyecto del ministro Solmi) o, finalmente, para someterse a ellas si son razonables o invencibles (así, Couture, pese a sus entusiasmos doctrinales por el juicio oral, mantiene en su proyecto de 1945 el juicio escrito en primer plano, ante la innegable preferencia de los prácticos uruguayos por éste).¹⁴

7) El *principio de innovación*, que debe ser previsor y hasta puede mostrarse audaz en las soluciones, porque los códigos se redactan sobre enseñanzas del pasado y se destinan a regir en el futuro, ha de evitar cuidadosamente varios escollos: a) el de la *fiebre reformadora*, que lleve a la frecuente sustitución de textos, tanto si las diferencias entre el nuevo y el viejo son escasas, porque entonces bastarían modificaciones parciales, como si son profundas, por la perturbación que implican: los códigos han de componerse despacio (no en semanas ni en meses) y durar mucho (varios decenios, por lo menos), en vez de redactarse de prisa y regir poco; b) el del *personalismo*, que conduzca a leyes en que, como si se tratase de adquirir objetos de uso particular, prevalezca el capricho o la fantasía de los reformadores y no la conveniencia general de la administración de justicia,¹⁵ c) el de la *improvisación*, singularmente

¹⁴ Sobre el caso austriaco, cfr. nuestro citado *Proceso oral*, pp. 25-26; sobre el italiano, nuestras también mencionadas *Indicaciones acerca del nuevo cód. proc. civil*, pp. 409-411, y sobre el uruguayo, nuestra reseña en "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", núm. 30, pp. 323-324, nota 15.

¹⁵ Cuando la comisión redactora del que actualmente (julio de 1949) es anteproyecto impreso de código procesal para el Distrito y Territorios Federales en México, me pidió hace cosa de un año mi opinión acerca de la obra que se disponía a emprender, le contesté que "no conociendo, ni aun en sus líneas generales, la orientación de tal proyecto, me era imposible hacer crítica o sugerir modificaciones al mismo y que, por tanto, habría de limitarme a señalar los tres escollos o peligros que en el estado en que se hallaba la reforma debían ser evitados a todo trance por sus autores, a saber: *precipitación, misterio y personalismo*". Y tras glosar los dos primeros riesgos afirmaba acerca del tercero: "Un código no es un objeto de uso personal, en el que el capricho o la fantasía puedan desbordarse sin riesgo para los demás, sino un instrumento de trabajo destinado a ser manejado a diario por miles de personas distintas de sus redactores, y cuyas consecuencias van a repercutir sobre los justiciables. No debe, por tanto, componerse como desembocadura de particulares preocupaciones o criterios, sino con el propósito de llenar necesidades ajenas de tipo nacional, social y profesional".

El excesivo personalismo, como ya apuntamos (cfr. *supra*, núm. 3), fue, sin duda, la causa principal de que en Italia se abandonase el proyecto Carnelutti de 1926: cfr. CALAMANDREI, *Note introduttive allo studio del progetto Carnelutti* (publicado primero en alemán en la "Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht", II, 1928, y luego en los *Studi sul processo civile* del autor, vol. IV (Padova, 1939), núm. 7.

temible cuando la preparación sería y sedimentada, que es fruto de años, se quiere suplir con lecturas precipitadas, insuficientes, mal elegidas y peor asimiladas: si a persona no especializada se le encomienda la redacción de un código, y las circunstancias le impiden declinar el encargo (incluso para evitar que caiga en peores manos), lo discreto será que desista de hacerse especialista en semanas, y que se contente con extraer de su experiencia un cuerpo legal sin preciosismos.¹⁶ Sin embargo, la vanidad humana es tan grande, que las estructuras más estrafalarias, los términos más rebuscados o los conceptos más abstrusos se encuentran a veces en los códigos de esos *no* especialistas, quienes acaso intenten así, no tanto deslumbrar, como disimular, y *d*) el de la *introducción de novedades discutibles*, con olvido de que los códigos no deben acoger principios o doctrinas que se hallen en la fase de ebullición.¹⁷

8) Trataremos ahora de la *distribución de materias*, que contemplaremos desde un doble ángulo: la *división jerárquica* y la *agrupación sistemática*. Una división descendente, en libros, títulos, capítulos y secciones, sin miembros superiores a aquéllos (partes o tratados, por ejemplo) ni inferiores a éstas (párrafos, números o letras, verbigracia), resulta la más recomendable y generalizada. Cuando en México el todavía vigente código procesal civil de 1932 para el Distrito Federal suprimió la división en libros de su antecesor de 1884 y distribuyó el articulado simplemente en títulos consecutivos, operó un retroceso y no un avance.¹⁸ Nada digamos del proyecto argentino del Dr. Dragusi, carente por completo de división jerárquica y sin más que epígrafes intercalados, por haber entendido su autor que para el manejo de un código no resulta

¹⁶ En la opinión de que hablamos en la nota anterior, y también al ocuparnos del personalismo, decíamos: “Tampoco deben llevarse al código soluciones novedosas, como dicen los argentinos, o detonantes, cuando no estén consagradas, y menos todavía cuando ni siquiera hayan sido ensayadas, y tan sólo respondan a un peligroso prurito de originalidad o de efectismo, fruto en ocasiones de lecturas recientes no bien seleccionadas y que, aun siéndolo, podrían carecer de sedimentación, que sólo se logra tras años perseverantes de especialización”.

¹⁷ En México, por ejemplo, el código federal de procedimientos civiles de 1942, y lo mismo su antecedente, el de Guanajuato de 1934 (cfr. arts. 70-78 de aquél y 71-81 de éste) incorporaron, pese a su excelente factura, el concepto carnelluttiano de litigio en una forma que no responde con fidelidad al pensamiento del procesalista italiano, ya que si bien el artículo 71 del segundo recoge como definición legal la idea-clave de CARNELUTTI, se olvida de ella en los siguientes, así como ambos cuerpos legislativos de que ni entonces ni después dicha noción ha encontrado aceptación generalizada en la doctrina, hasta el punto de que para incluirla en un código, acaso habría que imaginarla con más amplitud y menos rigor técnico que en su formulación original (cfr. a este propósito ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición y autodefensa* —México, 1947; 2ª ed., 1970—, núms. 2-3).

¹⁸ El Anteproyecto de 1948 retorna con acierto a la división en libros (tres), más un título preliminar (cfr. *infra*, nota 21).

aquella indispensable y que la reemplaza con ventaja un buen índice alfabético de su contenido, cual si hubiese incompatibilidad entre una y otra cosa, y cual si el segundo pudiese sustituir a la primera como exponente de una determinada arquitectura legislativa y como instrumento para orientarse por un texto legal.¹⁹

9) La *agrupación sistemática* varía según el código de que se trate. En la esfera procesal cabría, en principio, imaginar un código para todas las ramas del enjuiciamiento (civil, penal, administrativo, laboral y constitucional) e incluso dentro de él, un solo tipo de juicio, a manera de la conocida indistinción del derecho medieval germánico entre proceso civil y proceso penal. Pero en la realidad de nuestros días, tales hipótesis no se dan en los pueblos cultos y, por otra parte, nos llevaría muy lejos ocuparnos de la sistemática procesal en sus distintas ramas, aun cuando no dejaremos de advertir que el proceso administrativo y el laboral, o del trabajo (por lo menos, el individual, puesto que el colectivo suscitaría sus dudas), son perfectamente reabsorbibles en el civil *stricto sensu*, y con mayor motivo todavía el mercantil en los Estados donde aún subsiste.²⁰ Por dichas causas, indicaremos sólo cuál parezca ser la ordenación de materias más convenientes para un código procesal civil y para un código procesal penal, sin perjuicio de referirnos luego a otras dos posibilidades de sistematización en los dominios de nuestra disciplina.

10) Abstracción hecha de la perspectiva de iniciar los códigos procesales por un título preliminar, que contenga principios y declaraciones acerca de la aplicación del propio texto,²¹ por ser extremo que más adelante abordaremos,

¹⁹ Cfr. Alberto DRAGUSI, *Proyecto de código de procedimientos civil y comercial* (Buenos Aires, 1946), con prólogo nuestro (pp. 7-11).

²⁰ El Proyecto uruguayo de COUTURE comienza declarando que "la jurisdicción (léase, el enjuiciamiento) civil, de menores, de hacienda, y de lo contencioso-administrativo, se rige, salvo disposiciones especiales, por el presente código" (cfr. art. 1). En España, la ley y, sobre todo, el reglamento de lo contencioso-administrativo de 1894 son, en gran parte, un calco de los artículos correspondientes de la ley de enjuiciamiento civil, y ningún trabajo costaría refundir los tres textos en uno y eliminar multitud de preceptos repetidos. En Italia, el código de procedimiento civil de 1940 regula en el título IV de su libro II las controversias en materia corporativa (arts. 409-473), tanto colectivas como individuales; y si bien las primeras fueron derogadas, al caer Mussolini, por decreto de 23 de noviembre de 1944, subsiste la reabsorción de las segundas, y nada se opone a que, previas las reformas pertinentes, retornen asimismo aquéllas. En cuanto a la progresiva supresión del fuero y del enjuiciamiento mercantiles en diferentes países, véanse las indicaciones que hacemos en la nota 1ª de nuestra reseña a la edición del código procesal civil portugués preparada por Dos REIS (cfr. "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", núm. 31, p. 358), y acerca de la unificación del concurso y de la quiebra téngase en cuenta lo que decimos en "Estudios", pp. 258-260, y "Ensayos", pp. 122-125.

