

*Donación Familia  
Dr. Guillermo Ledesma*

**ENRICO ALLORIO**

Profesor Ordinario en la Universidad Católica del Sacro Cuore

# PROBLEMAS DE DERECHO PROCESAL

**TOMO I**

LA VIDA Y LA CIENCIA DEL DERECHO - EL PROCE-  
SO CIVIL EN EL PENSAMIENTO DE CARNELUTTI -  
DIRECTRICES Y MOMENTOS DE LA HISTORIA DEL  
PROCESO Y DE LA CIENCIA PROCESAL - REFORMA  
Y DEFENSA DEL PROCESO CIVIL

Traducción de  
**SANTIAGO SENTIS MELENDO**



**EDICIONES JURÍDICAS EUROPA-AMÉRICA**  
BUENOS AIRES

## ÍNDICE SUMARIO

<b>Presentación</b> . . . . .	<b>IX</b>
-------------------------------	-----------

### I. LA VIDA Y LA CIENCIA DEL DERECHO

	<u>PÁG.</u>
<b>1. La vida del derecho en Italia</b> . . . . .	<b>3</b>
<b>I. LEGISLACIÓN</b> . . . . .	<b>3</b>
1. Sentido del derecho y sentido de la certeza del derecho . . . . .	3
2. Pasado de la actividad jurídica en Italia y su presente crisis . . . . .	4
3. Disensos del contenido de la norma de ley encubiertos por censuras técnicas a la ley . . . . .	7
4. Totalidad de una menuda previsión legislativa en el Estado moderno . . . . .	9
<b>II. JURISDICCIÓN Y ABOGACÍA</b> . . . . .	<b>10</b>
5. Formación de la jurisprudencia e investigación del hecho en la actividad jurisdiccional . . . . .	10
6. Justicia civil y socialidad . . . . .	11
7. Abstracción terminológica de la predicación chiovendiana . . . . .	12
8. Defensa del Código de procedimiento civil . . . . .	13
9. Modos de resolución de la crisis . . . . .	14
<b>III. CIENCIA JURÍDICA</b> . . . . .	<b>15</b>
10. Señalada posición de la ciencia jurídica italiana . . . . .	15
11. Confrontación con la ciencia jurídica anglosajona y con la francesa . . . . .	16
12. Connubio de la actividad científica y de la forense . . . . .	19
13. Crisis espiritual del jurista y tendencia asistemática . . . . .	20
14. Crítica de la jurisprudencia de los intereses . . . . .	22

	PÁG.
15. Equívoco acerca de la definición del método dogmático . . . . .	26
16. Necesidad de definir los institutos sin referencia a sus fines . . . . .	29
17. Legitimación de la interpretación "sub finem" . . . . .	31
18. Separación entre historia de la jurisprudencia e historia de la especulación . . . . .	33
19. Necesidad de que la investigación dogmática adquiera conciencia histórica . . . . .	34
20. Kelsen y Romano . . . . .	35
21. Ideales científicos . . . . .	37
<b>2. Ciencia jurídica europea . . . . .</b>	<b>39</b>
<b>I. CARÁCTER SISTEMÁTICO DE LA CIENCIA JURÍDICA EUROPEA</b>	<b>39</b>
1. Premisa . . . . .	39
2. Justificación del concepto de ciencia jurídica europea	40
3. Delimitación de la ciencia jurídica europea . . . . .	43
4. ¿Unidad en el objeto o en el método? . . . . .	43
5. Esencia del método sistemático . . . . .	45
6. Orientación particular de la ciencia francesa . . . . .	47
7. Necesidad del método sistemático y expansión del mismo . . . . .	49
<b>II. PORVENIR DE LA CIENCIA JURÍDICA EUROPEA . . . . .</b>	<b>50</b>
8. ¿Suficiencia del derecho positivo? . . . . .	50
9. ¿Método científico o método empírico? ¿Método jurídico o método sociológico? . . . . .	52
10. Función de la ciencia del derecho en la unificación internacional del derecho . . . . .	58
11. Tendencias codificadoras en el derecho anglo-americano . . . . .	61
12. La unidad de la ciencia del derecho como presupuesto para la unidad futura del derecho . . . . .	64
<b>III. FUNCIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA EUROPEA EN EL ESTUDIO DE ORDENAMIENTOS HISTÓRICA O ESPACIALMENTE REMOTOS . . . . .</b>	<b>65</b>
13. Unidad del problema relativo al método de estudio de los derechos antiguos y de los derechos extranjeros . . . . .	65
14. El debate en Italia en torno al método histórico-legal . . . . .	66
15. El estudio de los derechos antiguos y el estudio de los derechos extranjeros, vistos en la convergencia de su fin educativo . . . . .	69

	PÁG.
16. Perspectivas para el injerto del método sistemático en la tradición del <i>common law</i> . . . . .	70
17. Examen de algunas aplicaciones posibles del método sistemático a la resolución de problemas del <i>common law</i> . . . . .	75
18. Epílogo . . . . .	80
<b>3. Colaboración internacional en el estudio del derecho procesal . . . . .</b>	<b>83</b>
1. Colaboración internacional en los estudios procesales . . . . .	83
2. Unidad mundial de la jurisprudencia en la edad del derecho común . . . . .	84
3. Las codificaciones y la formación de las ciencias nacionales . . . . .	85
4. Osmosis científica entre Alemania e Italia en el siglo XIX . . . . .	86
5. Absorción de la ciencia alemana por parte de los procesalistas italianos . . . . .	87
6. Futuras posibilidades de colaboración . . . . .	88
7. La dogmática jurídica como terreno apto para la cooperación . . . . .	89
8. Objeciones a la recíproca comunicación entre ciencias jurídicas nacionales y réplicas a esas observaciones . . . . .	89
9. El progreso de los estudios procesales en las últimas décadas . . . . .	91
10. Directivas originales de la escuela procesal italiana . . . . .	92
11. Colaboración en el terreno de la política legislativa . . . . .	94
<b>4. El congreso internacional de estudiosos del proceso civil . . . . .</b>	<b>97</b>
<b>5. Reflexiones sobre el desenvolvimiento de la ciencia procesal . . . . .</b>	<b>101</b>
<b>I. PREMISA . . . . .</b>	<b>101</b>
1. Contra un injustificado pesimismo . . . . .	101
<b>II. DESVIGORIZACIÓN DE LA CIENCIA ALEMANA Y TELEOLOGISMO PROCESAL . . . . .</b>	<b>104</b>
2. Involución de la jurisprudencia científica en Alemania . . . . .	104
3. La escuela del derecho libre y la jurisprudencia de los intereses . . . . .	105

