

II. POLÍTICA Y ACTIVIDAD PROCESALES. SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO

20) <i>AUTORIDAD Y LIBERTAD EN EL PROCESO CIVIL</i>	217
I) <i>El Autor</i>	217
II) <i>El Libro:</i>	221
a) <i>Capítulo I: El principio dispositivo;</i>	223
b) <i>Capítulo II: Limitaciones tradicionales y ensayos de superación;</i>	228
c) <i>Capítulo III: El juez, director del proceso</i>	236
III) <i>Palabras finales</i>	242
<i>Addenda et Corrigenda</i>	243

AUTORIDAD Y LIBERTAD EN EL PROCESO CIVIL *

I. *El autor.* II. *El libro:* a) *Capítulo I: El principio dispositivo;* b) *Capítulo II: Limitaciones tradicionales y ensayos de superación;* c) *Capítulo III: El juez, director del proceso.* III. *Palabras finales.*

1) I. *El Autor.* En un país, como Venezuela, con una de las más brillantes y sostenidas tradiciones en el cultivo del derecho procesal en Hispanoamérica,¹ tanto desde la vertiente legislativa como en el plano doctrinal,² renovado éste allí en los últimos decenios merced a las enseñanzas auténticamente magistrales (es decir, de Maestro) de Luis Loreto,³ el hecho de figurar en la primera fila de sus procesalistas, como sucede ya desde hace tiempo con José

* Prólogo al libro *Autoridad del juez y principio dispositivo* del profesor José RODRÍGUEZ U. (Valencia, Venezuela, 1968), pp. XI-XLVIII. Impreso también como folleto aparte, con el título que figura ahora en el encabezamiento (lug. y año cit.; 40 pp.).

¹ Cfr. LORETO, *Estado actual del Derecho Procesal Civil en Venezuela*, en "Revista de Derecho Procesal" argentina, 1943, I, pp. 205-21, y luego en sus "Estudios de Derecho Procesal Civil" (Caracas, 1956), pp. 5-22; CUENCA, *El Derecho Procesal en Venezuela* (Caracas 1956); RENGEL-ROMBERG, *Manual de Derecho Procesal Civil Venezolano*, vol. I (Caracas, 1968), pp. 29-32.

Véase también ALCALÁ-ZAMORA, *Veinticinco años de evolución del derecho procesal: 1940-1965* (México, 1968), núm. 60.

² Aun cuando perteneciente, en rigor, a la Gran Colombia, recordemos la *Ley sobre el modo de conocer y proceder en todos los negocios contenciosos*, de 1º de mayo de 1825, que si bien no integró un verdadero código, representa una de las primeras tentativas de la América independizada de España por encauzar su administración de justicia. Añadamos el *Código de procedimiento judicial* de 19 de mayo de 1836, elaborado por FRANCISCO ARANDA y conocido como *código arandino*, en honor de su autor. Véase asimismo el artículo de CUENCA, *El primer código de Venezuela: Un código de procedimiento civil anterior al de Aranda*, en el diario "El Nacional" de 27 de julio de 1956; hecha la aclaración de que sin duda por esa universal e incorregible manía periodística de *sensacionalizar* los encabezamientos, el epígrafe no se corresponde con el contenido del trabajo, puesto que tanto el de 1835 para el procedimiento civil, como el de 1844 para el enjuiciamiento criminal, ambos redactados por RAFAEL AGOSTINI, no pasaron de la fase de proyectos.

³ Véase RENGEL-ROMBERG, *Discurso de orden pronunciado en elogio de la personalidad del Dr. Luis Loreto*, sobretiro de la "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela", 1960, núm. 20, pp. 315-27.

Rodríguez U., dice más que cualquier otro elogio, acerca del talento, de la vocación y de la capacidad de trabajo de nuestro prologado.

2) Nacido en Valencia, Estado de Carabobo, el 19 de noviembre de 1930, muy pronto, antes aún que su producción jurídica, manifiéstase en él la vena literaria, que más tarde se inclinará ante aquélla. En efecto, anteriores a su primer volumen como jurista son cuatro de sus cinco obras poéticas, a saber: *Vocabulario de tu cercanía* (Valencia, 1949), *Vendimia del mar* (Valencia, 1952), *Ellas han crecido* (1954; segundo premio en el “Festival de la Joven Poesía”) y *Biografía tallada en júbilo* (Valencia, 1955; galardonada con el premio “José Rafael Pocaterra”), y únicamente *Carta fluvial de dos ciudades* (1964; accésit en el mencionado premio “José Rafael Pocaterra”) viene a insertarse entre sus libros de derecho.

3) En 1956 obtiene, en la Universidad Central de Caracas, el grado de Doctor en Derecho, más el “título” de Abogado, que le otorga el Juzgado Superior Primero de la Séptima Circunscripción Judicial de la República.⁴ Provisto de ambos diplomas, inicia en seguida sus tareas universitarias, primero en la Escuela de Derecho “Miguel José Sanz”, dependiente de la Universidad Central, y luego, a partir de 1958, en la Universidad de Carabobo, con sede en su ciudad natal. En aquélla fue Secretario, Profesor de Derecho Civil y Director a lo largo del bienio 1957-58; y en ésta, Miembro de la comisión que la organizó, Profesor de Introducción al Derecho y Director del Seminario de Derecho Privado (1958), Profesor de Práctica Procesal Civil (1961) y de los dos cursos de Derecho Procesal Civil (1964), Director del Instituto de Derecho Privado y Comparado (1965) y Profesor Titular de la Facultad de Derecho (1967; gracias, precisamente, a la investigación objeto de este prólogo), así como Consultor Jurídico de la Universidad (1967). A los puestos universitarios enumerados, súmanse los extrauniversitarios, como el de Procurador General del Estado de Carabobo (1958-9) y el de Presidente de la Comisión Investigadora del Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos,⁵ en la susodicha

⁴ Advertimos que en Venezuela media una confusión, si no igual, sí parecida a la existente en México, entre el título de Licenciado en Derecho y la profesión de Abogado. La concesión de títulos y grados académicos es función esencialmente universitaria, y lo más que podrá otorgar un juzgado es un diploma, certificado o constancia que habilita para ejercer la abogacía, una de las tantas profesiones cuyo desempeño exige la previa licenciatura en derecho. Véase ALCALÁ-ZAMORA, *Observaciones a las voces “Abogado y Notario” y “Licenciado en Derecho” del “Directorio de Profesiones de la Secretaría de Educación”*, en “Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia” (México), núm. 47-48, julio-diciembre de 1950, p. 446.

⁵ En México, la “Ley de responsabilidades de los funcionarios y empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales y de los altos funcionarios de los Estados”, de 30 de diciembre de 1939, secuela del artículo 111 de la Constitución de 5 de febrero de 1917 y promulgada —no hubo mucha prisa, por cierto— al cabo de casi

entidad federativa (1959), cargos difíciles y enojosos los dos, que se le encomendaron, no obstante su juventud, porque la preparación y el alto sentido de responsabilidad de Rodríguez U. eran prendas más que seguras de leal y eficaz desempeño.

4) Sea cual fuere el criterio que se siga para la provisión de cátedras (oposición, concurso, agregación, cooptación, llamamiento por el centro docente a que corresponda a la vacante, etcétera), es frecuente que una vez obtenida la plaza, el nombrado se duerma sobre los laureles o, por lo menos, sesteé más de la cuenta.⁶ Rodríguez U., lejos de seguir el nocivo consejo de “cría fama y échate a dormir”, considera desde el primer momento que el ingreso en el profesorado no era la *meta* de sus aspiraciones, sino sólo un *peldaño* para continuar ascendiendo. Preocupado siempre por aumentar el caudal de sus conocimientos en las dos disciplinas que atraen de manera preferente su atención —es decir, Derecho Procesal y Derecho Comparado—, no pierde oportunidad de asistir a cursos y congresos de uno y otro. Vemos así cómo durante los años 1962 y 1963 realiza Estudios Superiores de Derecho Procesal Civil y de Derecho Comparado en la Universidad de Florencia bajo la dirección de maestros de la talla de Gian Antonio Micheli y Mauro Cappelletti; cómo después concurre a los tres “ciclos” de Derecho Comparado que la “Faculté Internationale pour l’Enseignement du Droit Comparé”, organizada en Estrasburgo por el inolvidable Felipe de Solá Cañizares, imparte en México en 1964 (el I y el II) y en Coimbra en 1965 (el III), y cómo completa su afán de saber, con tareas informativas o de investigación llevadas a cabo en establecimientos del prestigio del “Instituto de Derecho Comparado de México” (1964), del “Istituto di Diritto Comparato di Firenze” (1965), del “Institut de Droit Comparé de Paris” (1965), del “Max-Planck Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht” de Hamburgo (1966), del “Istituto di Diritto Privato Comparato di Roma” (1966) y del “Institute of Comparative Law” de la “New

23 años de ésta, utiliza al respecto un calificativo pintoresco: en lugar de “ilícito”, como en Venezuela y en todas partes, el capítulo correspondiente habla de “investigaciones del enriquecimiento *inexplicable* de los funcionarios públicos” (título sexto, capítulo segundo, arts. 103-11), cuando en tales casos la *explicación* no puede ser más sencilla: todo se reduce a que el funcionario introdujo sus pecadoras manos en los fondos públicos o a que se llenó los bolsillos con sumas más o menos elevadas por incumplir con su deber.

⁶ El sistema que rige en México para los investigadores de tiempo completo, a base de informes semestrales acerca de su labor, más un resumen quinquenal (cfr. arts. 28 y 29 del “Estatuto de los Investigadores al servicio de la Universidad Nacional Autónoma de México”, de 10 de abril de 1962), cuyo rechazo por el Consejo Técnico respectivo determina la separación —y no se trata de un riesgo nominal, sino que se ha hecho efectivo varias veces—, crea, ciertamente, en el ánimo del funcionario un estado de inseguridad, pero al mismo tiempo, evita o pone término a situaciones de desidia escandalosa.

York University" (1966). Y en cuanto a Congresos, participa⁷ sucesivamente en el Primer Congreso Mexicano y Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, conjuntamente celebrados en México en 1960;⁸ en las Jornadas Argentinas de Derecho Procesal efectuadas en Buenos Aires, también en 1960, en las que actuó como relator del tema *La unificación de los códigos procesales en la República Argentina*;⁹ en el Tercer Congreso Internacional de Derecho Procesal, reunido en Venecia en 1962, y en el que fue informante acerca de *La giurisdizione volontaria* (véase *infra*, núm. 5); en el Séptimo Congreso Internacional de Derecho Comparado (Upsala, 1966), con la cualidad asimismo de informante respecto de *The non contentious jurisdiction*,¹⁰ en el Segundo Coloquio de la "Association Internationale des Étudiants et Anciens Étudiants de Droit Comparé" que tuvo lugar en la expresada ciudad sueca con ocasión del evento indicado y en el cual intervino como ponente sobre *Le rôle du juge dans le développement du droit*; en la reunión del Consejo Directivo del "Instituto Latinoamericano de Derecho Comparado" (México, 1966),¹¹ y, por último, en las Cuartas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal (Caracas y Valencia, 1967), de las cuales fue el alma¹² y en las que informó acerca de *La iniciativa probatoria del juez en el proceso civil*.

