

II. POLÍTICA Y ACTIVIDAD PROCESALES. SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO

14) LOS ACTOS PROCESALES EN LA DOCTRINA DE GOLD-SCHMIDT	53
A) Introducción	53
B) Examen, en líneas generales, de la clasificación goldschmidtiana:	55
a) Objeciones a su distribución subjetiva;	56
b) Limitación de panorama;	64
c) Desigualdad en la división	66
C) Actos de parte:	66
a) Cuestión terminológica;	66
b) Actos de obtención (Erwirkungshandlungen);	68
c) Actos de causación (Bewirkungshandlungen)	71
D) Actos judiciales:	72
a) Especificación;	72
b) Resoluciones;	73
c) Fundamentación de los actos procesales	75
E) Notificaciones	77
F) Valoración de los actos procesales	78
G) Palabras finales	79
Addenda et Corrigenda	80

LOS ACTOS PROCESALES

EN LA DOCTRINA DE GOLDSCHMIDT *

A) *Introducción* B) *Examen, en líneas generales de la clasificación goldschmidtiana*: a) Objeciones a su distribución subjetiva; b) Limitación de panorama; c) Desigualdad en la división. C) *Actos de parte*: a) Cuestión terminológica; b) Actos de obtención (*Erwirkungshandlungen*); c) Actos de causación (*Bewirkungshandlungen*). D) *Actos judiciales*: a) Especificación; b) Resoluciones; c) Fundamentación de los actos procesales. E) *Notificaciones*. F) *Valoración de los actos procesales*. G) *Palabras finales*.

1) A) *Introducción*.—*Der Prozes als Rechtslage*,¹ la obra magna de Goldschmidt y una de las más altas cumbres de la literatura procesal de cualquier época o nación, no fue, como con olvido de su habitual ecuanimidad sostuvo Calamandrei,² un genial pero intrascendente alarde de virtuosismo teórico, sino una vigorosa y saludable sacudida a la dogmática de nuestra disciplina. Ciertamente su tesis central, objeto de numerosas críticas, contestadas a la vez por el autor,³ no ha sido acogida como base de ninguna sistematización pro-

* Publicado en los *Estudios en memoria de James Goldschmidt*, vol. I, pp. 49-76, editados, en sustitución de los tomos correspondientes al año 1951, por la "Revista de Derecho Procesal" argentina.

¹ Este libro que llega el subtítulo *Eine Kritik des prozessualen Denkens* (Berlín, 1925) —2a. ed., Aalen, 1962— y *Materielles Justizrecht (Rechtsschutzanspruch und Strafrecht)* —sobretiro de "Festgabe für Hübler"; Berlín, 1905— representan las dos expresiones máximas y de mayor originalidad del pensamiento procesal de GOLDSCHMIDT. El segundo de esos trabajos ha sido publicado en la "Revista de Derecho Procesal" (1946, I, pp. 1-68), con el título *Derecho judicial material (Pretensión de tutela jurídica y Derecho penal)*, merced a una traducción impecable de la Dra. CATALINA GROSSMANN. Para más datos acerca de la producción jurídica del Maestro, véase nuestro estudio bio-bibliográfico *James Goldschmidt* (incluido tanto en las pp. 691-706 de nuestros "Ensayos de Derecho Procesal" —Buenos Aires, 1944—, como en las pp. 143-166 de su obra póstuma *Problemas generales del Derecho* —lug. y año cit.—).

² Cfr. su reseña *Il processo come situazione giuridica* (en "Rivista di Diritto Processuale Civile", 1927, I, pp. 219-226), p. 225.

³ Tanto en *Teoría general del proceso* (Barcelona, 1936), núms. 25 y 26 (pp. 58-63), como en *Derecho Procesal Civil* (trad. de la 2ª ed. alemana por PRIETO-CASTRO, con adiciones nuestras; Barcelona, 1936), p. 9.

cesal, salvo la efectuada por el propio Goldschmidt en el área del enjuiciamiento civil con su tratado.⁴ Mas no por ello su gigantesco esfuerzo debe considerarse inútil; y “si, por un lado, puso de relieve los defectos de la relación jurídica —que, si quiere subsistir, habrá de someterse a profunda elaboración, y acaso que combinarse con la teoría de Goldschmidt—,⁵ por otro, ha demostrado la necesidad de emplear nuevas categorías jurídicas (especialmente la carga) para explicar los fenómenos procesales,⁶ y su análisis y clasificación de los actos del proceso quedarán entre las mejores páginas de la ciencia procesal”.⁷

2) De esos tres, a la vez extremos y aciertos, he escogido el tercero, como aportación, en igual medida modesta y fervorosa, al homenaje que la *Revista de Derecho Procesal* rinde al Maestro insigne en el décimo aniversario de su muerte. Y lo he elegido por dos causas: la primera, el extraordinario relieve que presenta en su obra,⁸ y la segunda, la circunstancia de ser el aspecto de toda su doctrina que acaso haya alcanzado mayor difusión y resonancia, a través

⁴ *Zivilprozessrecht* 1ª ed., Berlín, 1929; 2ª ed., 1932; trad. castellana, antes cit.).

