

BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*

Víctor Fairén Guillén

513

BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2ª edición, "Textos Universitarios". Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1970, 314 pp.

Se editó por primera vez este conocido libro en 1947, y ahora aparece de nuevo con el mismo subtítulo: "Contribución al estudio de los fines del proceso", enriquecido por copiosas y numerosas "adiciones" y nuevas notas, en las que el autor, que a través de su brillante historial científico viene mostrando ser uno de los juristas españoles que posee mejor información (y ahí están últimamente, como prueba, dos obras suyas: *Veinticinco años de evolución del derecho procesal* (México, 1968) y el primer volumen de la *Miscelánea de derecho procesal* (México, 1972), pone al día y enriquece notablemente la primera edición, ya de por sí muy abundante en notas de amplitud.

La obra, como en su edición anterior, y en su contexto fundamental, está dividida en seis capítulos: una "Introducción" justificativa (I), y los dedicados a la "Autodefensa" (II), a la "Autocomposición" (III), al "Proceso" (IV), a las "Repercusiones e interferencias mutuas" (V) y a los "Fines y limitaciones del proceso" (VI). Sigue una muy amplia exposición de la bibliografía utilizada, con índices alfabéticos de materias, de autores y de disposiciones citadas (cap. VII y VIII) y termina con una "Addenda y corrigenda" del texto y de las notas.

El profesor AZC, catedrático de las universidades españolas de Santiago y, después, de Valencia, y actualmente investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, se ha mostrado desde hace mucho tiempo (desde su acceso a la cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela) partidario de la creación de una doctrina general del derecho procesal, a plasmar desde los puntos de vista doctrinal y docente, en una "Parte general del derecho procesal" (véase su "programa" de la disciplina, de 1933), dirección en la cual le hemos seguido siempre. De ahí el especial cromatismo de sus trabajos, siempre impregnados de tal esencia.

Pues bien, una "medida" del campo del proceso, da a conocer sus límites, y "la otra parte" de los mismos, las de las figuras que también se destinan a solventar "litigios", clave de todo estudio en la materia; así aparecen la "Autocomposición" y la "Autodefensa"; pero estos linderos, como obra del espíritu, no son rígidos e impermeables, dándose todo un sistema de influencias e interferencias entre nuestras tres figuras. Y solamente abarcando el estudio de este complejo terreno se llega a la determinación de la función del proceso. Éste es, en síntesis, el *thema* de la obra.

Se basa el autor, en una amplia concepción del "litigio" que excluya "especificaciones contrarias a su propio alcance" —lo cual imposibilita o

dificulta su aplicación al campo del proceso penal, y así se experimentó por el propio Carnelutti— definiéndolo como “el conflicto jurídicamente trascendente, que constituya el punto de partida o causa determinante de un proceso, de una autocomposición o de una autodefensa” (p. 18).

El encuadramiento sistemático de “autocomposición” y de “autodefensa” junto al proceso, pese a su naturaleza diferente, lo ve en síntesis el autor, como una necesidad, ya que solamente una “parte general del derecho procesal” tendrá fuerza atractiva para cobijar a tales figuras de cuya proximidad con el proceso, por otra parte, no hay duda (pp. 24 y ss.).

En el capítulo II, examina la “Autodefensa” entrando en materia con la exposición de la casuística hoy día admitida en los ordenamientos jurídicos (pp. 35 y ss.); desde el derecho penal común al laboral (huelga, *lock-out*, etcétera. Entendemos como muy claro, que el examen de la figura de la autodefensa, impone un descarnado realismo, ya que ella misma no nació en los estudios de los juristas, sino *en la calle* y en un estadio prejurídico (valga la expresión) de la humanidad. Precisa, pues seguirla en su terreno, y esto es lo que el autor hace, con fuerte apoyo normativo y fenomenológico (pp. 37 a 46).

Fija los caracteres de la autodefensa, tras laboriosa disquisición, sobre las ventajas e inconvenientes de la expresión; se trata a) de la ausencia de juez distinto de las partes, y b) de la imposición de la decisión por una de las partes a la otra, sin que sea el egoísmo nota característica (pp. 53 y ss.); todo ello, con la excepción de la “legítima defensa de tercero”, que se aproxima al proceso (pp. 50 y ss. y 54). La diferenciación de este tipo de defensa, de la autocomposición, y su inclusión en la “autodefensa” es una muestra de la agudeza del autor (p. 54).

Es muy clara la justificación de la subsistencia actual de fenómenos de autodefensa, admitida en los ordenamientos modernos (pp. 55 a 61).

En cuanto a las clases de autodefensa, el grupo d) (“de ejercicio de una potestad por uno de los sujetos en litigio”), entendemos que el autor, al citar como ejemplo a las “seudojurisdicciones administrativas” (p. 59) se aproxima a las concepciones de jurisdicción en ciertos regímenes excesivos, pero existentes. He ahí un tema de meditación para quien quiera profundizar en el estudio del concepto de jurisdicción.¹

Termina este capítulo con la discusión de la opinión de Calamandrei sobre la prohibición de la autodefensa, mostrando cómo hay especies de la misma (la legítima defensa, el estado de necesidad) que habrán de subsistir siempre, con salvedades (pp. 69 y ss.).

En el capítulo III, se trata de la autocomposición.