	PÁG.
4. La defensa de los conceptos jurídicos . . . . .	106
5. Teleologismo procesal . . . . .	106
6. Escasa tendencia al debate en la reciente ciencia procesal alemana . . . . .	107
<b>III. PIEDRAS MILIARES EN EL DESARROLLO DE LAS DISCIPLINAS PROCESALES EN ITALIA . . . . .</b>	<b>108</b>
7. Mortara y Chiovenda . . . . .	108
8. La obra chiovendiana . . . . .	109
9. La sistemática carneltuttiana . . . . .	110
10. La obra de Redenti y de Calamandrei . . . . .	111
<b>IV. PERSPECTIVAS . . . . .</b>	<b>113</b>
11. Prosecución de la investigación carneltuttiana . . . . .	113
12. Unidad de la ciencia procesal . . . . .	114
13. Dudas sobre la separación de la investigación entre función y estructura . . . . .	114
14. Dudas sobre la fecundidad del concepto de acción . . . . .	115
15. Escaso relieve práctico de ese concepto . . . . .	117
16. Crítica a la idea de relación procesal . . . . .	118
17. El derecho procesal concentrado en la idea de jurisdicción . . . . .	118
<b>6. Sobre la enseñanza universitaria y postuniversitaria del derecho procesal civil . . . . .</b>	<b>121</b>
1. La sistematización del derecho procesal en distintos cursos de enseñanza . . . . .	121
2. El problema del método didáctico en el derecho procesal y la reproducción ficticia del proceso en la escuela . . . . .	123
3. Necesidad de estudiar el proceso no como práctica o rito, sino más bien como conjunto de principios jurídicos, y consiguiente identidad del problema didáctico en el derecho procesal y en las otras disciplinas jurídicas positivas . . . . .	126
4. Crisis de la tradición manualista-institucional de la enseñanza universitaria y de la lección "ex-cathedra"; auspiciada adopción del método casuístico-jurisprudencial . . . . .	127
5. Digresión sobre recientes orientaciones estadounidenses acerca del método casuístico-jurisprudencial; clínica del derecho . . . . .	130
6. La reforma de la enseñanza del proceso en el más amplio ámbito de la reforma de la facultad de ju-	

	PÁG.
risprudencia; colaboración escrita de los estudiantes, abolición de la disertación escrita y facultatividad del doctorado; crítica del curso monográfico . . . . .	133
7. El tirocinio postuniversitario en Alemania y la atención a él dedicada, en Italia, por Pedrazzi y Cappelletti . . . . .	135
<b>7. Las ideas directrices del proceso en la síntesis de un escritor sudamericano . . . . .</b>	<b>139</b>
1. La obrita de Couture . . . . .	139
2. Couture y la escuela francesa . . . . .	140
3. El debate sobre la acción . . . . .	141
4. Oscilaciones del concepto de acción y su dudosa legitimidad teórica . . . . .	142
5. El amplísimo concepto de acción en Couture . . . . .	143
6. Crítica de dicha concepción . . . . .	144
7. Defensa y excepción según Couture . . . . .	145
8. ¿El proceso como institución? . . . . .	146
9. La posición del juez según Couture . . . . .	147
10. Valor científico y humano del escrito de Couture . . . . .	149
<b>II. EL PROCESO CIVIL EN EL PENSAMIENTO DE CARNELUTTI</b>	
<b>8. El "Sistema" de Carnelutti . . . . .</b>	<b>153</b>
1. Programa . . . . .	153
2. Progreso de las "Lezioni" al "Sistema" . . . . .	154
3. Méritos de la lógica constructiva . . . . .	158
4. Asidua consideración de la instrumentalidad del proceso . . . . .	160
5. Revaloración de la idea privatista en el proceso . . . . .	161
6. Dirección en que será proseguido el esfuerzo constructivo de Carnelutti . . . . .	167
7. Composición de la obra . . . . .	168
8. Exposición de observaciones críticas . . . . .	171
9. Conclusión . . . . .	178
<b>9. Los actos procesales en el "Sistema" de Carnelutti</b>	<b>179</b>
1. Acentuado esquematismo de la obra, destacable en su segundo volumen . . . . .	179
2. Estática y dinámica en el estudio del proceso . . . . .	180

	PÁG.
3. Clasificación "técnica" de los actos . . . . .	182
4. Clasificación "jurídica" de los actos procesales . . . . .	182
5. Elementos y circunstancias de los actos procesales . . . . .	184
6. Remedios de los actos procesales . . . . .	187
7. Valoración de conjunto . . . . .	188
<b>10. El procedimiento de cognición en el "Sistema" de Carnelutti . . . . .</b>	<b>191</b>
1. Proceso y procedimiento . . . . .	191
2. Proposición del procedimiento . . . . .	193
3. Instrucción . . . . .	195
4. Pronunciamiento . . . . .	199
5. Pluralidad de procedimientos . . . . .	200
6. Crisis del procedimiento . . . . .	200
7. Conversión del procedimiento . . . . .	201
8. Cesación del procedimiento . . . . .	204
9. El método dogmático sobre la obra carneluttiana . . . . .	205
 <b>III. DIRECTRICES Y MOMENTOS DE LA HISTORIA DEL PROCESO Y DE LA CIENCIA PROCESAL</b>	
<b>11. Significado de la historia en el estudio del derecho procesal . . . . .</b>	<b>209</b>
1. Interés del procesalista por la historia . . . . .	209
2. La "publicización" del derecho procesal como fórmula de su historia típica . . . . .	210
3. Tendencia del derecho sustancial a análoga transformación publicista . . . . .	211
4. Concepto de la historia ideal del derecho . . . . .	212
5. Demostración analítica de la historia ideal del proceso . . . . .	213
6. Valor de las ideas expuestas . . . . .	220
<b>12. Pensamiento histórico y ciencia procesal . . . . .</b>	<b>223</b>
1. Las críticas de Satta a mi concepto de la historia del proceso . . . . .	223
2. Recursos según Vico . . . . .	225
3. Equívocos de Satta en la acusación de apriorismo histórico . . . . .	226
4. Equivocaciones sobre la publicización del proceso . . . . .	227
5. Posibles detenciones y desviaciones del movimiento hacia la "publicización" . . . . .	229