⁵ Aun cuando éste rechace (cfr. *Teoría gral. proc.*, p. 61) “la tentativa [acometida por KOHLER antes de *Der Prozess als Rechtslage* y por ROSENBERG después] de combinar las teorías de la relación y de la situación procesal acudiendo a la tesis de que la relación jurídica procesal se desenvuelve en situaciones”; pero ello no se opone a mi punto de vista, que consiste, sencillamente, en suponer que mediante el aprovechamiento de elementos de una y de otra doctrina acaso se llegue a la explicación satisfactoria (ALCALÁ-ZAMORA, *Ensayos*, p. 663, nota 35). En mayor o menor medida, esa mezcla de elementos la encontramos en autores como ALSINA (*Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo I —Buenos Aires, 1941—, pp. 245 y ss. y 269), COUTURE (*Fundamentos del Derecho Procesal Civil* —1ª ed., Buenos Aires, 1942—, pp. 69, 72 y 81) o PODETTI (*Teoría y técnica del proceso civil* —Buenos Aires, 1942—, p. 141). Dentro de un sentido muy singular, como todo lo suyo, relación y situación jurídica aparecen barajadas asimismo por CARNELUTTI (cfr. lugares que se citan en la nota siguiente). Por su parte, GUARNERI estima que la polémica acerca de la naturaleza del proceso se ha reducido en los últimos lustros (téngase en cuenta la fecha de su libro) a un “duelo” entre las doctrinas de la relación y de la situación jurídicas (cfr. *Sulla teoria generale del processo penale* —Milano 1939—, pp. 76-77), sin que al expresarse así quiera significar, ni mucho menos, que sean las únicas (véase últimamente COUTURE, *El proceso como institución*, trabajo escrito para el homenaje a REDENTI y anticipada su publicación en “*Revista Jurídica de Córdoba*”, 1948, núm. 8, pp. 405-29).

⁶ Como en otra dirección CARNELUTTI, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, tomo I (Padova, 1936; trad. española, Buenos Aires, 1944), núms. 20-22, así como la nota 14 de nuestro estudio bio-bibliográfico *Francisco Carnelutti* (tanto en el tomo cit. de la trad., p. XVII, como en “*Ensayos*”, p. 715).

⁷ ALCALÁ-ZAMORA, *Evolución de la doctrina procesal* (conferencia dada en la Universidad de San José de Costa Rica el 21-IV-1949; impresa en la revista “*El Foro*” —México, junio de 1950—, núm. 28, p. 25 del sobretiro). [Véase ahora *infra*, *Estudio Número 22*].

⁸ Así, en *Prozess als Rechtsl.*, ocupa desde la p. 362 a las 516; en *Zivilprozessrecht* (1ª ed.), desde la 82 a la 121; en *Der. Proc. Civ.*, desde la 227 a la 322, y en *Teor. Gral. Proc.*, desde la 101 a la 187.

de expositores de diversos países, aunque no siempre hayan procedido con conocimiento directo ni con plena comprensión del pensamiento goldschmidtiano. De entre esos autores, unos se limitan a mencionar o resumir la clasificación de Goldschmidt,⁹ otros la objetan o rechazan¹⁰ y algunos la comparten.¹¹ Por mi parte, no me propongo, en las líneas que siguen, presentar ni extraer las ideas del eminente procesalista acerca de los actos procesales, porque se trata de tareas ya tiempo realizadas,¹² sino de estampar en torno a ellas algunas consideraciones por mi cuenta. Comenzaré a tal fin el recorrido por el criterio de clasificación adoptado.

3) B) *Examen, en líneas generales, de la clasificación goldschmidtiana.*—Los actos —o quizás mejor: las actuaciones—¹³ procesales pueden catalogarse de muy diferentes maneras,¹⁴ pero todas ellas son susceptibles de reagruparse alrededor de dos polos: *objeto* y *sujeto*. Clasificaciones objetivas (*lato sensu*, o sea en contraste con las subjetivas) son cuantas atienden a la función, es-

⁹ Así, PALERMO, *Contributo alla teoria degli atti processuali* (Napoli, 1938), p. 14 (donde, por cierto, la atribuye en primer lugar a ROSENBERG y luego a GOLDSCHMIDT); PODETTI, *La ciencia del proceso y las doctrinas de Goldschmidt* (en "Antología Jurídica", Buenos Aires, 1938), pp. 25-28; JUÁREZ ECHEGARAY, *El Profesor James Goldschmidt* (en "La Ley", 30 de julio de 1940, p. 2, cols. 2ª y 3ª); DE LA PLAZA, *Derecho Procesal Civil Español* 2a. ed. —Madrid, 1945—), tomo I, p. 442 (que no pasa de una alusión, sucinta, insegura e indirecta —a través de GUASP—); DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (1ª ed., México, 1946, p. 181; 2ª ed., 1950, pp. 201-2).