En cuanto a su naturaleza y encuadramiento (pp. 71 y ss.), dice examinarla “como modo de terminar los procesos” mejor que como “medio para la solución de los litigios” (posición acertada, a nuestro entender; él mismo recuerda la transacción extrajudicial y el desistimiento como especies de autocomposición en que no se resuelve el litigio); lo que seguimos sin entender bien, es que se hable de “modos anormales de conclusión del proceso”; cabe, si, pensar en esta “anormalidad” si se concibe al proceso como un instrumento rígido que *naturalmente* debe terminar por medio de

¹ Cfr. nuestra comunicación a la VIII Reunión de Profesores de Derecho Procesal (Valencia, España, mayo de 1972). *La potestad jurisdiccional*, en prensa.

una sentencia (y de la ejecución de la misma), mas si se le concibe como un medio para obtener las satisfacciones jurídicas,² la idea de "anormalidad" del mismo cuando no llega al término por sentencia, no puede subsistir, aunque se haya alcanzado por medio de la figura que entraña esa "anormalidad" (la autocomposición entre ellas, en algunas de sus manifestaciones), que entonces, pasa a estar al servicio de... la "normalidad", de la situación jurídica satisfactiva.

En el epigrafe "Móviles y fundamento" de la autocomposición (pp. 78 y ss.) diferencia entre el "fundamento jurídico" de la misma, y "los móviles internos", entre los cuales puede haber divorcio; aunque desde el exterior, la autocomposición aparezca como una "expresión altruista" que, si se examinan sus móviles internos, desaparecería. Juega aquí la fundamental diferencia entre las nociones de "existencia", "aparición" y "evidencia", tan cara a los procesalistas clásicos como Goldschmidt y también Sauer.³

Tipifica a la autocomposición como "bilateral" o "unilateral" (las últimas, allanamiento y desistimiento; la primera, la transacción; pero entendemos que, si en la transacción se hace constar que la iniciativa de la misma fue unilateral, a la que siguió la aceptación más o menos completa de la iniciativa global, por la otra parte, podría acercarse a las autocomposiciones unilaterales o formar un grupo intermedio) (cfr. pp. 79 y ss.).

Y en "preprocesal", "procesal" y "posprocesal" (verbigracia, de esta última la renuncia a la ejecución, o el perdón del ofendido, p. 81); pero las formas genuinas de la autocomposición, son tres: allanamiento, desistimiento y transacción (pp. 82 y ss.). Diferenciando de modo sutil que "la conclusión del proceso en virtud de autocomposición no significa... que no recaiga resolución judicial y sí sólo que ella no constituye verdadera decisión jurisdiccional del conflicto objeto del proceso" (p. 82). Cierto, mas en la alternativa que propone "Excluida, por tanto, en esos casos o considerablemente cercenada, cuando menos, la potestad jurisdiccional..." estimamos que la potestad jurisdiccional no queda excluida, sino simplemente recortada, pues el "juzgar" de la definición de jurisdicción, se sigue produciendo, aunque sea en un sentido "homologador", como el mismo autor dice (p. 82).

Estamos totalmente de acuerdo con cuanto, en claro resumen, expone sobre el "desistimiento" (pp. 83 a 85); nosotros lo llamamos "Renuncia" (cfr. *infra*).

Lo mismo, en general, sobre el allanamiento; con una salvedad. Entendemos que el fenómeno de la "conformidad del acusado" en el proceso español, tan brillantemente tratado por el autor en otro trabajo,⁴ es un fenómeno de disposición, no sólo de los actos del proceso, sino de un derecho material que de por sí es irrenunciable (delito-pena), a no ser que el ordenamiento jurídico admita la extensión al mismo del principio dispositivo (la disposición del derecho a la defensa sobre el derecho penal alegado frente al acusado,

² Cfr. nuestro trabajo *El proceso como función de satisfacción jurídica*, en "Temas del ordenamiento procesal", Madrid, 1969, t. 1, pp. 652 y ss., y esp. pp. 388 y ss.

³ Cfr. Sauer, *Allgemeine prozessrechtslehre*, Berlin-Dctmonld-Köln-München, 1951, esp. pp. 151 y ss. Y nuestro trabajo *El proceso como función*, cit., pp. 378 y ss.

⁴ Especialmente, en su excelente trabajo *El juicio penal truncado del derecho hispano-cubano*, en "Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional", Buenos Aires, 1944, *passim*.

por éste mismo); para nosotros, esa disposición es un "acto procesal con doble función", en la que quedan "dispuestas" incluso normas constitucionales.⁵

En cuanto a la transacción, el autor recoge sus tipos "aproximados" al desistimiento y al allanamiento, con lo que la clasificación de la autocomposición en "unilateral" y "bilateral", queda matizada y completa a la luz de la realidad (cfr., pp. 79 y ss.).

Como "figuras afines y dudosas" a la autocomposición, trata de la retracción en los juicios por calumnia e injuria; del desistimiento espontáneo de la tentativa y el arrepentimiento activo (pp. 94 y ss.); del consentimiento de la víctima; de la confesión —de la que estudia sus diferencias con el allanamiento, página 96, sugiriendo la necesaria desaparición de la confesión como medio de prueba legal, páginas 96 y ss. Hemos dicho sobre este trascendental punto —hallándonos de acuerdo, en general, con la tesis del autor— que no vemos inconveniente en que perdure la confesión en el proceso civil (la única que en realidad tiene carácter de tal; bajo juramento decisorio) siempre que se trate de un objetivo transigible y no de carácter público; si una de las partes tiene plena confianza en las convicciones religiosas de la contraria hasta el punto de sujetarse a las plenas consecuencias de su juramento de decir verdad, debe ser perfectamente libre de hacerlo, por las mismas o análogas razones por las que pudo muy bien resignarse a no litigar, o transigir o . . . allanarse.⁶ Lo que ocurre es que dudamos de que en tales condiciones, y pese a que hay Estados en los cuales existe una religión oficial, haya nadie o casi nadie que lleve su confianza a ese extremo . . . (el desuso de la confesión civil bajo juramento decisorio en España, país confesional católico, lo prueba).