5) Si prescindimos de trabajos menores (como reseñas bibliográficas, etcétera), la producción jurídica de Rodríguez U. se compone de los siguientes ensayos: a) *El proceso civil y la realidad social* (Caracas, 1957), tesis premiada

⁷ Es decir, como *jurista* y no como *turista*, o sea en sentido inverso al que hace años se aplicó en un país sudamericano a la delegación que uno europeo envió a un congreso jurídico celebrado en aquél y en el que hizo un tristísimo papel, sin perjuicio de que no se perdiese ninguno de los ágapes ni excursiones programados.

⁸ En las "Jornadas" fue vicepresidente de la mesa redonda dedicada a discutir el tema *Acción privada y acción pública en el proceso penal de los países americanos*.

⁹ Es decir, hizo el resumen del debate en torno al mismo. Véase el folleto *Jornadas de Derecho Procesal con el patrocinio de la Comisión Nacional del 150º Aniversario de la Revolución de Mayo. Noviembre-Diciembre 1960* (Buenos Aires, sin fecha), pp. 43-8.

¹⁰ Sin duda por haberse presentado el informe de Rodríguez U. a última hora, no se hace eco de él el profesor JODLÓWSKI en su ponencia general sobre el tema para dicho Congreso. La traducción de la misma al castellano —*El procedimiento civil no contencioso*—, seguida de unas *Anotaciones* mías, aparece en el número 58-59, enero-agosto de 1967, del "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", pp. 165-204 y 204-9, respectivamente.

¹¹ En la que fue nombrado Secretario Adjunto para organizar la reunión a celebrarse en Venezuela en 1970: véase el folleto *Instituto Latinoamericano de Derecho Comparado: Reunión de México: 26 y 27 de agosto de 1966. Antecedentes-Acta General-Estatutos-Reglamento-Acuerdos* (México, 1967), pp. 5 y 32.

¹² Véanse las palabras que pronuncié en la sesión de clausura de las "Jornadas" y que se reproducen en la "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", 1967, núm. 2, pp. 183-5.

e impresa por la Universidad Central de Venezuela;¹³ b) *La disyuntiva escritu- ra-oralidad* (Valencia, 1959), en el folleto "Eduardo J. Couture" editado por el Instituto de Derecho Privado de la Universidad de Carabobo; c) *La ju- risdicción voluntaria en el derecho venezolano*, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales" de Montevideo, año XIII, núm. 1, de 1962, pá- ginas 112-116;¹⁴ d) *Elementos inquisitivos en el proceso civil venezolano* (Va- lencia, 1966), número 2 de la colección "Miguel José Sanz", editada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo, y e) *El derecho y la rea- lidad de nuestro tiempo* (Caracas, 1966), más, claro está, en 1967 el volumen que va a ser en seguida examinado.¹⁵

6) II. *El Libro*. Señalados los rasgos más salientes que ofrece como jurista la personalidad de Rodríguez U., pasamos a ocuparnos de la obra por él com- puesta. Dado su interés por los estudios comparativos, es muy probable que el tema le fuese sugerido por uno de los programados para el VI Congreso In- ternacional de Derecho Comparado, reunido en Hamburgo en 1962, donde figuraba uno relativo a *Le rôle du juge dans le procès civil*, coincidente en sus lineamientos esenciales con la investigación del profesor venezolano o, en todo caso, inspirado en la misma fundamental preocupación. Por haberme tocado desenvolver la ponencia nacional mexicana acerca de tan importantísima cuestión¹⁶ y haberla redactado tras efectuar un inventario minucioso de cuan- tos preceptos se relacionan con ella,¹⁷ estoy en condiciones de sentar una afir-

¹³ Reseñado por mí en el "Bol. Inst. Der. Comp. Méx." cit., núm. 29, mayo-agosto de 1957, pp 214-5.

¹⁴ Por razón del título y de la fecha, este trabajo, que no he podido consultar, fue a todas luces determinado por uno de los dos temas fijados para el Tercer Congreso Internacional de Derecho Procesal, al cual concurrió el autor (*supra*, núm. 4) y para el que fui designado ponente general. Mucho habría celebrado dar cuenta de este estudio en mi ponencia (*Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria*, en "Bol. Inst. Der. Com. Méx.", cit., núm. 45, septiembre-diciembre de 1962, pp. 521-96) pero no me fue remitido por los organizadores de aquél. [Véase ahora, *supra*, *Estudio Número 5*].

¹⁵ Agreguemos todavía, entre las actividades desenvueltas por RODRÍGUEZ U., las si- guientes a) Profesor visitante de la Universidad de Florencia; b) Miembro del Consejo Directivo del Instituto Latinoamericano de Derecho Comparado; c) Secretario General de las Cuartas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, y d) Miembro del Consejo de Redacción designado en Caracas para la planeada Revista del Instituto Latino- americano de Derecho Procesal.

¹⁶ Véase mi trabajo *El papel del juez en la dirección del proceso civil mexicano*, en el volumen "Comunicaciones Mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Com- parado (Hamburgo, 1962)" (México, 1962), pp. 49-96.

¹⁷ Y que se manifiestan en direcciones muy varias, según revela en su parte central, que transcribo a continuación, el sumario de mi citado artículo sobre *El papel del juez*: "a) *Actividad ex officio*; b) *Expresiones de arbitrio judicial*: a') Opciones b') Non- bramientos; c') Remociones; d') Determinaciones de alcance económico: a") Fijación de multas; b") Moderación prudencial de cantidades; e') Determinaciones de índole

mación que casi seguramente es válida también para Venezuela, porque tanto su código procesal civil de 1916, como los mexicanos de que me serví,¹⁸ son de ascendencia hispánica,¹⁹ a saber: la de que pese al carácter predominantemente dispositivo de los respectivos enjuiciamientos,²⁰ son numerosísimos los artículos —centenares en los textos mexicanos que utilicé²¹ que confieren facultades e iniciativas al juzgador en la marcha del procedimiento. Por tanto, cuando a veces los funcionarios judiciales se quejan de que el legislador coarta sus movimientos, olvidan esas prerrogativas que les otorga, de las que a menudo no hacen uso,²² ya sea por desidia o por temor a aparecer inclinados

temporal: a") Plazos; b") Señalamientos: a") Con localización endógena; b") Con localización exógena; c") Habilidadación y suspensión; f) Poderes concernientes a la prueba; g) Calificaciones; h) Aprobaciones (autorizaciones y homologaciones); i) Exhortaciones; c) Actividad judicial en reemplazo de la de las partes; d) Poderes especiales.

¹⁸ A saber: el código distrital de 1932, el federal de 1942, el libro V del código de comercio de 1889 (juicios mercantiles), la ley de quiebras y de suspensión de pagos de 1942 y la ley federal del trabajo de 1931.

¹⁹ Cfr. COUTURE, *Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispano-americano* (Córdoba, Argentina, 1940). Más datos, en ALCALÁ-ZAMORA, *La reforma del enjuiciamiento civil español y el mundo procesal hispanoamericano*, en "Revista de Derecho Procesal" española, octubre-diciembre de 1966 (pp. 27-46), notas 2, 5, 8-10 y 11. Véase también nuestro cursillo *Estudio comparativo del enjuiciamiento civil hispanoamericano* (México, 1967), de próxima publicación, así como *infra*, nota 78.

²⁰ La temeraria afirmación de que, por ejemplo, en México el código distrital de 1932 "consagra de manera exclusiva el principio inquisitivo", sustentada por BAZARTE CERDÁN en la página 28 (véase también la 53) de su obra *La caducidad de la instancia en el código de procedimientos civiles para el Distrito y Territorios Federales* (México, 1966) y basada en sólo dos artículos: el 55 (principio de formalismo) y el 133 (preclusión), no resiste la crítica: véase mi reseña de dicho libro, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", cit., núm. 58-59, enero-agosto de 1962, pp. 262-5.

²¹ Aun cuando "si una nada más que mediana técnica legislativa hubiese presidido la redacción" de los cuerpos legales citados en la nota 18 (principalmente la del distrital), "se habrían reducido a unas decenas a lo sumo" (*El papel del juez*, cit., p. 95). Ahora bien: esa crecida cifra de disposiciones que confieren poderes de dirección al juzgador, muy superior en número a las que consagran o reflejan el principio dispositivo, no debe arrastrar a la que sería errónea conclusión de que el proceso civil mexicano sea de corte autoritario. "La explicación de la aparente paradoja estriba en que si exceptuamos el ejercicio de la función jurisdicente en estricto sentido, ... las atribuciones del juez en el proceso civil nuestro tienen con frecuencia alcance muy circunscrito..., mientras que la iniciativa y facultades de las partes, ... tienen proyecciones más amplias..." (*El papel*, cit., p. 64).

²² Por ejemplo: hace ya muchos años puso de relieve BEGÑA las posibilidades constructivas que a la judicatura española ofrecía el artículo 1428 de la ley de enjuiciamiento civil, del que, sin embargo, no había sabido extraer partido en orden a las medidas asegurativas respecto de obligaciones de hacer, de no hacer o de entregar cosas específicas: cfr. su libro *Magistratura y Justicia: Notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial* (Madrid, 1928), pp. 343-7. Bien es verdad que tampoco la literatura de la época le había prestado al precepto la menor atención que, en cambio, ha suscitado en los últimos tiempos: véase *infra*, nota 54.

hacia una de las partes antes de tiempo, es decir, del momento solemne y culminante de la sentencia.

7) a) *Capítulo I) El principio dispositivo.* La monografía de Rodríguez U., que tiene como antecedente inmediato otro ensayo suyo, el titulado *Elementos inquisitivos en el proceso civil venezolano* (*supra* núm. 5), suscita de nuevo, con vigorosos argumentos a favor de la segunda alternativa, la polémica entre quienes por inmovilismo, diríamos, siguen aferrados a la “vigencia absoluta del principio dispositivo” y quienes, por el contrario, estiman que “los poderes del juez civil deben ser aumentados”, aun cuando sin llegar a extremos en que el arbitrio degenera en arbitrariedad y la discrecionalidad en despotismo,²³ pero asimismo, como dice el autor, sin que la “prudencia” del juez sirva sólo para encubrir “una profunda pereza y un apego a la rutina, que no tienen nada de loables”. Por desgracia, las profesiones forenses suelen ser, según muy oportunamente recuerda Rodríguez U., de un conservadurismo obcecado, y los mismos que se lamentan de las lentitudes y deficiencias exhibidas a diario por la administración de justicia, cierran filas tan pronto como se intenta corregirlas, siempre que ello signifique alterar en lo más mínimo sus cansinos y anticuados métodos de trabajo.²⁴

²³ De la misma manera que en materia administrativa la jurisprudencia del Consejo de Estado francés creó los recursos por abuso, exceso o desviación de poder, a fin de marcar límites al ejercicio de la potestad discrecional, así también, y con mayor motivo, en el cuadro de la actividad jurisdicente hay que encuadrar debidamente el uso del arbitrio judicial. Si no, se puede llegar a formas tan ultraexpeditivas como carentes de garantías en la administración de justicia, singularmente en el campo penal, a la manera de las utilizadas en España por la Santa Hermandad o en Italia, con diversos nombres, durante los siglos XVI y siguientes, no tanto para juzgar como para exterminar a los bandoleros —cfr. la voz *Hermandad (Santa)* en el tomo XVII, pp. 751-3, de la “Enciclopedia Jurídica Española”, 1ª ed. (Barcelona, s.f.), así como BERNALDO DE QUIRÓS, *El bandolerismo en España y en México* (México, 1959), pp. 20-1, y MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, traducción, vol. I (Buenos Aires, 1951), pp. 83-5— o de la ley penal y procesal para delitos monetarios española de 24 de noviembre de 1938, cuyo artículo 16 dispone que “el juez gozará de libertad procesal absoluta, con la única limitación de no condenar al que no fuere oído, salvo que mediare declaración de rebeldía”.