¹⁰ Así, GUASP, que formula reservas especialmente a los actos de causación (*Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, tomo I —Madrid, 1943—, p. 674, nota 3), y de acuerdo con él, DOS REIS (*Comentário ao código do processo civil*, vol. 2º —Coimbra, 1945—, pp. 3-4).

¹¹ Así, ROSENBERG, que se vale igualmente de la clasificación subjetiva, adopta la división y subdivisiones de GOLDSCHMIDT respecto de los actos de parte (cfr. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts* [2ª ed., Berlín, 1929], § 59, pp. 169-71). Véase también GUARNERI, *ob. cit.*, p. 82. Hasta cierto punto, las dos categorías de actos de parte establecidas por GOLDSCHMIDT (cfr. *infra*, n. 13) son también aceptadas por BETTI en su artículo *Per una classificazione degli atti processuali di parte* (en "Rivista di Diritto Processuale Civile", 1928, I, p. 106-24), pp. 119-120; y algunos miembros de la subdivisión lo son por SCHÖNKE (peticiones, afirmaciones y declaraciones de voluntad: *infra*, núms. 15 y 16): cfr. su *Derecho Procesal Civil* (trad. española, Barcelona, 1950), pp. 115-117.

¹² Por el propio GOLDSCHMIDT en *Teor. Gral. Proc.* (véase *supra*, nota 8) y, en forma más condensada, en *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal* (Barcelona, 1935), núms. 18, 26-28, pp. 46-49 y 60-63; por ALCALÁ-ZAMORA y LEVENE H., en *Derecho Procesal Penal*, tomo II (Buenos Aires, 1945), pp. 130-132 y 185-187, o por PODETTI, *ob. y lug. cita.* en la nota 9.

¹³ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Acertos terminológicos e institucionales del derecho procesal hispánico* (sobretiro de "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", México, abril-junio de 1948), núm. 12, p. 21. [Véase ahora, *infra*, *Estudio Número 24*].

¹⁴ Véase nuestro *Derecho Proc. Pen.*, tomo II, pp. 150-63, donde exponemos algunos de los principales criterios de agrupación.

estructura, finalidad o naturaleza de los distintos actos procesales; divisiones subjetivas, en cambio, las que se fijan, ante todo y sobre todo, en la persona que lleve a cabo las correspondientes actuaciones. Ambos criterios pueden, como es natural, combinarse, de tal modo que empleada, por ejemplo, la clasificación subjetiva para el deslinde fundamental, se utilicen luego en cada sector caracterizaciones objetivas con fines de delimitación interna; viceversa: nada se opone a tomar como base una división objetiva y luego, dentro de ella, establecer distingos de índole subjetiva. De los dos mencionados caminos, Goldschmidt sigue el primero,¹⁵ y comienza por contraponer fuertemente los actos del juzgador¹⁶ y los de las partes, para estudiarlos después de acuerdo con su finalidad.

4) a) *Objeciones a su distribución subjetiva.*—En principio, ¿es plausible la clasificación subjetiva? Entendemos que no, pese a haberla adoptado nosotros mismos en trabajos de características muy distintas del libro capital de Goldschmidt.¹⁷ En obras de tipo elemental, destinadas a estudiantes y asentadas exclusiva o principalmente en el ordenamiento positivo de un solo Estado, la clasificación subjetiva ofrece, en compensación de sus inconvenientes manifiestos, la ventaja de su simplicidad, por ser la más fácilmente asimilable y perceptible. Pero en una monografía de la envergadura científica de la de Goldschmidt, donde la legislación¹⁸ no constituye la meta, sino un mero punto de referencia, y cuya finalidad estriba en brindar una nueva explicación de la naturaleza del proceso a la luz de la teoría general del mismo, y dentro del carácter supranacional que ésta tiene,¹⁹ y escrita no para principiantes, sino para pro-

¹⁵ Cfr. *Prozess als Rechtsl.*, p. 364; *Zivilprozessrecht*, 1^o ed., pp. 82 y 110; *Derecho Proc. Civ.*, pp. 227 y 300 (cfr. sin embargo, *infra* núm. 20); *Teor. Gral. Proc.*, pp. 101-2 y 175

¹⁶ Para la denominación del órgano jurisdiccional en abstracto, consideramos en castellano este nombre preferible al de "juez": cfr. *Acierios terminológicos*, núm. 10, pp. 19-20.

