

---

## La teoría general del proceso

---

Lorenzo Zolezzi Ibárcena

La teoría general del proceso puede definirse como «el conjunto de conceptos, instituciones y principios comunes a las distintas ramas del enjuiciamiento»<sup>1</sup>. Más específicamente, es «la parte general de la ciencia del derecho procesal que se ocupa del estudio de los conceptos, principios e instituciones que son comunes a las diversas disciplinas procesales especiales»<sup>2</sup>.

Concebir la Teoría del Proceso como una disciplina unitaria contribuye a resaltar el carácter científico del Derecho Procesal, puesto que es mucho más compatible con los fines de la ciencia pensar en un cuerpo de conocimientos generales, que en varios cuerpos particulares (uno por cada rama del Derecho Procesal, por ejemplo), con proposiciones a veces contradictorias entre rama y rama. En este punto es preciso recordar que la teoría es un conjunto de principios explicativos de uno o más sectores de la realidad que resumen el conocimiento existente, proporcionan una explicación para los acontecimientos observados y pueden permitir, incluso, predecir la ocurrencia de acontecimientos no observados. Si bien esta caracterización corresponde más bien a la ciencia experimental, también es posible su aplicación a las ciencias humanas, a condición —como hemos dicho— de tener un adecuado nivel de generalidad y un razonable

---

1 Niceto Alcalá Zamora. «La teoría general del proceso y la enseñanza del Derecho Procesal», en: *Estudios de teoría general e historia del proceso*. México, UNAM, 1974, t. I, p. 585, cit. p. José Ovalle Favella. *Teoría General del Proceso*. México, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Harla, 1991, nota 25, p. 52.

2 L.c., p. 52.

número de investigaciones. Como es sabido, la investigación ayuda a comprobar y a desarrollar la teoría, aclara conceptos y puede llevar a la reformulación o extensión de la teoría.

Esto fue claramente percibido por Carnelutti, quien afirmó lo siguiente: «Estoy seguro de no equivocarme al afirmar que la ciencia del derecho procesal no alcanzará su cima hasta que no se haya construido sólidamente una parte general, en que los elementos comunes a cualquier forma de proceso encuentren su elaboración».<sup>3</sup> Los elementos comunes más allá de toda duda son la acción, la jurisdicción y el proceso. La idea de una teoría unitaria se impone con naturalidad tan pronto se profundiza sobre estos conceptos. El problema que hemos encontrado en la literatura consultada, sin embargo, es que los autores, una vez que han identificado estos elementos comunes, al tratarlos separadamente, no nos ofrecen nada que no sea distinto a lo que plantean los autores que ignoran esta preocupación por establecer una teoría común.

Para evitar dicha situación, este trabajo pretende expresamente identificar elementos comunes en los procesos propiamente dichos, en las elaboraciones teóricas de la disciplina procesal y en la vida misma de las instituciones procesales en la realidad.

## I. Los tipos de proceso

En cuanto a los procesos específicos, no cabe duda que aquellos que parecen más opuestos son el civil y el penal. Para algunos autores, como Montero Aroca, sólo existe un criterio de distinción entre procesos, a saber, si con el proceso el tribunal tiende a imponer una pena o si no es esta la función del tribunal. Estamos así entre pena y no pena, que es lo mismo que decir entre proceso penal y proceso civil. Ellos existen en tanto expresión de dos grandes principios, el de necesidad que informa el proceso penal y el de oportunidad, que informa el proceso civil.<sup>4</sup> Por cierto que el Derecho moderno es testigo de los avances que cada uno de estos principios hace en el proceso gobernado por el otro. Ahora bien, si

---

3 L.c., p. 53.

4 Juan Montero Aroca, Manuel Ortells Ramos y Juan Luis Gómez Colomer. *Derecho Jurisdiccional. Parte General*. Barcelona, J.M. Bosch Editor, S.A., 1991, p. 468.

estos procesos aparecen tan delimitados y opuestos ¿qué pueden tener en común?