²¹ Cfr. arts. 1-9 del Proyecto Couture, integrantes del título I de la "Parte preliminar" y los arts. 1-11 del Anteproyecto mexicano de 1948, que componen su título preliminar, influido por el texto uruguayo citado (cfr. *infra*, nota 55).

iniciemos el recorrido viendo cómo y en cuántos libros puede *ordenarse el enjuiciamiento civil*, sin descender a las divisiones inferiores (títulos, capítulos, etcétera), porque ello nos arrastraría muy lejos. De acuerdo con la que hoy por hoy cabe estimar como sistemática más correcta, un código de enjuiciamiento civil *no puede tener menos de dos libros ni debe sumar más de cuatro*. En cualquiera de las combinaciones —a saber: de dos, tres o cuatro libros—, el punto de partida lo constituye la distinción, generalizada en la doctrina e incorporada ya a diversos códigos,²² del proceso en una fase de conocimiento, o declaración, y en otra de ejecución. Si esas fases deben ser denominadas “procesos” o, como entendemos, “procedimientos”, es cuestión que ahora no podemos dilucidar;²³ pero, en todo caso, de adoptarse la división en dos libros, el primero regularía la etapa de conocimiento y el segundo la de ejecución, como sucede con el código del Vaticano de 1946, que añade a ellos un libro tercero sobre procedimientos especiales. La fórmula a base de tres libros admite dos variantes: una, la que acabamos de mencionar del código pontificio y otra, que nos agrada más, con un primer libro de “disposiciones generales” (o sea las relativas a los sujetos y a los actos procesales), uno segundo para el procedimiento de declaración (inclusive la vía impugnativa) y uno tercero para el de ejecución, sin libro *ad hoc* para procedimientos especiales, que deben reducirse al *mínimum* indispensable y distribuirse según su finalidad y naturaleza entre los otros libros. La solución con cuatro libros es exactamente la del código italiano de 1940: disposiciones generales, proceso de conocimiento, proceso de ejecución, y procedimientos especiales, este último de ordenación muy deficiente y muy censurada por la crítica.²⁴ Existen, como es natural, códigos con más libros, y así el alemán de 1877 cuenta con diez; pero ese aumento, que ninguna ventaja reporta, obedece a que varios procedimientos especiales han sido dotados de minúsculos libros para ellos, en vez de recluirlos en simples títulos o capítulos.²⁵

²² Cfr. *Proyecto Carnelutti* (véase *supra*, nota 10); *código procesal civil portugués de 1939* (en cierto modo): Libro III, Del proceso: título I, De las disposiciones generales; título II, Del proceso de declaración; título III, Del proceso de ejecución; título IV, De los procesos especiales; *códigos procesales civiles de Italia y del Vaticano* (véase a continuación en el texto); *Proyecto Couture*: Parte Primera (procedida de una “parte preliminar”: véase nota anterior); Procesos (en plural) de conocimiento; Parte segunda, Procesos de ejecución; *código argentino de procedimiento penal de la provincia de Córdoba* (hasta cierto punto): Libro III, Juicios; Libro IV, Recursos (pertenecientes, como aquéllos, a la fase de conocimiento), y Libro V, Ejecución.

²³ Véase lo que en contra de LIEBMAN decimos en la reseña de su folleto *Execução e ação executiva* (sobretiro de “Revista Forense”, Río de Janeiro, 1943), publicada en “Revista de Derecho Procesal”, 1944, II, pp. 95-96.

²⁴ Cfr. entre otros pareceres, el nuestro en *Indicaciones* (cit. en nota 4, *sub e*), pp. 404-405, y el de SATTÀ, en *Diritto Processuale Civile* (Padova, 1948), pp. 457-459.

²⁵ La estructura completa del *Ordenamiento procesal civil alemán* es la siguiente: Libro I, Disposiciones generales; Libro II, Procedimiento en primera instancia; Libro III, Re-

11) Quizás se nos pregunte ahora que dónde encajamos la *jurisdicción voluntaria* y las *medidas cautelares*. Diversos códigos hispánicos, como el español de 1881 y el mexicano de 1884 (éste, con aditamento de una jurisdicción mixta), han erigido el contraste entre aquélla y la contenciosa en piedra angular de su ordenación de materias; pero como desde las citadas fechas, las investigaciones han progresado como para poder afirmar que la llamada jurisdicción voluntaria no es ni jurisdicción ni voluntaria,²⁶ parece lo más sensato acerca de ella hacerla objeto de una ley especial, como en Alemania,²⁷ una vez reducido su ámbito a las hipótesis en que no sea posible o conveniente reemplazar la intervención del juez por la de notarios, registradores (de la propiedad o del estado civil), corredores de comercio, etcétera. En último extremo, cabría también incorporar las normas subsistentes sobre jurisdicción voluntaria (a caracterizar, en rigor como actividad judicial extraprocesal o extraligtigiosa)²⁸ a un apéndice del código procesal civil, que inclusive tuviese articulado con numeración independiente, como acontece hoy día, en otra y menos justificada dirección, en algunos códigos mexicanos a propósito de la justicia de paz o municipal.²⁹ En cuanto a las providencias precautorias, tanto relieve se les ha dado por algunos expositores, como Calamandrei, Carnelutti o Dos Reis,³⁰ y

cursos; Libro IV, Revisión del procedimiento; Libro V, Proceso documental y cambiario (§§ 592-605); Libro VI: Pleitos matrimoniales; procedimiento para declarar las relaciones de paternidad y filiación; pleitos sobre interdicción (§§ 606-687); Libro VII, Procedimiento monitorio (§§ 688-703); Libro VIII, Ejecución forzosa; Libro IX, Procedimiento mediante edictos públicos (§§ 946-1024); Libro X, Procedimiento arbitral (§§ 1025-1048). Como se ve, los libros V-VIII están separados del IX y del X por el relativo a la ejecución forzosa, que habría debido figurar a continuación de los recursos, y aquellos cinco se podrían haber reunido en uno solo, de procedimientos especiales.

²⁶ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria*, núms. 5-6 (trabajo redactado para el homenaje al procesalista italiano RENDENTI; publicado ya en "Jus" de México, octubre de 1948 y en "Rev. Der. Proc.", 1949, I, núm. 2, y objeto de una conferencia en la Universidad de San Salvador el 27-IV-1949, con el título *En torno al concepto de jurisdicción voluntaria*). Véanse *supra*, *Estudios Números 4 y 5*.

²⁷ A saber: en la ley sobre negocios (*Angelegenheiten*) de jurisdicción voluntaria de 17-V-1898.

²⁸ Cfr. trabajo citado en la nota 26, núm. 40.

²⁹ Por ejemplo, en el del Distrito Federal de 1932 o en el de Hidalgo de 1940.

³⁰ CALAMANDREI, en *Introduzione allo studio sistematico del provvedimenti cautelari* (Padova, 1936), traducida por SENTÍS MELENDO (*Introd. al est. sistem. de las providencias cauts.*, Buenos Aires, 1945), con prólogo de COUTURE y dos apéndices sobre *La condena "genérica" a los daños* y *La sentencia declarativa de quiebra* (ambos del profesor de Florencia); CARNELUTTI, en *Sistema de Diritto Processuale Civile*, vol. I (Padova, 1936), núms. 38 y 71-75 (trad. española, Buenos Aires, 1944), y DOS REIS, en *A figura do processo cautelar* (Lisboa, 1947).

Desde el punto de vista terminológico, estimo que *medidas cautelares* sería epígrafe preferible a *providencias*, nombre que por influjo italiano se emplea a veces en una acepción distinta de la que en rigor le corresponde en castellano (así, SENTÍS, traducción

algunas son de naturaleza tan compleja, que se ha llegado hasta hablar, junto al de conocimiento y al de ejecución, de un tercer género procesal:³¹ el cautelar, y arrastrados por esa corriente, nosotros mismos propusimos hace unos años que a ellos se les reservase un libro exclusivo en los códigos procesales.³² Después, pensándolo con más detenimiento, hemos creído que las medidas cautelares, carentes de substantividad —los procedimientos cautelares autónomos, a que se refiere Carnelutti,³³ o no son precautorios en realidad o les falta autonomía—, se hallan subordinados, como regla, a la ejecución procesal, cuya efectividad tienden a garantizar, y en ocasiones a ciertos actos de la fase de conocimiento (verbigracia: aseguramiento de la prueba) y que, por consiguiente, deben ir a parar a los libros respectivos, sin perjuicio de que las cautelares ejecutivas, integren por sí solas un título. Esta misma solución propugnamos para la *ejecución general, universal, colectiva o concursuaria*, como quiera llamársele, por contraste con la singular, y con la condición, además, de que la primera se extienda, mediante un procedimiento unificado, tanto al deudor civil (concurso *stricto sensu*) como al comerciante (quiebra). En resumen: el libro sobre

citada; código mexicano de 1932, título V, capítulo VI; Anteproyecto mexicano de 1948, libro III, título V). Con toda corrección hablan de *medidas*: POBETTI, *Las medidas cautelares y el embargo preventivo de los frutos de la cosa litigiosa* (en “Rev. Der. Proc.”, 1943, I, pp. 138-153); COUTURE en su *Proyecto* (Parte tercera, libro I, arts. 473 y ss.: “medidas de garantía”); OTTOLENGHI, *Medidas precautorias* (en “Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina”, Buenos Aires, 1946, pp. 505-533, donde afirma —p. 506— que mediante ellas se ejerce la “tutela cautelar”); SPOTA, *Medidas cautelares* (en “Estudios en honor de Alsina”, pp. 653-720). Por nuestra parte, siempre hemos hablado de *medidas*: cfr. *Programa de Derecho Procesal y Cuestionario para el Acto del Examen* (1ª ed., Santiago, 1933, p. 35; 2ª ed., Valencia, 1935, p. 33); *Programa de Derecho Procesal Civil* (México, 1948), p. 28, o conferencia citada en la nota 4, sub f (núm. 15); en “Ensayos”, p. 125, lo hacemos de “procedimientos cautelares”.