¹⁷ Tanto en nuestros *Programas* [a saber: a) *Programa de Derecho Procesal y Cuestionario para el acto del examen* (1^o ed., Santiago, 1933, pp. 27-30; 2^o ed., Valencia, 1935, pp. 26-28), y b) *Programa de Derecho Procesal Civil*, etc. (México, 1948, p. 22)], como en *Der. Proc. Pen.*, tomo II, pp. 163-189.

¹⁸ Fundamentalmente alemana, claro está, en *Prozess als Rechtsl.*, donde, sin embargo, abundan las referencias al derecho romano y, aunque en menor medida, al canónico, al histórico alemán, al austriaco y al de algunos otros países de Europa (cfr. en pp. 558-574 la indicación de las fuentes consultadas); también es alemana en el tratado, si bien con adiciones de legislación española al traducirse al castellano; esencialmente española, en *Teor. gral. proc. y Problemas proc. pen.* Precisamente la circunstancia de que su construcción haya podido adaptarse sin violencia ni mutilaciones a dos ordenamientos positivos tan distintos, como el alemán y el español, y dentro de éste, lo mismo al enjuiciamiento civil que al penal, confirma el punto de vista que sustentamos en el texto.

¹⁹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Trayectoria y contenido de una teoría general del proceso* (conferencia dada en la Universidad de San José de Costa Rica el 22-IV-1949; impresa

cesalistas hechos y derechos, los precitados motivos no cuentan, y por tanto, desde el primer instante debió haberse seguido una clasificación objetiva. ¿Por qué? Pues por la serie de fallas que implica la división subjetiva, según nos disponemos a mostrar.

5) En primer lugar, cabe dirigirle un reproche idéntico al lanzado contra la concepción organicista de la jurisdicción,²⁰ a saber: el de que la adscripción de los actos procesales variará, con independencia de su contenido, según quien los ejecute, de tal modo que una misma actuación quedará sometida a las fluctuaciones temporales o espaciales de los códigos de enjuiciamiento,²¹ e incluso en un mismo cuerpo legal habría que imputarla en ocasiones a las partes y en otras al juzgador,²² en el supuesto, claro está, de que, como hace Goldschmidt, se reduzcan a aquéllas y a éste las fuentes subjetivas de actividad procesal. En segundo término, la clasificación de referencia no permite lograr siempre un amojonamiento perfecto, porque en el proceso abundan las *actuaciones subjetivamente complejas*, es decir, aquellas en que simultánea o sucesivamente intervienen varias personas (funcionarios o particulares),²³ y en igual o mayor escala, otro crecido número de actos reclama, por decirlo así, un complemento

en la revista "Jus", de México, núm. 140), p. 162. [Véase ahora, *supra*, *Estudio Número 10*].

²⁰ Tal como la entiende, por ejemplo, CARRÉ DE MALBERG en *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, vol. I (París, 1920), pp. 768 y 782-3. Para la crítica de su posición LASCANO, *Jurisdicción y competencia* (Buenos Aires, 1941), p. 17; ALCALÁ-ZAMORA (y LEVENE H.), *Der. Proc. Pen.*, tomo I (Buenos Aires, 1945), pp. 188-189, y VILLALÓN IGARTÚA, *El concepto de la jurisdicción* (México, 1950), pp. 15-17.

²¹ *Fluctuaciones temporales*: el código nuevo implanta la pericia de oficio, en reemplazo de la pericia de parte del código derogado (caso, por ejemplo, de Italia en materia procesal penal, al sustituir el de 1930 al de 1913). *Fluctuaciones espaciales*: a base del supuesto anterior, compárese el citado régimen italiano con el de cualquiera de los numerosos países que, por efecto del principio dispositivo, mantienen la pericia de parte; en Estados con federalismo procesal, como Suiza, Estados Unidos, Argentina o México, podría suceder, además, que sin salir de fronteras afuera, cupiese anotar cambios de este tipo en la actividad procesal.

²² Por ejemplo: en el derecho español el informe pericial según que se preste a instancia de parte o de oficio (para mejor proveer: art. 340, núm. 3, l. enjto. civ.), o bien, en la esfera penal donde existe una real o aparente dualidad probatoria (durante la instrucción y en el plenario: acerca de la cuestión, cfr. nuestro *Der. Proc. Pen.*, tomo III, pp. 7-11), las diligencias ordenadas por el instructor y las de igual índole pedidas luego por las partes (cfr. arts. 314-315 y 656 l. enjto. crim.); en el cód. proc. pen. italiano de 1930, sería acto judicial el dictamen del "perito" y actos de parte los de los "consultores técnicos" (cfr. arts. 315 y 323-324).