Tras tratar de la consignación, se refiere al "desistimiento". Recordemos que antes, el autor, se ha referido a él, y que apostillamos "nosotros lo llamamos 'renuncia'". Y en efecto, el autor, recoge lo que nosotros denominamos "desistimiento", como "renuncia a los actos del juicio" siguiendo terminología italiana. Se trata de un problema de terminología. Estimamos más claro asignar el nombre de "desistimiento" por antonomasia, al "desistimiento de la pretensión" (en el sentido que damos a esta expresión, cfr. nuestros trabajos *Acción, pretensión y derecho político*⁷ e *Ideas para una doctrina general del derecho procesal*)⁸ o si se quiere —aunque no sea sinónimo— "desistimiento de la demanda", o "de la instancia". Y mejor, denominamos "renuncia" a la "renuncia al derecho de acción";⁹ con la diferencia —que el autor ve entre lo que él denomina "desistimiento" y "renuncia a los actos

⁵ Cfr. nuestro trabajo *La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema cusatorio español*, en "Temas del ordenamiento procesal", cit., t. II, pp. 1199 y ss., y esp., pp. 1231 y ss. (se trata de una comunicación que presentamos al IV Congreso Mexicano de Derecho Procesal (Cuernavaca, abril de 1969). Cfr. también, en este "Boletín", núm. 15. (pp. . . .)).

⁶ Cfr. nuestro trabajo *Sugerencias sobre el Anteproyecto de Bases para el Código Procesal Civil de 1966*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valencia. España, 1966, parte III, cap. II, § 4.

⁷ Reseña mía de la 1ª ed. (Córdoba, 1956), en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 27,

⁸ En *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1955.

⁹ En *Temas del ordenamiento procesal*, cit., t. I, pp. 306 y ss.

del juicio"— de que en el primer caso —para nosotros “renuncia”—, el proceso es irreiterable, mientras que en el segundo —si esa “renuncia a los actos del juicio” tuvo lugar en la primera instancia—, el proceso es reite-
rable.¹⁰

Diferencia, pues, terminológica; pero seguimos manteniendo la oportunidad de la nuestra.

Termina este capítulo con el examen de la caducidad, y de los hechos que impiden la continuación del proceso (confusión de derechos), así como de las “circunstancias que quiten al proceso su razón de ser o que impidan su curso” (p. 101); muerte, amnistía, reforma legislativa. Apunta con acierto que estos hechos “formarían un cuarto sector junto a los tres objeto del presente cursillo” (p. 102).

El capítulo iv de la obra, se dedica a el “Proceso”. Tras una disquisición sobre la evolución de la doctrina procesal —a través de sus etapas, entre ellas, la procedimentalista— estudia “el proceso como desarrollo”, como procedimiento (pp. 112 y ss.), deslindando los conceptos —tantas veces confundidos— de “proceso” y “procedimiento”, caracterizado aquél “por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio”; en cuanto al carácter jurisdiccional del proceso, estamos totalmente de acuerdo; debe considerársele como vehículo monopolizado por la jurisdicción¹¹ (p. 116) en tanto el procedimiento es una simple coordinación de actos en marcha, relacionados entre sí por la unidad del efecto jurídico final. Llama la atención sobre la trascendencia del procedimiento y de sus defectos (“para las reformas de los códigos procesales, se precisan —dice— dos garantías técnicas: designación de un *verdadero* especialista para que dirija la empresa”, y concesión de tiempo suficiente para redactar y revisar los proyectos.¹²

Examina a continuación las grandes direcciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica del proceso; las privatistas (contractual y cuasicontractual) —con su crítica—; la publicista (de la relación jurídica y de la situación jurídica); nos parece acertada su conclusión selectiva: “. . . quizás la solución del problema relativo a la naturaleza del proceso venga de una fusión de las doctrinas de la relación y la situación jurídica”¹³ (p. 129). Mas será necesario unificar o, al menos, sistematizar la serie de puntos de vista desde los cuales se construye la naturaleza jurídica del proceso; he aquí un problema de subjetividad muy complicado.

A seguida, enumera una serie de “intentos de menor alcance” sobre la determinación de la naturaleza jurídica del proceso (pp 130 y ss.).

En resumen, para el autor —y sigue en lo cierto— las doctrinas privatís-

¹⁰ Cfr. nuestros trabajos, que el autor nos hace el honor de citar en p. 85.

¹¹ Cfr. nuestro trabajo *La potestad jurisdiccional* cit. y *Algunos principios fundamentales de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870*, en “Estudios en honor de Guldener” (en prensa).

¹² Añadiríamos otras: la de guardar orden en las reformas y no intentar comen-
zarlas al revés; no mezclando además, dos políticas legislativas diferentes y aun
antagónicas.

¹³ En cuanto a la diferencia de enfoques de Carnelutti y Goldschmidt tam-
bién recordada por el autor, también nos hemos ocupado de ella. Cfr. nuestro
trabajo *El proceso como función de satisfacción jurídica*, en “Temas del Ordena-
miento procesal” cit., t. 1., esp., pp. 376 y ss.

ticas se apoyan en el concepto de “litiscontestación”¹⁴ y las publicísticas en el de “litispendencia”; mas estimamos que esta diferencia, no sólo trasciende al del concepto de acción como dice el autor (p. 133), sino también al de jurisdicción, o quizás mejor, trae su trascendencia de dos concepciones diferentes de la jurisdicción.