³¹ Mientras en Alemania WACH, por ejemplo, estimaba que el objeto del proceso se logra mediante: a) la sentencia y b) las reglas sobre ejecución (dentro de las que incluye las medidas cautelares: cfr. *Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1885, pp. 11-12), ROSENBERG señala tres cometidos al proceso civil: declarativo o de conocimiento, de realización o ejecución, y de aseguramiento provisional (cfr. *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, 2ª ed., Berlín, 1929, p. 3). A su vez, en Italia, mientras CARNELUTTI marcha en este punto por la senda de ROSENBERG, pero con mayor intensidad (cfr. ob. y lugs. cit. en la nota precedente, y con anterioridad, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, vol. II, Padova, 1930, núm. 80), CALAMANDREI retorna a WACH, al entender que “los dos momentos de la jurisdicción son el conocimiento y la ejecución” (cfr. pp. 53-62 de sus *Istituzioni di Diritto Processuale Civile secondo il nuovo codice* 2ª ed., Padova, 1943, o bien las pp. 79-93 de la traducción al castellano, Buenos Aires, 1943).

³² Cfr. “Ensayos”, pp. 125-6 (*Orientaciones ref. enjto. civ. cubano*, núm. 41).

³³ Cfr. *Sistema*, núm. 75. Más en lo cierto está CALAMANDREI, cuando entiende que la garantía jurisdiccional con finalidad cautelar no se puede en rigor reputar un *quartum genus* (junto a la condena, a la de accertamiento y a la constitutiva), sino que sirve para anticipar los efectos de la jurisdicción (cfr. *Istituzioni*, § 18, pp. 51-52, ed. italiana, o 76-77 de la traducción castellana).

ejecución procesal abarcaría las tres zonas de la misma: singular, concursuaria y cautelar. Y la ejecución concursuaria, simplificada y comprimida al máximo, se aproximaría en su desarrollo lo más posible a la de carácter singular, como en el código de la Ciudad del Vaticano,³⁴ en éste y en otros muchos puntos digno de imitación.

12) Pasemos al *enjuiciamiento penal*. Y antes de seguir adelante, recordemos que tanto en el campo de la justicia civil como en el de la penal, los respectivos códigos deben denominarse de *enjuiciamiento* (vocablo que representa un feliz hallazgo de la terminología jurídica española)³⁵ o *procesales*, pero en manera alguna de *procedimiento* (en singular o en plural), porque esta noción, doctrinalmente con un valor inferior al que poseyó bajo el procedimentalismo del siglo XIX, comprende tan sólo una parte de los conceptos e instituciones que aquéllos regulan, mas no la totalidad ni siquiera los más importantes. Cerrado el paréntesis aclaratorio, diremos que el código de enjuiciamiento criminal se iniciará con un libro de disposiciones generales, análogo y hasta idéntico en su mayoría al previsto para el proceso civil (cfr. *infra*, núm. 14). Tras él cabría dedicar un libro segundo al procedimiento de declaración; pero como a partir del código francés de 1808, se ha generalizado el sistema mixto, o sea el que fracciona el desarrollo de aquél en dos etapas muy distintas e incluso encomendadas con frecuencia a diferentes funcionarios, conviene dividirlo en dos libros consecutivos, uno consagrado a la instrucción y el otro al juicio, audiencia, debate final, juzgamiento o plenario, según la denominación que se prefiera. En cambio, no debe llamarse, como en España, sumario a la instrucción, porque en lenguaje procesal “sumario” significa procedimiento breve o con predominante función ejecutiva, y ninguno de los dos caracteres se da en la etapa preparatoria del proceso penal, más larga que la de juzgamiento, con enorme diferencia muchas veces, y en cuya finalidad inmediata prevalece un propósito declarativo. Instrucción y audiencia no agotan, sin embargo, las fases del proceso penal, que de acuerdo con Graf zu Dohna, comprendería nada menos que seis:³⁶ previa o preliminar, instrucción, intermedia o de tránsito, audiencia impugnación y ejecución. De esas seis fases, la previa o preliminar, de límites imprecisos y que comprende las actuaciones relativas a la *notitia criminis* y las

³⁴ Cfr. su libro II, título III, capítulo III, sección 2ª, arts. 479-490.

³⁵ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA *Aciertos terminológicos e institucionales del derecho procesal hispánico* (sobretiro de “Rev. Esc. Nac. Jurisp.”, México, 1948), núm. 9, en relación con anteriores trabajos del autor.

³⁶ Según expresa en su libro *Das Strafprozessrecht* (3ª ed., Berlín, 1929). No podemos puntualizar la cita, por no haber podido hacernos en México de dicha obra, que poseíamos en España. Cfr. en todo caso, ALCALÁ-ZAMORA y LEVENE, *Derecho Procesal Penal*, tomo II (Buenos Aires, 1945), pp. 121-2 y 267-8. (Tanto en ésta como en las posteriores notas en que hagamos referencia a la mencionada obra, las citas corresponden a pasajes exclusivamente redactados por mí).

diligencias anteriores a la apertura de la instrucción, puede y debe refundirse en un libro con ésta; a su vez, el procedimiento intermedio, así denominado por hallarse en el tránsito de la instrucción al juzgamiento y componerse de trámites que ya no pertenecen a la primera, pero que todavía no corresponden a la segunda, carece de la extensión y relieve necesarios para integrar un libro por sí solo, y entonces habría que dividirlo en dos títulos, determinados por motivos de conexión; uno al final del libro II y otro al comienzo del III. En el libro tercero, mediante la rúbrica “juzgamiento y recursos”, u otra equivalente, se regularían, además del debate final, los distintos medios impugnativos, que pertenecen asimismo al procedimiento de declaración y con los cuales, por consiguiente, no debe formarse cantón independiente. Finalmente, un libro cuarto se ocuparía de la ejecución procesal penal, sector que dista mucho de haber alcanzado una elaboración definitiva y en el que se entrecruzan actividades jurisdiccionales y administrativas.³⁷ Quedan, sin embargo, dos territorios de dudosa adscripción: los dichosos procedimientos especiales y los que el código italiano de 1930 ha bautizado como “relaciones jurisdiccionales con autoridades extranjeras”.³⁸ A los procedimientos penales especiales debe aplicarse la misma solución que propusimos para los civiles: reducirlos en número y en desarrollo al *mínimum* indispensable y repartirlos de acuerdo con su finalidad y naturaleza entre los otros libros. Las tituladas “relaciones jurisdiccionales con autoridades extranjeras”, no justifican un libro consagrado a ellas solas, como el que Manzini les asignó en Italia o como el que por influjo suyo les ha reservado el proyecto López-Rey de 1946 para Bolivia:³⁹ sin la menor dificultad cabe trasladarse al libro I, según ha hecho, pese a inspirarse en la estructura del italiano, el código compuesto en 1938 por Vélez-Mariconde y Soler para la provincia argentina de Córdoba.⁴⁰

13) Si ahora sintetizáramos las ideas expuestas acerca de la sistemática, referida tanto al enjuiciamiento civil como al penal, diríamos que, abstracción hecha en ambos del libro I, o de disposiciones generales, en el resto la mejor estructura de un código procesal es la que en mayor medida se acomoda al desarrollo efectivo del procedimiento en la práctica, desde la demanda o la apertura de la instrucción, a la sentencia de primer grado, tras ésta la vía impugnativa y, en último lugar, la ejecución. Como se ve, la ordenación *cronológica*, resulta también la más *lógica*.⁴¹

³⁷ Acerca de este extremo, cfr. nuestro *Der. Proc. Pen.* cit., tomo III, p. 421-427.

³⁸ Objeto de su libro V, arts. 656-675.

³⁹ Cfr. su libro VII (“De las relaciones jurisdiccionales con el extranjero”), arts. 416-429 (pp. 203-206 del oportuno proyecto, cit. *supra*, nota 4, sub b).

⁴¹ Cfr. sus arts. 48-50 (extradición) y 133-134 (exhortos).

⁴¹ Cfr. “Ensayos”, p. 113 (*Orientaciones ref. enjto. cubano*, núm. 26).