²³ Verbigracia: diligencias de prueba (cfr. *infra*, nota 102), notificaciones (cfr. *infra*, núm. 20), medidas cautelares o actos de ejecución (pensemos en el remate, con posible intervención en él del juez, secretario, partes, licitadores, acreedores, subalternos, etc.: véanse los arts. 568, frac. I, y 579-80. cód. proc. civ. del Distrito Federal mexicano, de 1932).

de actividad procesal a desenvolver por sujeto distinto del que de modo principal lo lleva a cabo.²⁴ En algunas de esas hipótesis, la dificultad podría vencerse pensando en una suma o asociación de actos más o menos fácilmente separables sobre el papel, aunque no cabría desconectarlos en su funcionamiento práctico ni sería conveniente aislarlos en su exposición doctrinal; pero en otras, el entrecruzamiento o ligazón es tan estrecho, que la escisión artificial servirá sólo para mostrarnos una sola cara de un disco, como sucedería si en la declaración testimonial de parte²⁵ distanciamos el interrogatorio del juez y las respuestas de los litigantes. Finalmente, Goldschmidt, que de manera tan contundente ha combatido la doctrina de la relación jurídica procesal,²⁶ acaba por coincidir con dos de sus sustentadores máximos, Wach y Chiovenda,²⁷ al circunscribir los actos procesales a los que emanen de los sujetos de aquella (juez y partes). Y si bien lo mismo Wach que Goldschmidt emplean las rúbricas “actos del juez” y “actos de las partes” en sentido lato, a fin de incluir asimismo en ellas las actuaciones de los auxiliares,²⁸ esa dilatación peca a un tiempo por exceso (al asociar figuras que ocupan posición procesal muy diferente) y por defecto (ya que so pena de asignar al concepto de “auxiliar” una extensión desaforada e impropia, fuera de él quedan numerosos sujetos secundarios que, sin disputa, despliegan actividad, de mayor o menor relieve, en el proceso). Por consiguiente, una clasificación de actos procesales que aspire a ser completa desde el punto de vista subjetivo, tiene que comenzar por no circunscribirse a las partes y al juez.

²⁴ Por ejemplo: admisión por el juez de las peticiones de parte, o bien autorización de las resoluciones judiciales por el secretario.

²⁵ A no confundir con la confesión vinculativa (aunque en ella podamos también diferenciar la actividad del juez y la del confesante); para el deslinde, cfr. GLÜCKLICH, *Partei-vernehmung nach deutschem Zivilprozessrecht* (Berlín, 1938), pp. 1 y 31-49 (éstas, de derecho col.purado).

²⁶ Cfr. *Prozess als Rechtsl.*, parte primera, pp. 1-145, especialmente la demoledora recapitulación de las pp. 1-4. Véase también *Teor. gral. proc.*, pp. 14-23.

²⁷ Cfr. WACH, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts* (Leipzig, 1885), pp. 24-25. y CHIOVENDA, *Principii di Diritto Processuale Civile*, 4ª ed. (Napoli, 1928), p. 767. Para la crítica de la posición de ambos en este punto, cfr. nuestro *Der. Proc. Pen.*, tomo II, pp. 141-145.

²⁸ En efecto, entre los actos de parte engloba WACH, los de sus representantes y auxiliares, y entre los judiciales, no sólo los del juzgador, sino los del secretario y el ejecutor (ob. y luga. cit.). En cuanto a GOLDSCHMIDT, cfr. *Prozess als Rechtsl.*, p. 513 y *Teor. gral. proc.*, p. 186 (“Estos actos no dejan de ser judiciales, aun cuando se verifiquen a través de auxiliares, como secretarios, oficiales o subalternos”). A su vez, CHIOVENDA extiende el concepto de acto de los órganos jurisdiccionales, a las del canciller y el oficial, merced al expediente de reputar a éstos cual órganos jurisdiccionales inferiores (cfr. *ob. cit.*, pp. 167 y 854). Análogo criterio, en PRIETO-CASTRO: “Por el origen, los actos se dividen en actos procesales del Tribunal (Juez, funcionarios de Secretaría, ejecutor) y actos de parte (*Derecho Procesal Civil*, Zaragoza, 1946, tomo I, p. 214).