Aborda el autor, después (pp. 136 y ss.), el problema de “los tipos de proceso”, partiendo del principio de “unidad del derecho procesal” sin confundirlo con la “identidad de sus distintas ramas” —principio del cual hemos partido siempre en nuestras construcciones, siguiendo al autor.¹⁵

Desde el punto de vista de su contenido, examina los juicios universales y singulares —en el seno del proceso civil (pp. 138 y ss.); por la “índole del proveimiento emitido por la autoridad judicial”, la jurisdicción contenciosa y la voluntaria, haciéndose eco de las doctrinas sobre la naturaleza jurídica de ésta, y de la suya propia (pp. 142-146).

Desde el punto de vista de la “función”, clasifica a los procesos mejor por sus fases que por tipos: “fase de conocimiento y fase de ejecución” (p. 149) (después de pasar revista a las diversas clasificaciones). Pero en este caso, vemos disminuir o desaparecer la objeción contra el “proceso cautelar” o contra lo que el autor denominaría “fase cautelar” (que esparcida a lo largo de todo el complejo procedimental, mejor podría denominarse “faceta cautelar”. Seguimos estimando que, pese a reconocer, como el mismo autor, que al “proceso cautelar” como tipo, “lo integran instituciones de muy diversa índole y desconectadas entre sí” (?) y... “al girar en torno al litigio del proceso principal, carece de sustantividad y se reduce a ser un episodio del mismo”, la autonomía de este tipo procesal, subsiste, en cuanto autonomía *instrumental* y el sistema de principios bajo el que todas esas medidas de diversa índole funciona (que a su vez, acaban por unificarse, si se acepta la categoría de las “medidas indeterminadas”,¹⁶ —principios de provisionalidad, de evitar el *periculum in mora* justamente aparecido, en parte, en razón de la extensión temporal del proceso declarativo, la variabilidad y revocabilidad, siguiendo el principio *rebus sic stantibus*, extinción a término o a plazo, el constituir un juicio de verosimilitud, etcétera—¹⁷ justifica que se haga de él una distinción. No puede estar a la altura del binomio clásico —proceso declarativo-ejecutivo—, pues a ambos sirve, pero se *diferencia* de ellos en este servicio. Seguimos, pues, adheridos a la doctrina de la autonomía del proceso cautelar, siguiendo al maestro Calamandrei.¹⁸

¹⁴ Cita aquí el autor, en adición, una serie de trabajos nuestros en los que nos propusimos ahorrer definitivamente de la actualidad procesal a la *litis contestatio*. Creemos haberlo conseguido, al menos en cuanto al Tribunal Supremo Español.

¹⁵ Son muy numerosos nuestros trabajos sobre partes de la doctrina general del derecho procesal; se hallan en nuestros *Estudios de derecho procesal* (Madrid, 1955) y en los “Temas” ya cit., t. I. Cfr., como muestra, *Ideas para una doctrina general del derecho procesal*, en *ob. ult. cit.*, t. I., pp. 271 y ss.

¹⁶ De las que aparece un leve y abortado asomo en el art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española.

¹⁷ Cfr. nuestro trabajo *La reforma del proceso cautelar español*, en “Temas” cit., t. II, pp. 895 y ss.

¹⁸ En su *Introduzione allo studio dei provvedimenti cautelari*, Padua, 1936. Anotemos que la sistemática de Rosenberg, y a partir de la 4ª edición de su *Lehrbuch*, fue alterada con ref. a las anteriores; y que en un libro IV estudiaba el “Aseguramiento

Otra diferenciación tipificadora de procesos, es la “de la existencia o no de contradictorio” (y recordemos aquí, como hace el autor que una fase fundamental —la primera— de los procesos cautelares, suele carecer de él). La existencia de un tipo procesal sin contradictorio, supone, efectivamente, un grave escollo frente a la doctrina de la relación jurídica procesal. Y no podemos entrar aquí a desarrollar nuestra idea sobre el mecanismo por medio del cual se resuelve el problema.

Como otros criterios de clasificación de tipos procesales, expone las de “procesos desenvueltos ante jueces privados” y “jueces públicos” (pp. 152 y ss.) y entre procesos “individuales” y “colectivos”, señalando en este último caso, la especial naturaleza de la sentencia, lo cual explica que en no pocos regímenes, se confíe la resolución de los “conflictos colectivos de trabajo” —los más frecuentes, importantes y agudos— a autoridades no jurisdiccionales.

Tras el recuerdo de los tipos de proceso “incidental” y “principal o de fondo” (p. 155) pasa a examinar los tipos procesales penales clásicos; su observación del tipo de “proceso inquisitivo puro” es acertada; pero no creemos (no tenemos más remedio que “creer” y no correctamente, “valorar, que es lo que el jurista debe hacer) que ese tipo inquisitivo “puro” exista en países civilizados, sino más bien una “inquisición” con concesiones al otro sistema;¹⁹ y si “existe”, no es proceso. Hemos dicho: que en “realidad, puede no tratarse sino de una burda máscara con la que se cubre la siniestra “razón de Estado”;²⁰ el autor, con otras palabras, se aproxima a esta solución. Se trata de “una autodefensa estatal procesalizada” (p. 156) aunque no quepa engañar al jurista con ese barniz de “procesalización”.