14) Páginas atrás aludimos a *otras dos posibilidades de sistematización* en materia procesal. Una de ellas consiste en sancionar un solo código para el enjuiciamiento civil y el penal, con una primera parte o libro de disposiciones comunes y otras dos de reglas específicas, a ejemplo de distintos países.⁴² Desde luego, los libros de disposiciones generales contienen, como ya destacamos, normas que no son privativas del proceso civil o del penal y que con suma facilidad podrían unificarse; más aún: exceptuada la ejecución, donde las divergencias son muy grandes, por recaer la penal fundamentalmente sobre personas y la civil esencialmente sobre bienes, no sería imposible ni siquiera difícil habilitar un procedimiento de declaración en su mayor parte común para las dos ramas principales del proceso. De prevalecer la corriente *simplificadora* sobre la *complicadora*, acaso esa sea la solución futura. Hoy, sin embargo, prevalece en casi todos los países la dualidad de códigos procesales, y, sin duda, ha de pasar mucho tiempo antes de que la teoría general del proceso acabe con las resistencias infundadas y las diferencias artificiales que se oponen a la unificación e inclusive a una mayor aproximación entre el enjuiciamiento civil y el penal.⁴³

15) La postrera posibilidad sistematizadora se refiere a la conveniencia o no de incorporar a los códigos procesales las normas sobre *organización judicial*. En ellas procedería, ante todo, efectuar un deslinde entre la mayoría, que son de

⁴² Por ejemplo: *Argentina*: cfr. el proyecto del Dr. Manuel Antonio de Castro de 1822, recordado por MÉNDEZ CALZADA en *La función judicial en las primeras épocas de la Independencia* (Buenos Aires, 1944), p. 135, o el código de la provincia de San Luis de 1878, evocado por SOSA LOYOLA en *La tradición jurídica de San Luis* (Buenos Aires, 1944), p. 97; *Colombia*: código judicial de la Unión, de 7-VI-1872, adoptado para todo el país en 15-IV-1887, con tres libros (el I, de organización judicial, sustituido en 1889; el II, de enjuiciamiento civil, y el III, de enjuiciamiento criminal); el código judicial de 1931 abarca sólo dos libros (organización y procedimiento civil), habiéndose promulgado en 1938 el código de procedimiento penal (cfr. MARTÍNEZ SARMIENTO, *Historia del Derecho Procesal Colombiano*, en "Rev. Der. Proc.", 1943, I, cfr. pp. 450-468); *Dinamarca*: *Retsplejelov* de 11-IV-1916, en vigor desde 1-X-1919 (cfr. MUNCH-PETERSEN, *Der Zivilprozess Dänemarks*, Mannheim-Berlín-Leipzig, 1932, pp. 3-4); *Panamá*: Código Judicial en vigor desde 19-VII-1917, revisado en 1925 y comprensivo de tres libros (organización, procedimiento civil, idem penal); *Suecia*: *Rättengansbalk* de 18-VII-1942 (citado, en relación con CRISPIGNI, *Diritto Processuale Penale*, I, p. 13, nota 1, por Emilio MENÉNDEZ, *Ley de enjuiciamiento criminal, con breves comentarios de doctrina y de jurisprudencia y referencias al enjuiciamiento civil vigente en Cuba*, tomo I, La Habana, 1948, p. 8). Añadamos que en España los juicios ínfimos de uno y otro campo procesal, a saber: el verbal civil y el de faltas en lo penal, se parecen sobremanera (más aún en la práctica que en los textos legales), y que el procedimiento contencioso-administrativo, según dijimos (*supra*, nota 20), podría refundirse en el civil.

⁴³ Acerca de esta cuestión, ALCALÁ-ZAMORA, *Concepto y enseñanza del derecho procesal* (de próxima publicación), capítulo I, y *Trayectoria y contenido de una teoría general del proceso*, núm. 9 (conferencia dada en la Universidad de San José de Costa Rica el 22 de abril de 1949 y que aparecerá en breve). Véanse *supra*, *Estudios Números 10 y 11*.

índole administrativa, y la minoría, es decir, las relacionadas con la capacidad funcional de jueces, secretarios judiciales, representantes del ministerio público, etcétera, las cuales poseen naturaleza procesal. Sin embargo, a veces se entrelazan de tal modo las de los dos sectores, que no resultaría siempre fácil aislar las segundas para incluirlas, sin más, en los códigos procesales. Entonces, el problema se reduce a determinar si las leyes de organización deben o no colocarse en los códigos procesales y en qué lugar dentro de ellos. A una solución de este tipo propende, a través de distintas versiones, el código de justicia militar español, con un primer tratado orgánico, uno segundo penal y otro tercero procesal; pero téngase en cuenta que exceptuados unos pocos artículos sobre prevención de abintestatos,⁴⁴ dicho texto se circunscribe a la esfera penal, mientras que en el cuadro de la justicia común hay que pensar asimismo y, hasta en primer lugar, en la materia civil. En esas condiciones, la refundición de la organización judicial con el enjuiciamiento, sólo sería factible mediante una de estas dos fórmulas: o bien dentro de un código único para las distintas ramas procesales, según la solución que en el apartado anterior expusimos, y que no parece ser la de la hora presente, o bien dividiendo aquélla en civil y penal, para llevar cada sector orgánico al respectivo código procesal, con el riesgo de incidir en repeticiones constantes, por predominar mucho en la misma lo que es común sobre lo que es diferente. Y tanto de agregarse a un código procesal único, como de fraccionarse entre varios, no cabe duda de que la organización judicial habría de figurar a la cabeza.

16) Examinemos ahora, con mayor rapidez, los aspectos técnicos relacionados con la *redacción y extensión de los códigos procesales*, ya sean civiles o penales. En punto a *lenguaje*, los artículos deben ser claros, correctos y libres por igual de afectación y de ramplonería: cuando un código dice lo que quiere decir y como se debe decir, sin que sobren ni falten palabras, ha reducido, en un cincuenta por ciento cuando menos, los problemas de interpretación jurídica, que con tanta frecuencia son fruto del desaliño al escribir. Pasemos a la *terminología*: ha de evitarse la tentación de saturar los códigos de conceptos rebuscados en monografías y revistas, y que muchas veces no representan una consagración definitiva, sino la moda pasajera de un día o la posición personal de un autor. Un código no puede asentarse sobre base tan movediza, entre otras razones porque no es ensayo doctrinal reservado a especialistas, sino instrumento de trabajo de que han de servirse a diario, junto a una minoría de juristas

⁴⁴ Cfr. título XXVII del tratado III, tanto del código de justicia militar de 27-IX-1890 como del actual de 17-VII-1945, acerca de los procedimientos de carácter civil, a saber: el relativo a la exigencia de las responsabilidades civiles declaradas por tribunales y autoridades militares (art. 738-9 cód. de 1890 y 1061-2 cód. 1945), el referente a la prevención de abintestatos (arts. 740-4 y 1063-6) y el concerniente a reclamaciones por deudas (arts. 745-9 y 1067-71).

con sólida formación científica, profesionales del montón e incluso personas ayunas de conocimientos jurídicos. El progreso de un código no radica, además, en su novedad terminológica, sino en los resultados que permite obtener, y con frecuencia aquélla sólo sirve para provocar indigestiones entre los poco capacitados para ingerirla, si es que no constituye el disfraz de una regresión legislativa.⁴⁵ Tales consejos no implican, por supuesto, que pueda descuidarse la terminología: además de poner especial empeño en valerse siempre y en cada caso de la más adecuada, habrá que asegurar una correspondencia perfecta entre unidad de contenido y unidad de nombre, de tal modo que cuando el acto procesal sea esencialmente el mismo, no se le den distintas denominaciones, fijándose o rebuscando cualidades diferenciativas accidentales o accesorias; viceversa: un mismo nombre, no debe aplicarse a actos fundamentalmente diversos.⁴⁶

17) A la manera de toda la codificación mussoliniana, convendría *encabezar cada artículo con un sucinto epígrafe*, expresivo de su contenido. Se facilita así considerablemente el manejo de los códigos; pero es tarea en cuya realización hay que poner el máximo cuidado, a fin de que exista plena correspondencia entre el precepto y su etiqueta. Diferentes códigos y proyectos procesales americanos⁴⁷ siguen ya esa trayectoria, tan útil que, por ejemplo, en Portugal, Dos Reis ha suplido el olvido en que al afecto incurrió como redactor del vigente código de 1939, y en una edición posterior dirigida por él ha rotulado, aunque sin carácter oficial, los artículos.⁴⁸

18) Una postrera recomendación: los códigos *no deben contener definiciones*, máxime cuando el concepto o la institución definidos no sean pacíficos en la doctrina o cuando acerca de ellos se brinden nociones atrasadas. Definir, por ejemplo, la acción y hacerlo, además, de acuerdo con el pasaje de Celso,⁴⁹ o bien intentar combinarlo con teorías de dirección opuesta,⁵⁰ resulta, si la decla-

⁴⁵ Cfr. Ensayos, p. 304 (*Ref. proc. pen. Perú*, núm. 10).

⁴⁶ Cfr. "Ensayos", pp. 135-6 (*Orientaciones ref. enjto. cubano*, núm. 51) y los ejemplos en ellas consignados.

⁴⁷ A saber: el código procesal penal de Córdoba (Argentina), los proyectos Couture (Uruguay) y López-Rey (Bolivia), el Anteproyecto mexicano de 1948, entre otros.

⁴⁸ Nos referimos a la edición del *Código de processo civil português* aparecida en Coimbra, 1944.

⁴⁹ Como sucede en el artículo 68 del código procesal civil boliviano de 1832 ("Acción es el medio o modo legal de pedir en justicia lo que es nuestro o se nos debe"), aun cuando la fecha del texto legal le sirva de atenuante y hasta de eximente.

⁵⁰ Cual ocurre en el código de 1932 vigente en el Distrito Federal mexicano, en cuyo capítulo I del título I se mezclan la clasificación procesal y la privatista de las acciones (cfr. arts. 1º, frac. II, y arts. 3º y ss.), se admiten conjuntamente la acción declarativa y la de jactancia (cfr. arts. 1 y 34), y en el señalamiento de sus elementos (cfr. art. 1º), se combinan ideas de SAVIGNY y de WACH.

ración no pasa de platónica, completamente inútil, y si se le atribuyen consecuencias jurídicas, perturbador en alto grado. Déjense, pues, las definiciones para tratados y manuales y no se imite en este punto a ciertos textos legislativos que están salpicados de ellas.⁵¹ A los códigos no incumbe dar definiciones, sino tan sólo fijar los requisitos jurídicamente trascendentes que haya de reunir un determinado acto o figura, como la demanda, la sentencia, etcétera, entre los procesales.