²⁴ Además de los casos de resistencia o incompreensión que el autor cita —es decir, los provocados por la reforma de KLEIN en Austria y por la *novela* de 1933 en Alemania—, cabría agregar en España el de la obcecada protesta de los abogados madrileños en contra de la Instrucción del MARQUÉS DE GERONA (*infra*, nota 40) y en Portugal las dificultades que hubo de vencer DOS REIS para implantar el código de 1939: cfr. nuestra reseña del *Código de processo civil português*, en “Rev. Esc. Nac. Jurisp.”, (pp. 357-64), p. 358 y las referencias de su nota 2. El hecho de que KLEIN tuviese que jubilar a un buen número de viejos jueces, a fin de que no hiciesen naufragar su reforma, no puede ser más significativo a este propósito: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso oral y abogacía* (San Juan, Argentina, 1945), pp. 25-6, en relación con MENESTRINA,

8) Antes de seguir adelante, indicaremos que en la disyuntiva entre *superficie* y *profundidad*, tan a menudo planteada al investigador, nuestro prologado ha escogido la segunda y, en consecuencia, su estudio se contrae, no exclusiva pero sí principalmente, al análisis del problema *autoridad del juez y principio dispositivo*, que es el título del volumen, en el ámbito de la *prueba*.

9) De acuerdo con la concepción tradicional, el principio dispositivo descansaría en una serie de subprincipios, llamémosles así, a la cabeza de los cuales Rodríguez U. coloca el aforismo de que “no hay proceso sin demanda” o, conforme al enunciado de Cristofolini primero y más tarde de Calamandrei, de que “no hay jurisdicción sin acción”.²⁵ Iníciase con esa demanda la fase expositiva o polémica,²⁶ que en Venezuela se circunscribe, con acierto, a ella y a la contestación, con baja de los anacrónicos escritos de réplica y dúplica (¿por qué no, lanzados por esa pendiente, otras sucesivas parejas, a manera de versión procesal del cuento de nunca acabar o de la buena pipa?), recientemente suprimidos en algunos países hispanoamericanos.²⁷ Huelga casi aclarar que el autor no propone la abolición del principio dispositivo, tanto porque a lo largo de siglos se ha revelado fecundo para el desenvolvimiento del proceso civil,²⁸ como porque su reemplazo por sucedáneos de la índole del propuesto en la Alemania nazi por Baumbach, entrañan gravísimos peligros,²⁹ y sí tan

Francesco Klein (necrología), en “Rivista di Diritto Processuale Civile”, 1926, I, pp. 270-2.

²⁵ Cfr. CRISTOPOLINI, *La dichiarazione del proprio dissesto nel processo di fallimento*, en “Riv. Dir. Proc. Civ.”, cit., 1931, I (pp. 321-41), p. 331, donde se refiere también a su reverso, la *acción sin jurisdicción*, es decir, a las hipótesis de autotutela o justicia privada; CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile secondo il nuovo codice*, vol. I, 2ª ed. (Padova, 1943), pp. 101-3, cuando habla de “la acción como condición para el ejercicio de la jurisdicción”.

²⁶ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Programa de Derecho Procesal Civil*, 2ª ed. (México, 1960), p. 22.

²⁷ Como Uruguay, por obra del artículo 18 de la ley número 13.355 de 17 de agosto de 1965, o México, a consecuencia de la reforma de 30 de diciembre de 1966, si bien ésta, derogatoria de los artículos 267-70 y modificadora del 433 del código procesal civil distrital de 1932, deja subsistente el trámite en el 515, con motivo del incidente de liquidación. Ya en 1853, el MARQUÉS DE GERONA, en la exposición de motivos de su Instrucción (*infra*, núm. 12), consideraba “inútiles” la réplica y la dúplica, puesto que “las partes tienen siempre a su disposición el plazo de la prueba para alegar lo que les convenga”; y en consecuencia, las suprimió en el artículo 13 del citado texto.

²⁸ Acerca de la importancia del contradictorio, véase CARNELUTTI, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, vol. I (Padova, 1936), núm. 148.

²⁹ Cuando en su artículo *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit* (en “Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht”, 1938, pp. 583 y ss.) BAUMBACH propone el reemplazo del proceso civil por la jurisdicción voluntaria, con un juez dotado de poderes poco menos que omnímodos, se le enfrenta CALAMANDREI en *Abolizione del processo civile?*, en “Riv. Dir. Proc. Civ.”, 1938, I, pp. 336-40; traducido en “Estudios Sobre el Proceso Civil” —Buenos Aires, 1945—, pp. 343-8).

sólo poner coto a sus desviaciones y extravíos. En tal sentido, la legitimación del ministerio público, *parte imparcial* (*infra*, núm. 41) según la caracterización de Carnelutti,³⁰ con afinidades *orgánicas* respecto de la judicatura y *funcionales* respecto de las partes,³¹ constituye, como indica Rodríguez U., la solución para los procesos civiles en que esté interesada la colectividad, es decir, los denominados inquisitorios,³² evitándose así que el juzgador, llamado a pronunciar *supra partes*, descienda innecesaria e incluso intempestivamente al pannel que los litigantes contienden.

10) Exacta, como regla, la tesis de Calamandrei acerca de que la decisión del juez *secundum allegata et probata* supone el desdoblamiento de la actividad de las partes en dos momentos lógica y cronológicamente distintos —el de alegar y el de probar—,³³ no cabe olvidar las hipótesis en que la carga de la afirmación no va seguida por la de la prueba o en que ésta se desplaza, en virtud de inversión, hacia la contraparte.³⁴

11) ¿El principio dispositivo es una proyección procesal del derecho subjetivo, o es independiente de él, de tal modo que el legislador pueda, en un momento dado, sustituirlo por el contrario, en atención a razones políticas —y agregaríamos: o sociales— de oportunidad? A nuestro entender, lo segundo, y si hemos añadido “sociales”, ha sido con el pensamiento puesto en el enjuiciamiento del trabajo: no creemos que ni el más acérrimo defensor de la autonomía del proceso laboral niegue que éste deriva del civil;³⁵ pero por efecto de los aludidos factores sociales,³⁶ es indudable también que la am-

³⁰ Cfr. *Sistema*, cit., núm. 144, letra h.

³¹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Ministerio Público y Abogacía del Estado*, en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, núm. 40, enero-abril de 1961 (pp. 37-64), pp. 38-9.

³² Cfr. CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, en “Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento” (Padova, 1927), pp. 131-71, así como en sus “Studi sul processo civile”, vol. II (Padova, 1930), pp. 321-58 (traducción en “Estuds. Proc. Civ.”, cit., pp. 225-61).

³³ Véase su artículo *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, en “Riv. Dir. Proc.”, 1955, I, pp. 164-92, que es al que se refiere RODRÍGUEZ U. en la nota 13 de su ensayo.

³⁴ Verbigracia, en los supuestos de admisión de hechos por el adversario, de hechos notorios, de presunciones que amparen al que alegue. Véase, además, la nota 76.

³⁵ Salvo si en su empeño llega a la ofuscación, como hace años cierto alumno nuestro, obstinado en sostener la divergencia absoluta del enjuiciamiento laboral respecto del civil, a cuyo fin enumeró los que, según él, eran principios y rasgos exclusivos de aquél, sin coincidencia ni semejanza alguna con los de éste. Cuál no sería su asombro, cuando con códigos procesales civiles en la mano (los cuales no se había preocupado para nada de consultar) le fui mostrando que ni uno solo de los caracteres por él registrados como privativos de la justicia del trabajo estaba monopolizado por ella.

³⁶ Principalmente, a causa de la protección dispensada al trabajador como débil en sentido jurídico. Acerca de este aspecto, véase el artículo de JOSSEAND, *La protección*

plitud del principio dispositivo se ha cercenado en él, en comparación con aquel que le dio origen.

12) Esa figura del juez impassible, que Lascano designó como “convidado de piedra”³⁷ y yo como *juez espectador*, en contraste, por un lado, con el *juez dictador* del proceso penal inquisitivo y, por otro, por el *juez director* de un sistema como el austriaco establecido por Klein,³⁸ y que, dicho se está, el autor rechaza, acaso sea un eco del que intervenía en el duelo judicial, de la misma manera que el decantado principio de igualdad de armas entre las partes, que hoy nos suena a metáfora, fue una realidad como trámite previo al mencionado juicio de Dios.³⁹ Al llegar a este punto, permítaseme recordar que uno de los primeros en intentar darle la batalla a la figura del juez cruzado de brazos fue, en España, José de Castro y Orozco, Marqués de Gerona, en el ya remoto año de 1853 mediante su famosa *Instrucción del procedimiento civil con respecto a la real jurisdicción ordinaria*: la incomprensión de sus contemporáneos, sin excluir en esta ocasión a Caravantes,⁴⁰ condujo a que se

de los débiles por el derecho, publicado originalmente en los “Legal Essays in Tribute to Orrin Kipp Murray” y luego en castellano en “La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración” (Montevideo), diciembre de 1947, pp. 312-20, y enero de 1948, pp. 1-5.

³⁷ Según recuerda PODETTI en el artículo *Las facultades del juez en el pensamiento de Lascano*, en “Revista de Derecho Procesal” argentina, 1954, I (pp. 111-21), p. 117, citado por RODRÍGUEZ U. en al nota 18 de su trabajo.

³⁸ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso oral*, cit., p. 27. De *juez espectador* habla incidentalmente LASCANO en la extensa “Exposición de Motivos” (pp. 19-157) que precede al *Proyecto de código de procedimiento civil y comercial* (La Plata, 1935) por él elaborado: cfr. p. 85; y de *juez dictador* lo hicieron los procesalistas brasileños mencionados por AMARAL SANTOS en su artículo *Contra o processo autoritário*, en “Revista de Direito Processual Civil”, vol. I, 1960 (pp. 30-44), p. 36.

³⁹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Instituciones judiciales y procesales del Fuero de Guenca*, en “Rev. Esc. Nac. Jurisp.”, cit., núm. 47-48, julio-diciembre de 1950 (pp. 281-373), pp. 334-5. (Véase ahora, *infra*, *Estudio Número 23*).

