

# En defensa de la ciencia procesal

(Meditaciones para la doctrina, la práctica y la legislación, a propósito de la vigencia y reforma del Código italiano de 1940) (\*)

LEONARDO PRIETO CASTRO

Catedrático de la Universidad de Madrid y Abogado

1. La publicación del *Codice di procedura civile* de 1940 constituye el acontecimiento jurídico procesal más importante de este siglo. No importa que quien lo contemple sea italiano o sea extranjero. Para los italianos no sólo es una ley, sino que debe ser, al mismo tiempo, un monumento. Para los de fuera, conocedores de la fatigosa y apasionada labor realizada por la ciencia italiana durante cerca de medio siglo, es el fruto merecido y esperado de ella; y cuando lo estudiamos no podemos sustraernos a ver en sus artículos el espíritu vivo de los que, con ese continuado esfuerzo, lo inspiraron. Es una conquista de la cultura jurídica de nuestros tiempos, y los científicos de todo el mundo, transidos de un sentimiento de solidaridad, pueden creerse, nos creemos, con derecho a saludar su nacimiento y a seguir su desarrollo, aunque sea con otro interés que el de aquellos cuya vida judicial ha de gobernar.

Fueron siempre, hasta ahora, los jubileos del estamento científico organizados para festejar el cumplimiento de edades o la llegada de fechas. Pero esa costumbre podía romperse alguna vez, abriendo el paso a la fiesta del recién nacido, y, con ella, a la de los progenitores. Es pura y feliz coincidencia que aquí, realmente, se tribute ese doble homenaje.

2. El niño nació robusto y bien formado: sólo algunos detalles secundarios de contextura maculan tenuemente su angelical belleza.

---

(\*) Este trabajo ha sido escrito para el homenaje al Profesor Enrico Redenti, bajo el título "En defensa de la Ciencia o Meditaciones, con ocasión del Código italiano de 1940", y del cual se suprimen aquí los dos párrafos finales destinados a desenvolver el principio de la comunidad científica internacional y los rumbos de la enseñanza.

y la bondad de su alma, que se adivina; y, sin embargo, suficientes para servir de asidero de reproches de defectos y deformidades de los que esencialmente no padece, pero que se le suponen, quizás porque vino a la tierra mortal en momentos de pasajera epidemia. No es un secreto que el nacimiento estaba preparado en un ambiente de sanidad y se realizó bajo la dirección y vigilancia de médicos expertos, consagrados por su ciencia, que, ante todo, cumplieron su deber escrupulosamente, guiándose sólo por su saber y su técnica, sin atender las indicaciones de quienes, legos en fisiología, en patología y en terapéutica, mal podían aconsejar y menos imponer sus opiniones. El caso es que el fruto no se recibió cariñosamente; cuchicheos y conciliábulos por doquier, de donde nada bueno para la criatura resultaba.

Cosa natural, los observadores serios, la gente sensata y no impresionable, dada a escudriñar las causas de los fenómenos y a no dejarse llevar por el primer impulso, mostraron su inclinación hacia los expertos, aceptando incondicionalmente su dictamen. No obstante, una sombra de duda queda en el fondo: ¿Será verdad lo que se dice? O, por el contrario: ¿Hay un error en la generalidad?

Alternativa grave, con la que se pone en discusión el éxito o el fracaso de la Ciencia. La respuesta es posible que se encuentre en las simples observaciones del medio ambiente en que ha venido a mostrar su vitalidad el nuevo ser.

3. *Nihil novum sub sole*. En España, el año 1853, bajo Isabel II, el Marqués de Gerona, José de Castro y Orozco, publicó su *Instrucción del procedimiento civil con respecto a la Real jurisdicción ordinaria*. Esta ley, cuya exposición de motivos era un duro ataque contra los vicios y corruptelas de un derecho procesal común deformado y escarnecido, introdujo hace cerca de un siglo el principio de concentración, evitando en lo posible las cuestiones incidentales con impugnación independiente del fondo, la celeridad en la substanciación de los negocios, previendo incluso la rebeldía del actor en un procedimiento fundamentalmente escrito, la publicidad, el impulso oficial en cierta medida, la acomodación del principio dispositivo a las finalidades públicas del proceso, ampliando los poderes del juez, sobre todo en materia probatoria; la casación con un sentido de modernidad, y la estadística judicial con designios de control. Prendas todas dignas de alabanza. Pero la práctica, a quien tanta belleza deslumbraba y confundía, exigiéndole otros modos, nuevas normas de conducta, no la soportó ni un momento; desde el principio, la *Instrucción* fué criticada en los términos más violentos, y los ataques la pusieron muy pronto fuera de combate. “Cayó en breve—nos dice el procesalista de Derecho común De Vicente y Caravantes con tremenda palabra—al peso de la reprobación pública, hábil y enérgicamente expuesta en notable informe por el Colegio de Abogados” (1).

(1) De VICENTE Y CARAVANTES: *Tratado*, I, 1856, pág. 56.

Cubriéronse las formas insistiendo en el deseo de una nueva ordenación legal, con las exigencias mínimas de que se llevase a cabo por los "trámites legales" (siempre, la nota política) y con "madurez"; la inspiración fundamental había de ser el "restablecimiento, en toda su fuerza, de las reglas cardinales de los juicios consignados en nuestras antiguas leyes", o, lo que es lo mismo, el derecho común falseado por el transcurso del tiempo. Al cabo de cinco meses (lo que no arguye precisamente mucha "madurez") quedaba consumado el gran paso atrás de la ley de Enjuiciamiento civil (Código procesal) de 5 de octubre de 1855. La *Instrucción* del Marqués de Geróna fué la segunda experiencia fallida en la historia procesal española; la primera había sido la *lex Visigothorum* (año 654), llamada a figurar como el primer código de esta nacionalidad. La *lex Recesvindiana* intentó dar carácter público al proceso y hacer del juez un funcionario independiente: garantizaba la igualdad de las partes, se preocupaba de la rápida sustanciación de los negocios, imponía la oralidad, la publicidad, la intermediación y el impulso oficial; rechazaba el medio probatorio formal del juramento, limitaba los actos dispositivos y daba carácter público a la institución de la cosa juzgada.

Pero el ambiente y las circunstancias no eran propicias: la costumbre se impuso a la ley, y fundamentalmente persiste varios siglos después el formalismo germánico primitivo, con los *Gottesurteile*, la *Blutrache*, la *Friedenlosigkeit* y demás prácticas nórdicas importadas. Incluso la misma legislación de Alfonso X el Sabio (*Partidas*, año 1265) corrieron al principio la misma suerte, hasta que, por su superior tecnicismo y exahustividad, logró imponerse.

Evidentemente, no pueden asimilarse casos históricos tan separados por el transcurso de siglos, y distinto de todos será, sin duda, el que ofrece el Código italiano, en los años que vivimos. Pero al menos es lícita una deducción general. Para la prosperidad de una obra legislativa se requiere que el medio exterior en que ha de aplicarse se halle preparado; de no ser así, el fracaso puede ser inmediato y fatal, con graves dificultades de corrección cuando, por el acentuado privilegio normativo del Estado, o por tratarse de instituciones de carácter público, no es ni siquiera imaginable una costumbre fuera y menos contra ley. Incumbiría, pues, al legislador procesal verificar, ante todo, las condiciones y las características del ambiente a que destina su obra, para no entregar más de lo que se puede recibir ni retener aquello que confiadamente puede y debe dar.

Ahora bien, en nuestro siglo es la Universidad, depositaria de la ciencia cada día hablada, y del libro que se difunde, quien suministra el grado de cultura que hace posible en los pueblos la existencia de buenos legisladores y de destinatarios aptos para recibir, entender y manejar las leyes que esos promulgan.

La Ciencia se impone así una doble misión, y se trata de ver, concretamente ahora con el ejemplo del *Codice* de 1940, si ha logrado cumplirla. La averiguación es de importancia superlativa, pues si bien

el ejemplo pudiera, de un lado, considerarse como un hecho doméstico de un país, y efectivamente así es, sin validez general (lo que no admitimos), y, de otro, se presta a la objeción de que los valores de la Ciencia se hallan por encima de cualquier detracción circunstancial, y que, por lo tanto, el caso sea considerado pequeño e indigno de examen, estimo que para los científicos el resultado a que se llegue es susceptible de afianzarles en su postura o, por el contrario, de inducirles a un cambio de rumbo. Aquí reside la causa por la que me ocupó del caso; creo, por todo lo dicho, que no está, en modo alguno, fuera del destino permanente de los trabajos que aquí aparecen.

4. En la medida que me fué posible; he venido haciendo comprobaciones durante los últimos años acerca del *Codice* de 1940. Las actitudes y reacciones provocadas por su puesta en vigor y subsiguiente corta vigencia me han conmovido intensamente; no pude sustraerme al análisis de las que, a mi juicio, son causas y a la previsión de las que, creo, pueden ser consecuencias.

Es asombrosa la polémica; es sangrienta la diatriba; es irrespetuoso el ataque a una de las más sólidas representaciones de la Ciencia que conocemos en nuestros días. Lástima grande es que la licencia en el decir, la falta de sentido de la responsabilidad en el enjuiciar, sea lo que caracteriza a la libertad que se recobra o a la libertad de la que no se sabe usar. Hemos visto escritos verdaderos libelos, cuya acogida en revistas científicas sólo es explicable por la independencia consustancial a la doctrina, y, sin duda, por el convencimiento de su propia firmeza.

Concibo una crítica objetiva del contenido de un cuerpo legal, del sistema, de la orientación, de la adaptabilidad a las condiciones del país en que haya de regir, y es lícita la crítica política, en cuanto que los principios últimos informadores de una legislación exceden del campo jurídico, para penetrar en el otro ámbito; pero siempre que ella no parta del error, frecuentísimo en todos los tiempos, consistente en identificar la coyuntura histórico-política con las ideas y concepciones inspiradoras de la ley, como si una y otras fuesen inseparables. La crítica o reproche de este tipo se nos presenta siempre como la más enojosa y hasta peligrosa de combatir cuando, como sucede actualmente en el mundo entero, se pasa por una etapa de emergencia política y social. Queremos, por ello, descartarla, en cuanto sea hacederó, de nuestra consideración; independientemente de que, como todo lo ocasional, no sirve para llegar a conclusiones estables.