1. En ambos procesos las partes dependen de un participante heterónomo que va a realizar una adjudicación. Utilizamos aquí la fructífera distinción entre formas autónomas y heterónomas de resolución de conflictos.<sup>5</sup> Todo proceso parte del supuesto de la imposibilidad, y aún la ilegalidad, de la autotutela. La justicia con mano propia está prohibida, por lo que la definición del *status* de alguien acusado de haber dañado un bien jurídico protegido por el Derecho, o la determinación de qué derecho prevalece en caso de controversia, o la declaración respecto a la producción de un hecho al cual el Derecho le asigna una consecuencia relevante, tiene que estar a cargo de un tercero. Este tercero suele ser el juez. En el campo penal no cabe la aplicación de pena fuera de proceso, ni cabe que alguien que no es un juez predeterminado por la ley decida el caso. Por ello no es posible llevar un caso penal a arbitraje. En el terreno civil, el Derecho acoge la intervención del árbitro como un adjudicador, pero permite el arbitraje sólo en determinados casos, como aquellos en los cuales las partes tienen facultad de libre disposición y los de naturaleza ambiental (Ley General de Arbitraje N° 26572).

Este tercero que pronuncia el Derecho debe tener ciertas características, fundamentalmente las de independencia e imparcialidad. La independencia se define en función de los otros poderes del Estado, mientras que la imparcialidad en función de las partes. El juez está separado de los otros poderes del Estado y por encima de las partes.

2. En ambos procesos las partes deben estar dispuestas como adversarios, es decir, cada una debe estar en posición de enterarse de los planteamientos de la otra y en aptitud de refutarlos puntualmente con todos los medios de defensa a su alcance. Esta característica, común a los distintos procedimientos, es la que permite apreciar las debilidades de un sistema penal estrictamente inquisitivo, como aquel en el cual el propio juez instructor realiza la investigación y decide. Mucho más lógico y justo es el sistema llamado de igualdad de armas, en que el juez decide a partir de los planteamientos de la acusación (Ministerio Público) y de la defensa, sin involucrarse en la investigación del caso.

---

5 Niceto Alcalá Zamora. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991.

3. En ambos procesos hay que mostrarle al juez que los hechos ocurrieron de determinada manera. Algunas personas no llegan a entender que los hechos juegan un papel similar en importancia tanto en lo civil como en lo penal. La rama civil del proceso ha dependido más bien de las lucubraciones doctrinarias de los abogados, sin llevarse a la práctica lo que se enseña en las Facultades de Derecho desde el primer año, es decir, que la norma jurídica comporta la asignación de una consecuencia a determinada conducta, y que para encontrarle significado jurídico a dicha conducta se necesita aprehenderla con la mayor claridad. Y ésta es una cuestión de hechos, que nos conduce invariablemente a una cuestión de prueba. A esta percepción se debe la notable flexibilidad que se observa en los Códigos procesales civiles modernos precisamente en materia de prueba, donde las enumeraciones de los medios probatorios no son taxativas sino enunciativas, se ha eliminado la prueba tasada, se ha dotado al juez del máximo de iniciativa en materia de ofrecimiento de medios probatorios y se ha consagrado el principio de la libertad en la apreciación de la prueba.

4. En ambos procesos funciona de igual manera el razonamiento del juez: Él debe reconstruir los hechos como cree, en efecto, que ocurrieron. En este sentido el juez es como un historiador, que desecha ciertas fuentes y que con las que acepta, con las que considera valederas, se forma una imagen mental de lo que ocurrió. En este proceso las pruebas son fundamentales. El juez no puede dar por existente ningún hecho si no ha sido adecuadamente probado. Y esto vale por igual para los sistemas donde existe la institución del jurado. Una vez que en la mente del juez cristaliza una imagen de lo que ocurrió, procede determinar si esos hechos corresponden a los contemplados por la norma jurídica y a los cuales ella asigna consecuencias específicas. Este proceso admite hasta tres momentos dentro de él, tal como lo desarrolla con mucha precisión Hitters, y son la fijación, la interpretación y la calificación de los hechos. Este último comprende la operación llamada de subsunción.<sup>6</sup>

## II. Las elaboraciones teóricas de la disciplina procesal

En cuanto a las elaboraciones teóricas, algunos temas ya han sido adelantados, toda vez que el acercamiento de los dos grandes tipos de proceso,

---

6 Juan Carlos Hitters, *Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación*. La Plata, Argentina, Librería Editora Platense, 1994, pp. 298 y ss.

el civil y el penal - hasta el punto de poder postularse hoy que participan de una misma lógica- ha sido el producto de ideas y conceptos que han procedido de teorizaciones que se han encarnado después en propuestas legislativas concretas o, al revés, estas ideas y conceptos han ascendido hasta el terreno de la doctrina a partir de descubrimientos hechos en la realidad, y han regresado de nuevo a la realidad como principios orientadores, tal como lo especificamos líneas arriba al tratar el tema de la relación entre teoría y observación.