⁴⁰ Véase su *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva ley de enjuiciamiento, con sus correspondientes formularios*, tomo I (Madrid, 1856), pp 88-9. En cuanto a la airada y ya aludida protesta de los abogados madrileños (*supra*, nota 24), se reprodujo por SOLÍS y MONTORO en sus *Apuntes para la historia del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* (en el “Boletín” del mismo, núm. 27, marzo de 1934, pp. 161-5). Acerca de la Instrucción, véanse: PRIETO-CASTRO, *La instrucción del Marqués de Gerona para arreglar el procedimiento de los negocios civiles con respecto a la real jurisdicción ordinaria*, en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, 1953, tomo 193, pp. 114-33; PINA, *En el centenario de la instrucción procesal del Marqués de Gerona (1853-1953)*, en “Revista de la Facultad de Derecho de México”, núm. 12, octubre-diciembre de 1953, pp. 183-9; FAIRÉN GUILLEN, *Estudio histórico de la Ley procesal de 1855*, en “Actas del I Congreso Iberoamericano y Filipino de Derecho Procesal: Madrid, 14-19 noviembre de 1955” (Madrid, 1955, pp. 331-448), pp. 423-31; y respecto de su autor, consúltese Manuel DE

derogara y a que dos años después se promulgase, inspirada por Pedro Gómez de la Serna, la ley de enjuiciamiento civil de 5 de octubre de 1855, de orientación muchísimo más conservadora,⁴¹ y, como es notorio, punto de arranque de la codificación procesal hispanoamericana.⁴² Pero como no hay mal que por bien no venga, el triunfo del criterio tradicionalista de Gómez de la Serna sobre el progresista del Marqués de Gerona, ha determinado, en gran medida, el magnífico ensayo que venimos glosando.⁴³

13) Tras los pasos de Fairén Guillén en España⁴⁴ y de Carnacini y de Cappelletti en Italia,⁴⁵ Rodríguez U. insiste en la necesidad ineludible, no de aislar (puesto que ambos se hallan unidos mediante el cordón umbilical representado por la pretensión),⁴⁶ pero sí de diferenciar con absoluta nitidez los principios relacionados con el derecho subjetivo hecho valer en juicio y los concernientes al desenvolvimiento del proceso (*infra*, núms. 24 y 38). En otras palabras, y con terminología carneluttiana: los relativos al *litigio* y los atinentes al *proceso*:⁴⁷ aquéllos, que afectan al *contenido*, son más amplios y numerosos que éstos, vinculados con el *continente* y que, por lo mismo, chocarían a menudo, esté o no explícitamente consagrado por el legislador, con el principio de formalismo.⁴⁸

GÓNGORA, *Apuntes biográficos del Excmo. Señor D. José de Castro y Orozco, Marqués de Gerona* (Granada, 1871; discurso inaugural del año académico).

⁴¹ Véase GÓMEZ DE LA SERNA, *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la ley de enjuiciamiento civil* (Madrid, 1857), pp. VII-IX.

⁴² Véase *supra*, nota 19.

⁴³ Destaquemos la curiosa paradoja de que siendo GÓMEZ DE LA SERNA hombre de ideología liberal, compusiese una ley conservadora, mientras que el Marqués de Gerona, ministro en uno de los gobiernos más retrógrados que España ha padecido, redactase un texto avanzadísimo para su época.

⁴⁴ En su artículo *Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento*, publicado primero en "Anuario de Derecho Civil", 1949, pp. 1345 y ss., y luego en sus "Estudios de Derecho Procesal" (Madrid, 1955), pp. 253-80, volumen éste que es al que remite RODRÍGUEZ U. en las notas 22 y 23 de su obra.

⁴⁵ De CARNACINI, *Tutela jurisdiccional y técnica del proceso*, traducido en "Rev. Fac. Der. Méx.", cit., núm. 12, octubre-diciembre de 1953, pp. 97-182, del original italiano, aparecido en los "Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento", vol. II (Milano, 1951), pp. 695-772; y de CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell' oralità: Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile* (Milano, 1962), citados por RODRÍGUEZ U. en las notas 19, 24 y 25 de su ensayo.

⁴⁶ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*, en "Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina" (Buenos Aires, 1946), núms. 16 y 24. [Ahora, *supra*, *Estudio Número 7*].

⁴⁷ Cfr. *Sistema*, cit., núms. 14 y 16.

⁴⁸ Proclamado explícitamente en México por el artículo 55 del código procesal civil del Distrito (*supra*, nota 20), frente al que se alza el de libertad de forma, que el mencionado cuerpo legal acoge en el artículo 41 del título especial sobre justicia de paz.

14) Que las alegaciones sean una declaración de voluntad, es punto, a mi entender, pacífico. Estimo, en cambio, discutible que constituyan *mandatos* dirigidos por las partes al juzgador: si en el proceso éste es la autoridad, no creo que aquéllas puedan darle *órdenes*, y sí, más sencillamente, formularle *peticiones*. De este modo, el proceso se configura como un diálogo entre unas partes que piden y un juzgador que decide.⁴⁹ Téngase, además, en cuenta que salvo en las hipótesis de allanamiento, confesión o contumacia, las alegaciones de los litigantes suelen ser de signo contrario, y entonces el juez se encontraría bajo la acción de fuegos cruzados, es decir, de (seudo) mandatos antagónicos.

15) Plenamente de acuerdo con el autor en que la demanda es una declaración de voluntad, y otro tanto cabe decir de la contestación a la misma: ambas no son sino la sentencia a que, respectivamente, aspiran el actor y el demandado. Discrepo, por el contrario, acerca de que la carga sea noción perteneciente a los dominios del sujeto activo: a lo sumo, hilando muy delgado, podrá advertirse aquí una diferencia cuantitativa, mas en manera alguna absoluta. La carga de la contestación es, por decirlo así, paralela a la de la demanda; en orden a la de la prueba, de atenemos al criterio tradicional de que, como regla, incumbe al actor, podría anotarse el tanto la tesis de que disintimos, pero cabe pensar en que el demandante se halle amparado por presunciones relativas o bien en que el demandado oponga excepciones (o si se prefiere este enunciado: hechos extintivos, impeditivos o modificativos),⁵⁰ y entonces, hacia él se desviaría la carga; por último, a propósito de la de la impugnación, lo más probable es que gravite sobre el reo, puesto que, según las estadísticas revelan, en la mayoría de los pleitos es el actor quien tiene razón y, por lo tanto, las más de las veces la sentencia impugnada lo es por el demandado, que es a quien suele resultar adversa.

16) b) *Capítulo II. Limitaciones tradicionales y ensayos de superación.* Prohibido en Venezuela, como en la generalidad de los países, que el proceso termine mediante un *non liquet*, ni siquiera so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley,⁵¹ semejante regla conoce todavía algunas derogaciones y, como más característica, la constituida por el sobreseimiento provisional en la esfera de la justicia penal.⁵²

Véase también el artículo 1º, tanto de la ley de enjuiciamiento civil, como la de enjuiciamiento criminal en España.

⁴⁹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudasas*, en "Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei", vol. II (Padova, 1958; pp. 1-78), p. 10 (ahora, *supra*, *Estudio Número 6*).

⁵⁰ Cfr. CHIOVENDA, *Principii di Diritto Processuale Civile*, 4ª ed. (Napoli, 1928), pp. 788-95; CARNELUTTI, *Sistema*, cit., núms. 23, 126 y 411-4.

⁵¹ Véase, por ejemplo, el artículo 18 del código civil federal y distrital en México.

⁵² Acerca de su conservación en tanto no se acoja en los códigos procesales penales

17) Quizás no esté totalmente acorde con Prieto-Castro, citado por Rodríguez U., cuando sostiene que el artículo 340 de la ley de enjuiciamiento civil de 1881 consagra “la facultad de dirección y aportación más importante conferida a los juzgadores españoles”;⁵³ a su misma altura se encuentran, por lo menos, algunas otras disposiciones a las que mediante nota me refiero.⁵⁴

18) En la nota 59, el autor llama la atención acerca de un curioso artículo, el 332, del código de procedimiento civil uruguayo de 1878, a tenor del cual, “cuando las partes hayan alegado hechos, sin ofrecer pruebas, podrán los jueces ordenar de oficio lo que corresponda sobre los hechos alegados”. Tan singular precepto abarca, según creemos, tres perspectivas diferentes: 1ª únicamente el actor expone hechos, y frente a ellos el demandado se coloca en actitud de estricta defensa negativa: entonces, la solución no puede consistir en que el juzgador decrete pruebas, sino en que aplique el aforismo *actore non probante, reus absolvitur*; 2ª, ambas partes están conformes en cuanto a los hechos, sin que el demandado agregue ninguno por su cuenta, pero discrepan acerca del derecho utilizable y del *petitum*: en este caso, se debe saltar desde la fase expositiva o polémica (*supra*, núm. 9) a la conclusiva o de debate final, con prescindencia de la demostrativa o probatoria, a causa, más que del principio dispositivo, del de verdad formal y de la equiparación entre confesión y ad-

la revisión en contra del indebidamente absuelto, véase lo que decimos en *La reforma del enjuiciamiento penal argentino (Con motivo del Proyecto Vélez Mariconde-Soler de Código para la Capital)*, en “Rev. Der. Proc.” arg., 1945, I (pp. 1-63), pp. 59-61, y en *La reforma procesal penal en Guatemala*, en “Rev. Fac. Der. Méx.”, cit., núm. 46, abril-junio de 1962 (pp. 211-36), p. 225. Junto al sobreseimiento provisional, eco de la vieja absolución de la instancia, recordemos la absolución por falta de prueba o en virtud de juramento purgatorio en el proceso sajón o de Carpzov (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho Procesal Penal* —en colaboración con LEVENE H.—, tomo I, Buenos Aires, 1945, pp. 84-5, en relación con VON KRIES, *Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts* —Freiburg i. B., 1892—, pp. 37-40) y el *warrant de nolle prosequi* en el derecho inglés (cfr. DE FRANQUEVILLE, *Le système judiciaire de la Grande Bretagne*, tomo II —Paris, 1893—, pp. 358-60).

⁵³ En su *Derecho Procesal Civil* (Madrid, 1964), 1ª parte, p. 347, citado por Rodríguez U. en la nota 56 de su trabajo. En los mismos términos se había expresado PRIETO en su *Derecho Procesal Civil* editado en Zaragoza, 1946: véase su tomo I, p. 194.

⁵⁴ Ante todo, en el ya mencionado (*supra*, nota 22) artículo 1428 del código procesal civil, objeto en los últimos decenios de una serie de estudios en la doctrina española —a saber: los de RODRÍGUEZ VALCARGE, GALLEGO MORELL y CARRERAS LLANSANA que citamos en la nota 58 (pp. 44-5) de *La reforma y el mundo hispanoamericano*, cit.—; a su lado, el 733 de la ley de enjuiciamiento criminal, destinado a obtener una correcta calificación del hecho justificable, tanto más merecedor de destacarse, cuanto que funciona en un texto de acentuada naturaleza acusatoria; y en el mismo sentido, el 897 de la propia ley (conforme a la redacción de 28 de junio de 1933), tendiente al esclarecimiento de la cuestión debatida en casación.

misión,⁵⁵ y 3ª, el demandado acepta los hechos aducidos por el actor, pero añade uno o más que los desvirtúan o contrarrestan,⁵⁶ mas sin que tampoco ofrezca pruebas para acreditarlos: sólo en esta tercera hipótesis el susodicho artículo 332 tendría razón de ser, ya que no conculcaría el principio de igualdad de armas, desde el momento en que ni el actor propone pruebas acerca de los hechos constitutivos de su pretensión ni el reo respecto de los extintivos, impeditivos o modificativos que invoque (*supra*, núm. 15). Pero será rarísimo que semejante situación se presente en la práctica, y de ahí, sin duda, el silencio a propósito de la misma que advierte Rodríguez U. en las obras de Couture, el máximo procesalista uruguayo.