5. Me veo precisado a afirmar, en calidad de premisa entre las varias de que intento valerme para fundar mi tesis, que el Código italiano de 1940 es, sencillamente y en términos generales, una obra extraordinaria, producto de una nación señaladamente carismática para las construcciones jurídicas en todos los siglos de su dilatada historia. Representa la culminación de una ingente labor llevada a cabo por juristas de superior calidad, a los que debe Italia una época de florecimiento sólo comparable a la que en Alemania transcurre

desde la terminación de la guerra del 70 hasta el comienzo de la primera europea (2).

En los momentos de la publicación del Código la dificultad, que siempre ha existido para lograr un equilibrio entre el derecho subjetivo y la presencia del poder estatal, se ofrecía en términos de mayor gravedad, a causa de las corrientes políticas que anteponian el Estado al individuo. Ante el logro de esa coordinación, la posibilidad o la realidad de un error en cualquier otro punto carecería de importancia, sería secundario y no podría servir como apoyo para críticas dignas de consideración. El juicio que mereciera la obra legislativa iba, pues, a depender solamente de eso.

Puestas así las cosas, me veo obligado a reputar admirable la fórmula del Código. Su avanzada es el derecho del individuo; después junto al reconocimiento de su preponderancia, la jurisdicción como deber y función pública que constriñe al Estado a ver en el proceso más allá de los fines privados del particular, alejándose con decisión del concepto antiguo del juez espectador en un juego de suerte, azar y hasta picardía, en una lucha a la que se siente ajeno, cuyo resultado no le interesa y en la que únicamente está llamado a proclamar la victoria del vencedor, cualesquiera que hayan sido los medios incluso reprobables, de que se hubiese valido.

Un Código procesal alcanza su justificación definitiva mostrando la presencia del Estado en los conflictos de derecho privado entre particulares, pura y simplemente en su propio prestigio (es decir, sin intenciones laterales, encubiertas), y, con él, en el de la función jurisdiccional, porque es absurdo pretender que la sentencia civil aspire a ser reconocida como verdadero *ius inter partes* cuando, al lado de las inevitables ficciones y de la insustituible vigencia del principio dispositivo, todavía se quiere conservar como admisible y no sonrojante una verdad "formal", para cuyo logro todos los artificios y maquinaciones son buenas, y no estigmatizan socialmente a quienes los emplean, verdad que sería típica del proceso civil, frente a la otra verdad, más seria y verdadera, la "material" del proceso penal. Los restantes preceptos, las diversas regulaciones de la ley procesal, no son más que medios instrumentales para esa finalidad superior, en el fondo fáciles de construir; allí actúan ideas políticas, que pueden

---

(2) Reputo admirable, por su objetividad que un jurista excepcional, como CARNELUTTI, recogiera en su estricta significación literal el elogio que sus iguales, los procesalistas alemanes, tributaron a la Ciencia italiana en la reunión celebrada en 1923 por la *Vereinigung deutscher Zivilprozessrechtler*, cuando Mendelsohn Bartholdy dijo: "No hay más remedio, señores, que rendirse; de nosotros los alemanes, la supremacía del derecho procesal ha pasado a los italianos" (cfr. CARNELUTTI: *Saggio di una teoria integrale dell'azione*, en *Riv. dir. proc.*, I, 1946, págs. 17-8). Porque la verdad histórica es otra. Italia simplemente "recupera" una primacía que tuvo durante varios siglos de la Edad Media y muchas décadas de la moderna hasta el punto de permitirle dar al mundo entero los principios generales para sus sistemas procesales, a través del llamado Derecho Común y del Estatutario.

ser metajurídicas y aun antijurídicas; aquí, conceptos jurídicos y, si se quiere, también técnicos. El error o la exageración en el primer aspecto pueden ser catastróficos, no admiten corrección, conducen a la extinción total; el error en los revestimientos jurídicos y técnicos simplemente postulará una reparación, que puede ser cómoda y de rápida ejecución, hoy o en 1940, como en 1865.

Estimo que la idea del Código de 1940 está más que justificada con el hecho y con el hallazgo que voy a indicar. El hecho es éste: Poner en su irontispicio las normas sobre la jurisdicción, para afirmar su preeminencia, pura y simplemente, dando a estas dos palabras el sentido antes expresado, ya que no sea propio de un Código procesal descender a las definiciones académicas y menos hasta aquellas que implican valoraciones, más que estrictamente jurídicas, también políticas (iuspublicísticas). El hallazgo es éste: El ejercicio de la acción, por causa de un derecho y la invocación de un interés, aparece como presupuesto necesario y suficiente para incoar un juicio (artículos 99 y 100) (3).

Estoy, por cuanto queda dicho, inclinado a sostener que cualquier crítica o juicio del Código de 1940 que no parta de aquellas ideas de orden superior, serán superficiales e incompletos; el mérito y la vida de una obra legislativa trascendental no pueden hacerse depender de la falsa postura en que se coloque el observador ni de la limitación de su análisis a una contemplación más o menos superficial de alguna de sus piezas y el modo como se han colocado (4).

---

(3) No debo silenciar ahora, cuando la impresión que me ha producido la polémica en torno al Código me aconsejó escribir las presentes líneas, que, personalmente, desde un principio, acogí con aplauso el sistema de un código que, poniendo al frente de todo su empeño la tutela de los derechos subjetivos del individuo, iniciaba su articulado con las normas sobre la jurisdicción. En el fondo, no había ido yo más lejos cuando en mi *Exposición del Derecho Procesal Civil de España*, 1.<sup>o</sup> ed., 1941 (en ulteriores ediciones, *Derecho Procesal Civil*), tras de los indispensables conceptos introductivos, figura en el primer plano la teoría de la acción, y seguidamente la de la jurisdicción. Por la importancia que para la doctrina procesal han tenido los acontecimientos del último decenio, creo no desviarme de la línea de pensamiento que me impone la meta a donde quisiera ir, si consigo la complacencia que me produce ver sustentadas por CARNELUTTI (op. cit. en la nota anterior), ideas muy análogas a las mías de 1941, sobre el concepto de la acción.

(4) Debe deplorarse que la casi totalidad de los trabajos publicados por los procesalistas sobre el Proyecto del Código, en la medida que me son conocidos, desde el que fué mi singular amigo GOLDSCHMIDT (J.) hasta mi también amigo RICCA BARBERIS, hayan prescindido fundamentalmente, de examinar la faceta, decisiva, a que se viene aludiendo en el texto, para detenerse, más bien, en puntos concretos de detalle, de importancia, pero al fin y al cabo accesorios. Hubiera sido la mejor propaganda del mismo y una preparación de los espíritus para recibir una obra legislativa que era, y es, de todos los tiempos, contribuyendo a disipar errores y a evitar los disparatados juicios que más tarde se han emitido con lamentable gratuidad. Publicado el Código, habría sido deseable que los tratadistas y comentaristas hubiesen destacado su carácter ortodoxo en cuanto se refiere a la inspiración medular, su arranque en el concepto de la tutela de los derechos del ciudadano, con las inherentes derivaciones: ello era necesario

Total desenfoque he creído hallar en los juicios y valoraciones críticas del Código, que en su fondo reconocen una falta de perspectiva histórica, e injusticia manifiesta, aún más, desconocimiento de una Ciencia, la procesal italiana, ante la cual hay que descubrirse. Pero esto, no ya en el extranjero—salvo algunos, entre los que quisiera contarme—, sino incluso en la misma Italia.

Esta producción legislativa admite multitud de discusiones doctrinales y técnicas en otros tantos aspectos, como, por ejemplo, la creación del juez instructor para los negocios más importantes; la imposibilidad de que una Magistratura que no se halle compuesta por un número abundantísimo de jueces con espléndida base económico-administrativa y abundantes medios materiales pueda atender cada causa con la exclusiva dedicación y el perfecto conocimiento del caso singular que requiere un sistema donde el instructor, e incluso el Tribunal del plenario, vienen obligados a llevar, desde un principio, todos los hilos de las cuestiones principales y de las accesorias, diversamente de aquel otro en que las partes son los *domini litis*, sobre todo si va asociado a una forma procedimental escrita en donde los jueces no tienen necesidad de dirigir y centrar debates ni tomar parte activa en los distintos aspectos de la prueba, y únicamente al final, cuando llega el inevitable momento de la sentencia, por primera vez se enfrentan con los autos; el excesivo uso de las preclusiones; la minuciosidad y preciosismo de la ejecución; pero, sobre todo, el “cajón de sastre” del libro IV, y particularidades semejantes (5); aparte de aquellas otras que, ya en la práctica, se muestran como perturbadoras para la celeridad de la sustanciación, de marcado carácter procedimental, sin duda importantes todas; pero que sólo llaman a las adecuadas reformas, sin que la Ciencia pueda ser responsable directa de los resultados (6).

---

aunque la dificultad histórica no se me oculta, por cuanto debía presumir cuál podría ser el blanco al que los posibles ataques actuales y posteriores se dirigirían.

Los observadores extranjeros (me refiero a los de nuestro país) no tomaron camino distinto. Así, no se ocupa de este aspecto ALCALÁ-ZAMORA (en la traducción del *Sistema*, de CARNELUTTI, I, Buenos Aires, 1944, págs. 397 y sgs.), MIGUEL Y ROMERO (en *Rev. Gral. de Leg. y Jurisp.*, Madrid 1942, págs. 484 y sgs.), DE LA PLAZA (en *Rev. der. priv.*, 1941, págs. 517 y sgs.), SENTÍS MELENDO (en *Rev. der. proc. argentina*, 1943, II, págs. 74 y sgs.), si bien debe hacerse constar que este autor habla ocasionalmente del Código al reseñar el primer volumen de las *Instituciones*, de CALAMANDREI.

(5) No he pretendido haber puesto el dedo en la llaga aludiendo a las diversas cuestiones doctrinales y prácticas del Código; me limito a poner ejemplos, para contenerme dentro del fin a que aspiro.