	PÁG.
6. Discusión de particulares aspectos de la publicización . . . . .	230
7. Aspectos del problema descuidados por Satta . . . . .	232
8. Malentendido de Satta acerca del juramento . . . . .	233
9. Satta adverso a la orientación publicista en el estudio del proceso . . . . .	235
<b>13. Justicia y proceso en el momento presente . . . . .</b>	<b>237</b>
1. Interés del jurista por la presente crisis de la justicia . . . . .	237
2. Disminuida importancia de la justicia entre los fines del Estado . . . . .	238
3. El sentido del derecho como factor resolutorio de la crisis de la justicia . . . . .	239
4. Particulares síntomas de la crisis de la justicia . . . . .	241
5. Interpretación de la crisis de la justicia como crisis del derecho . . . . .	242
6. Causas técnicas de la crisis de la justicia . . . . .	243
7. Observaciones sobre la orientación de la reforma del proceso . . . . .	244
8. Conclusión . . . . .	246
<b>14. Legisladores y jueces ante el mundo económico y sus problemas . . . . .</b>	<b>247</b>
1. Estructura formal del fenómeno normativo y crisis de los institutos jurídicos . . . . .	247
2. Monopolio estatal de la producción jurídica . . . . .	248
3. Directivas de investigación . . . . .	250
4. Modos de adecuación de la norma al hecho concreto . . . . .	250
5. Ley y técnica interpretativa . . . . .	251
6. ¿Derecho libre? . . . . .	252
<b>15. Reflexiones sobre la disminución de la litigiosidad . . . . .</b>	<b>255</b>
1. La interpretación optimista de la disminución de la litigiosidad . . . . .	255
2. La confutación de la interpretación mediante las estadísticas . . . . .	256
3. Aspectos del fenómeno de la disminución de la litigiosidad en Italia . . . . .	258
4. La lentitud de la justicia como determinante del fenómeno . . . . .	261
5. La gravedad de las tasas judiciales como ulterior causa del fenómeno . . . . .	263

	PÁG.
6. Las tasas judiciales en otros países . . . . .	264
7. Crítica de la tasa judicial en su perfil de tasa . . . . .	265
8. Crítica de la "tasa" judicial en su eventual perfil de impuesto . . . . .	266
9. Crítica de la tasa judicial en su aspecto de rémora de las causas infundadas . . . . .	267
<b>IV. REFORMA Y DEFENSA DEL PROCESO CIVIL</b>	
<b>16. Hacia el nuevo proceso civil . . . . .</b>	<b>271</b>
1. La reforma legislativa como primer paso hacia el nuevo proceso civil . . . . .	271
2. Necesidad de la reforma . . . . .	272
3. Críticas de Segni y de Satta al código . . . . .	273
4. La oralidad en el nuevo código procesal . . . . .	276
5. El principio de preclusión . . . . .	278
6. La confianza en la justicia en Alemania y en Italia . . . . .	279
7. Orden judicial y profesiones jurídicas . . . . .	280
8. El cometido de la ciencia procesal . . . . .	281
<b>17. Objetividad del parangón entre el código del proceso civil austríaco y el código italiano . . . . .</b>	<b>283</b>
1. Las críticas de Esser al código italiano . . . . .	283
2. La reforma austríaca de Klein y la reforma italiana . . . . .	285
3. ¿Doctrinarismo del legislador italiano? . . . . .	286
4. La desvalorización del sistema de Esser . . . . .	289
5. Autonomía de la función preparatoria y principio dispositivo en el proceso italiano, según Esser . . . . .	291
6. El instituto del juez instructor como compromiso entre exigencia teórica de la oralidad y obstáculos prácticos . . . . .	291
7. Necesidad, en el sistema italiano, de una distinción entre fase instructoria y fase colegial . . . . .	293
8. Falta de fundamento de la acusación de adherencia del proceso italiano al principio inquisitorio . . . . .	295
9. Condiciones más favorables de la entrada en aplicación del proceso austríaco en comparación con el italiano . . . . .	298

<b>18. Alarma por la justicia civil . . . . .</b>	<b>301</b>
1. Desorden e inadecuación de la acción oficial . . . . .	301
2. Defensa de los códigos vigentes . . . . .	303
3. Contra el retorno al código procesal de 1865 . . . . .	304
4. Exhortación a más serena actitud hacia el código de 1940 . . . . .	305
5. El nuevo proceso civil y la seriedad de la audiencia . . . . .	306
6. Apología del juez instructor . . . . .	308
7. Retoques al vigente proceso civil y acción educativa hacia la clase judicial . . . . .	310
8. Discusión crítica de propuestas para el ordenamiento judicial . . . . .	311
9. El gobierno de los juristas sobre la magistratura . . . . .	313
10. El número cerrado para la tutela de la clase forense . . . . .	315
<b>19. La ciencia, la práctica, el buen sentido y el proceso civil . . . . .</b>	<b>317</b>
1. A qué orden corresponde el cometido de predisponer la reforma procesal . . . . .	317
2. Competencia y responsabilidad de los estudiosos en tal cometido . . . . .	319
3. Imposibilidad de confiar esta obra a la clase forense como tal . . . . .	321
4. Universal aspiración al proceso civil centrado en la audiencia . . . . .	322
5. La congestión de los procesos y la escasez de jueces . . . . .	325
6. ¿Carácter totalitario del proceso civil italiano? . . . . .	326
7. Inadecuación de la crítica de Molinari a la audiencia instructoria . . . . .	328
8. ¿Desconfianza en la magistratura? . . . . .	329
9. Otras observaciones de Molinari al sistema en vigor . . . . .	329
10. Falta de sanción por la no constitución del demandado en secretaría . . . . .	330
11. Tentativa de conciliación . . . . .	330
12. Falta de control sobre las ordenanzas instructorias . . . . .	331
13. Responsabilidad de las instituciones universitarias . . . . .	332
<b>20. La reforma de los códigos en una conferencia del ministro . . . . .</b>	<b>335</b>
1. Una conferencia del ministro Gullo . . . . .	335
2. Confusión de ideas respecto de precisos vocablos chiovendianos . . . . .	336