19) Sin perjuicio de volver sobre el libre interrogatorio de las partes por el juez (*infra*, núm. 40), y sin que, naturalmente, en lo que voy a decir influya para nada el patriotismo, puesto que a la legislación procesal de mi país no le he escatimado críticas,⁵⁷ dista mucho de parecerme evidente que el número 1º del artículo 407 venezolano, equivalente del 340, número 2º, español, supere a éste en el terreno de las diligencias para mejor proveer. La diferencia esencial entre ambas normas procesales estriba en que aquél prevé el *interrogatorio libre* y éste la *confesión vinculativa*. Ahora bien: suponiendo que tanto en Venezuela como en España se haga un empleo correcto de la medida —es decir, no se acuda a ella al solo efecto de ampliar el plazo para dictar sentencia—, ello significará que llegado el instante de fallar, el juez se encuentra sumido en un mar de confusiones, sin que se considere en estado de pronunciarse en sentido estimatorio o desestimatorio. Así las cosas, la declaración libre podría no aportarle esos elementos *decisivos* que busca para emitir su *decisión*, y, en cambio, si recae confesión, al constituir ella prueba plena conforme a un régimen de prueba legal,⁵⁸ se encontrará con el problema resuelto, al menos en cuanto a los extremos a que la misma se extienda.

⁵⁵ Fases “demostrativa” y “conclusiva”: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba*, en “La Rev. Der., Jurisp. y Admón.”, cit. febrero de 1945 (pp. 32-42), y luego en “Estudios de Derecho Probatorio” (Concepción, Chile, 1965; pp. 29-52), pp. 33 y 29, respectivamente, y en *Programa*, cit., pp. 23 y 25. Salto desde la fase *expositiva* a la *conclusiva* lo encontramos, por ejemplo, en los artículos 549, 552 y 691 de la ley de enjuiciamiento civil española, en el 276 del código distrital mexicano o en el 279 del venezolano.

⁵⁶ Por ejemplo: cierto que me prestaste tal suma en la fecha que indicas y que no te la he devuelto el día del vencimiento, pero es porque me concediste quita y espera todavía no cumplida ésta, o porque puedo oponerte compensación por la totalidad de tu crédito.

⁵⁷ Principalmente en *Notas para la reforma de la ley de enjuiciamiento civil*, en “Rev. Gen. Leg. y Jurisp.”, cit., junio de 1933, pp. 674-741, y luego en “Estudios de Derecho Procesal” (Madrid, 1934), pp. 153-262.

⁵⁸ Véanse en España, los artículos 1232 del código civil y 580, 586-7 y 593 de su ley de enjuiciamiento; en México, el 402 del código procesal distrital, y en Venezuela, el 1247 del código civil.

20) Siendo el primero en reconocer, como acabo de indicar, que de las medidas, diligencias o providencias para mejor proveer⁵⁸ se hace con frecuencia un uso indebido, hay que reconocer también que en su día⁶⁰ constituyeron un instrumento progresivo, a la vez que susceptible de perfeccionamiento, según revelan, verbigracia, las mejoras introducidas en su funcionamiento por el código distrital mexicano de 1932, al permitir acudir a ellas “en todo tiempo”,⁶¹ y no sólo a última hora, o por la ley de enjuiciamiento civil cubana, cuando como consecuencia de la reforma de 8 de mayo de 1938, recordada por el autor, autoriza que se decreten tanto de oficio como a instancia de parte.⁶² Con todo, el juzgador hará bien en no abusar de esta potestad que la ley le otorga, puesto que los litigantes suelen pecar más por exceso que por defecto en la proposición de pruebas.

21) Pero no basta con que el legislador monte un *mecanismo* más ágil que el de las viejas diligencias para mejor proveer, sino que ha de resolverse, en ésta y en cualquier otra dirección de una reforma procesal, el arduo problema del *mecánico*, es decir, con palabras de Rodríguez U., de “la idoneidad de los hombres” que hayan de manejarlo. Una vez más, no son las *instituciones*, sino los *hombres*. Sin embargo, también las *instituciones* cuentan, y de ahí que poco después el autor se alce contra la fórmula de *remiendo* que en materia probatoria se quiere adoptar en la planeada renovación del enjuiciamiento espa-

⁵⁹ De “providencias” hablan los artículos 340-2 de la ley de enjuiciamiento española; de “diligencias”, verbigracia, COUTURE, *Teoría de las diligencias para mejor proveer* (Montevideo, 1932), y de “medidas”, por ejemplo, PIEDRABUENA RICHARD, *Las medidas para mejor resolver como institución común a todo procedimiento civil* (Santiago de Chile, 1960).

⁶⁰ El antecedente inmediato de las diligencias para mejor proveer en el derecho procesal civil hispanoamericano, lo constituye el artículo 48 de la ley de enjuiciamiento de 1855, el cual, a su vez, consagró una práctica plurisecular basada en la *Partida III*, título IV, ley 11, y título XXII, ley 11.

⁶¹ Artículo 279: “Los tribunales podrán decretar en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquiera diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados” (Del segundo párrafo damos cuenta luego en el número 23). Acerca de dicho precepto, véanse nuestros trabajos *Alcance del artículo 279 del código procesal civil del Distrito Federal y A propósito de las facultades de los artículos 278 y 279 del código procesal civil del Distrito Federal*, ambos en “Clínica Procesal” (México, 1963), pp. 341-5 y 357-61, respectivamente. Véanse también los artículos 7 y 8 de nuestro *Anteproyecto que reforma el régimen de la prueba en el código de procedimientos de Honduras*, en “Rev. Fac. Der. Méx.”, núms. 17-18, enero-junio de 1955 (pp. 377-456), pp. 405-6.

⁶² Antes que en Cuba, si bien con más circunscrito alcance, el artículo 28, apartado 3º, de la ley española de justicia municipal de 5 de agosto de 1907, permitió también a las partes solicitar diligencias para mejor proveer.

ñol⁶³ y le parezca preferible la solución más progresiva sustentada por Guasp y por Fairén, que no es, en rigor, sino la del derecho mexicano.⁶⁴

22) No necesito hacer protestas de espíritu antidictatorial, porque la mitad larga de mi vida ha transcurrido en el exilio, y durante la otra soporté ocho años de gobiernos despóticos. Puedo por consiguiente, suscribir, sin que resulte sospechoso, las palabras de Rodríguez U. cuando a propósito de la ley argentina 14.237, fruto del peronismo, censura la derogación irreflexiva de disposiciones emanadas de las dictaduras, ya que podría tratarse de textos de acabada realización técnica e incluso compuestos por hombres enemigos acérrimos de los usurpadores.⁶⁵ En tales casos, una tarea serena de criba y revisión rendirá mejores frutos que no la de arrojar a ciegas por la borda conjuntamente el trigo con la paja.⁶⁶ Y antes de proseguir, diré que el artículo 21 de la mencionada ley 14.237, de 1953, determinante de una literatura copiosa,⁶⁷ y que el autor analiza con detenimiento, responde a la misma trayectoria que el 279 del código procesal civil del Distrito en México, anterior a él, por una singular coincidencia numérica, también en 21 años.⁶⁸

⁶³ Entendemos que el autor se refiere a la base 48, número 1º, del anteproyecto, que dice así: "Seguirá manteniendo el principio dispositivo como regla general en materia de actividades probatorias, pero los poderes conferidos al juzgador en el ordenamiento vigente serán ampliados": cfr. el volumen *Cuadernos Informativos* (Nº 1, marzo de 1966) del Ministerio de Justicia.

⁶⁴ Puesto que lo que ambos proponen es que el juzgador pueda ordenarlas de oficio en cualquier momento del proceso, o sea lo mismo que dispone el artículo 279 cód. proc. civ. D. F. (*supra*, nota 61).

⁶⁵ Muestra de lo primero, la ley española de 27 de diciembre de 1956 sobre justicia administrativa, muy superior a sus antecesores la ley y el reglamento de 22 de junio de 1894: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Nueva ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en España*, en "Bol. Inst. Der. Comp. México.", núm. 31, enero-abril de 1958 (pp. 83-106), pp. 105-6. Ejemplo de lo segundo, la destacadísima intervención de CALAMANDREI, antifascista ciento por ciento, en la redacción del código procesal civil italiano de 1940.

⁶⁶ Al proclamarse en España la Segunda República se procedió a una revisión de la obra legislativa de la Dictadura, mediante el decreto de 31 de mayo de 1931, que distribuyó en cuatro sectores las disposiciones emanadas de aquella: a) derogadas, sin perjuicio de las situaciones creadas a su amparo; b) anuladas; c) reducidas al rango de preceptos meramente reglamentarios, y d) subsistentes por exigencias de la realidad.

⁶⁷ Para el estudio de la citada ley, véase como fundamental el volumen de SENTÍS MELENDO, *El proceso civil: Estudio de la reforma procesal argentina (Ley 14.237 — Decreto-ley 23.398)* (Buenos Aires, 1957), en cuyas páginas 145-64 se examina el susodicho artículo 21. Tanto la ley como el decreto citados acaban de ser derogados por el nuevo *Código procesal civil y comercial de la nación*, de 20 de septiembre de 1967, en vigor desde el 1º de febrero de 1968 y publicado en "Anales de Legislación Argentina: Boletín Informativo Nº 32-33" (25 de noviembre de 1967).

⁶⁸ He aquí el párrafo 1º del artículo 21 en cuestión: "En cualquier estado del juicio los jueces y tribunales podrán disponer las medidas necesarias para esclarecer la verdad

23) Con anterioridad al argentino Alterini y a la citada ley 14.237,⁶⁹ he sostenido siempre que las tradicionales medidas para mejor proveer tienen carácter probatorio, al contemplarlas como expresiones de prueba *retardada*, en contraste con la *anticipada*.⁷⁰ Mas con independencia de ese detalle cronológico y de una toma de posición que, como señala Rodríguez U., va en contra de la corriente mayoritaria en la doctrina hispanoamericana, la ordenación de pruebas *ex officio* pone sobre el tapete la cuestión de si las partes podrán oponerse a su práctica. El problema no se resuelve afirmando, como Sentís Melendo, que tales medidas corresponden a la esfera del juez y no a las de las partes,⁷¹ de un lado, porque en algún ordenamiento, como el cubano, éstas pueden provocar su emisión (*supra*, núm. 20) y, de otro, porque la actividad del juzgador, comenzando por su manifestación máxima, la sentencia, es susceptible de ser atacada por las partes. Y como los jueces son seres humanos, carentes de infalibilidad, es indudable que pueden, con ánimo deliberado o sin él, ordenar diligencias para mejor proveer notoriamente innecesarias, intrascendentes, contrarias a la ley o a la moral,⁷² costosísimas,⁷³ etcétera, y frente a ellas las partes no deben quedar indefensas. Ciertamente que el artículo 340 español proclama que “contra esta clase de resoluciones no se dará recurso alguno”; pero en discrepancia con él tenemos el 279 mexicano, a tenor del cual, “el juez obrará... sin lesionar el derecho de las partes, oyéndolas y procurando en todo su igualdad”. En apoyo de la solución española se podrá aducir

de los hechos controvertidos y mantener la igualdad de los litigantes o prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe, así como aquellas tendientes a la más rápida y económica tramitación del proceso”. Invitamos ahora al lector a que lo coteje con el 279 mexicano transcrito en la nota 61 y en el número 23.