(6) Tampoco interesa aquí, por la misma razón de la nota precedente, tratar sobre los defectos por los cuales la práctica está poniendo el grito en el cielo, pues esa incursión no parece muy autorizada a los extranjeros. Asimismo es correcto eludir el problema puramente interno acerca de la oportunidad del retorno a las viejas prácticas—con derogación del nuevo Código repitiendo el caso de la *Instrucción* española aludida al principio—o de una reforma que de modo no siempre correcto para la doctrina propugna la práctica y que tan precipitadamente—e incluso ciegamente, permítasenos decirlo—parece que se quiere llevar a

La falta de perspectiva histórica la encuentro en que todos cuantos señalan en el Código la tara central de un desmedido autoritarismo judicial, parece como si creyeran que la idea de la justicia civil concebida como función estatal y donde el Estado se reserva determinadas facultades e intervenciones, es cosa que se acaba de inventar en Italia, precisamente ayer, en el Código de 1940. Por lo visto se ignora lo que está ocurriendo en el mundo procesal, especialmente a partir de 1877 (7), y no ha despertado curiosidad la extraordinaria acentuación de las facultades del juez en el Código procesal austriaco y los onerosos deberes que en él se imponen a las partes; un Código eminentemente autoritario, en el que la función jurisdiccional está por encima de la protección de los derechos particulares (8), nacido en el liberalismo de Francisco José I, resistente en la actualidad a los influjos del lado de allá del telón de acero, tras del cual —o poco menos— acaba de publicarse la apología de su madurez en los quince compactos artículos de que consta la *Festschrift zur Fünzigjahrfeier der österreichischen Zivilprozessordnung*, que ha aparecido en Viena en 1948 (9).

Convendría, igualmente, señalar que los principios de los Códigos alemán y austriaco, y ahora principalmente del segundo, se acogen sin reservas en países francamente democráticos, como Suecia (1942);

---

cabo, y, por fin, se realizó, con tan mala fortuna, en el Decreto de 5 de mayo de 1948. Acerca de estos aspectos me remito a los concienzudos y serenos trabajos de CARNACINI: *Circa la riforma del Codice di procedura civile* (publ. de la Facultad de Derecho de Módena), 1947 y *L'associazione fra gli studiosi del processo e i lavori in corso per la riforma del Codice di rito civile* (separada de la *Riv. trim. di dir. e proced. civ.*, I, 1948), con las numerosas citas que se contienen, y más recientemente, REDENTI en la *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1948, y CARNELUTTI, en esta misma colección de trabajos.

(7) Algo manoseado ya resulta el caso del Código de Napoleón, pero no está de más recordar que ha tenido vigor bajo los regímenes más diversos y continúa vigente hoy en Francia—con ciertos retoques, importantes los más modernos—y fuera de ella.

(8) Bajo el epígrafe *Die Ziele des österreichischen Prozesses*, KLEIN, el padre del Código austriaco de 1895, expone ideas a cuyo lado las de la *Relazione* de Grandi son un verdadero canto democrático a los derechos individuales y casi una postergación del Estado (cfr. KLEIN—*mit Ergänzungen von*—ENGEL, *Der Zivilprozess Oesterreichs*, 1927, págs. 186 y sigs.; pero debe advertirse que el libro, según indica su autor en el primer prólogo, estaba ya escrito en 1914).

(9) Hasta qué punto se procede irracionalmente y por consideraciones meta-jurídicas en estos tiempos lo prueba la llamada *Proklamation* (núm. 3) del Consejo Aliado de control en Alemania, donde se ordena la reforma de las leyes de justicia, entre ellas las procesales, conforme a las directivas que indica (y que aún no conocemos). En realidad, el Código alemán de 1877, texto de la Novela de 8 de noviembre de 1933, está exento de toda directa influencia socialista nacional, pues, como es sabido, se basa en el *Entwurf einer Zivilprozessordnung veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium*, en 1931, y este proyecto a su vez, se reconduce al Código de Klein, como saben cuantos cultivan estas materias. Es decir, en 1933 nada sospechoso desde el punto de vista político se agrega al primitivo cuerpo legal de 1877. Pero por simples coincidencias cronológicas, el Código que nació inspirado en aquél, mejorándolo, y luego pasa a ser inspirador, continúa su pacífica vigencia, mientras el que simplemente se le acerca hállase en la picota.



y por si los sistemas germánicos despertasen sospechas de prusianismo, ahí está el derecho inglés con sus jueces dotados de amplísimos poderes para configurar el procedimiento, originando un sistema en el que sería muy difícil que cualquier defecto procesal no admitiese la subsanación necesaria para franquear la entrada en el fondo del asunto (concepción del proceso como un prudente y adaptable medio para el fin de la justicia).

7. El mismo modelo penal debería inducir a la meditación. En la casi totalidad de los Códigos penales no se hace distinción alguna entre los delitos para asignarles una forma de instrucción determinada, con arreglo a sus características, a su gravedad, a la peligrosidad del delincuente, al origen y al fin de la persecución. El Estado ejercita su *ius puniendi* de igual modo y con idénticas cautelas y reservas sea cual sea, fundamentalmente, el caso de que se trate. La desorientación y la oscuridad que reina acerca de estos puntos sólo ha permitido que se alcen voces aisladas (10) para pedir una ordenación más conforme a las exigencias de los derechos del particular indiciado o procesado, sin perjuicio de los que ha de reservarse al Estado; no hemos visto señalar que en algunos casos esté—por medio del órgano judicial—más allá de lo debido, es decir, se muestre en exceso autoritario; desde luego, de ningún modo los prácticos han expuesto sus quejas sobre este punto—ni sobre tantos otros—, comprobándose así que, sin la investigación de la Ciencia, los mayores errores, si no afectan a realidades empíricas de muy fácil percepción, pueden persistir durante siglos sin advertirlos quienes los padecen; es el arma de dos filos de la doctrina; mal cuando no enseña, y también puede ser mal cuando enseña demasiado extemporáneamente.

En efecto, la ciencia penal y la procesal penal, que no ha dedicado hasta el día la suficiente meditación a sus problemas (11), defien-

(10) Excepto, por lo que me es conocido, SASSERATH en Bélgica. Cfr. CORNIL en *Les Nouvelles, Corpus Iuris Belgici*, 1941, págs. 82-3. Propugna aquél una *instruction contradictoire*.

(11) No sólo por el estudio, sino también por el contacto con la realidad en el ejercicio profesional de cada día, hace tiempo que viene preocupándome esta "cenicienta", como donosamente le ha llamado ahora CARNELUTTI. En cuanto dentro del juicio penal quedan comprometidos los derechos fundamentales del individuo, su valor es superior al del proceso civil. Ello debería servir como espolique que moviese a la Ciencia, en su desinterés; porque, forzoso es reconocerlo, el abandono de los estudios procesales penales se debe a la escasa rentabilidad económica que produce su realización práctica. Prescindiendo de este aspecto, el desequilibrio entre las producciones científicas respecto de uno y otro opera también, e incluso, en el proceso civil, muchas de cuyas nociones quedan por tal causa incompletas. Pese a cuanto se haya dicho antes y después de D'AGOSTINO, DIANA RENDE..., sería utilísima una parte general sobre los dos procesos, para permitir la comparación de multitud de conceptos y principios, sin contar el beneficio didáctico y el ahorro que se lograría en la enseñanza universitaria. Nuestra propuesta en tal sentido se halla en mi *Concepto, método y fuentes del Derecho procesal*, 1943, pág. 310. y vol. I de la *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix* (en prensa), voz *Derecho procesal*. Por las mismas razones es de

den generalmente a ultranza, siguiendo la corriente, la teoría del daño público del delito sin muchas especificaciones, para ver con malos ojos no ya los casos de aquellos tipos que con menos impropiedad podríamos llamar sólo perseguibles a instancia del ofendido, y no conceden atención al de algunos otros en que, sin descartarse todo el daño—predominantemente—público, por sus especialidades y características, hacen factible una postura menos inquisitiva frente al presunto reo durante las diligencias previas, mientras figure como simplemente “indiciado”, y más tarde al pasar a ser procesado (imputado, según el léxico italiano).

El caso del Código procesal criminal español puede ser un aleccionador ejemplo, aunque no tenga un exacto paralelo en otras legislaciones, por su gran fuerza. Es un modelo típico de Código liberal (año 1882, bajo Alfonso XII); a pesar de que, esencialmente, consagra un sistema acusatorio formal o mixto—diciéndolo de modo expreso su exposición de motivos—, el Estado no vacila en adscribir también, además del Ministerio público, para una mejor efectividad del *ius puniendi*, al querellante (particular), no ofendido directamente, sea cual sea la clase del delito, otorgándole amplias facultades de interrogación y una destacada intervención durante toda la fase instructoria. Las objeciones esgrimibles tendrían menos fuerza si la postura otorgada al particular querellante lo fuese sólo para los delitos cuyo requisito de procedibilidad es la instancia de parte; pero adquieren marcada gravedad al extenderse aquélla a todos los delitos, porque entonces queda roto el equilibrio—ya que, so capa de ayuda a! interés general de la punición, el ofendido no se mueve por ningún otro distinto del suyo—, convirtiéndose, en definitiva, en un exceso autoritario frente a otro ciudadano, que hasta el momento en que es procesado (imputado) se halla impotente para actuar, careciendo de defensor. Cabe sólo el correctivo de imprimir a la instrucción un carácter más contradictorio, por lo menos para ciertos delitos (12), pues es humano que el juez confíe un tanto en la actividad del querellante, el cual, como expresábamos antes, no tendrá muy en cuenta que procede, ante todo, por un interés general.

8. Creíamos no errar atribuyendo a las tendencias panestatistas la introducción de principios que rompen con los tradicionales de la acción, la justicia y el proceso, para provocar un choque con el derecho subjetivo, cuya tutela es lo que, en último extremo, se viene

---

reputar acontecimiento importante que CARNELUTTI se haya consagrado resueltamente a su “amore segreto” (cfr. *Lezioni sul processo penale*, I y II, s. a.). Domésticamente, es interesante observar que el procesalista civil GÓMEZ ORBAÑEA está vivificando nuestra Ley de enjuiciamiento criminal con sus *Comentarios* (publ. vol. I, 1947).