3. Gullo retoma motivos críticos de Segni y de Satta contra el código . . . . .	338
4. ¿Retorno al procedimiento sumario? . . . . .	339
5. ¿Retorno a las interlocutorias inmediatamente impugnables? . . . . .	340
6. Juicio negativo sobre el proyecto Gullo . . . . .	341
<b>21. Sobre el segundo proyecto ministerial de revisión del código de procedimiento civil . . . . .</b>	<b>343</b>
<b>I. CONSIDERACIÓN SOBRE EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO EN LA REFORMA . . . . .</b>	<b>343</b>
1. Retardada petición de dictámenes a las universidades . . . . .	343
2. Censura de tal modo de proceder . . . . .	344
3. Un equívoco del ministro . . . . .	346
<b>II. LA FUNCIÓN DE LA CIENCIA EN LA REFORMA Y LOS ASPECTOS POSITIVOS DEL INSTITUTO DEL JUEZ INSTRUCTOR . . . . .</b>	<b>346</b>
4. Aversión del ministerio hacia la ciencia procesal . . . . .	346
5. Equívocos en la crítica al juez instructor . . . . .	347
6. Razones prácticas del compromiso del que surgió el juez instructor . . . . .	349
7. Lentitud del proceso y sus causas . . . . .	350
<b>III. VALORACIÓN INTRÍNSECA DEL PROYECTO . . . . .</b>	<b>351</b>
8. Las bases del proyecto Gullo . . . . .	351
9. Elefantiasis de la audiencia presidencial . . . . .	351
10. Prolijidad del rito propuesto con el proyecto Gullo . . . . .	353
11. Contra el restablecimiento de las interlocutorias . . . . .	354
12. Censuras secundarias al proyecto . . . . .	357
13. Conclusión . . . . .	358
<b>22. Una nueva fase de estudios para la legislación procesal . . . . .</b>	<b>359</b>
1. Juicio negativo sobre el proyecto Gullo . . . . .	359
2. Análisis crítico de las innovaciones propuestas . . . . .	360
<b>23. Sobre el porvenir de la justicia civil (réplica a un ministro y a un abogado) . . . . .</b>	<b>365</b>
1. Necesidad de volver sobre el tema de la reforma . . . . .	365
2. Réplicas de Gullo . . . . .	366
3. Incomprensión de principios chiovendianos . . . . .	367

4. La acostumbrada disensión artificiosa entre teoría y práctica . . . . .	368
5. Los abogados-jueces . . . . .	369
6. El procedimiento escrito deseducador del magistrado . . . . .	371
7. Control colegial sobre la admisión de las pruebas . . . . .	372
8. Los celos del "todo o nada" . . . . .	373
9. Inutilidad de volver a ocuparse del proyecto Gullo . . . . .	374
10. Valoración de la obra científica de Chiovenda . . . . .	374
<b>24. La "novela" procesal y una propuesta de enmienda . . . . .</b>	<b>377</b>
1. Valor de las enmiendas propuestas . . . . .	377
2. Observaciones sobre algunos motivos inspiradores del decreto . . . . .	378
3. El nuevo mecanismo de la citación a audiencia fija . . . . .	379
4. La libertad de las nuevas deducciones y producciones y el tratamiento escrito de la causa . . . . .	380
5. Forma e impugnación de las providencias instructorias . . . . .	381
6. Sentencias parciales y separación de los juicios . . . . .	385
7. Anotaciones finales . . . . .	386
<b>25. En defensa del juez instructor . . . . .</b>	<b>389</b>
<b>26. El ministerio público en el nuevo proceso civil . . . . .</b>	<b>397</b>
1. Contenido de las normas sobre el ministerio público en el nuevo código procesal . . . . .	397
2. El ministerio público en las fases de la reforma del proceso civil . . . . .	400
3. Tipicidad de la posición de parte en el ministerio público . . . . .	407
4. Construcción dogmática del ministerio público agente como órgano de tutela de derecho del Estado . . . . .	412
5. Concepción del ministerio público concluyente como órgano de tutela del interés de justicia, entendido como interés administrativo . . . . .	421
6. Porvenir del ministerio público en el proceso civil . . . . .	435

*Dr. Guillermo Ledesma*

ENRICO ALLORIO

Profesor Ordinario en la Universidad Católica del Sacro Cuore

# PROBLEMAS DE DERECHO PROCESAL

TOMO II

DOCTRINA DE LA JURISDICCIÓN Y DE LA COSA  
JUZGADA — EJECUCIÓN FORZADA — LEGITIMA-  
CIÓN E "INTERÉS" PARA ACCIONAR — JURAMEN-  
TO — OTROS CONCEPTOS PROCESALES — ÍNDICES  
ALFABÉTICOS DE LOS DOS VOLÚMENES