⁶⁹ Puesto que ésta es de 24 de septiembre de 1953 y aquél publica su artículo, según informa RODRÍGUEZ U. en la nota 87, en 1962: *Medidas para mejor proveer y defensa en juicio*, en “Lecciones y Ensayos”, núm. 25; mientras que se retrotrae a 1944 mi punto de vista, según se indica en la nota siguiente.

⁷⁰ Véanse nuestras *Adiciones a los números 63-b, 162-d, 209-d y g, 297-c, 544-b, 684-5 y 701-g del Sistema de Carnelutti*, refundidas en *Prueba anticipada y prueba retardada en el proceso español*, en “Ests. Der. Probat.”, cit., pp. 183-6. De prueba *anticapada* habíamos hablado ya en *Programa de Derecho Procesal y Cuestionario para el Acto del Examen*, 1ª ed. (Santiago de Compostela, 1933), p. 44, y 2ª (Valencia, 1935), p. 40.

⁷¹ La opinión de SENTÍS es invocada por ALTERINI en el pasaje de su obra a que se refiere RODRÍGUEZ U. en la nota 99. Muy probablemente, se contrae a la sustentada por SENTÍS en el artículo *Medidas para mejor proveer (El problema de su apelabilidad, según nuestra jurisprudencia)*, primero en “Rev. Der. Proc.” arg., cit., 1944, II, pp. 126-44, y luego en “Teoría y práctica del proceso civil: Estudios de derecho procesal”, vol. III (Buenos Aires, 1959), pp. 211-36; núm. 4 en ambas versiones.

⁷² Como en el caso del juez instructor que para descubrir a la culpables de un infanticidio, procedió a la inspección corporal de todas las mujeres núbiles de un pueblo, según expone NYPELS, recordado por MANZINI, *Tratado*, vol. III, p. 239, nota 36.

⁷³ Véase ALCALÁ-ZAMORA, *Incosteabilidad de prueba a efectuar en el extranjero*, en “Clínica” cit., pp. 347-9.

que mediante ella prevalecen los principios de oficialidad y de economía, al impedir que en el último instante el procedimiento se complique; pero a favor de la fórmula mexicana está que asegura la garantía de audiencia. No creo, además, que se hundan las esferas si en términos *de lege ferenda* queda expedida por lo menos una breve y modesta reposición, salvo que se prefiera dejar como única salida frente a posibles extravíos y aun tropelías del juzgador en este punto la exigencia de responsabilidad. Piénsese asimismo que la impugnación de dichas medidas por las partes vendría a ser el reverso de la resolución judicial sobre admisión de pruebas: aquí, los litigantes *proponen* y el juez *dispone*, mientras que allí el juzgador *dispone* y los contendientes se *oponen*.⁷⁴

24) En la divergencia entre Colombo y Rodríguez U. acerca de la índole de los poderes que el juzgador ejercita cuando ordena pruebas *ex officio*, acaso esté más cerca del argentino que del venezolano. Indiscutible, como afirma éste, que la relación procesal es distinta de la material (*supra*; núm. 13, e *infra*, núm. 38); pero cuando el juez decreta una diligencia probatoria, forzosamente ha de tomar en cuenta el litigio que ante él se ventila, con objeto de que resulte adecuada para acreditar los hechos a que se contraiga, sin que la defensa de semejante punto de vista signifique, a mi entender, propugnar una “conclusión privatista”.

25) La distinción que Sentís Melendo establece entre las tradicionales diligencias ordenadas de oficio y las facultades con análoga finalidad establecidas por la citada ley 14.237, a base de presentar las primeras como “medidas para mejor proveer” y las otras “para proveer” tan sólo, peca de quebradiza y de sutil: en realidad, unas y otras sirven al juzgador para *permitirle proveer*, con independencia del uso o del abuso que de ellas se haga.⁷⁵ Tampoco pienso que el procesalista hispanoargentino pise terreno muy firme cuando más adelante sostiene de manera rotunda que “si el litigante no aporta la prueba de lo que afirma, deberá necesariamente sucumbir en el proceso”, puesto que si bien esa es la regla, presenta bastantes excepciones.⁷⁶

26) Sin desconocer la importancia de la ley 14.237, y acaso por lo mismo, la referencia a textos muy anteriores a ella, debería haberla precedido y no segui-

⁷⁴ Acerca de la *oposición* como medio impugnativo, véanse nuestras *Adiciones a los números 568, 569 y 600 del Sistema de Carnelutti*, vol. III, pp. 629-31 y 721.

⁷⁵ La lectura de los artículos 340 de la ley de enjuiciamiento civil española, 21 de la ley 14.237 argentina (*supra*, nota 67), 80 del código procesal civil mexicano para la Federación o 10 del venezolano de 1863 (citado éste por RODRÍGUEZ U.), revela que la ordenación de las medidas para mejor proveer obedece a que el juzgador las considere *necesarias* o, por lo menos, *convenientes* para la emisión de su sentencia.

⁷⁶ A las mencionadas en la nota 34, agregaremos el caso del allanamiento —*infra*, nota 109— del demandado, cuando se produzca antes de haberse procedido a la prueba.

do. Tal sucede, en la propia Argentina, con la Ley 50, que es de 1863, y fuera de ella, con los códigos mexicanos de 1932 (Distrito Federal) y de 1942 (Federación, el cual, además, deriva del de Guanajuato de 1934),⁷⁷ con el brasileño de 1939 [ahora, reemplazado por el de 1973] y con el portugués de igual fecha, o sea el anterior a la reforma de 1961.

27) Más que discutible me parece que el juez “inerte” hispanoamericano provenga del *code de procédure* napoleónico de 1806. Innegable la influencia del derecho francés en otras ramas de la legislación española (civil y administrativa, sobre todo), el enjuiciamiento de 1855, que constituye el punto de arranque, nada tiene que ver aquél y sí con la *Partida III* y el proceso común medieval.⁷⁸ Además, su inercia obedece mucho más a abulia profesional que a falta de oportunidades legislativas.⁷⁹ En cuanto al *juge chargé de suivre la procédure*, surge antes que el *giudice istruttore* italiano del código de 1940,⁸⁰ y todavía anterior a ambos son las figuras de juez instructor civil del derecho español.⁸¹ En cambio, sí estamos plenamente de acuerdo con la trayectoria que el autor asigna al interrogatorio de las partes, desde el derecho inglés al alemán, a través del austriaco.⁸²

28) De sumo interés son las páginas de la monografía en que Rodríguez U. resume y comenta la opinión del ilustre procesalista brasileño José Olympio de Castro Filho. El profesor de Minas Gerais, como remedio frente al que califica de fracaso en el Brasil de los principios de oralidad y de concentración —que muy bien pudiera no ser de ellos, sino de deficiencias notorias en su

⁷⁷ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Unificación de los códigos procesales mexicanos, tanto civiles como penales*, en “Rev. Fac. Der. Méx.”, núm. 37-40, enero-diciembre de 1960 (pp. 265-309), p. 283.

⁷⁸ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Examen crítico del código de procedimientos civiles de Chihuahua (Comparado con el del Distrito y Territorios Federales)* (Chihuahua, 1959), pp. 3-4, así como los trabajos citados o aludidos en la nota 19.

⁷⁹ Véanse *supra*, núm. 6 y notas 16, 17 y 22.

⁸⁰ Cfr. LABORDE-LACOSTE, *Précis élémentaire de procédure civile*, 2^a ed. (Paris, 1939), pp. 281-3; JAPIOT, *Traité de procédure civile et commerciale: supplément à la troisième édition* (Paris, 1939), pp. 8-10; SOLUS, *Le réforme della procedura civile francese*, en “Riv. Dir. Proc.”, 1960 (pp. 14-35), pp. 15, 17-8 y 21-2; SOLUS y FERROT, *Traité de droit judiciaire privé*, tomo I (Paris, 1961), pp. 15 y 35; BERAUD, *Le juge chargé de suivre la procédure en France*, en “Estudios procesales en memoria de Carlos Viada” (Madrid, 1965), pp. 393-7, y poco antes en “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal”, 1965, pp. 9-13.

⁸¹ Cfr. SENTÍS MELENDO, *El juez instructor en lo civil*, en “Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales” (Santa Fe, Argentina), 1957, núms. 90-91, pp. 91-115, en relación con CARNELUTTI, *Storia e natura del giudice istruttore*, en “Riv. Dir. Proc.”, 1955, I, pp. 157-63.

⁸² Cfr. GLÜCKLICH, *Parteivernehmung nach deutschem Zivilprozessrecht* (Berlín, 1938), pp. 31-43, o bien CAPPELLETTI, *La testimonianza*, cit., pp. 421-651.

implantación—,⁸³ propone una solución a primera vista muy sugestiva, consistente, diríamos, en *asociar*, en vez de *disociar*, la fase expositiva y la demostrativa o probatoria. Ahora bien: esa asociación es más fácil de imaginar que de realizar, y ni siquiera para el actor, dueño, en principio, de elegir el momento del ataque,⁸⁴ será siempre factible presentar junto con su demanda todos los medios de prueba de que intente valerse, entre otras razones, porque como consecuencia de una contestación del demandado en que oponga excepciones, podría verse en la necesidad de ofrecer y reunir pruebas, originalmente no previstas, para desvirtuarlas.⁸⁵

29) c) *Capítulo III. El juez, director del proceso.* Por muy grande que sea el predominio del principio dispositivo, no creo que llegue nunca a erigir a las partes en “únicas dueñas de toda la actividad procesal y del contenido del proceso”: siempre incumben al juzgador facultades, si no de rigurosa iniciativa, sí relativas a admisión y calificación, sin contar con el importantísimo cometido de decidir cuando no se pongan de acuerdo, que será a cada paso.⁸⁶ Cosa distinta, y en la que de nuevo coincido con Rodríguez U., es que en cuantas ocasiones rija la llamada carga del patrocinio por medio de abogados, son éstos quienes, desde el ángulo de las partes, gobiernan el proceso, y ello, no sólo en Francia.

30) Aun cuando Sereni, que vivió su largo exilio antifascista en Estados Unidos, tuviese del proceso norteamericano un conocimiento directo que a mí me falta, no creo —y mi creencia se basa en buena parte en enseñanzas extraídas de las obras del insigne maestro—⁸⁷ que la concepción allí dominante acerca

⁸³ ¿Cómo es posible, por ejemplo, que pueda triunfar la oralidad en el Distrito Federal mexicano, si para una población de más de seis millones de habitantes ha contado hasta hace días (11 de diciembre de 1967) con sólo 18 juzgados de lo civil y 15 juzgados menores, y si tras dicho aumento no pasan de 21 aquéllos y de 16 éstos? Ello con independencia de la defectuosísima regulación del juicio oral en los artículos 384 a 401 del código procesal civil distrital. Y sin embargo, la desesperante lentitud del procedimiento escrito en México y las *chicanas* a que se presta, han determinado que de cuando en cuando se rompan lanzas en pro del juicio oral, como la representada por el folleto de FRANCOZ RIGALT, *Hacia la oralidad en el proceso civil* (México, 1957).

⁸⁴ Pero en ocasiones, motivos de urgencia (evitar que se consume la prescripción, necesidad de ausentarse antes de una cierta fecha, etc.) o bien el *periculum in mora* pueden obligar al actor a tener que deducir su demanda sobre la marcha.