(12) Piénsese por ejemplo, en coacciones atribuidas por el impedimento del ejercicio de un derecho; en un documento tachado de falso, cuyo *corpus* no puede desaparecer, porque está incorporado a los autos, y análogos; sobre todo aquellos en que el querellado sea persona conocidamente honorable y no peli-grosa.

considerando como finalidad eminente y prez de la civilización jurídica occidental, que repele la conmistión en un mismo órgano (mejor, persona) de las funciones legislativa y jurisdiccional; el arrumbar la concepción de la ley como mandato general y abstracto prenda insustituible de seguridad jurídica, para favorecer el hallazgo de la norma (*Urteilsfindung*, en la antigüedad; *Rechtsfindung*, ayer) en cada ocasión, o justicia del caso por caso, acudiendo al llamado espíritu popular (del que se hace depositario y fiel intérprete a un jefe político), contingente y mudable, por excluir toda confrontación con los principios immanentes de la justicia, y resultados más graves que el mayor positivismo; la destrucción de la superior garantía jurisdiccional, la independencía del juzgador, sustituyéndola por el sometimiento a la jefatura política, que emana órdenes de servicio para los jueces, la mayor parte de los cuales serían simples figuras decorativas en un Tribunal colegiado, donde sólo el presidente decidiría (13); la anulación del sentimiento de responsabilidad del juez, eximiéndole de la obligación de motivar sus resoluciones, para sustituirla por otra cosa oscura y bastarda, halago de la jefatura política; el aniquilamiento del principio dispositivo, mediante la hipertrofia de sus inconvenientes, olvidando que el contrabalanceo de las dos posturas de parte, con una consecuente dirección del juez, es el mejor expediente para una completa instrucción y el hallazgo de la verdad, suplantándola con otra forma procedimental "más simple, libre y acomodada a su finalidad", un mero *ordnendes Verfahren* igual que el de la jurisdicción voluntaria (que, por otra parte, habría de ser concebida de un modo muy particular, casi metaprocesal); la sustitución de la acción y de la demanda por un simple *Antrag auf gerichtliche Entscheidung*, súplica de resolución judicial, o, aún más, estimando que el juez sólo está llamado a realizar el derecho objetivo y no también a imponer el respeto de los subjetivos, aquélla, la acción, carecería de razón de ser, pudiendo y debiendo, en su lugar, iniciarse el proceso de oficio o a instancia del Ministerio público, a quien, en todo caso, quedaría reservado un campo de actividad amplísimo para la aportación de materiales fácticos y probatorios; el aniquilamiento del principio de congruencia en favor de su contrario, *eat index ultra petita partium*; y, en fin, repele la civilización jurídica nuestra, el correlato obligado de esa aniquilación, esto es, la atacabilidad de la cosa juzgada por los más inconfesables motivos, aunque externamente a título de corregir injusticias o de acomodarla.

---

(13) No es ocioso aludir al sistema jurídico español, tan ignorado, a pesar de ofrecer aspectos muy originales y dignos de consideración. El respeto a la conciencia de los jueces llega en él al extremo de permitir a los miembros de los Tribunales colegiados consignar su voto disidente en un libro a ello especialmente destinado; mas para no mermar hacia el exterior la autoridad de la sentencia, por la discrepancia, ni abonar indirectamente el ánimo impugnatorio, aquél se conserva en secreto, siendo sólo conocido si llega a interponerse recurso de casación (arts. 367, 1.708 y 1.717 de la L. e. c.).

a los exaltados imperativos del derecho objetivo o de las buenas costumbres (14).

En realidad, al cabo del tiempo transcurrido desde que se consumó el aniquilamiento de Europa, todas esas doctrinas son de enojosa evocación, inoportunas, y quizás inútilmente reiteradas para los estudiosos, en cuyo patrimonio figura el perfecto conocimiento de ellas. Sin embargo, para la tesis que estamos desarrollando, el recuerdo era inevitable y de todo punto necesario (15).

9. Porque lo que nos proponemos decir es que si en parte alguna ha habido unanimidad para rechazar aquellas aberraciones, ha sido precisamente en Italia. Mientras se hallaba en discusión el Código de 1940, los procesalistas italianos, en cerrado frente (16), criticaban y repudiaban con buenos argumentos, profunda pasión por la Justicia y emocionada reverencia a los principios de la cultura latina y occidental, unas teorías matizadas en ocasiones de anticristianismo, que amenazaban peligrosamente (17).

Y si estas mentalidades son las que crearon el medio dentro del cual el Código nació, sería muy difícil que el mismo estuviese ins-

(14) Creo innecesario para la finalidad del presente estudio indicar las fuentes y los pasajes de estas descaminadas doctrinas, que en parte, y por desgracia, tuvieron su consagración legal, propugnadas por BAUMBACH, BESELMANN, FRANK, FREISLER, HAAG, LENZ, ROTHENBERGER, ROZICKY-FRIEDRICH, SCHMIDT-KLEENOW, SCHOENFELD, SEYDEL, THIERACK y VOLKMAR, entre más. Se hallan unos y otros recogidos en mi artículo *Revisión de los conceptos básicos del Derecho procesal*, 1942-43, pero publicado en 1947 (*Información jurídica*, jul.-ag., págs. 50 y siguientes), y 1948 (*Rev. der. proc.*, argentina, págs. 26 y sigs.). En Italia se cuenta con la notable información que CALAMANDREI ha suministrado desde 1937 en sus reseñas de legislación y doctrina, en la *Rev. dir. proc. civ.* No me he referido al Derecho soviético concretamente por falta de noticias fidedignas, excepto las que debo a dicho autor (ibídem).

(15) Es posible que tales doctrinas y su crítica hayan de traerse nuevamente al primer plano de actualidad después de las orientaciones que están dando a sus bandos o leyes las potencias ocupantes de Alemania (incluso zonas occidentales); porque se puede llegar a iguales excesos lo mismo a través de una *wissenschaftliche Gründlichkeit* que por un *fair play*. En ambos casos, desconocimiento de que Europa no en vano se ha pasado todos los siglos de su compacta historia construyéndose los sistemas jurídicos que convienen a la personalidad de sus pueblos. Acerca de aquellos bandos o leyes, véase SCHOENKE *Zivilprozessrecht*, 5.<sup>a</sup> ed., 1948, *passim*.

(16) Sin propósito exhaustivo y con arreglo a los medios bibliográficos que se han podido lograr a partir de 1936 hasta el momento presente, en que, conocidos acontecimientos internos y la catástrofe europea, perturbaron y perturban las comunicaciones científicas, debo citar—lamentando cualquier omisión, involuntaria—a ALLORIO, CALAMANDREI, CALOGERO, LÓPEZ OÑATE, SATTI, SEGNÍ, TOZZI...; en particular debe destacarse a CALAMANDREI, con la campaña—así puede llamársele—que emprendió en sus continuadas reseñas extranjeras, anteriormente aludidas. Para las citas concretas, ved mi trabajo citado en la nota anterior.

(17) Esta actitud valiente y resuelta de los científicos italianos es lo que ha permitido a LEGAZ (*Introducción a la Ciencia del Derecho*, pág. 131) la afirmación de que no ha habido una doctrina jurídica fascista, predominando en Italia las concepciones tradicionales. De aquí el conocido reproche contra Gentile: No fué hábil para hacer penetrar en los estudios del Derecho las ideas políticas que representaba. Mejor fué: No pudo.

pirado en otras ideas distintas de las que sustentan. Porque los materiales para la formación de un cuerpo legal no las encuentren los hombres que lo han producido—es inútil hablar del legislador (18)—dentro de sí mismos, sino que las captan entre lo que florece y existe en torno a ellos (piénsese en la calidad de una ley que compusieran los aborígenes de Guinea).

Los autores del Código, por ello, no podían instaurar ni han instaurado un juez sin ley, ni le han sometido a las directivas políticas del Gobierno; antes al contrario, las reglas que aplican continúan siendo los preceptos generales y abstractos que contemplan las situaciones normales de la vida; no permiten que el juzgador actúe inquisitivamente, sino que el inicio del proceso depende de la instancia proveniente del particular interesado, quedando al Ministerio fiscal el círculo de intervención que es usual en otros sistemas jurídicos (por ejemplo, el español), reducido a las causas donde debe actuar conforme a su estatuto legal y aquellas otras en que tradicionalmente es parte por virtud del interés público implicado, un campo restringido al lado del que se reserva a los defensores de los litigantes (19), y, una vez comenzado el pleito, el juez se atiene a las aportaciones de las partes (20); han regulado un procedimiento que se halla predeterminado, salvo prudentes concesiones para la adaptación al caso particular; procurando simplificar y facilitar la actividad que constituye ese procedimiento (allanando así el camino hacia el fin social del proceso), de modo que, en lugar del principio de la forma rigurosa, dan entrada a una precavida libertad de los actos procesales,

(18) No podemos imaginar lo que habría ocurrido en sus Códigos si Napoleón hubiera hecho algo más que "darse una vuelta de vez en cuando" (como decimos familiarmente) por sus comisiones de juristas. Es mucho más leal y más verdadero—historia y no fábula—decir Código de Planck y colegas, de Klein o de Dos Reis, en vez de Francisco José, Guillermo II o Carmona.

(19) Tan sólo es dudoso el artículo 380. I al disponer la "asistencia" del M. f. a la discusión (y, debe suponerse, también votación) de las sentencias de casación. Habría sido de interés que, por ejemplo, ALLORIO (en *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, I, págs. 212 y sigs.) hubiese dedicado mayor espacio al problema. En todo caso, no creo que esta simple presencia del M. f. tenga el sentido de un portillo abierto a la ingerencia del Poder ejecutivo, lo que fué repudiado antes, como sostiene ALCALÁ-ZAMORA (lug. cit., pág. 413 y nota 48). Estimo, diversamente, que ello ha de reconducirse a la concepción general del particularísimo medio impugnatorio, como el recurso en interés de la ley, que en algún Derecho, el español, presenta destacado a este funcionario, llamándole "recurso interpuesto por el Ministerio fiscal" (epígrafe sobre arts. 1.774 y sigs. de la L. e. c.). Por lo demás, esta intervención del M. f. parece que era conocida bajo el Código antiguo (cfr. ZANZUCCHI, *Diritto Processuale civile*, II, 1946, página 271, núm. 59, *in fine*), y al tratarse de una simple "asistencia", lejos de manifestarse como envío en sentido gubernativo, si los magistrados no se dignan, por ejemplo a causa de cortesía, advertir tal "presencia"—cosa a la que no les obliga el artículo 380—, la postura de aquél puede ser muy penosa.

(20) Sería interesante observar la reacción de los impugnadores ante los artículos 340 y siguientes de la Ley española, con sus facultades para que el juez, después de la última preclusión instructoria y antes de dictar sentencia, pueda hacer llevar a los autos documentos y dictámenes periciales, ordenar la confesión supletoria y disponer la inspección judicial.

compatible con las necesarias garantías de la función jurisdiccional (21); sujetan al Tribunal en sus pronunciamientos de fondo a las *petita* de las partes, y ponen a la cosa juzgada su marbete: *Mane tectel*, haciéndola inviolable dentro de los límites más ortodoxos.