Traducción de  
SANTIAGO SENTIS MELENDO



EDICIONES JURÍDICAS EUROPA-AMÉRICA  
BUENOS AIRES



## ÍNDICE SUMARIO

### V. DOCTRINA DE LA JURISDICCIÓN Y DE LA COSA JUZGADA

	PÁG.
<b>27. Ensayo polémico sobre la "jurisdicción" voluntaria</b>	<b>3</b>
<b>I. OBSERVACIONES DE MÉTODO</b>	<b>4</b>
1. Una invitación de Carnelutti a profundizar en el problema	4
2. Una nota antisistemática de Satta	4
3. Algunas observaciones...y lamentaciones, de orden general, suscitadas por esa nota	8
4. Remisión a recientes posiciones de teoría general, descuidadas en el estudio del presente tema	10
5. Presunta aplicabilidad de la distinción entre declaración de certeza y ejecución en los procedimientos de jurisdicción	14
<b>II. EN LO VIVO DE LA CUESTIÓN</b>	<b>16</b>
6. Resumen de algunas "meditaciones" carneluttianas sobre el proceso divisorio	16
7. Réplica ordenada a las resumidas "meditaciones"	18
8. Sigue la réplica desde el punto de vista del derecho a la división, y con referencia a la concepción chiovendiana de la jurisdicción voluntaria	19
9. Continúa la réplica bajo el aspecto del carácter jurídico o bien económico de la controversia divisoria	20
10. Imposibilidad de contemplar la no oposición a la división como negocio omisivo	23
11. Nuevas observaciones de conjunto sobre la nota de Satta	24
<b>III. ÍNDOLE ADMINISTRATIVA DE LA "JURISDICCIÓN" VOLUNTARIA</b>	<b>26</b>
12. La cosa juzgada como nota diferencial de	

	PÁG.
la jurisdicción en contraposición a la administración . . . . .	26
13. La autoridad de la cosa juzgada como prerrogativa vinculada a los actos que sean el resultado final de un procedimiento calificado, denominado proceso de declaración de certeza . . . . .	27
14. Actos administrativos incontrolables . . . . .	30
15. Ventaja de plantear la distinción entre actividad jurisdiccional y actividad administrativa sobre la presencia o la ausencia de la cosa juzgada . . . . .	31
16. Ventaja de presentar análogamente la distinción entre jurisdicción en sentido propio y "jurisdicción" voluntaria, e incorrección a las varias calificaciones teleológicas propuestas para la última . . . . .	33
17. Actitudes escépticas en la distinción entre actividad jurisdiccional y actividad administrativa, y conmixión entre cosa juzgada e irrevocabilidad . . . . .	36
IV. PREVALENCIA DEL ELEMENTO FORMAL . . . . .	39
18. Soberanía y autonomía en la división de las actividades jurídicas . . . . .	39
19. Relatividad de la distinción entre ellas y relevancia del elemento formal . . . . .	42
20. El concepto de derecho subjetivo sustancial extraído del de jurisdicción . . . . .	43
21. El derecho subjetivo sustancial es extraño al contenido del procedimiento voluntario, y consecuencias para la disciplina de éste . . . . .	45
28. Anulación de las providencias honorarias y tutela de los terceros . . . . .	47
1. Enajenación de los bienes de supuestos ausentes por medio de un curador que se les nombra . . . . .	47
2. Confusión de ideas acerca de la mala fe del tercero y acerca de la carga de la prueba de dicha mala fe . . . . .	49
3. Reconocimiento en los pretendidos ausentes, de la cualidad de terceros . . . . .	49

	PÁG.
29. Nuevas reflexiones críticas en tema de jurisdicción y cosa juzgada . . . . .	51
I. EN TORNO A RECIENTES MANIFESTACIONES CIENTÍFICAS CONTRARIAS A LA CORRELACIÓN ENTRE JURISDICCIÓN Y COSA JUZGADA . . . . .	53
1. División del trabajo . . . . .	53
a) <i>Cappelletti</i> . . . . .	54
2. ¿Ausencia de eficacia preclusiva en el pronunciamiento constitucional de rechazamiento? . . . . .	54
3. Cosa juzgada y elemento "modal", en la definición de la jurisdicción . . . . .	56
b) <i>Carnelutti</i> . . . . .	58
4. ¿Abolición de la cosa juzgada penal? . . . . .	58
5. Esencialidad de la cosa juzgada en el proceso de declaración de certeza . . . . .	59
6. Defensa de la cosa juzgada penal como instituto de libertad . . . . .	60
7. ¿Cosa juzgada penal o preclusión? . . . . .	63
8. Cosa juzgada penal y fijeza de la pena . . . . .	64
c) <i>Minoli</i> . . . . .	65
9. Cosa juzgada y naturaleza del proceso divisorio . . . . .	65
10. ¿Inmutabilidad del resultado del proceso ejecutivo? . . . . .	69
II. OBSERVACIONES CRÍTICAS ACERCA DE LA "JURISDICCIÓN" VOLUNTARIA . . . . .	72
A. PAÍSES IBERO-AMERICANOS . . . . .	72
a) <i>Alcalá-Zamora y Castillo</i> . . . . .	72
11. Precisiones terminológicas . . . . .	72
12. Fungibilidad del proceso voluntario y de la jurisdicción contenciosa . . . . .	72
13. Irreductibilidad de la "jurisdicción" voluntaria a la noción de jurisdicción en sentido propio . . . . .	73
14. Litis, jurisdicción, proceso voluntario . . . . .	74
15. Crítica de aseveraciones acerca de la naturaleza jurídica de la "jurisdicción" voluntaria . . . . .	75
16. Posibles fundamentos de la noción de "jurisdicción" voluntaria . . . . .	77
b) <i>Urrutia Salas</i> . . . . .	78
17. Inoportuna dilatación del concepto de "jurisdicción" voluntaria . . . . .	78

	PÁG.
18. ¿Administración pública del derecho privado?	79
19. Tipicidad de las manifestaciones de "jurisdicción" voluntaria	79
c) <i>Jimeno Gamarra</i>	80
20. Objeciones a la correlación entre jurisdicción en sentido propio y cosa juzgada	80
21. ¿"Jurisdicción" voluntaria como actividad integrante de capacidad defectuosa o preservadora de peligros?	82
<b>B. ALEMANIA</b>	83
a) <i>Lent</i>	83
22. Las presuntas "materias genuinamente litigiosas"	83
23. La afirmación de derecho como pretendido objeto característico del proceso contencioso	84
24. ¿Discrecionalidad de los solos órganos de "jurisdicción" voluntaria?	85
b) <i>Münzel</i>	87
25. Nuevas observaciones contra la doctrina de las "materias auténticamente contenciosas"	87
26. Paso de materias de la jurisdicción verdadera y propia a "voluntaria", y viceversa	90
27. <i>Excursus</i> acerca de la cosa juzgada en el proceso constitutivo y la inaplicabilidad de las providencias voluntarias ilegítimas	91
c) <i>Bärmann</i>	93
28. ¿Reglas de derecho procesal comunes al proceso contencioso y al "voluntario"?	93
29. Pronunciamientos declarativos en el ámbito de la "jurisdicción" voluntaria?	94
30. ¿Cosa juzgada en los procedimientos voluntarios?	95
<b>C. ITALIA</b>	96
a) <i>Anotaciones preliminares</i>	96
31. Resumen de la doctrina del acto y del efecto jurisdiccional	96
b) <i>Micheli</i>	99
32. Pretendida jurisdiccionalidad en sentido propio de los actos de "jurisdicción" voluntaria	99