⁸⁵ El actor reclama el pago de una suma; el demandado aduce haberla satisfecho y exhibe el recibo; pero aquél lo tacha de falso o sostiene que se refiere a prestación distinta (cfr., verbigracia, el art. 491 cód. proc. civ. D. F.).

⁸⁶ Por ejemplo, cuando no coincidan en el nombramiento de árbitro (arts. 220-3 cód. proc. civ. D. F.), en la opción entre procedimiento escrito y oral (art. 299 cód. cit.), en la designación de perito tercero (art. 616, párr. 2º, ley de enjuiciamiento española), etcétera.

⁸⁷ Véase, sobre todo, su extenso trabajo *Aspetti del processo civile negli Stati Uniti*,

del enjuiciamiento sea por completo distinta de la de las naciones de derecho continental europeo: el progreso de los estudios comparativos está poniendo de relieve en qué medida las divergencias y las distancias entre *common law* y *civil law* distan mucho de ser irreductibles.⁸⁸

31) Sin duda alguna a causa de un descuido de redacción, en la tercera edición de los *Fundamentos* de Couture aparece como primer enunciado de la doctrina de la relación jurídica procesal el de Kohler, que la presenta como establecida exclusivamente entre demandante y demandado,⁸⁹ o sea con sabor privatista; pero el formulador de tal teoría, Bülow, la construye como triangular, es decir, con inclusión del juzgador y neto carácter público, veinte años antes que aquél.⁹⁰

32) Acerca de la orientación privatista o publicista de los códigos procesales, no creo que se puedan extraer consecuencias demasiado absolutas a base de que se abran por la acción o por la jurisdicción. Ciertamente que en Italia el código procesal civil de 1940 se inicia (arts. 1-6) con una sección relativa a la jurisdicción, a diferencia del de 1865, que en rigor, si prescindimos del título preliminar sobre conciliación y arbitraje (arts. 1-34), comienza por la acción (cfr. art. 35); pero en el propio país, el código de procedimiento penal empieza por la acción, y nadie lo tildará de privatista.⁹¹ Y en México, la circunstancia de

en el volumen "Studi di Diritto Comparato: I, Diritto degli Stati Uniti" (Milano, 1956), pp. 325-431, que constituye una completísima y sistemática exposición del tema, de la que se desprenden, sí, divergencias importantes —aunque no pocas de terminología o de planteamiento—, pero en manera alguna irreductibles.

⁸⁸ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Exposición, por un profesor continental europeo, de un curso angloamericano sobre "evidencia"*, en "Revista de Derecho Puertorriqueño", núm. 23, enero-marzo de 1967, pp. 243-67, y en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 58-59, enero-agosto de 1967, pp. 211-35.

⁸⁹ Cfr. COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. (Montevideo, 1958), pp. 134-5. Sin embargo, acaso el maestro uruguayo no pretendiese en esas páginas presentar las tres variantes de la doctrina por orden cronológico, sino lógico, es decir, yendo desde la más sencilla, la de KOHLER, con el juzgador fuera de la relación procesal, hasta la más completa y plenamente triangular, la de WACH (*rectius*, o, en todo caso antes, la de BÜLOW), pasando por la de HELLWIG, en que no se cierra el triángulo por la base, pero en que sí aparecen los tres sujetos de la misma (actor-juez-demandado).

⁹⁰ En efecto, mientras el libro de BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, se imprime en Giessen, 1868 (traducción castellana, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* —Buenos Aires, 1964—), el de KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, ve la luz en Mannheim, 1888.

⁹¹ Baste destacar que consagra el monopolio acusador del ministerio público y, en ciertos casos, del pretor (cfr. arts. 1 y 74), en contraste, verbigracia, con el sistema español de pluralidad de acusaciones, y a la cabeza de ellas la particular y la privada (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho Proc. Pen.*, cit., tomo II, pp. 24-30 y 78-9, y *Min. Púb. y Abog. Est.*, cit., pp. 55-6.

que a diferencia de los que colocan a su cabeza un título sobre acciones y excepciones, el código federal de procedimientos civiles carezca de él, no acentúa en éste su carácter publicista en comparación con aquéllos, que son la mayoría.⁹²

33) La frase carneluttiana a tenor de la cual, “acción y jurisdicción son términos correlativos”, puesto que “no se puede dar acción sin jurisdicción, ni jurisdicción sin acción”,⁹³ tiene su raíz, por un lado, en Chioventa, que no fue santo muy de la devoción de Carnelutti, y por otro, en Cristofolini, que, en cambio, fue su discípulo predilecto.⁹⁴ La falta de notas del artículo suyo en que el párrafo de marras aparece estampado, da la engañosa sensación de que la idea en él recogida fuese suya ciento por ciento.⁹⁵

34) Acaso no haya captado bien el pensamiento de Rodríguez U., pero sin perjuicio de estar, en principio, de acuerdo con él en cuanto a las atribuciones del juzgador una vez deducida la acción, estimo que sustenta un punto de vista demasiado absoluto, cuando afirma que a partir del señalado instante, “la jurisdicción es la única gobernante del tránsito procesal”. ¿*Quid*, entonces, de instituciones como la suspensión concordada del procedimiento?⁹⁶

35) ¿Qué atribuciones deben conferirse al juzgador en la dirección del proceso? De las dos fórmulas que en la monografía se mencionan —señalar restricciones a sus poderes generales e indicar que éstos se ejercerán conforme al sistema en que se inspire el código—, el autor se inclina por la segunda. La primera ofrece, desde luego, el inconveniente del casuismo, frente a la elasticidad de la otra; pero ésta, a su vez, puede tropezar con dos obstáculos: el de que el juez no se compenetre bien con el sistema del código, ni aun en la hipótesis de que el texto cuente con una recapitulación de principios rectores,⁹⁷

⁹² Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Unificación códigos procesales*, cit., p. 283.

⁹³ Cfr. CARNELUTTI, *Profilo dei rapporti tra diritto e processo*, en “Riv. Dir. Proc.”, 1960 (pp. 539-50), p. 543.

⁹⁴ Véase su necrología de *Giovanni Cristofolini*, en “Riv. Dir. Proc. Civ.”, 1938, I, pp. 93-5, reveladora de una emoción y una pena que no se encuentra en ninguna otra de las salidas de su pluma.

⁹⁵ Dice CHIOVENTA en sus *Principii*, cit., pp. 302-3: “...risulta che *giurisdizione e processo* sono concetti correlativi, questo essendo il campo in cui quella si svolge”. En cuanto a CRISTOFOLINI, véanse *supra*, núm. 9 y nota 25.

⁹⁶ Véanse, por ejemplo, el artículo 1º del real decreto español de 2 de abril de 1924 o los artículos 296-8 del código procesal civil italiano, o bien, mucho antes, el artículo 57 de la Instrucción del MARQUÉS DE GERONA (*supra*, núm. 12).

⁹⁷ Como en el proyecto Couture de 1945 (arts. 1-9) —*infra*, nota 110— y, por evidente gravitación suya, en algunos otros de nuestro continente; cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Influencia, en América, del proyecto Couture*, en “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales” (Montevideo), julio-septiembre de 1957 (pp. 729-65) *passim*.

y el de que la vaguedad de la referencia lleve a funcionarios audaces a reemplazar el susodicho sistema por uno de su particular invención. ¿No cabría entonces pensar en una tercera solución, en virtud de la cual esos poderes se especificasen de manera más próxima y concreta por sectores de actos o fases del procedimiento: verbigracia, facultades de juez en materia de plazos, medidas cautelares, pruebas medios impugnativos, ejecución?

36) En contra de Alsina, para quien la atribución a las partes de la facultad de aportar pruebas deriva de los derechos subjetivos cuya tutela judicial reclamen,⁹⁸ postulo una interpretación más sencilla y realista: como regla, la prueba recae sobre hechos, y acerca de ellos las partes tienen un conocimiento que al juez le falta en la inmensa mayoría de los casos —sin contar con la prohibición concerniente al empleo de su ciencia privada—;⁹⁹ además, si juzgados y tribunales se hallan por doquiera recargados de trabajo, calcúlese la situación si todavía tuviesen que cuidarse de la búsqueda de la prueba. Es, pues, una consideración utilitaria, recomendada por la experiencia y por la economía, la que justifica que respecto de ella predomine el principio dispositivo sobre el de oficialidad.

37) Pese al vigente código italiano, que lo mantiene en sus artículos 233-239, coincido con Rodríguez U. en que al juramento decisorio debe extenderse la papeleta de defunción, así como ir preparándole el entierro a la confesión vinculativa (*infra*, núm. 40),¹⁰⁰ en cuanto expresiones ambas —en mayor medida todavía el primero— de una figura anómala, la de la *parte juzgadora*, que sería, aunque en dos distintos momentos, tanto sujeto de la acción como de la jurisdicción.¹⁰¹

38) De nuevo (véanse *supra*, núms. 13 y 24) Rodríguez U. insiste en una de las ideas capitales de su investigación, a saber: la necesidad de distinguir la relación jurídica material y la relación jurídica procesal, a cuyo deslinde, agregamos, tanto ha perjudicado la concepción privatista acerca de la acción. La segunda de esas relaciones es siempre de índole pública, lo sea o no la *res in*

⁹⁸ En el artículo *La fundamentación y la justificación del derecho en juicio (Documentos que deben acompañarse con la demanda)*, en "Rev. Der. Proc." arg., cit., 1943, I (pp. 7-30), pp. 8-9, invocado por RODRÍGUEZ U. en la nota 251, en relación con la 48, de su ensayo.

⁹⁹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho Proc. Pen.*, cit., tomo III, pp. 59-61.

¹⁰⁰ Que, sin embargo, en plan de reformador o proyectista conservé en mi mencionado *Anteproyecto para Honduras* (cfr. arts. 42-6), a la par que incorporaba a él (art. 50) el interrogatorio de las partes. Una de cal y otra de arena, con el propósito de no escandalizar con la radical supresión de la primera a los tradicionalistas del foro y de facilitar a la par la incorporación o generalización del segundo.

¹⁰¹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Antagonismo juzgador-partes*, cit., pp. 50-3.

iudicium deducta.¹⁰² Que el procesalista deba conocer la respectiva rama del derecho substantivo es una cosa, y otra muy diferente que repunte su disciplina como prolongación o satélite de la de carácter material; a este gravísimo error de perspectiva obedece, en gran parte, el atraso en que comparado con el derecho procesal civil yace el derecho procesal penal, cultivado a menudo todavía no por auténticos procesalistas, sino accesoriamente por penalistas.¹⁰³ La insistencia del autor se encuentra, pues, plenamente justificada.