19) Aun cuando la *extensión de los códigos procesales* no se puede, claro está, señalar *a priori* con absoluta precisión, como cálculo aproximado, que se basa en la que alcanzan varios de los mejores textos, creemos que un código procesal civil no debe rebasar los *ochocientos artículos* y que uno de enjuiciamiento criminal podría encuadrarse entre *seiscientos y setecientos*. Huelga decir que de esos límites se hallan muy alejados, hacia arriba o hacia abajo, algunos códigos vigentes, desde los *ochenta y siete* artículos de la ley federal suiza de procedimiento civil de 1947,⁵² hasta los *dos mil ciento ochenta y dos* de la ley de enjuiciamiento civil española de 1881. Mas con haber señalado esos números, no hemos dicho nada en realidad, ya que un código de pocos artículos puede ser incomparablemente más extenso que otro que duplique su cifra de preceptos. Así por ejemplo, el proyecto español de ley de enjuiciamiento civil de 1918, no tenía más que setecientos cincuenta artículos, pero ¡cielo santo, qué artículos!: algunos de tres, cuatro y hasta cinco páginas y media, de treinta y seis líneas cada una. La verdadera extensión de un código la determinan,

⁵¹ Así, el código boliviano citado en la nota 49, define el juicio y sus diversas clases arts. 1º y ss.), las figuras de actor y reo (art. 8), la acción (arts. 68 y ss.), la excepción (72), la demanda (115), la citación (126), la notificación (127), la contestación (148), la prueba (158), el término de prueba con cargos (167), el testigo (188), la tacha (244), el indicio (268), la sentencia (272), la interlocutoria (273), el tercer opositor (317), el desistimiento (323), la causa ordinaria de puro derecho (360), el juicio de deslinde (397), el juicio ejecutivo (431), el embargo (464), el concurso de acreedores (506), el juicio sumario de posesión (532), la emancipación (577), los bienes mostrencos (648), la apelación o alzada (682), el recurso de nulidad (804), el recurso de fuerza (855), la recusación (877), las cuestiones de competencia (920) —por cierto, estas dos últimas instituciones se contemplan como “recursos extraordinarios”—, la responsabilidad de los funcionarios judiciales (929); y acaso la lista incurra en omisiones. Pues bien: aparte su ausencia de valor normativo, esas definiciones han quedado anticuadas o son inexactas o incompletas, lo que constituye un nuevo argumento en contra de su estampación legislativa. También abusa de las definiciones el código procesal civil de El Salvador de 1881 (reformado en 1902): cfr. sus arts. 4-10, 12, 20, 56, 124, 128, 129, 164, 191, 204, 205, 224, 235, 293, 330, 371, 408, 417, 418, 456, 464, 472, 564, 586, 612, 761, 980, etc., los cuales recogen en su mayoría las mismas que el boliviano. Véase asimismo el código de procedimiento civil uruguayo de 1878; y aunque en mucho menor escala que los citados, igualmente consigna definiciones el anteproyecto mexicano de 1948 (cfr. sus arts. 27, 29, 32, 39, 43, 44, 56, 296, 351, etc.).

⁵² Acerca de la misma, cfr. el trabajo que citamos en la nota 4, *sub. i*.

por consiguiente, el número de palabras que en total contiene y el promedio de ellas por artículo. Con la experiencia que me da el haber practicado varias veces tan sencilla como pesada operación, estimo que los ochocientos artículos de un código procesal civil no deben exceder de las *sesenta mil palabras*, con un promedio, por tanto, de setenta y cinco palabras por artículo, que regirá asimismo para el enjuiciamiento criminal, en el que el total, a base de seiscientos artículos, serían *cuarenta y cinco mil palabras*. En orden al promedio por artículo, deben evitarse los grandes altibajos: que en un código haya oscilaciones en la proporción de uno a diez a lo sumo (por ejemplo: que los preceptos no descendan de cuarenta palabras ni rebasen las cuatrocientas), se explica sin dificultad alguna; pero que junto a artículos con *diez* palabras existan otros con más de *mil*, revela ignorancia, olvido o desprecio totales en cuanto al aspecto artístico de la tarea legislativa.⁵³

20) C) *Principios políticos*. Indicamos ya (cfr. *supra*, núm. 4) el alcance que atribuimos a la rúbrica *principios políticos* en contraste con los *principios técnicos* y agregamos ahora que en este punto nuestro enfoque discrepa del de Couture. Para el maestro uruguayo, los principios políticos son únicamente los que reflejan la proyección de la Constitución sobre el enjuiciamiento, y a tenor de los cuales, un código procesal civil, al cual se circunscribe, será liberal o autoritario, según que el principio dispositivo funcione en él con amplitud o con restricciones; a su vez, los principios técnicos los reduce a tres: sencillez, probidad y eficacia.⁵⁴ A mi entender, la eficacia no es un principio orientador, sino un resultado que se busca y que en la realidad se producirá o no; la probidad, por lo mismo que imprime carácter, la incluimos entre los de índole política, y sólo reputamos principio técnico el de sencillez, según expusimos al ocuparnos antes (cfr. núms. 10 y ss. y 16) de la estructura, el lenguaje y la terminología. Cuando nosotros hablamos de principios políticos lo hacemos, por tanto, en sentido más amplio que Couture, o sea, en cierto modo, próximo al que Liszt, Prins y Van Hamel le dieron a su movimiento penalista, al denominarlo *Política Criminal*.

21) Resuelto ya ese extremo, veamos si los principios políticos deben agruparse en un título inicial, según la innovación del Proyecto Couture.⁵⁵ Comen-

⁵³ Cfr. "Ensayos", pp. 130-131, nota 67 (*Orientaciones ref. enjto. civ. cubano*, núm. 46). Ejemplo de artículo con diez palabras, el 72 del anteproyecto mexicano de 1948; con once, los artículos 1908 y 1996 de la ley de enjuiciamiento civil española; con más de mil, los artículos 151 anteproy. cit., con 1.122, y los 63 y 2161 de la ley española, con 1.267 y 1.327, respectivamente.

⁵⁴ Cfr. su *Proyecto para el Uruguay*, pp. 24-25.

⁵⁵ Si bien en éste no hay propiamente título preliminar, sino título I de una "Parte Preliminar" (cfr. *supra*, nota 21); sí lo hay, en cambio, en el anteproyecto mexicano de

ce mos por aclarar que en dicho título no figuran todos los principios que, de sancionarse el proyecto como código, regirían el enjuiciamiento civil uruguayo, sino los de carácter más general. Se ha objetado que esos principios sólo poseen valor enunciativo, pero no imperativo; que tienen más de deseo o consejo que de norma o precepto y que, en consecuencia, no debieron incluirse en el proyecto. Entendemos nosotros que, aun siendo exacta la distinción, ella no es óbice para que un código consigne los principios generales que lo individualicen y que sirven, por lo mismo, como rieles o correderas para su mejor funcionamiento. Esos principios se vinculan muy singularmente con la aplicación, interpretación e integración de la ley procesal, y de ahí que deban regularse junto a ella o a su continuación, bien en un título preliminar, bien para evitar ese saliente de fachada, en el libro I, o de disposiciones generales, con lo que damos respuesta a la pregunta que en el número 10 quedó pendiente. Más todavía: dichos principios podrían alcanzar la cualidad de normativos, con sólo que el legislador autorice un recurso contra las violaciones de que sean objeto.⁵⁶

22) Tomados en conjunto, los principios políticos definen el carácter de un código y determinan que resulte de tipo liberal o autoritario. Pero conviene advertir que cuando algunos críticos superficiales y mal documentados han oído hablar de proceso civil autoritario, lo han hecho sinónimo de reaccionario y poco menos que de nazi-fascista, y se han colocado frente al enjuiciamiento austríaco, que lo implantó con éxito rotundo, en actitudes de melodramática intransigencia. Dejando la crítica de tales críticos para ocasión más propicia,⁵⁷ me contentaré con afirmar que entre el *juez-espectador* que, por lo visto, añoran, totalmente desarmado e inerte frente a los mayores extravíos de las partes, cual si el proceso satisficiera un mero interés privado y no una altísima finalidad pública, y el *juez-dictador*, que yo también rechazo, existe distancia más que suficiente como para erigir una figura intermedia de *juez-director* del proceso,

1948, probablemente influido, en cuanto a la preliminaridad del título, por el ejemplo de diversos códigos civiles (sin ir más lejos, por el mexicano de 1928 para la Federación, Distrito y Territorios federales, que se abre con unas "disposiciones preliminares": arts. 1-21) y, en cuanto al contenido, por el modelo del referido proyecto uruguayo (por lo menos, en lo relativo a interpretación e integración de la norma procesal.)

⁵⁶ De la misma manera que se autoriza en algunos países la casación fundada en la infracción de la jurisprudencia sustantiva o de los principios jurídicos de este orden (cfr., verbigracia, los artículos 1692 l. enjto. civ. y 6 cód. civil de España, y acerca de su discrepancia e interpretación respecto de la misma, ALCALÁ-ZAMORA, *Estudios*, pp. 185 y 318-326; o bien el art. 516, circunstancia 7ª, del proyecto uruguayo).