	PÁG.
33. Carácter genérico de indicaciones y principios antikelsenianos	101
34. Pretendida relevancia de la "imparcialidad" como requisito de la jurisdicción	102
35. Defensa de la noción de la cosa juzgada como regulación del derecho sustancial	104
36. Defensa de la noción de la jurisdicción como actividad susceptible de producir la cosa juzgada	105
c) <i>Pavanini</i>	108
37. Distinción entre jurisdicción en sentido propio y "jurisdicción" voluntaria en relación al carácter vinculado o discrecional de la providencia	108
38. ¿"Jurisdicción" voluntaria como tutela de patrimonios no públicos y aplicación analógica de las normas procesales contenciosas a los procedimientos voluntarios?	109
39. "Jurisdicción" voluntaria, procedimientos jurisdiccionales especiales, actividad legislativa y negocial	111
40. Sobre el valor de la señalación de discrepancias particulares entre la disciplina de la "jurisdicción" voluntaria y la de la actividad administrativa	112
d) <i>Fazzolari</i>	114
41. Discusión preliminar en torno a la adopción o rechazamiento del método teleológico	114
42. La declaración de certeza como momento típico de la jurisdicción	116
43. Crítica de los pretendidos connotados de la jurisdicción	117
44. Presunta diferencia entre "jurisdicción" voluntaria y administración	118
45. ¿Anulabilidad o nulidad "ipso iure" de los actos ilegítimos de "jurisdicción" voluntaria?	120
e) <i>De Marini</i>	122
46. Necesidad de inferir de la doctrina kelseniana sólo los elementos válidos y científicamente fértiles	122
47. Valor del rechazamiento de los elementos finalísticos en la definición de los institutos	123

	PÁG.
48. Aplicación de dichos cánones a la definición de la actividad jurisdiccional . . . . .	125
49. ¿"Jurisdicción" voluntaria como cuidado de intereses particulares? . . . . .	127
<b>30. Naturaleza de la cosa juzgada . . . . .</b>	<b>129</b>
<b>I. TEORÍA SUSTANCIAL Y TEORÍA PROCESAL DE LA COSA JUZGADA . . . . .</b>	<b>129</b>
1. Vínculo entre el problema de la naturaleza de la cosa juzgada y el de su eficacia respecto de terceros . . . . .	129
2. ¿Eficacia sustancial o procesal de la cosa juzgada? . . . . .	130
3. Prevalencia de la doctrina procesal en tiempos recientes . . . . .	132
4. Valor práctico de la cuestión . . . . .	134
<b>II. LAS DOS CONCEPCIONES DE LA COSA JUZGADA Y LOS DOS MODOS DE ENTENDER LA FINALIDAD DEL PROCESO . . . . .</b>	<b>135</b>
5. ¿Composición de la litis o actuación del derecho? . . . . .	135
6. Concepción radical y concepción moderada de la actuación del derecho como fin del proceso . . . . .	137
7. ¿La cosa juzgada como eficacia constitutiva de la sentencia injusta? . . . . .	139
8. Conciliación histórica entre los dos modos de entender la finalidad del proceso . . . . .	141
9. La composición de la litis en el proceso de declaración de certeza y la actuación del derecho en el proceso de ejecución . . . . .	143
<b>III. CONFIRMACIONES Y DESARROLLOS . . . . .</b>	<b>147</b>
10. Adhesión a la teoría sustancial y relaciones con la doctrina del concurso de hipótesis . . . . .	147
11. Insuficiencia de la concepción procesal para explicar el efecto de la sentencia injusta . . . . .	151
12. Concepciones intermedias acerca de la índole de la cosa juzgada . . . . .	154
13. Observaciones sobre la concepción procesal "radical" de la cosa juzgada . . . . .	155
14. Concepción sustancial y retroactividad de la cosa juzgada . . . . .	158

	PÁG.
15. Las llamadas excepciones contra la cosa juzgada . . . . .	160
16. ¿Inmutabilidad de los efectos de la sentencia? . . . . .	160
<b>31. Crítica de la teoría de la cosa juzgada implícita . . . . .</b>	<b>165</b>
1. De dos modos de entender la cosa juzgada "implícita" . . . . .	165
2. Inaplicabilidad de la teoría de la cosa juzgada implícita al caso de varias cuestiones de mérito entre sí coordinadas . . . . .	166
3. Inaplicabilidad de dicha doctrina al caso de concurso entre cuestión de mérito y cuestión procesal (particularmente: de competencia) . . . . .	169
4. Examen de la opinión de Betti . . . . .	172
5. Impropiidad de la doctrina discutida, en orden al nexo entre cuestión de hecho y cuestión de derecho . . . . .	174
<b>VI. EJECUCIÓN FORZADA</b>	
<b>32. Ejecución forzada en general . . . . .</b>	<b>179</b>
<b>I. FUNCIÓN . . . . .</b>	<b>179</b>
1. Programa . . . . .	179
2. Actuación del derecho y composición de la litis como finalidad del proceso de ejecución . . . . .	180
3. Relación finalística entre ejecución y declaración de certeza . . . . .	182
4. Ejecución forzada y ejecución no forzada . . . . .	184
5. Historia típica de la ejecución forzada . . . . .	185
6. Confirmación de la historia típica en el desenvolvimiento de la ejecución forzada romana . . . . .	187
7. Confirmación de la historia típica en el desenvolvimiento posterior de la ejecución forzada . . . . .	191
8. Clasificación de las formas de proceso ejecutivo . . . . .	196
9. Autonomía de la acción ejecutiva respecto del derecho subjetivo sustancial . . . . .	197