1. Un primer aspecto que me interesa destacar es que una teoría del proceso común comprende principios y garantías que también son comunes y que pueden, de esta manera, beneficiar a los distintos procesos específicos. Piénsese, por ejemplo, en la garantía del debido proceso. Es sólo recientemente, y fruto de esta percepción común que estamos desarrollando, que se introduce con mucho vigor el concepto de debido proceso en el proceso civil y en los demás tipos de procesos, incluyendo aquellos que se realizan ante la administración pública. Los elementos integrantes del debido proceso fueron creciendo paralelamente al desarrollo de los derechos humanos y a su consagración en las constituciones políticas de los Estados y en los convenios internacionales. El inciso 1 del artículo 8° del Pacto de San José, por ejemplo, al regular las garantías judiciales prescribe que «Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.»

El concepto de debido proceso ha sido acogido vigorosamente por nuestro Código Procesal y está asociado a las más importantes consecuencias procesales. Así por ejemplo, el tradicionalmente sacrosanto carácter de la cosa juzgada cede en importancia ante el debido proceso, pues un proceso que se ha seguido en contravención de este principio puede ser cuestionado según lo dispone el artículo 178° que regula la nulidad de cosa juzgada fraudulenta. De igual modo, es causal para interponer el recurso de casación la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso (Art. 386°, inc. 3°).

2. Un segundo aspecto es que la unidad de una teoría del proceso hace posible que se adopten con mayor facilidad en uno u otro tipo de proceso los grandes principios rectores del otro, que antes se pensaban infranquea-

bles por ser privativos de cada proceso. Un ejemplo muy interesante es el que se da con la utilización creciente del principio de oportunidad en el proceso penal, que supone determinados grados de negociación entre las instituciones encargadas de la represión del delito y los acusados, a quienes se les ofrece determinados beneficios con la condición de desplegar el máximo de información sobre el hecho delictivo, especialmente la que involucra a otras personas. Entre nosotros es conocida la Ley N° 25499, llamada ley de arrepentimiento, referida al delito de terrorismo y que otorgó los beneficios de reducción y exención de pena a quienes proporcionaran información «que permita conocer detalles de grupos u organizaciones terroristas y su funcionamiento, la identificación de los jefes, cabecillas y/o de sus principales integrantes, así como futuras acciones que con dicha información se impidan o neutralicen». También es de sumo interés la Ley N° 26320, referida al delito de tráfico ilícito de drogas, que llega a regular la situación de un posible acuerdo entre el fiscal y el procesado «acerca de las circunstancias del hecho punible y de la pena a imponer». Esta disposición es bastante similar a la institución que existe en el Derecho de los Estados Unidos y que se conoce como *plea bargaining*.

3. Un tercer aspecto que conviene precisar, y que en mi opinión surge de esta unificación de la lógica y de los principios de los diversos procesos, es la clara percepción que se tiene hoy día respecto al carácter instrumental de la norma procesal, puesto que ella «asegura la eficacia de la norma material y regula el mecanismo para su aplicación y cumplimiento. Es una norma prevista para hacer efectiva otra norma. Es derecho para el derecho»<sup>7</sup> Este reconocimiento es absolutamente necesario para superar el excesivo formalismo que se ha impregnado desde siempre al Derecho Procesal, en especial al Civil.