Estamos conformes con la tesis del autor, en cuanto al carácter de la “instrucción penal” (pp. 156 y ss.), si es inquisitiva, el “proceso preliminar”; proceso “preliminar” que se transforma en “todo el proceso” en los casos de que termine con un sobreseimiento definitivo.²¹

Con respecto a “clasificaciones impropias” de los tipos procesales, el autor examina, entre otras, la de “ordinarios” y “sumarios”, diversificados según él por “la forma del procedimiento” (p. 159). Lamentamos no estar de acuerdo. Para nosotros, la “sumariedad” propiamente dicha, consiste en una cognición (un conocimiento, mejor), *parcial* del litigio, de lo cual se deduce que será posible, una vez terminado el juicio sumario, plantear el problema

de derechos en peligro por medio de embargo y medidas provisionales”, esto es, tras un libro de “Teorías generales”, aceptaba la clasificación tripartita de conocimiento, ejecución y cautela. No conocemos la II parte o tomo de la 10. Ed., a cargo de Kaul, ni sabemos si habrá respetado este criterio.

Cfr. también Carnelutti, *Intorno al progetto preliminare del codice di procedura civile*, Milan, 1937, p. 9. El mismo autor mantuvo esta posición tripartita en sus *Orientaciones para una reforma del enjuiciamiento civil cubano*, en “Ensayos” cit., p. 126, aunque rectificó en sus *Principios técnicos y políticos de una reforma procesal*, en “Publicaciones de la Universidad de Honduras”, Tegucigalpa, 1950, p. 11. Cfr. también nuestro trabajo *ult. cit.*, pp. 907 y ss.

¹⁹ Cfr. nuestro trabajo *La disponibilidad del derecho a la defensa* cit., p. 1208, esp. nota N^o 20.

²⁰ Cfr. nuestro trabajo *El proceso como función de satisfacción jurídica*, pp. 386 y ss., y esp. p. 387.

²¹ Cfr. *La disponibilidad*, cit., nota N^o 30, con ref. al derecho español.

litigioso de modo *pleno*, completo, en un juicio plenario;²² por ello, nos parece propia la clasificación de los procesos en sumarios y plenarios;²³ la introducción de la expresión “ordinario” es lo que complica las cosas. Y otra es que se haya sufrido el error histórico de confundir la “celeridad”, la “rapidez” procedimental, con la “sumariedad”, ya que existen juicios plenarios rápidos; esto es, la “forma acelerada” no es exclusiva de los juicios sumarios.

En el capítulo V el autor estudia las “Repercusiones e interferencias” entre autodefensa, autocomposición y proceso (pp. 163 y ss.).

Lógicamente, no se trata de compartimentos estancos (p. 163). El razonamiento con el que combate la errónea doctrina según la cual, la querrela de particulares sería una manifestación de la venganza, es muy acertado; se trata de una autodefensa en que “el autodefensor se comporta como órgano estatal momentáneo, que puede llegar al grado de imparcialidad cuasijudicial de quien defiende a un tercero con quien ningún vínculo afectivo le une” (p. 167). Exacto. La doctrina de Jellinek es la aplicable al caso.²⁴

Bien examinado el mecanismo del desdoblamiento de la autodefensa, para dar a luz al proceso, en “acción y jurisdicción” (pp. 168 y ss.); el tránsito, considerado desde el punto de vista orgánico, que aparece en los “tribunales paritarios” o clasistas (pp. 170 a 174) (discrepamos en cuanto a que sea un proceso lo que se desarrolla ante “funcionarios administrativos” o “delegados gubernativos”; pues a nuestro entender falla el requisito fundamental de su independencia); la defensa de las partes por sí mismas, es una reminiscencia de la autodefensa (pp. 176 y ss.).

El autor examina a continuación “la fiscalización del proceso por la autodefensa y viceversa” (pp. 177 y ss.). En primer lugar, los requisitos previos a la apertura del proceso, de autorización de personas o corporaciones interesadas, cual son los parlamentos en caso de pretenderse proceder criminalmente contra uno de sus miembros (con el inconveniente de que la “inmunidad” se pueda transformar en “impunidad”, p. 178); la actuación de interesados en ciertos acuerdos de trascendencia sobre un proceso (así las juntas generales en los procesos concursales —y aún, en España en el simple caso de las sociedades anónimas—); la homologación necesaria de sentencias, o el necesario proceso para fijar la existencia de autodefensa (en los casos de estado de necesidad o legítima defensa). Hace figurar también una “autodefensa procesalizada” (“como la administrativa, la disciplinaria o la ejercida por tribunales de honor, p. 180”); nosotros estimamos que debe mejor hablarse de “autodefensa procedimentalizada” simplemente. Y al duelo, sobre

²² Cfr. nuestro libro *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953, *passim*; *El juicio ordinario, los plenarios rápidos y los sumarios*, en “Estudios de derecho procesal” cit., pp. 374 y ss.; *Juicio ordinario, plenarios rápidos, sumario y sumarísimo*, en “Temas” cit., t. II, pp. 823 y ss.

²³ Y en consecuencia, al proponer el contenido de un libro II de un posible código procesal civil para España sobre los procesos declarativos, la clasificación fundamental de estos procesos, lo es en “declarativos plenarios” y “declarativos sumarios” (Cfr. *La sistematización de los procedimientos declarativos españoles*, en “Temas” cit., II, pp. 747 y ss., y esp., p. 790).