	PÁG.
10. La actuación forzada de la sanción como resultado de la ejecución forzada . . .	198
11. ESTRUCTURAS . . . . .	199
a) <i>Elementos</i> . . . . .	199
11. Las partes como elemento del proceso de ejecución . . . . .	199
12. El órgano como elemento del proceso de ejecución . . . . .	201
13. Las pruebas como elemento del proceso de ejecución . . . . .	204
14. Los bienes como elemento del proceso de ejecución . . . . .	207
b) <i>Hechos</i> . . . . .	211
15. Los hechos procesales ejecutivos considerados en sus efectos jurídicos . . . . .	211
16. Clasificación de los hechos procesales ejecutivos: meros hechos, actos, negocios y providencias . . . . .	213
17. El riesgo de la actividad ejecutiva . . . . .	217
c) <i>Desenvolvimiento</i> . . . . .	217
18. Esquema del desenvolvimiento del proceso ejecutivo . . . . .	217
d) <i>Estructura cuantitativa</i> . . . . .	221
19. Pluralidad de procesos ejecutivos para la actuación de una misma relación, y pluralidad de relaciones actuadas en el mismo proceso ejecutivo . . . . .	221
33. Sobre una reciente concepción de la ejecución forzada . . . . .	223
1. La doctrina de Satta acerca de la ejecución forzada . . . . .	223
2. La "legitimación" y la precisión del lenguaje . . . . .	252
3. La legitimación y su referencia a la pretensión, no a la relación . . . . .	253
4. Criterio formal y criterios excepcionales de legitimación . . . . .	254
5. Legitimación y consideración hipotética de la existencia de la relación . . . . .	255
6. Legitimación y conflictos de leyes . . . . .	258
36. Breve diatriba acerca de la legitimación para accionar . . . . .	261
1. Exactitud de la solución a que ha llegado la casación . . . . .	261

	PÁG.
2. El derecho subjetivo como interés . . . . .	224
3. Oposición entre derechos reales y derechos de crédito . . . . .	225
4. Diferente comportamiento de tales categorías de derechos, según Satta, en relación al problema de la ejecución forzada . . . . .	225
5. Particular concepción de Satta acerca de la obligación, de entrega . . . . .	226
6. Opinión de Satta acerca de la finalidad del proceso ejecutivo de libramiento . . . . .	227
7. ¿Exclusión de la ejecución específica en las obligaciones de entrega? . . . . .	228
8. Cómo intenta Satta superar el argumento textual que le es contrario . . . . .	229
9. Apriorismo de la doctrina criticada . . . . .	232
10. Presunto carácter posesorio de la tutela del crédito de entrega . . . . .	233
11. El problema especial de las locaciones . . . . .	235
12. Obligaciones de hacer y de no hacer . . . . .	237
13. Relatividad de toda construcción unitaria de la ejecución forzada . . . . .	238
34. Concepto del título ejecutivo y suspensión de la ejecución . . . . .	241
1. El caso . . . . .	241
2. Exactitud de las críticas de Provinciali a la sentencia de la casación . . . . .	242
3. Impugnación del negocio documentado en el título ejecutivo y suspensión de la ejecución . . . . .	243
4. La noción del título ejecutivo en el nuevo código procesal . . . . .	244
5. Exclusión de una suspensión "ipso iure" de la ejecución forzada . . . . .	244
<b>VII. LEGITIMACIÓN E "INTERÉS" PARA ACCIONAR</b>	
35. Para la claridad de las ideas en tema de legitimación para accionar . . . . .	249
1. Las hipótesis resueltas por la corte de casación . . . . .	249

	PÁG.
2. Crítica de la motivación porque confunde legitimación para accionar y titularidad de la relación controvertida . . . . .	262
3. Consonancia con Satta en la crítica al "interés para accionar" y divergencia en cuanto a la identificación entre derecho sustancial y proceso . . . . .	266
4. Remisión a la doctrina del autor acerca de la legitimación para accionar . . . . .	269
5. Defensa de dicha doctrina contra las críticas de Satta . . . . .	270
6. Observaciones en tema de sustitución procesal, intervención por adhesión y litisconsorcio . . . . .	272
7. Legitimación y "lex fori" . . . . .	273
8. Breve conclusión . . . . .	274
<b>37. ¿Necesidad de tutela jurídica?</b> . . . . .	275
1. "Necesidad de tutela jurídica" e "interés para accionar" . . . . .	275
2. "Necesidad de tutela jurídica" y "derecho a la tutela jurídica" . . . . .	276
3. Análisis crítico de los conceptos de la "necesidad de tutela jurídica" y del "interés para accionar" . . . . .	277
4. Necesidad de "tutela" e "interés" respecto de los juicios de condena . . . . .	280
5. El análogo problema respecto del proceso constitutivo y del proceso ejecutivo . . . . .	283
6. Sobre la doctrina de la "necesidad de tutela" o "interés" a propósito del proceso de mera declaración de certeza y del proceso cautelar . . . . .	288
7. ¿Aplicación de la doctrina de la "necesidad-interés" a la generalidad de los actos procesales de parte? . . . . .	290
<b>VIII. JURAMENTO</b>	
<b>38. Eficacia del juramento supletorio</b> . . . . .	297
1. Incontrovertibilidad del juramento decisorio y del supletorio, según el código de 1940 . . . . .	297