Estos particulares son los que importa examinar para emitir un juicio que no sea gratuito y debido a apasionamientos circunstanciales, que, si han de evitarse en la vida cotidiana común, menos son admisibles en el terreno científico.

Y no importa que los hombres bajo cuya dirección política una ley se promulga aspiren a fijarle, en cuantas ocasiones puedan, su rótulo particular. Es una pequeña vanidad humana, disculpable; en ocasiones, próxima a la puerilidad, como cuando manifiestamente el pabellón no corresponde a los materiales ni a la mercancía elaborada que se trata de cubrir (22). Inexplicablemente, todas las circunstan-

(21) ALCALÁ-ZAMORA (loc. cit., pág. 415) critica lo que, a su juicio, es una desviación del principio de la libertad de forma en que se inspira el Código, citando el artículo 581 con las tres velas para medir el tiempo dentro del cual pueden hacerse posturas en las subastas. Si, efectivamente, ese medio de computación cronológico fuese una "forma", debería censurarse, por absurdo e intempestivo en el Código más moderno y progresivo. Pero nosotros creemos que es sólo un simpático arcaísmo no dado a plantear los problemas que, afanosamente, nuestro querido colega sugiere; los evita esta expresión aproximativa: "velas que duran *un minuto circa*". El caso es del todo distinto de la forma seden e prescrita en alguna época de la historia como única apta para el juez que intenta pronunciar una sentencia válida.

Debería distinguirse, al hablar de formas, lo que sea formalismo, arcaísmo y modos de cortesía para los Tribunales, fácilmente confundibles entre sí. También habría mucho que discutir sobre la llaneza del lenguaje jurídico y la jerga, la precisión técnica y el idioma artificioso para una especialidad determinada. Estamos satisfechos de que en los planes de ayuda europea no figure la importación de unas costumbres forenses que permiten al abogado informar paseando delante de la mesa de la Justicia y otros excesos. Al menos, pueda la Europa empobrecida continuar rindiendo culto a su educación aristocrática: Con la bonita fórmula "guarde la ceremonia el Señor Letrado" llámase en España la atención al defensor que por error o inadvertencia, realiza algún acto incompatible con el respeto debido y la dignidad del Tribunal. La exposición de motivos del Código de 1940 se cree en el caso de hablar sobre la asequibilidad y llaneza del lenguaje que en él se emplea. Pero nosotros, y creo que algunos compartirán nuestras ideas, nos felicitamos de que haya pasado la moda del *volkstümliche Sprache*; quíerase o no, el lenguaje de las leyes será, como siempre lo fué, solemne y elevado (el imperativo es severo), dentro de la sencillez; no podemos ser opuestos a tanto tecnicismo como sea preciso, sobre todo en las leyes procesales, cuyo destinatario sólo mediatamente es el pueblo. En esto no hay que ser demasiado condescendientes; no lo son, por ejemplo, los médicos, que, por nada ni por uadie abandonan su léxico más misterioso y más mágico que el de los juristas, inasequible muchas veces incluso a las personas cultas. Además, son en ocasiones preciosos los arcaísmos. ¿Podría concebirse en España un abogado que comenzase su discurso diciendo "con permiso", en lugar de la ancestral fórmula "con la venia"? ¿No es ciertamente hermoso que toda la autoridad y la dignidad del Tribunal sea encerrada, cuando a él nos dirigimos, por escrito o de palabra, los abogados, en el inciso "Señor"?

(22) Con referencia al Código de 1940, su exposición de motivos (*Relazione*) es desconcertante. El cuerpo legal nada tiene que ver con las ideas que pretende exaltar, inoperantes, según quedó expresado, en el terreno procesal.

La más profunda verdad entre todas las afirmaciones que encierran las di-

cias externas, las apariencias, la propaganda, operan tan engañosamente que, no sólo el vulgo, los profesionales que podrían haber perdido el hábito de leer libros, sino incluso muchos procesalistas extranjeros cayeron en el mismo error de aceptar una paternidad no legitimada ni presumida, cuando tan necesaria—y no muy difícil—era su investigación (23). Bastaba con realizar una meditación retrospectiva y actual, elevándose sobre los accidentes momentáneos para evitarlo (24).

10. Resulta, por lo tanto, que un estudio sereno y fundamentado de los antecedentes y el contenido del Código nos autoriza a sostener que cualesquiera reproches serían admisibles, excepto, justamente, la mayoría de los que se le han dirigido. Nada de lo que es perceptible con los medios normales de observación justifica el deseo ni los impulsos para postergar definitivamente una obra legislativa que, en las líneas fundamentales de su estructura, constituye un timbre de gloria para la nación en que se ha producido. No fué la de aquéllos una reacción normal ante la nueva ley que obliga a asimilar distintas ideas y principios, a modificar las prácticas o, si se quiere, incluso —¿por qué no decirlo?— a prescindir de las corruptelas arraigadas. Ha sido más de eso, que preveía certeramente Pisanelli al publicarse el Código de 1865.

Estamos los del lado de acá del Pirineo en situación especialmente favorable para emitir juicios sobre el trascendental problema de política legislativa. Sólo a medias es nuestra ley de Enjuiciamiento civil (Código procesal) el odre liberal del siglo XIX, en el que se ha vaciado el vino añejo del proceso común de los siglos pasados (25); porque otros caldos viejos de las Partidas, de los Orde-

---

versas exposiciones de motivos y los discursos anteriores y posteriores al Código se halla, a mi juicio, contenida en estas importantísimas palabras del Ministro de Justicia: "El nuevo Código no es el resultado de concepciones particularistas ni de construcciones abstractas o doctrinarias propias de esta o de aquella escuela. Es la culminación del pensamiento científico y de la experiencia práctica de cincuenta años enderezados a dar, por fin, al pueblo italiano modernos y eficaces instrumentos procesales que aseguran, conforme a una idea de justicia rápida, realista y humana, la definición de las controversias civiles."

(23) Confundieron las apariencias y los cantos de sirena a MIGUEL Y ROMERO, DE LA PLAZA y SENSIS MELENDO (lugs. cit.). En cambio, da en el clavo plenamente ALCALÁ-ZAMORA (lugs. cit., pág. 402).

(24) Los científicos italianos, sin distinción, no necesitan que nadie de fuera venga a decirles estas verdades (y sentiría que su verificación por mí, como premisa inoslayable de lo que al final pretendo decir, fuera juzgada como entrometimiento en suelo ajeno y perturbación posesoria). Son los profundos conocedores de las trayectorias históricas del Derecho procesal los únicos llamados a restablecer, desapasionadamente, la verdad. Frente al tono destemplado, extraño y disonante en el campo de la Ciencia, la parsimonia y el empaque doctrinal, la serenidad y el ático argumento que confunden, porque, como recordaba uno de aquellos, que más se ha distinguido por el vigor en la campaña (ALLORIO), si *tu enragés, tu as iorí*.

(25) Así describía metafóricamente, James GOLDSCHMIDT nuestro venerable Código; y lo cito por ser interesante la observación de un extranjero, ade-

namientos—a partir de 1348—, de la Nueva Recopilación (1657), ulteriores “autos acordados” y Novísima Recopilación de las leyes de España e Indias (1805), por citar los monumentos más notables, todos con valiosísimos materiales, no fueron aprovechados por sus redactores; y, por otra parte, la exclusiva inspiración en el proceso del derecho común no la hizo más perfecta, en cuanto relegaba al olvido multitud de ideas y principios del derecho nacional (a partir de la *lex Visigothorum*). No está completamente huérfana de ideas buenas y de originalidades merecedoras de atención por parte de los científicos, que, fundamentalmente, la desconocen (véase más adelante), y en ningún caso es lícito reducir su análisis a una disección elemental para juzgarla de modo superficial con arreglo a los muchas veces engañosos principios procedimentales (26).

Con todo—y a esto quería llegar—, la ley española es lo suficientemente imperfecta como para haber creado un clima procesal y una educación profesional tan poco halagüeños (27), que, al contemplarlos, nos permiten calcular lo que habría pasado en España de haberse dado entre nosotros el mismo caso que estudiamos y en exactamente las mismas condiciones históricas. Y aun me atrevería a más: En cualquier país que pudiese suministrar a la rutina o desidia profesional y al sesteo o *dolce far niente* (28) de muchos jueces el comodín de parecida emergencia política (29), no es aventurado predecir que nada distinto ocurriría.

---

más de eminente profesor. Cfr. el prólogo a mi traducción española de su *Derecho procesal civil*, 1936, pág. X.

(26) Como hizo BECEÑA en los *Studi* para el 25.º aniversario de enseñanza de Chioventa, 1927, págs. 3 y sigs.

(27) Media un abismo entre los escasos abogados que, por su contacto con los docentes de algunas Universidades o por estímulos propios, cuentan con una digna formación procesal y la masa amorfa de los restantes, cuyo patrimonio en esta rama del Derecho está adquirido empíricamente, ante la inhibición de los Colegios de Abogados, que no tienen impuesto deber alguno para la formación profesional ni la orientación deontológica de las nuevas generaciones.

Igualmente media ese abismo entre la calidad de las resoluciones del Tribunal Supremo (especialmente las de algunos de los últimos años) abierto, por regla general, a los avances científicos, y la de la inmensa mayoría de los Tribunales y jueces inferiores; pues siendo positiva nuestra casación (con juicio rescisorio, sin *rinvio*), el primero no influye sobre los segundos con sus puntos de vista jurídicos, al menos con carácter vinculatorio actual.

(28) No se dismimye la seriedad de un trabajo doctrinal, aludiendo a que, junto al poco afán de saber y falta de curiosidad científica de los profesionales forenses, el sueño de los magistrados italianos y franceses ha influido poderosamente en la historia sobre el prestigio de toda la institución procesal, y ya vemos, mirando el problema objeto de estas meditaciones, que las causas y las consecuencias pueden ser gravísimas. Por eso hay bastante filosofía en las páginas que sobre cierta inmovilidad de los jueces en las audiencias, ha escrito CALAMANDREI en su *Elogio dei giudici*, 1935, págs. 63 y sigs. (hay trad. española), y en las verdades y anécdotas que recoge BONNECASE, *Précis de pratique judiciaire et extrajudiciaire*, etc., 1927, págs. 23 y sigs.