6) En efecto, partiendo de la distinción de los sujetos procesales en *principales* y *secundarios*,²⁹ no es posible, en orden a la actividad procesal que desenvuelvan, ni reabsorber éstos en aquéllos, ni, muchísimo menos, porque sería negar la evidencia,³⁰ sostener que no realizan actos procesales. Cuando, verbigracia, alguien presenta *motu proprio* una denuncia —sea cual fuere la clase a que responda—³¹ de cuya suerte ulterior se desentienda luego por completo, como con frecuencia acontece,³² ejecuta un acto procesal que no es posible encajar ni entre los del juez ni entre los de las partes, aunque ofrezca mayores analogías con algunos de los de éstas;³³ otro tanto habríamos de decir —y cabría multiplicar los ejemplos— de la exhibición o suministro de documentos, cosas o pruebas por personas ajenas al litigio.³⁴ Entonces, si no cabe hacer tabla rasa de la actividad procesal desplegada por los sujetos procesales secundarios, y si no es posible o, por lo menos, conveniente menospreciar sus peculiaridades para acoplarla con violencia a la de los sujetos principales, se impone completar la clasificación bimembre (juez y partes) con referencias taxativas a estos otros sectores: auxiliares en toda su variadísima gama,³⁵ encargados³⁶ órganos parajudiciales³⁷ y terceros no litigantes.³⁸

²⁹ Cfr. por ejemplo MANZINI, *Istituzioni di Diritto Processuale Penale*, 3ª ed. (Padova, 1929), pp. 91-92, si bien el autor considera como tales, respectivamente, a los de las dos relaciones suscitadas por el delito, a saber: la penal (juez, ministerio público e imputado) y la civil (actor y responsable en dicho orden), y nosotros le asignamos a los calificativos alcance distinto: como *principales*, incluimos a los de la relación jurídica procesal y como *secundarios*, a las demás personas que con misiones muy variadas intervienen en los procesos.

³⁰ Ya que no cabría tampoco reputarlos *preprocesales* (por lo menos de manera absoluta o generalizada siquiera) ni *extraprocesales* (acerca de esta distinción, cfr. nuestro *Der. Proc. Pen.*, tomo II, p. 152, en relación con MANZINI, *Tratado di Diritto Processuale Penale Italiano*, vol. III, Torino, 1923, p. 2).

³¹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *La reforma del enjuiciamiento penal argentino* (sobretiro de "Revista de Derecho Procesal", 1945, I), núm. 33.

³² Por diferentes causas: apartamiento ulterior, muerte, ausencia, etc., sin que ninguno de esos factores (siempre que se circunscriba al denunciante) extinga ni aún suspenda el proceso penal que puso en marcha.

³³ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción* (sobretiro de "Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina", Buenos Aires, 1946), núms. 32-34. [Véase ahora, *supra*, *Estudio Número 7*].

³⁴ Cfr., por ejemplo, los arts. 196, 197, 200, 278, 280 y 288 cód. proc. civ. mexicano del Distrito.

³⁵ Cfr. la clasificación que de ellos hacemos en *Der. Proc. Pen.*, tomo I, pp. 356-361.

³⁶ Acerca de su noción, véase CARNELUTTI, *Sistema*, núms. 206 y ss.

³⁷ En sentido más amplio que el señalado por CARNELUTTI (cfr. *Sistema*, núm. 200), o sea como órganos que, sin ser jueces y es más: incluso siendo partes o interesados (por ejemplo: juntas de acreedores, de herederos o de aspirantes a la herencia, en los llamados juicios universales), adoptan determinadas resoluciones y acuerdos en un proceso.

³⁸ Por ejemplo: testigos, peritos, intérpretes, suministradores de pruebas, cooperadores en ciertas diligencias (cfr. *Der. Proc. Pen.*, lug. cit. en la nota 35, y tomo II, pp. 188-189). Dicho se está que las actuaciones de los terceros litigantes (terceristas) serán actos de parte.

7) Además, aun aceptado por un momento que se lleven junto a los del juzgador y a los de las partes los actos de los auxiliares ligados con ellos por motivos de afinidad, supeditación o nexo manifiestos, existen algunas situaciones singulares en que tales factores no serían invocables. Por razones de espacio contemplaremos sólo cinco de ellas, pero hecha la advertencia de que no son las únicas. Comencemos por el *secretario judicial*: si queremos que represente esa garantía frente al juez, de que hablan, por ejemplo, Chioyenda y Morel,³⁹ no sólo ha de instituirsele como un oficio autónomo (porque de nombrarlo el juez, se convertirá de "auxiliar" en subalterno, y cuando aquél no proceda con rectitud, se verá en el trance de ser su cómplice o de serle desleal), sino que, correlativamente, su actividad procesal ha de reputarse autónoma asimismo, caracterizada, como está, por atribuciones propias e intransferibles, esencialmente diferentes de las del juez.⁴⁰ Más aún: si en la práctica el juez descarga en el secretario no pocas diligencias (verbigracia, recepción de pruebas e inclusive redacción de sentencias), hasta el punto de que no ha faltado quien proponga convertirle en una especie de *juez tramitador*,⁴¹ no ocurre lo contrario; y de ahí que *de facto*, aunque no *de iure*, resultaría, ya que no más correcto, sí, desde luego, más exacto, incluir en vía descendente esos actos del juez como *secretariales*, que no en ruta ascendente incorporar todas las actuaciones del secretario al campo de las *judiciales*. Razonamientos análogos cabe aplicar a la actividad del *ejecutor judicial*, en los países que lo erigen asimismo en oficio autónomo,⁴² máxime cuando la ejecución se deslice sobre rieles, y el juez con poderes latentes de supervisión y control sobre la misma, no llegue a utilizarlos en concreto.