	PÁG.
2. Distinción de eficacia de los dos juramentos bajo el código abrogado . . . . .	298
3. La tradición histórica . . . . .	299
4. Revocación de la ordenanza que admitió el juramento supletorio . . . . .	301
5. Delación del juramento decisorio después de que fuera prestado el supletorio . . . . .	303
<b>39. Juramento-ficticio y juramento-prueba legal</b> . . . . .	305
1. Perfecta conciliabilidad entre incontrovertibilidad del juramento supletorio y eficacia de la revocación . . . . .	305
2. Imposibilidad de negar eficacia a la revocación de la ordenanza admensiva . . . . .	306
3. La revocación de la ordenanza admensiva en el juicio de gravamen . . . . .	307
4. La revocación de la ordenanza admensiva del interrogatorio formal . . . . .	307
5. Contra la concepción del juramento . . . . .	308
6. Sostén exclusivamente exegético de la tesis aquí formulada . . . . .	309
7. Presunta diferencia de origen entre ordenanzas instructorias y ordenanzas colegiales . . . . .	310
8. Aseverado paralelismo con los principios que regulan las ordenanzas del juez de la ejecución . . . . .	310
9. Comentario a otras consideraciones de Furno . . . . .	311
10. Comparación entre juramento supletorio y juramento decisorio . . . . .	313
11. Inconvenientes prácticos de la solución contraria . . . . .	313
<b>40. Retracción del juramento y disponibilidad del derecho controvertido</b> . . . . .	315
1. La no común hipótesis . . . . .	315
2. Dato sobre la legitimación a la intervención en apelación . . . . .	316
3. La pretendida irrevocabilidad del juramento . . . . .	318
4. La pretendida indisponibilidad del derecho controvertido . . . . .	320
5. Revocación de la afirmación sobre la cual se prestó el juramento . . . . .	321

	PÁG.
<b>41. La revocación del juramento y una inexistente cuestión de método . . . . .</b>	<b>323</b>
1. Referencia a la cuestión . . . . .	323
2. La opinión de Satta en contraste con el fin privadístico del proceso por él aseverado . . . . .	324
3. Examen de argumentos particulares de Satta . . . . .	325
4. Límites de la incontrovertibilidad del juramento . . . . .	326
5. Corrección de un equívoco . . . . .	327
6. Revocación del juramento, revocación de la afirmación y confesión . . . . .	328
7. Sobre la retractación del juramento a los fines penales . . . . .	329
8. Error de atribuir al juramento una superviviente eficacia negocial decisoria . . . . .	330
9. Anotaciones finales . . . . .	332

### IX. OTROS CONCEPTOS PROCESALES

<b>42. Observaciones críticas sobre la sanción . . . . .</b>	<b>337</b>
<b>I. BENVENUTI . . . . .</b>	<b>337</b>
1. Carácter crítico del presente escrito y correspondiente límite de él . . . . .	337
2. La presencia del elemento "sanción" en la norma, postulada, más que demostrada, por Benvenuti . . . . .	338
3. Observaciones acerca de la concepción de Benvenuti, que ve en la "sanción" la "garantía" del derecho . . . . .	339
4. Las diversas concepciones de la "sanción" en la exposición crítica de Benvenuti . . . . .	341
5. Autosuficiencia lógica de la norma, independientemente de la "sanción" . . . . .	344
6. "Sanción" y "sanciones" en la opinión de Benvenuti . . . . .	345
7. Sobre la vinculación entre "sanción" y declarabilidad de certeza del derecho en el pensamiento de Benvenuti . . . . .	346
<b>II. MANDRIOLI . . . . .</b>	<b>347</b>
8. Sobre la defensa, por parte de Mandrioli,	

	PÁG.
de la noción de la jurisdicción como actuación de sanciones . . . . .	347
9. Algunas necesarias rectificaciones al modo cómo Mandrioli reproduce el pensamiento del autor de estas "observaciones" . . . . .	350
10. Sobre el pretendido binomio "precepto-sanción" y sobre el presunto mérito de quien escribe al superar su dualismo . . . . .	353
11. El pseudoproblema de la "necesariedad" de la norma . . . . .	354
12. Observaciones sobre la pretendida distinción entre función "interna" y función "externa" de la norma . . . . .	357
13. Sobre la "ampliación", propuesta por Mandrioli, de las ideas de quien escribe . . . . .	358
<b>III. CARNELUTTI . . . . .</b>	<b>361</b>
14. Carácter "emocional" del escrito de Carnelutti . . . . .	361
15. Legitimidad de una definición del derecho que prescinda del elemento "sanción" . . . . .	363
16. Inconsistencia estructural de la noción de "sanción" . . . . .	369
17. De una inaceptable confusión entre leyes jurídicas y leyes naturales, y de la curiosa definición del efecto jurídico como hecho . . . . .	371
18. Toma de posición final frente a las censuras de Carnelutti . . . . .	375
<b>43. Intervención litisconsorcial . . . . .</b>	<b>379</b>
1. La intervención litisconsorcial y el estudio de Nencioni . . . . .	379
2. Posición del que interviene litisconsorcialmente entre el interviniente principal y el interviniente por adhesión . . . . .	379
3. Definición de intervención litisconsorcial . . . . .	382
<b>44. Condición jurídica de la sentencia sujeta a impugnación . . . . .</b>	<b>385</b>
1. Tesis chiovendiana con motivación carneltutiana . . . . .	385
2. Imperatividad y ejecutoriedad . . . . .	387
3. Argumentos exegeticos . . . . .	388

	PÁG.
45. Observaciones sobre el hecho notorio . . . . .	391
1. Definición formal y definición sustancial de la notoriedad . . . . .	391
2. Datos históricos . . . . .	393
3. Exclusión del notorio de la ciencia privada del juez . . . . .	396
4. Aplicaciones particulares de los principios establecidos . . . . .	402
5. Aplicación del criterio de la notoriedad por parte de la casación . . . . .	405
46. Aspectos históricos de la perención . . . . .	407
1. Vínculo entre perención y principio de la disposición de parte . . . . .	407
2. El derecho romano clásico y justiniano, y la ley "properandum" . . . . .	408
3. El derecho intermedio y la interpretación deformadora de la ley "properandum" . . . . .	410
4. La "insufflatio spiritus" y el paso a la fi- gura moderna de la perención . . . . .	412
5. La perención en derecho francés y en los códigos preunitarios . . . . .	414
6. Crítica a la perención y relieve de la unidad de la insuficiencia del instituto. . . . .	415
7. Derecho extranjero y tentativas naciona- les de reforma . . . . .	415

### INDICES ALFABÉTICOS

Índice onomástico . . . . .	419
Índice de materias . . . . .	427