²⁴ Cfr. nuestro trabajo *Ideas para una doctrina general del derecho procesal* en “Temas” cit., I, p. 312; *El proceso como función de satisfacción jurídica* cit., pp. 414 y ss., con bibl. cit.

el que tanto se ha hablado y aún se hablará en relación con el proceso —que en no poca parte, es descendiente histórico suyo.

Para evitar que el proceso se confunda con la autodefensa, aparece la institución de la recusación (pp. 181-184); exposición que le permite una provechosa excursión por el campo de nuestra literatura clásica —Calderón de la Barca—, etcétera.

En cuanto a las relaciones entre autocomposición y autodefensa (pp. 184 y ss.) dan lugar a dos combinaciones contrapuestas; cita al duelo, y al pacto comisorio.

El proceso, puede repercutir sobre la autocomposición, de modo previo (autorización para transigir en asuntos que afecten a menores) o posterior —homologación— (la de una denuncia, por ejemplo). Estudia especialmente los títulos ejecutivos contractuales que se hallan “a mitad de camino entre el pacto comisorio y la ejecución por obra del acreedor, de un lado, y la ejecución de una sentencia de condena tras un proceso de conocimiento, del otro” (p. 187); se trata de un fenómeno de “autocomposición preconstituida” (p. 189); estudia también el juicio monitorio en el que “no se pasa de la presunción de la existencia de la obligación” (*idem*).

Estudia los fenómenos patológicos en que se entrecruzan autocomposición, autodefensa y proceso: el proceso simulado, a diferencia del fraudulento, en que el fraude puede ser unilateral. A la inversa, existe y estudia “la necesidad de la solución procesal para obtener resultados que, sin la exigencia del legislador, podrían conseguirse en vía autocompositiva” (pp. 192 y ss.) (materia de anulaciones de matrimonio o divorcios cuando hay acuerdo previo de los cónyuges); para el autor se trata de jurisdicción voluntaria con forma procesal, con fines de garantía de autenticidad y publicidad.

Termina el capítulo con el examen de la conciliación.

En el capítulo vi, se estudian los fines del proceso en abstracto y las correlativas limitaciones, así como las extralimitaciones que deben evitarse.

Se trata de examinar la “finalidad” y no la “finalización” o el proceso (pp. 197 y ss.)

“Esencialmente, el proceso satisface una doble finalidad... preventiva y represiva. “En otros términos: el proceso sirve a un tiempo un interés individual y específico, que se circunscribe a cada uno de los litigios que resuelve” (entiende como interés individual “el que se contrae al litigio individualizado que cada proceso conduzca a su destino y no a la serie de ellos, sin perjuicio de las proyecciones atribuibles a la sentencia definidora del mismo”); pero al mismo tiempo, sirve a un interés social y genérico, que se extiende a cuantos litigios puedan someterse a la jurisdicción de un Estado. Piensa el autor en la “Justicia justa”, en la “Justicia con paz” (p. 199).

Ello le lleva a examinar el problema de si el proceso, la sentencia y la jurisdicción se limitan a declarar el derecho aplicable o sirven para crear derecho, tema en discusión desde hace tiempo (y que rebasa de los límites de la obra). Para el autor en general, los tribunales no crean derecho, salvo en cuatro hipótesis, que examina:

a) La del llamado “proceso dispositivo” (pp. 204 y ss.) o de equidad, sin ninguna peculiaridad procesal salvo en el contenido del pronunciamiento, ya que la sentencia se basa, no en una norma jurídica preexistente, sino en el arbitrio del juzgador. Pero en tal caso, el juzgador, cuenta también con una

norma preestablecida, que encierra una remisión tácita, bien a los principios generales del derecho, bien a las "normas de la experiencia" (*Erfahrungssätze*), cuyo papel define.

En los casos de "proceso absolutamente dispositivo" (de equidad) —amigable composición, por ejemplo— la falta de límites tampoco es absoluta, ya que los fijan, tanto el ordenamiento jurídico como los mismos términos de cada litigio. En síntesis, en todo proceso dispositivo, hay mayor margen judicial a la interpretación de la ley, y aun a su integración; pero "tales operaciones no elevan al juzgador a la categoría de órgano cuasilegislativo", ya que su actividad se reduce a hacer uso de las normas de la experiencia o de los principios generales del derecho.

b) La del "proceso colectivo", de extensión "a la categoría profesional en conflicto" extendiéndose los efectos de la sentencia a todos sus miembros, aunque no hayan litigado. En tal caso, las sentencias constitutivas, son netamente creadoras de derecho, por autorización legislativa.

c) La de la "integración de las lagunas jurídicas": entiendo que el juez, al colmarlas, y por razones similares a las de la primera hipótesis, no crea derecho (p. 207).

d) La del "derecho judicial inglés"; se trata, para el autor, de derecho consuetudinario, como en el más atenuado fenómeno de la jurisprudencia. Allí, se crea derecho por los jueces (p. 209).

Resumiendo: para el autor, el juez crea derecho en los casos de los conflictos colectivos de trabajo (estimamos, que *pueden* no ser solamente de trabajo) y del derecho judicial británico.

Pero si el proceso no sirve, en general, para crear derecho, sí que es "probablemente el más eficaz instrumento para su evolución" (p. 210), lo cual prueba mediante ejemplos (especialmente, el del ordenamiento francés napoleónico hasta nuestros días).