8) Pasemos al *ministerio público*, institución *sui generis*, que si *orgánicamente* presenta afinidades indudables con la judicatura,⁴³ *procesalmente*, en

³⁹ CHIOYENDA, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, vol. II (Napoli, 1934), p. 70; MOREL, *Traité Élémentaire de Procédure Civile* (París, 1932), p. 213.

⁴⁰ Cfr. nuestras *Adiciones* a los tratados de GOLDSCHMIDT, pp. 157-159, y de CARNELUTTI, núms. 204 y 222, así como los textos adicionados (pp. 155-157, en el primero, y 212-213 y 264-265 del tomo II, en el segundo), por lo que respecta al régimen, respectivamente, de España, Alemania e Italia.

⁴¹ Cfr. PODERTI, *Teoría y técnica*, p. 121.

⁴² Como Alemania (cfr. §§ 753 y ss. de la ordenanza proc. civ. y 154-155 de la ley de organización judicial, ambas de 1877), Francia (véase decreto de 14-VI-1813 sobre los ujieres) o Italia (arts. 59 y 475 cód. proc. civ. de 1940). En España, en cambio, el órgano de la ejecución civil lo es el juez que haya conocido en primera instancia (art. 919 l. enjto). Una situación intermedia la representa México, con el juez de la ejecución, por un lado (cfr. arts. 501-504 cód. proc. civ. Distrito) y el llamado "juez ejecutor" (arts. 72-74 de la ley org. tribs. del Distrito, de 1932), por otro, si bien a partir de 1935 éste ha sido reemplazado por el secretario de acuerdos.

⁴³ Cfr. nuestro *Der. Proc. Pen.*, tomo I, pp. 379-380, y tomo II, pp. 180-181. Como prueba elocuente de su afinidad orgánica con la judicatura, recordaremos que en Es-

cambio, ofrece mayores semejanzas con las partes, sea cual fuere la tesis que se adopte acerca de su significado como sujeto del proceso.⁴⁴ ¿Bastará esa consideración para incluir, sin más, los actos del ministerio público entre los de las partes? Entiendo que no: a) porque junto a las actuaciones suyas en *funciones de parte*, idénticas en estructura y finalidad a las de los otros contendientes, tenemos las que emprenda como *representante de la ley*, exclusivas de su ministerio y sin correspondencia alguna con aquéllas;⁴⁵ o si queremos reflejar el contraste en otros términos, su actividad *requiriente* o *accionante*, por un lado, y su actividad *dictaminadora* o *consultiva*, por otro, aparte la de carácter *orgánico* o *administrativo*;⁴⁶ b) porque con independencia de que, en lo civil, su intervención equivalga o no a la “quinta rueda del carro de la justicia”,⁴⁷ el ministerio público no es *parte litigante* y sí mero *sujeto del proceso*,⁴⁸ sobre el que pesan deberes de imparcialidad que no atañen a los verdaderos litigantes;⁴⁹ y c) porque durante la instrucción penal suele ocupar una posición privilegiada que, en contraste con la del procesado, impide hablar en ella de una relación entre partes,⁵⁰ y nada digamos cuando frente a ciertos

pañía constituyeron una sola carrera desde la ley de 19 de agosto de 1885, hasta el estatuto del ministerio fiscal, de 21 de junio de 1926.

⁴⁴ A saber: ya se le considere *verdadera parte* (cfr. FLORIAN, *Principii di Diritto Processuale Penale*, Torino, 1927, p. 63), como parte tan sólo en *sentido formal* (cfr. MANZINI, *Trattato*, vol. II, Torino, 1931, pp. 2-3 y 225-227) —pero téngase en cuenta que precisamente para GOLDSCHMIDT el concepto de parte es, en todo caso, de carácter formal (*Der. Proc. Civ.*, p. 191)—, como *parte imparcial* (cfr. *infra*, nota 49) o bien como *figura sui generis*, ajena a la noción de parte (tesis, por ejemplo, de R. DE PINA, *El Ministerio Público en el Anteproyecto*; conferencia dada en México el 29 de junio de 1949, próxima a publicarse).

⁴⁵ Por ejemplo: audición suya en las cuestiones de competencia, declaración de ejecutabilidad de sentencias extranjeras, juicios universales, expedientes de jurisdicción voluntaria, etc., o bien interposición del recurso de casación en interés de la ley (acerca del mismo, DE PINA. *El recurso de casación civil en interés de la ley*, en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, Madrid, agosto de 1929; reproducido en “Temas de Derecho Procesal”, México, 1941, pp. 7-42).