⁵⁷ O sea para un artículo hace tiempo anunciado y que agobios de trabajo me han impedido redactar hasta ahora. Se titulará *Liberalismo y autoritarismo en el proceso* (véase *infra*, *Estudio Número 21*). Mientras tanto, me remito a mis estudios *Proceso oral y abogacía*, pp. 23-28, y *La influencia de Wach y de Klein sobre Chiovenda*, pp. 395 y 404-408: véase *supra*, nota 12.

que es precisamente la que supo crear Klein en Austria y la que de él adoptó Chiovenda para su prédica reformadora en Italia.⁵⁸

23) Los principios políticos, o inspiradores de la actividad procesal, en contraste con los técnicos, o relativos a la estructura y redacción de los códigos de enjuiciamiento, son muy distintos; con frecuencia opuestos entre sí, y de su combinación surgen los distintos sistemas procesales, por ejemplo: el dispositivo o el autoritario en lo civil; el inquisitivo, el acusatorio y el mixto en lo penal. Sin entrar en la exposición de los sistemas, que por sí sola se llevaría una conferencia, procederemos a la de los principios, de acuerdo con el siguiente orden: los relativos a la interpretación e integración de la ley procesal, la independencia e inamovilidad judicial, los referentes a la actuación del ministerio público, y los concernientes a la marcha del procedimiento.

24) Cuando la *ley procesal* ofrezca dudas (no existiendo, al juez no le es lícito sustituir la voluntad del legislador por la suya), entendemos que el juzgador habrá de barajar estos cuatro principios: *justicia, rapidez, eficacia y economía*. Si en la solución adoptada concurren las cuatro notas, el juez podrá sentirse tranquilo y satisfecho; pero de mediar incompatibilidad entre ellas, tendrá que darle preferencia, como es natural, a la justicia y a la eficacia; en cuanto a rapidez y economía, la opción habrá de hacerse teniendo en cuenta lo que en concreto sea más ventajoso para el resultado final del proceso. Acerca de la integración, en el caso de no haber una escala de normas supletorias de la ley o de ser inaprovechables para cubrir el vacío legislativo, operará en dos direcciones: mediante la *analogía*, o sea cuando el alcance del principio exceda, según la intención del legislador, el ámbito de su formulación, y mediante el *argumento a contrario sensu*, cuando se dé la hipótesis opuesta.⁵⁹

25) La recta administración de justicia requiere que el juzgador pueda desempeñar su cometido sin sentirse amenazado o cohibido en su función. Para lograr tal fin, no basta con protegerle frente a la posible actuación delictiva del justiciable individual, ya mediante actos de intimidación o de violencia, ya con dádivas o promesas, sino que ha de amparársele asimismo contra un peligro incomparablemente mayor, o sea la presión que sobre él ejerzan los otros poderes del Estado, principalmente el Ejecutivo. Para conjurar este riesgo, hacen

⁵⁸ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso oral*, p. 27.

⁵⁹ Cfr. *Der. Proc. Pen.*, cit., tomo I, p. 150, así como los núms. 35-37 del Sistema de GARNELUTTI. Véase también nuestra intervención en el cursillo sobre *Interpretación e integración de las leyes procesales* —véase *supra*, *Estudio Número 1*— sustentado por el profesor COUTURE en la Escuela Nacional de Jurisprudencia de México. (La ponencia del procesalista uruguayo se recoge en el núm. 43 de la Revista de la citada Escuela, y la discusión de mesa redonda en el núm. 44.)

falta dos cosas: garantizar a la vez la *independencia de la función judicial y la del funcionario que la desempeñe*. Por desgracia, el logro de esa doble garantía constituye en casi todas partes una aspiración todavía, pese a las solemnes declaraciones que acerca de ellas y de la separación de poderes se consagran en Constituciones y leyes de organización judicial. La *independencia de la función* consiste en que, al juzgar, el juzgador sólo esté sometido a la ley aplicable al caso controvertido y, como algunos añaden, a su conciencia. Cabe, sin embargo, que surja un conflicto entre ambas: pensemos en el juez a cuya conciencia repugne declarar un divorcio o imponer una pena de muerte, aun siendo procedentes uno o otra con arreglo a la ley y al resultado del proceso sometido a su decisión. Sólo la abstención, de hallarse autorizada, podrá evitar entonces el fallo contra conciencia o la prevaricación manifiesta. La independencia se circunscribe al ejercicio de la actividad jurisdicente y no se opone a la supeditación de unos tribunales a otros desde el punto de vista administrativo y disciplinario. En el primer sentido, los jueces de los peldaños inferiores son, o deben ser, tan independientes como el presidente del más alto tribunal nacional, y ni siquiera a título de insinuación o consejo cabe que nadie influya en el tenor de sus resoluciones y mucho menos que se las imponga: si éstas son erróneas o injustas, el superior sólo podrá modificarlas en vía impugnativa, cuando a ella se acuda por los legitimados al efecto, y si, al pronunciarlas, el juez ha transgredido sus obligaciones funcionales, entonces será el caso de exigirle la responsabilidad pertinente. La independencia de la función suscita, por último, la duda de si es compatible con la unidad jurisprudencial y con el régimen de un tribunal de casación que la realice y la defienda: si el juez sólo está sometido a la ley y a su conciencia, nada le obliga a acatar la jurisprudencia suprema, y para alcanzar ésta, si aquél se aparta de ella, habrá de acudir a la vía impugnativa; si, por el contrario, ha de fallar según las pautas del tribunal de casación, su independencia quedará cercenada y, además, se correrá el riesgo de una paulatina deformación de la voluntad legislativa por la voluntad jurisprudencial.⁶⁰

26) La *independencia del funcionario* es, por su parte, la resultante de un conjunto de circunstancias. En primer término, y por encima de cualquier otra consideración, de cualidades personales de moralidad y carácter, sin que las primeras basten por sí solas, ya que, por desgracia, son innumerables las personas *buenísimas*, carentes por completo de energía. En segundo lugar, sobre la independencia del funcionario influye decisivamente el ambiente de libertad y de respeto en que se desenvuelva. Contribuyen asimismo a asegurarla las garantías económicas de que disfrute (en cuanto a sueldo, ascensos, etcétera), y, por último, se liga íntimamente con la mayor o menor estabilidad en el empleo ju-

⁶⁰ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Der. Proc. Pen.*, I, pp. 279-281, y *Miscelánea de libros procesales*, en "Rev. Der. Proc." argentina, 1943, II, p. 197.

dicial. De aquí la importancia que posee la *inamovilidad*, concepto cuya amplitud varía según los países, pero que cabría sintetizar en la certera fórmula del artículo 21 de la ley de organización judicial española, a cuyo tenor, “consiste en el derecho que tienen los jueces y magistrados a no ser destituidos, suspensos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas (y debió haber agregado: “y conforme a las disposiciones”) que la propia ley especifica”.⁶¹

27) Los principios rectores de la actuación y funcionamiento del *ministerio público*, son los que pasamos a mencionar. En primer término, el de *unidad e indivisibilidad*, conforme al cual, los funcionarios que lo integran han de ser, como en alguna ocasión se ha dicho, “eco del cuerpo que los delega, y sus peticiones y dictámenes, expresión, antes que de su individual juicio, de las instrucciones obligatorias de sus superiores”.⁶² Opuesto a dicho principio es el de *autonomía funcional*. Parecería ahora que habiendo defendido hace un momento la independencia funcional de los jueces, adoptaríamos idéntica actitud respecto de los miembros del ministerio público. Y sin embargo, no sucede exactamente así, a causa de la tan distinta misión que unos y otros cumplen: no se olvide, en efecto, que si orgánicamente las semejanzas del ministerio público son con la judicatura, procesalmente sus afinidades son con las partes. Ello hace que en la independencia del ministerio público proceda diferenciar dos aspectos: el cuerpo debe ser independiente y, además, inamovible respecto del Ejecutivo, que no tiene por qué ingerirse en la vida procesal, aunque así acontezca en la mayoría de los países; pero, en cambio, dentro del cuerpo, los funcionarios deben estar subordinados al superior jerárquico, para evitar, sobre todo en materia penal, cuando o donde rija el principio acusatorio, que se manifiesten desigualdades irritantes. Lo que sí puede y debe permitirse es que el funcionario discordante con las directivas que se le hayan marcado, salve su opinión personal. Esos contrapuestos principios deben, a su vez, repercutir sobre la eventual exigencia de responsabilidad: la unidad, al mermar la iniciativa de los inferiores, concentra la responsabilidad en los superiores, mientras que la independencia funcional aumentaría aquélla y diluiría ésta.⁶³

28) En otro sentido, la intervención del ministerio público como órgano oficial de la acusación, motiva los principios de *legalidad* y de *oportunidad*. El de legalidad, o necesidad, obliga al funcionario a ejercer la acción penal siempre que se haya verificado un hecho con apariencias delictivas, en tanto que el de oportunidad, o discrecionalidad, le permite abstenerse cuando vislumbre que el

⁶¹ Cfr. *Der. Proc. Pen.*, I, p. 282.

⁶² Circular de Martínez del Campo como Fiscal del Tribunal Supremo español en 1893.

⁶³ Cfr. *Der. Proc. Pen.*, I, p. 388. Por supuesto, la concentración de responsabilidad en el superior tendría lugar siempre que el inferior pueda escudarse tras los límites de la obediencia debida.

ejercicio de la acusación vaya a reportar mayores inconvenientes que ventajas (escándalo público, peligro para la paz social, complicaciones internacionales, etcétera). Este segundo principio se basa, pues, en una consideración utilitaria, y aun cuando representa la excepción, cuenta con algunas simpatías en el terreno doctrinal. Sin embargo, aun siendo cierta la existencia de casos en que la no persecución de un delito puede evitar mayores males, bueno será preverse contra el abuso o degeneración de tal principio, sobre todo cuando el ministerio público esté vinculado al Ejecutivo, exista monopolio acusador a favor de aquél y rija el principio acusatorio (*nemo iudex sine actore*) en toda su fuerza, porque entonces, combinadas las tres circunstancias, se puede llegar a que se castiguen o no los delitos, según se le antoje al Gobierno.⁶⁴ Por ello, las concesiones a tal principio deben establecerse restrictiva y taxativamente, con prohibición de extensiones analógicas.