39) *Imparcialidad* del juzgador no debe confundirse con *pasividad* suya durante el desarrollo del proceso, sobre todo cuando se trate de ejercitar poderes que la ley le confiera de manera inequívoca. Entraría aquí en juego el agudo e importantísimo contraste entre *decisión* y *tramitación* que se advierte en la legislación procesal española¹⁰⁴ y del que la doctrina, que yo sepa, no ha sabido sacar el partido posible. *Imparcialidad* respecto de la *decisión*, en la que culmina la actividad jurisdiccional,¹⁰⁵ *iniciativa*, más o menos intensa y condicionada, respecto de la *tramitación*, podría ser la fórmula que conciliase ambas exigencias. Y aparte, claro está, las situaciones intermedias en que ni siquiera jurisdiccionalmente el juzgador aparece configurado como un tercero con plena imparcialidad.¹⁰⁶

40) Si los códigos procesales hispanoamericanos regulasen con acierto el *desistimiento* del actor y el *allanamiento* del demandado,¹⁰⁷ ambos en cuanto a la

¹⁰² Inclusive en el supuesto de que el proceso se desenvuelva ante árbitros, respecto de los cuales hay que diferenciar la *institución*, que es de derecho público, en cuanto les confiere el ejercicio de la jurisdicción, y el *nombramiento*, que es el que se encomienda, y no siempre, a los particulares. Acerca de por qué adhiero plenamente a las doctrinas jurisdiccionalistas, sobre el arbitraje y de por qué, en consecuencia, rechazo en toda la línea las contractualistas, véase mi *Derecho Proc. Pen.*, cit., tomo I, pp. 208-9.

¹⁰³ Circunstancia a la que en gran parte se debe el papel de Cenicienta jurídica que gráficamente se le ha asignado: cfr.: CARNELUTTI, *Cenerentola*, en "Riv. Dir. Proc.", 1946, I, pp. 73-8; FAIRÉN GUILLÉN, *Cenerentola, ma per doppia ragione*, en rev. cit., 1951, I, pp. 262-5, y de nuevo CARNELUTTI, *Continua la mala sorte di Cenerentola*, en rev. cit., 1960, p. 650.

¹⁰⁴ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Adición al número 428 del Sistema de Carnelutti*, vol. III, pp. 139-41.

¹⁰⁵ De ahí que haya definido al juzgador como "tercero imparcial instituido por el Estado para decidir jurisdiccionalmente y, por consiguiente, con imperatividad un litigio entre partes": *Antagonismo*, cit., p. 11.

¹⁰⁶ Acerca de este extremo, véanse, aun respondiendo a orientación muy distinta, tanto nuestro trabajo mencionado en la nota 49, como el de Werner GOLDSCHMIDT, *La imparcialidad como principio básico del proceso (La "parcialidad" y la imparcialidad)*, en "Revista de Derecho Procesal" española, 1950, pp. 184-204, y en "Publicaciones del Instituto Español de Derecho Procesal" (Madrid, 1950).

¹⁰⁷ Véanse los trabajos en lengua castellana que acerca de uno y otro menciono en la nota 269 de *Veinticinco años evolución*, cit.

pretensión, y a la par acogiesen con alcance general¹⁰⁸ el *interrogatorio libre o testimonial* de parte (*supra*, núm. 19), acerca de los *hechos*, la híbrida *confesión vinculativa* (*supra*, núm. 37) saldría sobrando.¹⁰⁹

41) ¿El juzgador es *parte* en el juicio, como llegó a decir Couture?¹¹⁰ Con independencia de que son cosas muy distintas *ser parte* y *tomar parte* en un proceso,¹¹¹ ninguna ventaja reporta establecer caracterizaciones que siembran dudas, en lugar de disiparlas. Y si bien es cierto que el ministerio público ha sido mostrado como *parte imparcial* (*supra*, núm. 9), los motivos para exhibirlo así¹¹² son, ya que no indiscutibles, sí desde luego, muchísimo más sólidos que los esgrimidos para presentarnos al *tercero imparcial supra partes...* como parte. Bástenos considerarlo como lo que es, o sea como protagonista del proceso, en su doble cualidad de destinatario de la prueba y de titular de la jurisdicción.

42) Las disposiciones que Rodríguez U. cita por vía de ejemplo, confirman lo que ya en el número 6 supuse, es decir, que también en el enjuiciamiento venezolano existen preceptos que confieren importantes atribuciones a los jueces. Si luego éstos propenden a desentenderse de ellas, habrá que achacarlo, como dice el autor, a la mentalidad de unos funcionarios “acomodados al proceso «mercenario», adoradores de la «imparcialidad» abúlica, acostumbrados a que los amanuenses sentencien las causas”. Palabras severas, pero asimismo indispensables para sacudir de su letargo a quienes lejos de enaltecer la profe-

¹⁰⁸ Es decir, como en el *Anteproyecto para Honduras* (*supra*, nota 100) y no con finalidad específica o complementaria de otras diligencias de prueba, cual en los artículos 588 de la ley de enjuiciamiento civil española, o en los 318, 354 y 366 del código distrital mexicano.

¹⁰⁹ Para la distinción entre *confesión* y *allanamiento*, conceptos cuyo deslinde deja muchísimo que desear en los códigos procesales hispanoamericanos, véase ALCALÁ-ZAMORA, *El allanamiento en el proceso penal* (Buenos Aires, 1962), pp. 91-124.

¹¹⁰ En su *Proyecto de Código de Procedimiento Civil con Exposición de Motivos* (Montevideo, 1945), p. 92, citada por RODRÍGUEZ U. en la nota 315 de su obra. En dirección distinta, cuando PODETTI refiere el concepto de acción al magistrado (cfr. su *Teoría y técnica del proceso civil: Ensayo de una sistemática del derecho procesal argentino* —Buenos Aires, 1942—, pp. 133-7), está mezclando también las ideas de *juzgador* y de *parte*, que, a mi entender, deben mantenerse nítidamente separadas, como hace VILLALÓN IGARTÚA, cuando establece la divisoria entre el acto administrativo y el acto jurisdiccional a base de estimar que en el primero el funcionario que hace la determinación es parte, mientras que en el segundo no lo es: *El concepto de la jurisdicción* (México, 1950), p. 93.

¹¹¹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho Procesal Criminal* (Madrid, 1935), p. 70.

¹¹² Como fundamental el de que “al igual que el juez, el ministerio público no tiene en el proceso un derecho que ejercitar, sino un deber que cumplir”: CARNELUTTI, *Sistema*, cit., núm. 144 f. Sin embargo, James GOLDSCHMIDT rechaza que al ministerio público incumba un deber de imparcialidad (cfr. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal* —Barcelona, 1936—, p. 29), mientras que su hijo Werner discrepa en este punto de su padre y coincide con CARNELUTTI (cfr. *La imparcialidad*, cit., p. 15).

sión y de asumir su ejercicio con plena responsabilidad, prefieren desempeñarla con el mínimo esfuerzo. A fin de conseguir ese resultado, Rodríguez U. piensa que las Facultades de Derecho y la Corte Suprema de Justicia pueden hacer mucho. A ellas agregaríamos los Colegios de Abogados, por el trascendental papel de sus afiliados en la vida forense. Pero para que aquéllas y éstos cumplan esa misión orientadora de la judicatura, será necesario también que se encuentren a la altura de las circunstancias. Sin referirme concretamente a Venezuela, dicho cometido no podrá ser llenado por Tribunales Supremos compuestos de magistrados mediocres, que deban sus nombramientos al Gobierno, ni por Facultades de Derecho con profesores improvisados y alumnos más atentos a la algarada que al estudio, ni por Colegios de Abogados a cuya vigilancia escape la mayoría de quienes se dediquen al patrocinio.¹¹³ Frente a ellos, esos jueces a quienes el autor censura, podrían arrojarles a la cara el “más eres tú”.

43) III. *Palabras finales*. Llegamos, por fin, al final. La longitud de prólogo revela el interés extraordinario de un libro que a cada paso invita a meditar. Y sin embargo, pese a su extensión, el prefacio no recoge sino una mitad escasa de las notas y acotaciones que fui tomando a medida que avanzaba en la lectura de la obra. Un volumen que con tanta frecuencia suscita el comentario y que tan a menudo convence, se recomienda por sí solo como investigación de calidad altísima.

44) En la producción de Rodríguez U., *Autoridad del juez y principio dispositivo* marca la divisoria respecto de sus trabajos anteriores, meritísimos todos, pero de juventud, mientras que el actual es fruto de madurez. No en vano el nuevo libro se ha escrito al regreso de Italia, tras los años de intenso y fecundo estudio en Florencia bajo la dirección de varios de los más insignes procesalistas de nuestros días. Si lo que Dios no da, Salamanca no presta, es evidente que cuando a lo que el primero otorga (la clarísima inteligencia, la vocación y el entusiasmo de nuestro prologado) se suma lo que la segunda confiere (el método, el sistema, la tradición y el ambiente de cultura), el resultado forzosamente tiene que ser magnífico. Demostración al canto, este espléndido libro, con el que Rodríguez U. se consagra definitivamente como uno de los grandes procesalistas del continente americano y del que estamos seguros será tan sólo el primero en la serie ininterrumpida de éxitos que le aguarda como cultivador agudo, elegante, diáfano y profundo de la disciplina a que ambos dedicamos nuestros afanes.

México, D. F., para Valencia (Venezuela), a 15 de diciembre de 1967.

¹¹³ Como sucede en México en orden a la colegiación profesional: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Índole y eficacia de la jurisdicción ejercida por la Junta de Honor de la Barra Mexicana de Abogados*, en “Revista de Derecho Español y Americano”, julio-septiembre de 1966 (pp. 93-103), notas b y 30.

ADDENDA ET CORRIGENDA

A) *TEXTO*: Núm. 26: Tanto la ley argentina núm. 50, de procedimiento ante la justicia federal, como el código procesal civil y comercial de 1880 para la capital de la Nación, quedaron derogados por el de 1967 que se cita en la nota 67.

B) *NOTAS*: (10) El propio JODŁOWSKI redactó la ponencia nacional polaca sobre el tema: *La procédure non contentieuse dans le système du droit judiciaire de la République Populaire de Pologne*, pp. 119-49 del volumen recopilativo de las ponencias del mencionado país para el indicado Congreso de Upsala.— (15) La “Revista del Instituto Latinoamericano de Derecho Procesal” (que, además, a partir de las Quintas Jornadas —Bogotá, 1970— se denomina “Iberoamericano”) no ha podido aún ser puesta en marcha. En su lugar, las dos españolas existentes hasta 1968 se han refundido en una sola, la “Revista de Derecho Procesal Iberoamericana”; en Argentina han surgido dos: la “Revista Argentina de Derecho Procesal” (en Buenos Aires) y la “Revista de Estudios Procesales” (en Rosario); y en México una, a partir de 1972.— (37) La caracterización del juez como “un simple convidado de piedra”, a que esta nota se refiere, hállese en el artículo de LASCANO sobre *Las ideas de Chiovenda y la nueva legislación procesal*, en “Rev. Der. Proc.” argentina, 1947, I (pp. 344-62), p. 350.— (52) *Ref. proc. pen. en Guatemala*: reproducido en “Bol. Col. Abogs. de Guatemala”, septiembre-diciembre de 1966, pp. 2-13.— (67) Véase *supra*, Adición al Núm. 26.— (74) Acerca de la *oposición*, véase mi libro *Cuestiones de Terminología Procesal* (México, 1972), núm. 95.— (83 y 86) Téngase en cuenta la reforma operada a favor de la *oralidad* por el decreto de 26 de febrero de 1973, que ha modificado en tal sentido el art. 299 cód. proc. civ. D. F. y derogado el art. 425 (sobre “alegatos en el procedimiento escrito”).— (87) Angelo Piero SERENI murió en Roma el 3 de abril de 1968: véase la nota necrológica a él consagrada por CARNACINI en “Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile”, 1968, p. 1048.— (88) *Exposición curso sobre “evidencia”*: *supra*, *Estudio Número 19*.