Tras una crítica de los excesos a que ha llevado la "adaptación evolutiva del derecho" —hacia la anarquía judicial (pp. 211 y ss.), con ejemplo de una conocida tesis española poco compartida, pero escandalosa—, pasa a examinar el proceso desde el punto de vista del "interés que satisface", evocando las doctrinas subjetivas o privatistas y las objetivas o publicistas (pp. 212 y ss.) Estima como excesivos a ambos grupos de doctrinas; precisa —se una a Carnelutti— tomar en cuenta el elemento patológico del proceso, el "litigio" (mostrando al proceso como destinado a obtener la justa composición del mismo, dentro de una fórmula de paz con justicia).

Desde el punto de vista de "la materia litigiosa" (pp. 214 y ss.), el radio de acción del proceso se ensancha en una triple dirección: a) la de "una batalla sin cuartel para reducir la autodefensa, no obstante las reapariciones de ésta"; b) en la de someter a intervención jurisdiccional zonas a él sustraídas hasta época reciente, y c) en la de poner término a la subsistencia de poderes o magistraturas irresponsables.

Muestras de la expansión del derecho procesal, son, la aparición de la justicia administrativa, el nacimiento del proceso laboral, el del proceso constitucional, el "enjuiciamiento especial de los menores" (para nosotros, es dudoso que se trate de un proceso, ni de una jurisdicción; mejor le vemos caracteres administrativos *sui generis*, tan *sui generis* como es el menor), el enjuiciamiento de la peligrosidad sin delito; el esbozo de un derecho procesal agrario y el proceso internacional.

En cuanto a la lucha contra poderes o magistraturas irresponsables (“que sólo subsisten en las cada vez menos numerosas monarquías constitucionales”, p. 219), se siguen limitando; aún quedan algunas restricciones funcionales de la jurisdicción, como lo son la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias, etcétera.

Desecha el autor el criterio de clasificar los procesos según el tipo de “acciones” (“declarativas, constitutivas, de condena”) ya que para él, se trata sólo de diferentes tipos de pretensión (sin embargo, hemos estimado útil estas diferenciaciones, para examinar la función formal o resultado del proceso).²⁵

Destaca, finalmente, en cuanto a los fines del proceso, el de “educación cívica o social” (pp. 220 y ss.), aludiendo a la necesidad de la “moralización del proceso”, que la literatura procesal comienza a destacar como se merece.

Da cuenta el autor, de la tentativa de “eliminar al proceso”, sobre la base de “los inconvenientes que se le atribuyen” —alusión a Baumbach y su ruidoso trabajo *Zivilprozess und Freiwillige Gerichtsbarkeit* (pp. 223 y ss.)— y a los “empeños en arrinconar al proceso penal” (pp. 225 y ss.), que han llegado a plasmar, porque el Estado, además de ser el titular del *ius puniendi*, ha de velar por el mantenimiento del orden público; los medios (que nosotros calificamos de “lucha contra el debido proceso penal legal”) son tres: el “llamado proceso inquisitivo puro” (para nosotros, este tipo, no es proceso), “la actuación policial y gubernativa” y los “tribunales de excepción de los Estados totalitarios”. Estamos plenamente de acuerdo con el autor.

Y en definitiva, sobre el tema de las tendencias expansivas y restrictivas del proceso, el autor llega a la conclusión de que, “el hombre amante de la libertad y del derecho debe de inclinarse decididamente a la primera”, conclusión que suscribimos. El problema es, pues, el del perfeccionamiento del proceso (p. 226), para lo cual fija un sistema de principios necesarios y fundamentales: los de escritura para la fijación del tema litigioso, y oralidad para su discusión; el contradictorio para la reunión del material procesal y el de oficialidad como freno de los extravíos de las partes; el de concentración en cuanto al desarrollo del procedimiento y el de libertad de forma en cuanto a la realización de los distintos actos; el de fundamentación respecto de las actuaciones destinadas a formar la convicción de otro y los de moralización, y el de impugnabilidad motivada de las resoluciones judiciales.

Estudia el autor el proceso “como garantía del justiciable” (pp. 227 y ss.), especialmente, con respecto al proceso penal —al que califica, aunque con significado distinto, de “verdadero derecho protector de los criminales”— (ha dado cuenta de excesos y de errores judiciales); garantía para el justiciable en todos los terrenos, como lo son el administrativo, el laboral y el constitucional.

Después, pasa a examinar “las extralimitaciones y limitaciones del proceso” (pp. 233 y ss.)

Aun cumpliendo el proceso una trascendental misión jurídica (como instrumento para la realización del derecho objetivo en caso de litigio), política (como garantía del justiciable) y social (al contribuir a la pacífica convivencia de los habitantes de un Estado y a equilibrar sus fuerzas en la empresa de

²⁵ Cfr.. nuestro trabajo *Ideas*, cit., § 4, p. 290.

obtener justicia), se hace inútil y perturbador cuando se le hace transponer sus fronteras naturales. Así, no debe obstinarse en “monopolizar la composición de litigios”; no debe ser utilizado para conseguir “fines anómalos” (juicios simulados y fraudulentos); no debe servir “para perturbar la acción de los otros poderes del Estado”; en cuanto al proceso penal, hace notar que las absoluciones por falta de pruebas, prescripción, amnistía, indulto, perdón, pese a todas las garantías, lanzan una nota de descrédito social” que sólo borran las sentencias absolutorias “de inocencia con todos los pronunciamientos favorables”.

Termina el libro con la consideración del “mayor escollo con que tropieza y tropezará el proceso, por muy perfectas que sean las leyes que lo encuadren: la naturaleza humana” (p. 238). Por ello, los últimos consejos del autor se refieren a la formación de los jueces y a la constitución de los tribunales.