29) Llegamos, por fin, a los *principios concernientes a la marcha del procedimiento*. En cuanto a la *promoción del proceso*, se contraponen los principios *dispositivo* y de *oficialidad*: el primero interviene cuando se procede en virtud de una pretensión particular de tutela jurídica dirigida al Estado. Impera por completo en materia civil, con raras y muy discutibles excepciones;⁶⁵ en lo penal, puede revestir, según los países, diferentes formas de acusación (particular, privada, profesional y popular).⁶⁶ El principio de oficialidad se manifiesta, a su vez, cuando la acusación penal se promueve en virtud de propia determinación por el Estado mediante los órganos que tenga establecidos al efecto y que pueden ser: a) el mismo juzgador acusando de oficio (*principio inquisitivo*), y b) un cuerpo de funcionarios especialmente encargados de tal misión (*principio acusatorio estatal*, a cargo principalmente del ministerio público, que también puede, aunque menos veces, promover el proceso civil). Pero como el ministerio público se encuentra procesalmente junto a las partes (cfr. *supra*, núm. 27), esta segunda hipótesis se halla a mitad de camino entre la primera y la acusación dispositiva o ejercida por particulares.

⁶⁴ Cfr. *Der. Proc. Pen.*, I, pp. 389-90.

⁶⁵ Como la declaración de la quiebra *ex officio* (cfr. por ejemplo, art. 5 de la ley mexicana de quiebras, de 1942, o bien los arts. 1521 y 1525 del proyecto hondureño de código de comercio). En términos más amplios e indefinidos prevé la iniciativa oficial del proceso el artículo 2 del proyecto uruguayo de 1945 e influido por él, el 6 del anteproyecto mexicano de 1948. (Para la crítica de estos dos preceptos, cfr. DE PRINA, *intervención en la Mesa Redonda* citada en la nota 59, y *El ministerio público en el anteproyecto*, conferencia dada en la Escuela Nacional de Jurisprudencia el 29 de abril de 1949 y pendiente de publicación). Cosa distinta de la promoción *ex officio* de un genuino proceso contencioso, sería la de ciertos expedientes de jurisdicción voluntaria, pero aun en ellos, la función requirente debiera encomendarse al ministerio público.

⁶⁶ Acerca de ellas, cfr. *Der. Proc. Pen.*, II, pp. 24-32 y 75-79.

30) En orden a la asunción de pruebas, audición de las partes y conocimiento del material del proceso, el principio de *inmediatividad*, en cuya virtud el juzgador toma contacto directo con dichas actuaciones, supera de manera indudable al principio contrario (de *mediatividad*) que, por lo mismo, debe reducirse a la mínima expresión, aunque en la práctica, desdías judiciales y exceso de trabajo hagan que se conculque con extraordinaria frecuencia y que el juez dicte sentencia (cuando no delega también este trabajo) a base de diligencias desenvueltas ante el secretario o incluso subalternos.⁶⁷

31) La *apreciación de la prueba* puede obedecer a tres criterios fundamentales: o bien se encuentra prefijada por el legislador, y entonces estamos ante el principio de prueba *legal o tasada*, o bien se encomienda sin cortapisa alguna a la convicción del juez mediante el principio de la *prueba libre*, o bien se atribuye al juzgador, pero con la obligación de razonar y justificar la valoración efectuada: principio de *sana crítica*, que, como regla, reputamos superior a los otros dos, aunque éstos puedan o deban serles preferidos en casos especiales (verbigracia: la valoración tasada, respecto de los documentos).⁶⁸

32) La *reunión del material del proceso* puede efectuarse, bien por obra de las partes, bien por acuerdo de la autoridad judicial. Se enfrentan aquí los principios de *contradicción e instrucción*, llamados también dispositivo e inquisitivo, denominaciones que es preferible reservar, como hicimos (*supra*, núm. 29), para los referentes a la promoción del proceso, a fin de evitar dudas y confusiones. A diferencia del proceso civil, en que las amplias facultades de las partes llevan a que prevalezca el principio de la *verdad formal o aparente*,⁶⁹ el proceso penal se halla dominado por el principio de la *verdad material, real o efectiva*, y ello se traduce en que los poderes del juez para la averiguación de los hechos sean más extensos en este campo del enjuiciamiento, donde el principio de ins-

⁶⁷ Cfr. *Der. Proc. Pen.*, II, p. 209. Anotemos que en el Anteproyecto mexicano de 1948 se autoriza expresamente que la "inspección judicial" (art. 281) la lleve a cabo el secretario u otro funcionario, distinto del juez. (Para la crítica de esta singularísima disposición, véase el núm. 15 de nuestra conferencia citada en la nota 4, *sub f.*)

⁶⁸ Cfr. *Der. Proc. Pen.*, II, pp. 209-210. Acerca de la materia objeto de este apartado, véanse nuestros trabajos *Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba* (sobretiro de "La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", Montevideo, febrero de 1945) y *A propósito de libre convicción y sana crítica* (en "Revista Jurídica de Córdoba" —Argentina, 1949)—, así como la bibliografía en ellos mencionada. Un resumen del primero de estos trabajos, en *Der. Proc. Pen.*, III, pp. 43-54.

⁶⁹ El artículo 5, frac. III del anteproyecto mexicano de 1948 aspira, sin embargo, a que en la interpretación se logre la verdad material, con olvido del carácter predominantemente dispositivo del proceso civil (salvo los de tipo inquisitorio), y se encuentra, además, contradicho en el propio texto por el alcance que atribuye a la admisión de hechos, al allanamiento y a la confesión (cfr. arts. 216, 220 y 299: ALCALÁ-ZAMORA, conferencia cit. en la nota 4, *sub f.*)

trucción desempeña, por tanto, papel destacadísimo. Desde el ángulo del *impulso procesal*, se establece una distinción, coincidente con la anterior, entre actuación *de oficio* (o *ex officio*) y a *instancia de parte*.⁷⁰

33) En cuanto al *medio de expresión* para que los actos procesales se reputen admisibles, válidos y eficaces, el principio de *oralidad* se contrapone al de *escritura* (*quod non est in actis, non est in mundo*). Sin embargo, cuando se habla de oralidad, se propende a darle al concepto un sentido más amplio que el ahora consignado, o sea a identificarlo con un determinado tipo de proceso en que, además de ella, convergen otros principios, como los de inmediatividad y concentración. Pero el principio de oralidad, distinto del que se denomina proceso o juicio oral (tema tan amplio como debatido, del que ahora no podemos tratar), se circunscribe al medio de expresión.⁷¹

34) Acabamos de referirnos al *principio de concentración*. Su nombre deriva de que se concentran en una sola audiencia, o a lo sumo, en pocas audiencias próximas, los actos procesales fundamentales. Como afirma Chiovenda, "cuanto más próximas a la decisión del juez están las actividades procesales, tanto menor es el peligro de que la impresión adquirida por éste se borre y de que la memoria lo engañe, y tanto más fácil resulta mantener la identidad física del juez que, en cambio, en un largo periodo puede fácilmente cambiar".⁷² Al principio de concentración se opone el de *continuidad*, así denominado porque a través de una serie de fases, el proceso se continúa, asegurándose el enlace y tránsito de unas a otras mediante su reducción a escrito. Por tanto, del mismo modo que concentración se asocia a oralidad, escritura y continuidad forman pareja.⁷³

35) Desde el punto de vista del *conocimiento de las actuaciones*, nos encontramos con los principios de *publicidad* y de *secreto*. Para Chiovenda, la publicidad puede entenderse, o como admisión de los *terceros* (público) a asistir a las actividades procesales o como necesidad entre las *partes* de que toda actividad procesal pueda ser presenciada por ambas.⁷⁴ La publicidad en estricto sentido es la primera, o sea la que se extiende a terceros (o mejor dicho, a *extraños*, ya que terceros, como los testigos y peritos, tienen acceso más o menos circunscrito al proceso, medie o no publicidad), mientras que la segunda encaja mejor como expresión del principio de bilateralidad, conforme al cual, el proceso debe ofrecer a las partes idénticas oportunidades para la defensa de

⁷⁰ Cfr. *Der. Proc. Pen.*, II p. 210.

⁷¹ Cfr. *Der. Proc. Pen.*, II, pp. 210-11. Sobre la cuestión, véase nuestra conferencia citada en la nota 57.

⁷² *Principios de Derecho Procesal Civil*, vol. II, (Madrid, 1925), p. 134.

⁷³ Cfr. *Der. Proc. Pen.*, II p. 212.