(29) La desgracia es que en esta nueva Edad Media (y el fenómeno debe examinarse seriamente) no sabemos ya si cada situación que sigue no es de igual o mayor emergencia que la precedente; los conceptos, y entre ellos el del



Es conveniente aportar un nuevo dato. En una nación como Alemania, que antes de la publicación del Código de 1877 contaba con una pléyade florida de juristas para los que el derecho común ya no tenía apenas secretos por descubrir, que pudiera permitirse el placer de adentrarse en el frondoso bosque del derecho italiano medieval y otros diversos países, y que posteriormente, en torno a su Código, construye una doctrina densísima y cerrada, que no rechaza motivo alguno de investigación, por muy nimio que pudiera parecer, sus procesalistas, desde Bülow hasta Kisch, pasando por Wach, no guardan ningún recato para expresar la comprobación de que el derecho procesal se ofrece académica y profesionalmente como una *quantité negligeeable*.

En fin, por doquier datos y señales de que el derecho nuestro se halla aún lejos de haber alcanzado el rango que merece.

11. Entro así en el examen de las causas, materia principal de mi estudio, que podría ser presentado con este interrogante: ¿Logró la ciencia del derecho procesal el objetivo que tiene impuesto?

Estoy muy distante de sostener una opinión pesimista que llevase a una respuesta negativa, poniendo en duda el magno esfuerzo realizado por esta rama de la doctrina jurídica. Es más, todos hemos de reconocer que, respecto de otras, ha alcanzado en menor tiempo un progreso considerablemente mayor, y en cualquier caso la italiana tiene sobrados títulos para aspirar hoy al puesto de honor, por el ritmo, la intensidad y la calidad de la investigación.

Lo peor que podremos decir es que la ciencia del derecho procesal ha logrado su objetivo en parte; y por lo que a la táctica para imponerse atañe, orientando e influyendo en la formación profesional, el cuadro que se nos ofrece debe inducirle a variar su rumbo, cuanto sea preciso para que el fenómeno examinado en las líneas anteriores no se repita; hasta que todos los llamados a manejar las leyes procesales, o por lo menos la mayoría, posean los medios que se requieren para calificarlas y para, después, aplicarlas como es debido en interés de la sociedad y más amplio beneficio de la Justicia.

La sinceridad debe presidir cualquier análisis que sobre estos puntos se haga. Y en honor a ella hemos reconocido que el derecho procesal no disfruta del favor público. En comparación con las ramas del derecho material, se le relega a un segundo plano. En la Universidad, los planes de estudio conceden a su enseñanza, proporcionalmente, menos tiempo que el asignado a otras; en las pruebas o exámenes para las carreras jurídicas del Estado (tal es nuestro caso), los aspirantes ponen su mayor interés en la preparación de las restantes disciplinas, a excepción quizás únicamente del derecho internacional (por causas que no es ahora oportunidad de exponer); si un nuevo

---

Derecho, se hacen de tal suerte relativistas que, sin la constante presencia de una idea de orden superior, estamos abocados a una babélica confusión y a consagrar como buenos el error y la injusticia.

diablo cojuelo nos ayudase a levantar los tejados para descubrir secretos íntimos, no sería difícil averiguar que en la librería de cualquier abogado medio, si acaso hay un libro de derecho procesal, los que posee no se hallarían en proporción mayor de uno por cada cien de otras disciplinas; si nos entretuviésemos en hacer una estadística de los errores por los que las sentencias de los jueces pueden impugnarse, es casi seguro que el porcentaje sería del noventa por ciento en puntos procesales. Y las comprobaciones podrían multiplicarse.

Es una lamentable realidad que, en cuanto al error de que el derecho procesal consiste en una práctica que se aprende con su ejercicio, con el operar sobre la materia viva, no estamos hoy a mucha distancia de los siglos pasados. En vano desmentiremos, con todos los medios posibles, que el oficial burocrático de una secretaría judicial posea conciencia clara de lo que está actuando, conociendo, por ejemplo, las diferencias entre oralidad y escritura o si el principio de la distribución de la carga probatoria es útil y necesario o una anticualla formalista, simplemente por el hecho de que al cabo del año interviene en cientos de negocios; como el cobrador de un Banco no llegará a saber nunca lo que sea el contrato cambiario y la relación causal, aunque cada día reciba en su cartera y maneje imponente cantidad de letras, igual que un ejecutor judicial puede pasarse su vida ignorando, por mucha práctica que posea en dejar aparte ciertos bienes del deudor, el fundamento y las razones históricas del *beneficium competentiae*.

Lo que importa no es repetir con machaconería que el derecho procesal es una disciplina eminentemente científica, llena de ideas, conceptos, teorías, valoraciones y de técnicas propias, de la máxima utilidad para salir airoso en cualquier proceso, porque tan importante como tener razón sea saberla pedir; sino lograr que tales aseveraciones sean comprobadas prácticamente, en virtud del propio esfuerzo de la doctrina procesal.

Habrán muchos que, pensando en la existencia de una casi secular historia del derecho procesal como ciencia, se resistan a admitir la exactitud de lo que estamos diciendo y aun que brote la tilde de pesimismo. Honradamente creemos que con ello contribuirían a la persistencia de una actitud perjudicial que importa sobremanera rectificar.

12. Ante todo, se requiere acoger con la debida comprensión las llamadas y las observaciones de los prácticos, que a diario se ocupan en pedir justicia ante los Tribunales o de los que en ellos aplican, como jueces, el derecho, concediéndoles la importancia que merezcan, por si son imputables a error, para oponer las oportunas rectificaciones, y por si tienen fundamento racional, para contribuir a la mejora de lo que se halle necesitado de perfeccionamientos. Todo menos permanecer en la consabida torre de marfil, viendo correr, como extraño, el mundo de la realidad viva, mirando con displicencia las cuestiones de detalle, insignificantes al lado de la

pureza conceptual, pero que muchas veces son las que suponen dura lucha para la práctica, imbuídos de la orgullosa y falsa idea de que la dignidad del científico padece con ocuparse de semejantes minucias. Al igual que un ingeniero tiene como deber de oficio, si quiere que el motor funcione sin averías, calcular desde la gran estructura hasta el minúsculo tornillo, así el investigador del derecho procesal está en el deber de no esquivar la consideración de las pequeñas facetas de su disciplina.

Se afianzará así uno de los tantos puentes que han de unir el campo de la teoría con el de la práctica; y ésta, por ello, no disminuirá su respeto hacia aquélla—como el obrero no dejará de reconocer la superioridad del arquitecto porque éste se le acerque a propósito de una simple palada de yeso—, sino que, al contrario, se despertará un reconfortante sentimiento de solidaridad que moverá a ver en la Ciencia un seguro aliado que puede prestar las armas para la batalla de cada día.

Hemos de reconocer que la ciencia italiana ha cumplido su deber en este aspecto al presentarse la coyuntura histórica actual, haciéndose cargo de los reparos y quejas de la práctica, en el sentido —como cuadra a la objetividad de toda ciencia—de aceptarlos o de repelerlos, esgrimiendo tan buenas razones que—conviene aprovechar la ocasión para decirlo—, si no sirven para hacer capitular a los contradictores, será porque el buen sentido sufre el ataque de la grave epidemia de intolerancia que nos azota destructivamente desde el comienzo de esta nueva edad que padecemos, y para combatirla hemos de reconocer que ignoramos todavía cuáles serán los medios que habrán de emplearse. Tan sólo, que tal vez habría sido conveniente que la polémica sobre las cosas pequeñas, juntamente con las grandes, se hubiese animado y fortalecido con más amplias intervenciones doctrinales, ya que para los científicos en ella se ventila algo más que la vigencia, derogación o modificación de unos cuantos cientos de artículos legales.

En este mismo orden de ideas quisiéramos aludir a otro de los puentes de enlace más transitados entre teoría y práctica, aunque la alusión puede hacerse extensiva a otros cometidos de la ciencia procesal (véase, como complemento, más adelante, número 15). Trátase de la valoración de la jurisprudencia, ahora no en cuanto factor coadyuvante en la enseñanza, sino como medio para difundir las orientaciones en la hermenéutica y aplicación del derecho a los casos de la realidad, reafirmando las ideas propias y proporcionando horizontes para el trabajo clínico. Patente de sabiduría puede otorgarse a los juristas especializados que desenvuelven su actividad en este ámbito con sujeción a una idea exacta de la medida.

El maestro en una disciplina está muy próximo a estimar que cuantos le rodean deben atribuir la misma importancia que él, o por lo menos superlativa, a todos los problemas, grandes y pequeños, de su especialidad, y se exaspera al advertir que la generalidad está muy

distante de conocerlos con la perfección que deseara. Hay que conceder un amplio margen, porque, si de juristas se trata, además del derecho procesal, tienen que manejar el derecho civil, el penal, el administrativo, las cuestiones de arrendamientos, el derecho fiscal y así otros, y el especialista debe darse por satisfecho con que su disciplina sea conocida en el grado y extensión necesarios para el desarrollo normal del cometido que a cada cual compete, bajo el riesgo de que, si así no se comprende, quienes se hallan en tal caso (que es la casi totalidad de los profesionales) apliquen el remedio a la exageración rechazando de plano todas las dosis que exijan para su ingestión y asimilación más fatiga y tiempo del que las necesidades imperiosas de la vida permiten asignar a un estudio que es uno entre tantos.

No se olvide que ya no estamos en los años anteriores a 1914, a los que, según vagamente recuerdo y por lo que me ha sido dado saber, podríamos llamar, con Don Quijote, cambiando las palabras, dichosa edad y siglos dichosos. Felices podían ser los juristas, porque cualquier caso que se les presentase estaba resuelto con la cómoda busca en el articulado de cuatro o cinco códigos fundamentales y de algunas leyes especiales, con lo que bastaba y sobraba para regular toda la vida social. Pero hoy las cosas han cambiado mucho. Lo que no está en el Código civil o en el penal eso es hoy lo importante. Actualmente, el comerciante, el industrial, el hombre cualquiera de la calle, se desvela para saber en cuál de las múltiples leyes fiscales estará incurso, qué precepto penal de la enmarañada madeja perseguirá un acto considerado como evasión de capital, cuáles normas de trabajo o de seguros sociales le coartan el más pequeño movimiento; casi lo menos importante para el hombre actual es la deuda que no se paga, el contrato que no es cumplido...