Con respecto a la totalidad de este capítulo, hemos de observar que el autor le ha dado un enfoque general en el que nos parece predomina la observación de la función formal o resultado del proceso —salvo cuando se refiere a las doctrinas objetivistas y subjetivistas, y toma posición en cuanto a la “justicia con paz”—, y desde tal punto de vista, la construcción es muy correcta, diríamos impecable. Y coherente con todo el desarrollo del libro, en el que, si se trata de un examen comparado del campo del proceso con los de sus colindantes, el examen de la función material del proceso podría llegar a confundirse con la de aquéllos —la obtención de satisfacciones— de no matizar el concepto de “satisfacción jurídica”²⁶ al cual, sin embargo, aporta límites y por lo tanto, notas (especialmente, en cuanto a las modalidades de su “aparición evolutiva”,²⁷ en este caso, jurisdiccional y judicial).

En el número VII de la obra, el autor, muestra la bibliografía manejada, y en el VIII, incluye índices alfabéticos de materiales, autores y disposiciones citadas, sin los cuales, el manejo de un libro tan denso, sería muy difícil. Termina con una *Addenda et corrigenda*.

Esta edición de la obra de Azc, es sistemática y clara en cuanto a su lenguaje. El autor ha superado el escollo que podía suponer el gran número de “adiciones” que sobre la primera ha incluido —muchas, de gran importancia, no sólo por su contenido desde el punto de vista bibliográfico, sino también por mostrar la continuidad evolutiva del pensamiento—, de tal modo que no se producen abruptos entre la lectura del texto de la 1.ª edición y dichas “adiciones”. Las digresiones, de utilidad, ha procurado reducirlas a las notas, lo que no siempre es tarea fácil.

La sistemática, es buena; quizás se podría haber facilitado aún más la labor de lectura mediante indicación con epígrafes, del contenido de cada número o letra, aunque el uso de la versalita lo supla.

El autor ha elegido el camino consistente en “dar la vuelta alrededor del predio del proceso” para estudiar a sus “vecinos”; la falta de rigidez de los linderos y, finalmente, “se ha introducido” en el predio citado. Es posible que la enorme masa de doctrinas construida sobre el proceso lo que incitó al autor a seguir este sistema, y el que da originalidad a la obra, aparte su

²⁶ Cfr. nuestro trabajo *El proceso como función de satisfacción jurídica*, cit., *passim*.

²⁷ Cfr. *op. cit.*, pp. 371 y ss.

contenido; aunque quede perjudicada la obra —a nuestro entender— por el título, ya que por su propio contenido, el “proceso”, muy bien podría haber ido en el mismo, en primer lugar (enmascara el título un tanto, el denso contenido de la obra). Es cuestión opinable, y damos nuestra opinión.

A lo largo de esta recensión, hemos ido poniendo de manifiesto nuestras discrepancias con el autor, en cada punto en el que aparecieron; podrá ver el lector, que se trata de puntos secundarios con respecto a la tonalidad y tesis de la misma. Aquí, hemos de poner de manifiesto, nuestra conformidad general con ella y nuestro aplauso sincero por esta segunda edición.

Quienes conocemos al doctor Alcalá-Zamora y Castillo y a su ingente obra científica, vemos en las páginas de la obra comentada —a un trasluz imaginario, pero potente— todo el sistema de preocupaciones que le embarga. Si sus *Veinticinco años de evolución del derecho procesal* dan una muestra más bien externa de las mismas, de su continuidad pese a toda especie de desfavorables circunstancias que en su vida irrumpieron, de su intensidad, en este libro y en su segunda edición, creemos ver un retrato del autor de trazos firmes y seguros. Se trata de un fragmento de su propia historia como fondo de su presente. De un autorretrato sin falsos embellecimientos o afeamientos.

La riqueza de alusiones, estudio y notas de derecho comparado, hacen la obra muy útil, superando limitaciones de nacionalidad de los lectores. La fuerte personalidad del autor, también se hace sentir en este aspecto, y es prueba de que no ha sido por amistad ni por favoritismo u otra consideración anómala, por lo que le hemos elegido presidente del Instituto Internacional de Derecho Procesal, tras esfuerzos de los que él participó intensamente desde aquel año de 1950, en Florencia.

Con nuestro objetivo parabién al doctor Alcalá-Zamora y Castillo, le deseamos —y nos deseamos— un porvenir de esa “justicia con paz” a que él alude, y de cuya consecución no desesperamos.*

VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN

BARUCCHI, Alfredo. *La Riproduzione del Provvedimento Amministrativo*. “Università di Torino” “Memorie Dell’Istituto Giuridico”, Serie II, Memoria CXXXIX, Torino 1971, 297 pp.

Si bien en el sector del derecho administrativo aparece con mayor frecuencia el empleo de términos tales como reproducción, renovación o repetición del acto, no hay duda que esta terminología se usaba antes en otras disciplinas jurídicas. Pero mientras en otros campos hay una cierta elaboración en el derecho administrativo falta la indagación profunda y sistemática, lo que permite suponer que sería útil un análisis semejante, más cuando podría servir para conjugarlo con estudios de más amplias zonas como son la confirmación, la convalidación, la regularización, para sólo citar algunas. Agréguese a ello que entre los pocos estudiosos que han dedicado atención al tema, no faltan opositores. Por ejemplo, Landi-Potenza rechaza enérgicamente la aplicación de la figura de la reproducción en el campo de los procedimientos administrativos, sobre el argumento de que el esquema de la operación reproductiva

* Este trabajo, se ha beneficiado de la Ayuda a la Investigación en la Universidad española, del Ministerio de Educación y Ciencia.