⁷⁴ Cfr. *Principios*, vol. II, p. 171.

sus derechos, aunque se trate de regla con diferentes excepciones (posposición del contradictorio en algunos juicios y procedimientos civiles; restricciones durante la instrucción penal). No se crea, sin embargo, que para que un proceso se inspire en el principio de publicidad, ésta haya de extenderse a todos sus actos: ello supondría en la actualidad enorme perturbación en la vida forense, si cualquiera y en cualquier momento tuviese derecho a la exhibición de la parte escrita del proceso o a presenciar sin cortapisa alguna todos los actos de desarrollo oral. La publicidad tiene, pues, un alcance más restringido: significa tan sólo que ciertos actos son accesibles al público, o que de ciertos actos se da cuenta al mismo. A la primera forma, que denominaríamos publicidad *activa*, pertenece la de las audiencias, mientras que a la segunda, que designaríamos como publicidad *pasiva*, corresponden todas las comunicaciones procesales efectuadas para conocimiento general (desde la publicación de la sentencia, a las notificaciones o llamamientos por edictos o radiofónicos). La publicidad activa constituye, desde luego, garantía esencial de un buen enjuiciamiento: basta la posibilidad de que el público pueda asistir a las audiencias, para que se ejerza sobre la administración de justicia una saludable vigilancia. Pero al mismo tiempo, sería negar la evidencia desconocer que la publicidad se desvía a veces de su verdadero cometido, hasta degenerar en coacción, o se interesa sólo por lo truculento y aun lo morbosos, sin que tales riesgos se conjuren siempre mediante las restricciones que por motivos de moralidad, orden público, higiene, respeto a la víctima, etcétera, según los códigos, conducen al desarrollo de los debates *a puerta cerrada*, o sea en régimen de publicidad circunscrita a ciertas personas. Esta postrera situación hace que entre la publicidad plena de la audiencia y el secreto, por ejemplo, de la instrucción penal, en las legislaciones que lo consagran, o de la deliberación de la sentencia en un tribunal colegiado, existan manifestaciones intermedias, que podrían denominarse de *semipublicidad*.⁷⁵

36) Enumeremos ahora, sin el propósito de agotar la lista, algunos otros principios: el del *juez natural* ante el cual deba responder el justiciable, y que significa un amparo contra arbitrariedades y molestias; el de la *identidad física del juzgador*, al que ya nos hemos referido (*supra*, núm. 34), tendiente a asegurar que de la totalidad de cada instancia o grado procesal conozcan el o los mismos funcionarios; el de *libertad de forma*,⁷⁶ en cuanto a la rea-

⁷⁵ Cfr. *Der. Proc. Pen.*, II pp. 213-15. Recordemos que en la Suprema Corte mexicana se practica la nada convincente y, a veces, hasta poco edificante deliberación pública del fallo entre sus ministros (cfr. arts. 182 y ss. de la ley de amparo de 1935, especialmente el 186, y para la crítica de semejante fórmula, DE PINA, *La publicidad en el periodo de discusión de la sentencia*, en su folleto "Temas de Derecho Procesal", México, 1941, pp. 107-114 —2ª ed., 1951, pp. 101-B—).

⁷⁶ Consagrado por el art. 121 del cód. proc. civ. italiano de 1940, que ha influido en

lización de los distintos actos, a fin de acabar con formulismos y formalismos innecesarios, pero sin que deba interpretársele como carente de restricciones, ya que, al mismo tiempo, las formas procesales son necesarias para la defensa judicial del derecho, según han reconocido espíritus tan distintos, como Montesquieu, Napoleón e Ihering.⁷⁷ (Cabría, pues, hablar de una *libertad formal condicionada*, o sea en cuanto el legislador no imponga la observancia estricta de una determinada forma;⁷⁸ el de *fundamentación*, respecto de todas aquellas actuaciones destinadas a provocar una convicción en el ánimo de otro, porque siendo el proceso un mecanismo esencialmente liberal, ha de cuidarse de *convencer* y no, simplemente, de *vencer*, como le bastaría si fuese reaccionario: este principio se extiende no sólo a actos tan capitales, como la demanda, la contestación a la misma, la querrela y la acusación, los medios impugnativos o la sentencia, sino asimismo al señalamiento por los testigos de la razón de ciencia de su dicho, a las explicaciones y aclaraciones de los peritos y, muy especialmente, a la apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica; el de *moralidad*, en cuanto a la línea de conducta a observar, por cuantos intervengan en el proceso, que debe servir para discutir lo discutible, pero no para negar la evidencia, ni para rendir por cansancio al adversario que tenga razón; y el de *impugnabilidad motivada* de las resoluciones judiciales, inclusive las sentencias firmes mediante el remedio excepcional de la revisión, de tal modo que no baste con los fundamentos aducidos con mayor o menor habilidad por el recurrente, sino que ellos habrán de girar alrededor de los motivos fijados por el legislador para consentir la impugnación, por lo menos cuando se trate de sus manifestaciones más elevadas.⁷⁹

37) La existencia de diferentes tipos de proceso, adscritos a la satisfacción de otras tantas necesidades procesales, dificulta la formación de una *lista invariable de principios*, que sirva para la substanciación de todos ellos. Sin embargo en términos generales, los principios que deben inspirar un buen enjuiciamiento o conducir a su reforma si no los satisface, serían: independencia e inamovilidad del juzgador; unidad, independencia respecto del Ejecutivo, y legalidad, en la actuación del ministerio público; dispositivo, en cuanto a la promoción del proceso civil y mixto de acusación estatal y particular, en materia penal, para que la segunda supla las insuficiencias de la primera; inmediatividad en la asunción de diligencias; sana crítica, para apreciar la prueba;

el art. 6 del proyecto uruguayo y ha sido calcado también en el 121 del anteproyecto mexicano.

⁷⁷ Citados por GALLARO Y GONZÁLEZ, *Formalismo procesal* (en "Anales de la Universidad de Valencia", 1920-21, p. 445).

⁷⁸ CARNELUTTI diferencia la forma vinculada, la autorizada y la libre (cfr. *Sistema*, núm. 465).

⁷⁹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, núms. 128 y 132.

contradicción, para reunir el material del proceso, e instrucción, como freno de los extravíos de las partes y como complemento de su deficiente actividad; escritura, para fijar el tema litigioso, y oralidad, para su discusión; concentración, en el desarrollo del procedimiento; publicidad, dentro de los límites y con las salvedades expuestas (cfr. *supra*, núm. 35); bilateralidad, juez natural, identidad física del juzgador, libertad formal condicionada, fundamentación, moralidad, e impugnabilidad motivada, todos ellos en los términos hace un momento (*supra*, núm. 56) señalados.⁹⁰

⁹⁰ Cfr. ob. cit. en la nota anterior, núm. 132.

ADDENDA ET CORRIGENDA

A) *TEXTO: Núm. 12:* El código francés de *instrucción criminal* de 1808 ha sido reemplazado por el de *procedimiento penal* de 1957-8. Acerca de éste, véanse mis reseñas en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", núm. 32, mayo-agosto de 1958, pp. 183-9, y núm. 38, mayo-agosto de 1960, pp. 101-6, así como, en orden a la literatura en torno a él, el núm. 37, enero-abril de 1960, pp. 250-5.— *Núm. 20:* De los principios que dan título al presente ensayo ha hablado también, años más tarde, PRIETO-CASTRO en su informe *Principios políticos y técnicos para una ley uniforme*, en las pp. 129-237 del volumen "Actas del I Congreso Ibero-Americano y Filipino de Derecho Procesal: Madrid 14-19 noviembre de 1955" (Madrid, 1955).

B) *NOTAS: (4) Sub f: 1) Unificación legis. proc.:* en "Anales de Jurisprudencia", octubre-diciembre de 1948, y en "Revista Jurídica Veracruzana", núm. 6 de 1948; 2) *Nombre, extensión, etc.:* en "Anales" cit., abril-junio de 1949, y en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", núms. 47-48, julio-diciembre de 1950. Con posterioridad a la fecha de impresión de este ensayo (1950) he seguido ocupándome de la reforma procesal en diversos países (Argentina, Brasil, Cuba, España, Estados Unidos, Francia, Guatemala, México, Suecia, Vaticano, Venezuela, Yugoslavia, más diversas convenciones internacionales, que no es posible mencionar aquí, so pena de elaborar una larga y farragosa lista. La mayoría de tales estudios legislativos aparecerá reunida, probablemente en 1974, en el tomo IV de mi *Miscelánea Procesal*.— (8) Transcritos varios de sus números por PALLARES en el artículo *Festinación legislativa*, en "El Universal", México, 3 de agosto de 1948.— (20) La ley y el reglamento de lo contencioso-administrativo de 1894 han sido reemplazados en España por la ley sobre la materia, de 1956, que ha eliminado el segundo de dichos textos y que se remite como supletoria a la de enjuiciamiento civil (cfr. sus arts. 25, 27, 49, 51, 65, 69, 74, 87, 102, y 131 y, especialmente, por su carácter genérico, la disposición adicional 6ª).— (22) Aun cuando el proyecto Carnelutti da la impresión de abarcar sólo dos libros (cfr. *supra*, nota 10), en realidad debía tener tres, pero el tercero (destinado a los procedimientos especiales) no llegó a ver la luz: cfr. CALAMANDREI, *Note introduttive allo studio del Progetto Carnelutti*, publicado primero en Alemania (1928); luego en sus "Studi sul Processo Civile", vol. IV (Padova, 1939; pp. 87-101 y últimamente en sus "Opere Giuridiche", tomo I (Nápoli, 1965; pp. 188-99), núm. 8.— (42) Acerca del código procesal sueco, véase mi reseña del mismo en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 18, septiembre-diciembre de 1953, pp. 213-21.— (48) En la actualidad rige en Portugal, en lugar del de 1939, el código procesal civil de 1961, (muy semejante al derogado), cuyos artículos llevan ya todos rúbrica a su cabeza.— (65) La conferencia de DE PINA sobre *El ministerio público en el anteproyecto*, se publicó en la "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", núms. 47-48, cit., pp. 89-105.