En aquellos tiempos dorados la doctrina debía y podía dedicar gran parte de su empeño a las construcciones científicas cerradas, mirando con rigor de censura a cuantos permaneciesen ajenos a sus conquistas. Ningún inconveniente existía para que, a propósito del comentario de una resolución judicial, se explayase la teoría completa de cada una de las cuestiones que surgieran, en no importa cuantas decenas de páginas ni con cuanta copia de notas a pie de página, para mostrar el comentarista el grado de su erudición.

No obstante, también en esos tiempos se pecaría por exceso. Hemos de convencernos que quien acude al comentario de un fallo judicial desea la noticia del contenido, el planteamiento de las cuestiones científicas y prácticas, con la solución, de la manera más simple y escueta que sea posible.

Con esto no queremos sostener, en modo alguno, que la doctrina deba cortarse las alas hasta el extremo de no poder volar. Simplemente propugnamos una acomodación a la realidad, sin perjuicio de que en otros ámbitos y ocasión muestre con toda amplitud su vitalidad y su fuerza. Preferible es la seguridad de que una dosis pequeña será asimilada. Las revistas francesas pudieran servir de ejemplo con sus

denso pero breves comentarios de jurisprudencia, que no son así porque los franceses no tengan mucha teoría que exponer, sino por su realismo y buen sentido de las cosas.

En cambio, advertimos en todas las revistas jurídicas la falta de estudios periódicos sobre los rumbos de la jurisprudencia, según un criterio cronológico o del examen de instituciones o materias determinadas. Serían ocasión propicia para un aprovechamiento más intenso de las adquisiciones de la Ciencia (30).

13. La ciencia procesal no ataca con la debida energía para la recuperación o la conquista de ciertos territorios irredentos que hoy se ven resignados a vivir bajo el protectorado de otras potencias jurídicas, derecho civil, derecho mercantil; no concede la atención necesaria a algunas regiones que le pertenecen, como la llamada jurisdicción voluntaria, y no estrecha como es debido la alianza con el proceso penal.

La campaña irredentista es de superlativa importancia para el prestigio del derecho procesal. Por la esencia de las cosas, y no sólo por la inclinación humana hacia el brillo y esplendor, una reserva de peyorización no podrá evitarse en el observador que contemple el derecho procesal reducido a sólo el aspecto procedimental, mientras ve el boyante derecho mercantil enriquecido (en su tratamiento doctrinal) con toda la parte material del de quiebras y una porción del probatorio; y al derecho civil (que tan mermado en aquellos países donde el trabajo se halla en leyes extravagantes, y por doquier a causa de la revolución operada en todas sus partes o tratados) viviendo de pasadas glorias y a costa de algunos préstamos, como el de la totalidad o casi totalidad del derecho probatorio material y las normas sobre el concurso, en los sistemas que, como el español, conocen la dualidad quiebra-concurso (31).

Las reivindicaciones en estos aspectos no lo son tanto por el fuero como por huevo—en dicho español—, porque, en principio, la objetividad de la Ciencia nada habría de oponer si los mercantilistas o los civilistas que estudien el derecho de quiebras o las teorías de la prueba están en posesión de los criterios y las técnicas que el derecho procesal, como cualquier rama del saber humano, tiene construídas para desentrañar sus problemas. Pero dado que no siempre es así, la repartición opera a la postre en el sentido de producir dos tratamientos, muy dispares, de una misma materia, en perjuicio de la economía, cuando no de la formación científica, porque quien haya estudiado una de estas materias previamente suponga que no le sea preciso aprenderla de nuevo con arreglo a los puntos de vista procesales: además,

(30) Así lo inicia el ANUARIO DE DERECHO CIVIL. Madrid (desde 1948).

(31) Conviene explicar la disyuntiva del texto. En la Ley procesal española y en las de numerosísimos países hispanoamericanos no se conoce la separación napoleónica absoluta entre normas materiales y procesales de prueba, conteniéndose en ellas multitud de normas de carácter material.

la dualidad de textos es incómoda y ocasionada a producir antinomias (como sucede en el derecho español).

La ciencia procesal debería revisar sus opiniones acerca de estos extremos. Muy pocos serán los procesalistas que no han examinado el problema: pero, hasta ahora, sólo han mediado reclamaciones diplomáticas, más bien simples comprobaciones del fenómeno, sin la energía suficiente para ganar la victoria, según muestra la realidad del Código de 1940 (32).

En cuanto a la jurisdicción voluntaria, el descuido de su estudio por los procesalistas podría interpretarse desde el exterior como un abandono del campo, pasando a ser tierra de todos y tierra de nadie, en la que los representantes de las diversas ramas jurídicas continuarán haciendo incursiones de un modo anárquico, y no sabríamos, en definitiva, si toda o sólo una parte es derecho de jurisdicción voluntaria judicial, junto al registral y notarial, si ha de someterse a criterios jurídicos puros o a una consideración simplemente administrativa, si el derecho procesal ha de recogerla en su seno totalmente o en parte, para construirla en doctrina con arreglo a su peculiar técnica e integrar su acervo, en interés de exhaustividad para ella misma conveniente (33).

Hallamos un nuevo sector que en otros países está muy abandonado al empirismo de la práctica. Es el de los juicios divisorios hereditarios, que sólo esporádicamente ha sido objeto de estudios, por cierto alguno interesante italiano, y plantea cuestiones de importancia, comenzando por la de su adscripción a la jurisdicción contenciosa o a la voluntaria, totalmente o en parte, y de indudable dificultad, como lo demuestra el mismo Código italiano, llevándolos al añorfo libro IV.

El derecho procesal de trabajo requiere extraordinaria atención en los sistemas procesales, donde no tiene la consideración de una parte, entre las otras, del Código procesal único, caso actual de Italia con el t.t. 4.º, lib. II, del de 1940.

En otros sistemas, como el español y los que en él se inspiran, la circunstancia de estar regulado en leyes especiales y de encomendarse

---

(32) ALCALÁ-ZAMORA (lug. cit., págs. 407 y sigs.) se detiene en estos puntos, examinando también lo ocurrido con ciertas facetas de la cosa juzgada y de la ejecución forzosa, que pasan al libro V del Código civil, para mayor gloria de los civilistas y mercantilistas. En atención a lo dicho en el texto, tampoco nosotros podemos estar conformes con CARNELUTTI al calificar la innovación como notable y original.

(33) Demos fe de que ahora en Italia se inicia un movimiento de interés hacia las cuestiones de la jurisdicción voluntaria en los libros generales y en trabajos monográficos. Falta hacia que los estudios esbozados en Alemania (donde la *Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* está muy lejos de resolver el problema) por OESTERLEY, WACH y algún otro, sin grandes ecos en el interior (basta observar que las publicaciones en boga son de simple exposición exegética) ni fuera, encontrasen continuadores. Véase acerca de los problemas del núm. 13 del texto, y en particular sobre la jurisdicción voluntaria, mi estudio *Sobre el concepto y delimitación del Derecho procesal civil*, en *Rev. Der. proc.*, española, 1947, págs. 549 y sigs., y mis *Cuestiones de Derecho procesal*, 1947, págs. 247 y sigs.

su aplicación a Tribunales distintos de los del proceso civil, en sentido restricto, aunque no sean propiamente "especiales", sino especializados, tiende a producir apetencias de separación del tronco único, manifestadas en una literatura propia, generalmente debida a autores que no pueden exhibir más título de independencia que un nombre y, también generalmente, no poseen la formación procesalista necesaria para la investigación y exposición de lo que es un capítulo cualquiera del derecho procesal, que elige, entre los varios principios disponibles en éste, los que convienen a la naturaleza del objeto, como son la tendencia a la conciliación, el acentuamiento de los deberes de defensa material del juez, el modo más económico simple, rápido y (casi siempre) más puramente oral de proceder, la limitación de los actos dispositivos y así otros. Estas tendencias separatistas deben ser frenadas por la doctrina procesal única, negando que sea un fundamento para animarlas la incomprensión de ésta hacia los problemas procesales de trabajo, como también interesa desmentir que tal incomprensión exista para todo el derecho de trabajo en los jueces ordinarios, en cuanto que de tal suerte se quiere justificar la institución de otros especializados; pero si nos atenemos al derecho tradicional, observaremos que, incluso en sistemas tan exageradamente dispositivos como el español, al lado del *solemnis ordo* esos jueces manejan normas y principios totalmente inquisitivos, como los del juicio para las causas matrimoniales o de incapacitación; y si nos detenemos a examinar las leyes especiales de estos últimos años, cuya aplicación corre a cargo de los Tribunales ordinarios, es posible que las de trabajo se queden a la zaga, al menos en nuestro país.

Sobre el proceso penal, hemos de considerar suficiente, ante la limitación de espacio, lo que en ocasión anterior hubimos de exponer (núm. 7).

Hasta aquí respecto de la integración que pide el derecho procesal para cerrar el circuito de su ciencia. Exige el sacrificio de las preferencias, el abandono de la comodidad, la audacia de los nuevos descubrimientos. Quizás un camino más largo que el ya recorrido. Pero la llegada para enlazar significará también la integración del prestigio del derecho procesal como tal ciencia.

14. No son mero accidente pasajero las modas legislativas del momento presente, y por ello no es lícito permanecer alejados de sus causas ni de sus efectos. Podemos figurarnos la impresión que muchas leyes de contenido procesal actuales producirían a un Canstein o a un Kisch, que, al ser leídos ahora, hacen añorar un mundo de tranquila normalidad interna y exterior, sobre todo en esta quebrantada Europa, y que quisiéramos ver prontamente restablecido.