Nuestro Código Procesal Civil acoge esta «sustantivización», desde el pórtico representado por el Título Preliminar. En efecto, en el Art. III nos dirá: «El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia». Sabemos, sin embargo, que no bastan las declaraciones para lograr los fines que las

7 Juan Monroy Gálvez, *Introducción al Proceso Civil*. Bogotá, Editorial Temis S.A., 1996, p. 156.

mismas albergan, sino que se requiere un desarrollo a través de normas específicas. Afortunadamente nuestro Código Procesal Civil es consecuente con la postulación programática contenida en el Preámbulo. Para poner algunos ejemplos, se consagra paralelamente el principio *iura novit curia*, según el cual el juez debe aplicar el Derecho que corresponda al proceso aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente (Art. VII); se asigna al juez la facultad de ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos y se le permite ordenar en cualquier instancia la comparecencia personal de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos discutidos (Art. 51°); se tipifican como actos de temeridad o mala fe procesal determinados comportamientos que han sido comunes en la actividad procesal del pasado, como demandar, contestar o impugnar careciéndose de modo manifiesto de fundamento jurídico, o las partes no asistan a las audiencias sin justificación alguna, generando dilación (Art. 112°). Uno de los capítulos donde más se manifiesta esta preocupación por concentrar el proceso en las cuestiones de fondo es el referido a la nulidad del acto procesal, terreno muy favorecido por los abogados del pasado para demorar el proceso e, inclusive, lograr su total desmoronamiento con una declaración de nulidad de actuados. El Título correspondiente privilegia, en la línea de lo que venimos desarrollando, la finalidad del acto jurídico procesal y la conservación del mismo.

4. Un cuarto aspecto de carácter general, que nos obliga a revisar los efectos de algunos de los temas ya tratados, tiene que ver con la unificación respecto al fin del proceso. Desde hace muchos años han existido dos posiciones relativas a este tema: la subjetiva o privatista, según la cual el fin del proceso es resolver un conflicto intersubjetivo, determinándose a quién corresponde el derecho disputado, o declarándose la existencia de un hecho al cual la ley otorga consecuencias jurídicas; y la objetiva o publicista, que sostiene que el fin del proceso es la actuación de la ley, el mantenimiento del imperio del Derecho. También hay, por cierto, posiciones eclécticas, que sostienen que la verdad no reside en ninguna de las dos escuelas considerada separadamente, sino en una combinación de ambas. Para los fines de la presente exposición, encuentro sumamente pertinente la manera como Carnelutti aborda el problema. Su posición es la siguiente:

«La conclusión de la investigación hasta ahora efectuada, puede resumirse en esta fórmula: *el proceso se desenvuelve para la composición justa del litigio*.

“Paz con justicia” podría ser, de ese modo, el lema del Derecho procesal. Nada de paz sin justicia, porque el proceso, como se ha visto, no tiende a componer el litigio de cualquier modo, sino según el Derecho. Nada de justicia sin paz, porque el Derecho no se aplica o no se realiza por quien está en conflicto, sino por quien está sobre el conflicto: *supra partes*, no *inter partes*; a fin de componer un litigio y no de tutelar un interés.

Según esa fórmula, el *quid novi* de la función procesal consiste en la combinación de los dos elementos: *paz y justicia*».<sup>8</sup>

Dice Carnelutti que el proceso no compone el litigio de cualquier modo, sino según el Derecho. Esta afirmación me permitirá, mostrando precisamente la utilidad de una visión general e integradora, comentar el principio de oportunidad asumido crecientemente por el proceso penal, y la figura de la conciliación extrajudicial.

Una de las manifestaciones más típicas del principio de oportunidad es la institución que el Derecho Penal de los Estados Unidos conoce como *plea bargaining*, la que puede ser definida como «el proceso por el cual el acusado y el acusador en un caso criminal elaboran una disposición del caso mutuamente satisfactoria, sujeta a la aprobación de la corte. Usualmente supone la admisión de culpa por parte del acusado respecto a un delito menos grave, o la admisión de un solo cargo cuando el delito de carácter múltiple supone varios, a cambio de una sentencia más benigna que la que de otro modo correspondería».<sup>9</sup>

Mike Mc Conville ha demostrado que el nacimiento de esta institución está más bien vinculada a motivaciones de tipo político, que a la búsqueda de la justicia en los términos de la cita de Carnelutti. Así, nos dice que en un determinado momento la oficina del Fiscal de Distrito asumió la tarea de luchar por la efectividad del control del crimen y, de este modo, la tasa de culpabilidad se convirtió en un tema de su respon-

8 Francisco Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal*. Buenos Aires, UTEHA Argentina, 1944, Tomo I, p. 286.