Aunque se dice que todas las personas creen entender de medicina por el hecho de simples observaciones empíricas, es mucho más derecho el que cualquiera cree saber. Ningún empacho se tiene para encomendar al lego la redacción de una ley procesal, como si la ciencia, la técnica y la preparación para ello fuesen patrimonio de todos, sin nece-

sidad de estudios ni de experiencia. El resultado no puede ser más catastrófico, tanto por lo que atañe a la estructura como por lo que se refiere al contenido. Pudieran perdonarse las faltas formales, que sólo plantearán mayores dificultades de interpretación y de aplicación. Pero por lo que no pueden permanecer sin protestar los procesalistas es por que se haga pasar como Tribunales ciertos órganos que carecen de las notas exigidas desde siempre para merecer tal calificación, ni como proceso judicial un conglomerado de normas donde se conculcan los principios que constituyen el patrimonio por virtud del cual la institución del proceso viene siendo secularmente considerada como el único medio para resolver con justicia los conflictos de derecho entre los hombres y para averiguar los delitos e infligir la pena al delincuente. Nosotros, que queremos ser ante todo juristas, no podríamos aconsejar una postura de rebeldía activa; pero sí una permanente vigilia de protesta contra el menosprecio de nuestros valores científicos, morales y jurídicos y de discriminación entre lo procesal y lo meta o antiprocesal, de modo que si, como ciudadanos, ante las leyes y bandos de este último carácter posiblemente no tendríamos otro remedio de aceptar la fórmula antigua de obediencia española a las disposiciones de la autoridad, "guárdese y cúmplase", como científicos reconocemos el hecho, pero no le daremos entrada en el acervo: "Se guarda, pero no se cumple".

15. Lo que ya, próximo al final, me propongo decir no es tampoco ninguna novedad. Con más títulos y más dilatada experiencia lo ha indicado el maestro Calamandrei en la Advertencia preliminar a la primera edición de sus *Instituciones*, con la única diferencia de que él tuvo presente la situación que creaba el nuevo Código y yo doy a sus palabras un sentido distinto y efectos retroactivos. Sostiene que, trabajando sobre un Código explorado y exprimido en todas las facetas por su aplicación jurisprudencial durante tres cuartos de siglo, la ciencia procesal pudo permitirse el lujo de dedicar sus energías a la dogmática pura y de servirse de la ley positiva, sin secretos ya para el intérprete, como pretexto para levantar hacia el cielo sus edificios teóricos, los cuales habrían llevado a lograr en el último trienio, partiendo de un Código eminentemente individualista, un sistema orientado hacia una concepción publicística del proceso, que anunciaba el nuevo Código y vendría a ser su comentario anticipado.

Así debería haber sido, y en toda la primera parte de este trabajo no hice nada distinto de esforzarme para justificar lo mismo. Pero la observación de la realidad—en cuanto le sea posible a un extranjero que ve desde lejos unos hechos y los confronta con los más próximos a él—parece desvirtuar lo que Calamandrei, todos los científicos italianos y quienes conocemos el magno esfuerzo, tenían derecho a esperar. Llegó el nuevo Código y en muchos sectores se le recibe con uñas afiladas, como un intruso, cual si ninguna noticia de su advenimiento se hubiera tenido anteriormente, ni de lo que iba a ser, ni del aspecto que presumiblemente tendría, y, en fin, recordando las metá-



foras del principio, es el niño no deseado, un superveniente que altera todos los cálculos patrimoniales, y se le moteja, y se le señalan taras y vicios repulsivos y se le organizan protestas públicas para que abdique y se vaya.

La Ciencia italiana no pudo, efectivamente, preparar con más anticipación ni con más detalle el advenimiento. Su propaganda fué muy dilatada: treinta o cuarenta años de incesante labor doctrinal, sirviéndose del medio publicitario de la docencia universitaria y, sobre todo, de una bibliografía riquísima en tratados, monografías, artículos de revistas. O, lo que es lo mismo, que la Ciencia italiana se sirvió de todos los expedientes para que su obra no fuese el entretenimiento de unos cuantos especialistas, encerrados en estrecho círculo, que se leen y polemizan entre sí, agnósticos para lo que pasase en el exterior.

La responsabilidad no alcanza, por lo tanto, a la doctrina, sino a todos cuantos figuran o quieren figurar en un mundo que a sí mismo se hizo "exterior", rechazando los frutos bien cultivados y maduros que se le ofrecían.

Es siempre, querámoslo o no, la equivocada idea de la *quantité négligeable*, que persiste. Frente a ella, cuyos fines son sustanciales y superiores, no puede verse impedimento que le proyecte sombras de pesimismo; no tiene por qué abandonar el rumbo, sólo rectificarlo.

Está bien, como ahora vemos hacer, que al principio, tras de la aparición de un nuevo Código, ponga el centro de gravedad en las exposiciones predominantemente exegéticas. Pero la idea de esos libros propedeúticos no debe ser transitoria, sino permanente. Vuelven aquí a tener aplicación las afirmaciones hechas a propósito de los comentarios jurisprudenciales. Puesto que no todos los necesitados de conocimientos en derecho procesal poseen idénticas posibilidades, ni el caudal y profundidad de éstos habrá de ser igual, dependiendo de la actividad científica o profesional a que cada uno se dedique o intente dedicarse, las dosis deberán ser más o menos leves, más o menos masivas; junto al manual escueto, la exposición más amplia y el tratado (34).

(34) Tampoco es factor despreciable el ambiente en que una obra científica se produce, a lo que ya, para otros aspectos, aludí en el texto. Fué ciertamente amable y alocucionadora por sus observaciones la reseña que CARNELUTTI hizo en la *Riv. dir. proc. civ.* (1942, I, pág. 76) del primer volumen de mi entonces *Exposición* y hoy *Derecho procesal civil*, vols. I y II (reimpr. 1948). Pero debía tenerse en cuenta que la formación procesal de nuestro país era la que suministraban exégetas y expositores del derecho común y la vigencia de un Código a cuya formación antes aludimos (núm. 10), que, por ejemplo, agrupa todas las normas sobre ejecución en torno al juicio sumario ejecutivo (versión española del documental y cambiario); y que, prescindiendo de algunos trabajos monográficos modernos de BECEÑA y otros menos valiosos, con más la aportación no sistemática de MENÉNDEZ PIDAL, mi libro era el primero que intentó estudiar el Derecho procesal con arreglo a las nuevas direcciones. Quizá no me hubiera costado mucho trabajo hacer un trasplante radical de nuevos conceptos y teorías, pero corría el riesgo de caer en el vacío. Aun así y a pesar de que hoy el acervo procesal español se ha enriquecido con meritorias publicaciones de GÓMEZ ORBANEJA, GUASP y DE LA PLAZA, de una parte, y de otra GORDILLO, FAIRÉN, VIADA y LOIS junto a otros más o menos adaptados a nuestra realidad presente,

Quien manejando un libro reducido que contenga lo fundamental de la disciplina llegue a comprenderla, se hallará cerca de aficionarse a ella y de desear mayores desenvolvimientos, hasta la monografía o el artículo especializado. En este punto tampoco debemos olvidar el modelo alemán, con toda una gama de libros didácticos, desde los *Grundrisse*, de Schaeffer (tan escuetos ya que casi son remedios-vagos), hasta el *System* o el *Lehrbuch*, de Hellwig; y esto como táctica consciente y meditada; al principio, para la Escuela, la mayor condensación; después, para la integral cultura, la máxima proligidad (35).

16. Siento mostrar mi disconformidad con Carnelutti en lo que al estudio del derecho comparado se refiere y me adhiero al amigo Rotondi (36). Si nunca podrá comprenderse bien cualquier institución prescindiendo del factor tiempo, lo que postula el estudio de la historia; el otro medio en que vivimos, el espacio, no es de menor interés, sobre todo en los actuales momentos. Claro es que una cosa es llevarlo a los libros corrientes, de uso diario (lo que no es hacedero), y otra es emprenderlo como tarea separada. Sobre la importancia de esta segunda forma es en lo que desearíamos insistir, para beneficio de otro nuevo aspecto de la integración científica.

Sin el conocimiento de los derechos extranjeros la ciencia procesal estará como manca y sus perspectivas tan limitadas que no podría nunca tener el cuadro vivo de otras comunidades jurídicas, aprender y enseñar las soluciones que para iguales necesidades tienen arbitradas legislaciones distintas (37). Es un caudal que le resultará utilísimo (38).

El nacionalismo causa estrago a la doctrina. Los científicos de las naciones que han tenido la fortuna de crearse un patrimonio suficiente en el interior, posiblemente no hagan bien desdeñando la producción

---

y a los que debemos agregar la obra que en Hispanoamérica realizan ALCALÁ-ZAMORA y SENTIS MELENDO, todavía algún público retrógrado no se recata en considerar nuestros trabajos como elucubraciones innecesarias.

(35) Todos estamos conformes en que de Alemania nos ha venido el impulso para los estudios procesales; allí se han hecho grandes procesalistas, y hemos de pensar que llegaron a ser tales recibiendo las primeras lecciones con la misma elementalidad que después hemos visto empleada en los profesores que no hace mucho fueron nuestros maestros.

(36) Debo advertir que sólo tengo en cuenta la que dice en su prefacio a la edición española de sus *Instituciones*, 1942, pág. 9. No se muestra en absoluto contrario al estudio del Derecho comparado, pero "no trata de contradecir en absoluto a los que lo consideran como un lujo".

(37) Salvo algunos estudios, más bien históricos, como los de BRIGLEE (de suma importancia), KOHLER, MEYER, RAUCHAUPT, recientemente GOLDSCHMIDT (sobre puntos de Derecho vigente), aparte algún otro menor, el Derecho español, que cuenta con multitud de instituciones originales y dignas de ser tomadas como modelo—no en vano su historia procesal es fecundísima—, no es muy conocido por los de fuera, hasta el punto de que muy ilustres procesalistas extranjeros, cuando alguna vez han aludido a él, citan leyes derogadas por vigentes.

(38) Si volvemos nuestra vista al Código de 1940 observaremos que, por ejemplo, introduce la suspensión del procedimiento por acuerdo de las partes, y la exposición de motivos, que concede importancia a la novedad, no dice, en una vaga alusión que en nuestro Derecho es conocida de antiguo.

bibliográfica de otros países y su derecho positivo, sobre todo. Ese enclaustramiento voluntario disminuye la fuerza creadora de la Ciencia. No basta con unas páginas muertas destinadas a reproducir un catálogo de obras de "los principales países" o de "algunos países extranjeros", muchas veces con datos arcaicos, sin la animadora palabra que explique las tendencias de cada legislación, su inspiración, la calidad de la literatura citada, su adscripción a un círculo o escuela, etcétera.

Séame lícito decir que los autores españoles (dentro de la modestia del número que la demografía, la vocación jurídica actual de nuestro pueblo y lo que nuestros medios materiales nos permite) contribuyen a realizar el ideal, pues en cualquier producción, incluso en los libros de enseñanza, trabajan con la bibliografía de los pueblos-clave del Derecho: italiana, alemana, francesa, además de la propia.