9 *Black's Law Dictionary*. 5ª edición. St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1979, p. 1037. La traducción es nuestra.



sabilidad. De esta manera, la oficina del Fiscal de Distrito abandonó paulatinamente sus esfuerzos de lograr una condena por la totalidad del delito, a cambio de ofrecer a los inculpados una sentencia más benigna si admitían su culpabilidad por un crimen menor.<sup>10</sup>

Entre nosotros es posible realizar una reflexión similar si nos detenemos en el número de personas que han sido indultadas por una manipulación indebida de la ya mencionada ley de arrepentimiento, y en el número significativo de personas que aún esperan beneficiarse del indulto.

Un tema que sugiere reflexiones en este mismo rubro es el de la conciliación prejudicial. Fomentada últimamente como una forma de aliviar el congestionamiento de los juzgados y tribunales, no garantiza necesariamente que la solución del problema se realice con respeto cabal de la justicia, aún cuando sí puede lograr la paz, que es la mitad de la proposición de Carnelutti. Esto es particularmente relevante en jurisdicciones como la norteamericana que depende del sistema del *stare decisis* para incrementar el arsenal de proposiciones jurídicas del sistema legal. Al resolverse muchos casos fuera de los cánones del proceso, las cortes de apelación se ven privadas de realizar el proceso de creación de principios jurídicos propio de este sistema.<sup>11</sup>

### III. Proceso y realidad

Finalmente, y para concluir, deseo referirme muy brevemente a la utilidad que puede derivarse de una teoría general del proceso para la operación específica de las instituciones procesales en la realidad. Quienes reflexionan sobre las exigencias que plantea al Derecho Procesal el inminente acceso al nuevo milenio, plantean la conveniencia, y aun la necesidad, de hacer aterrizar a la teoría en las necesidades específicas de los seres humanos de hoy, que presencian cómo el Estado tiende a abandonar su rol en la creación de un mínimo de condiciones de bienestar general, y cómo sus derechos fundamentales existen en equilibrio precario entre las amenazas

---

10 Mike Mc Conville, «*The Origins of the Institutionalised Guilty Plea in the United States: Some Lessons from History*», en: *Derecho PUC*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Diciembre de 1995, N° 49, p. 96.

11 Stephen Yeazell, «*The Misunderstood Consequences of Modern Civil Process*», en *Wisconsin Law Review*. Volumen 1994, N° 3.

que provienen del mundo de la política y las que proceden de la economía, la ciencia y la tecnología.<sup>12</sup>

En el Perú la preocupación por vincular al Derecho con la realidad se planteó hace más de treinta años con la reforma de los estudios jurídicos que se llevó a cabo precisamente en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La agenda de la reforma que entonces se propuso mantiene su vigencia y puede ser asumida hoy en su integridad. Dicha agenda comprendía las siguientes proposiciones:

- «El Derecho es ante todo una forma de estructuración social y no un mero ordenamiento formal contenido en Códigos y leyes más o menos organizados lógicamente, más o menos concordados. El Derecho no puede ser entendido aisladamente de los demás aspectos de la vida social, vive entretejido en ellos y es, al mismo tiempo, causa y efecto de ellos. Antes que un orden lógico, el Derecho es un orden social».
- «El Derecho no puede ser analizado *in abstracto* como un razonamiento matemático, sino reinterpretado por los hombres que lo usan, dentro de un marco cultural y socio-histórico determinado».
- «Es preciso confrontar el Derecho con las demás prácticas sociales a fin de comprobar si el orden legal no sólo concuerda formalmente en el interior de su propia racionalidad, sino, además, si concuerda con las exigencias, necesidades y aspiraciones de la sociedad en la que se desenvuelve».
- Cabe también preguntarse si «el orden legal vigente es el mejor de los órdenes jurídicos posibles dentro de la situación socio-histórica en la que se realiza. Por consiguiente, no basta explicar el Derecho vigente: es preciso también cuestionarlo».<sup>13</sup>

---

12 Véase Roberto Omar Berizonce, «Las grandes líneas tendenciales del proceso civil a fines del segundo milenio», en *Derecho PUC*, N° 51, diciembre de 1997.

13 Fernando de Trazegnies, Jorge Avendaño V. y Lorenzo Zolezzi Ibárcena. «Nuestra Reforma de la Enseñanza del Derecho», en *Derecho*. Lima, N° 29, 1971, p. 136.