⁴⁶ Cfr. nuestro *Der. Proc. Pen.*, tomo II, pp. 180-183.

⁴⁷ Cfr. JOFRÉ, *Manual de Procedimiento (Civil y Penal)*, tomo I (Buenos Aires, 1919), p. 224.

⁴⁸ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Enseñanzas acerca de la acción*, núm. 29 (p. 58 del sobretiro y 812 del volumen).

⁴⁹ Hasta el punto de que CARNELUTTI lo presenta como “parte imparcial” (cfr. *Sistema*, núm. 144, y *Lezioni sul Processo Penale*, vol. I, Roma 1946, núm. 102). A hacer efectiva esa exigencia de imparcialidad (cfr., por ejemplo, el art. 1º del estatuto del min. fiscal español) tiende el deber de abstenerse, marcado al funcionario incurso en motivos de inhabilidad o de sospecha (análogos a los de los jueces) y, en su defecto, el equivalente recusatorio representado en el derecho español por el recurso de queja (cfr. arts. 96-99 l. enjto. crim.).

⁵⁰ Puesto que, salvo en los casos y países donde se practica la instrucción durante la

delitos se le asigna la misión de instructor⁵¹ o cuando algunos códigos lo convierten en piedra angular del sumario.⁵² Por ésas y otras causas, creemos que con los actos del ministerio público debe formarse cantón independiente.

9) Acabamos de referirnos a la *instrucción penal*. Pues bien: en los códigos pertenecientes al sistema mixto,⁵³ y más concretamente en los que establecen una divisoria tajante entre los papeles de instructor y de sentenciador,⁵⁴ es harto dudoso que el primero sea verdadero juez, porque no llega a pronunciar sentencia, y las resoluciones que dicta tienen finalidad meramente preparatoria, e inclusive el auto de procesamiento, con toda su importancia, es esencialmente revocable.⁵⁵ Sólo cuando —sin fundamento, a nuestro entender— se le confiere al instructor la potestad de acordar el sobreseimiento definitivo⁵⁶ se comporta en realidad como verdadero juzgador. En el resto de su actuación, no puede reputársele juez en sentido jurisdiccional⁵⁷ y sí únicamente desde el punto de vista orgánico, cuando sea miembro de la judicatura y no del ministerio público y hasta de la policía.⁵⁸

audiencia, el procesado es *objeto* y no *sujeto* de aquélla (cfr. nuestro *Der. Proc. Pen.*, tomo I, pp. 42-44, y tomo II, pp. 355 y 360-363).

⁵¹ En virtud de la llamada instrucción sumaria: cfr. arts. 389-401 cód. proc. pen. italiano y 311-324 cód. proc. pen. de Córdoba (Argentina) de 1939. Para la crítica de esta solución, ALCALÁ-ZAMORA, *La reforma del enjuiciamiento argentino*, núm. 34.

⁵² Como sucede en varios de los mexicanos: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Algunas observaciones al Proyecto de Código Procesal Penal para el Distrito* (conferencia dada en la Academia Mexicana de Ciencias Penales el 28 de junio de 1950; próxima a publicarse en la revista "Criminalia"), núms. 23 y 24.

⁵³ Acerca de sus caracteres, cfr. nuestro *Der. Proc. Pen.*, tomo II, pp. 221-222.

⁵⁴ En cuanto al desempeño sucesivo de ambas funciones en un mismo proceso. Para asegurar semejante separación, inclusive se establece un motivo recusatorio *ad hoc* (véase, por ejemplo, el art. 54, núm. 12, l. enjto. crim. española).

⁵⁵ Cfr. el fundamental art. 384 l. enjto. crim. española. Acerca del procesamiento, últimamente, RODRÍGUEZ PORRERO, *¿Qué es el procesamiento? ¿Cuáles son su significado y alcance técnico procesales?* (en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid, febrero de 1929); LÓPEZ-REY, *El valor procesal de la llamada tipicidad (Valor y contenido del auto de procesamiento)* (en "Revista de Derecho Público", Madrid, mayo de 1934); ALCALÁ-ZAMORA, *Der. Proc. Pen.*, t. II, pp. 33-38; ID., *La reforma del enjuiciamiento argentino*, núm. 35; FONTECILLA, *Interpretación de las leyes de procedimiento penal y especialmente en torno de los vocablos "inculpado", "reo" y "procesado"* (en "Estudios en honor de Alsina", pp. 259-313); VÉLEZ-MARIGONDE, *El procesamiento del imputado* (en "Estudios", cits., pp. 721-758); VIADA LÓPEZ-PUIGGERVER, *El imputado, el procesado y el acusado en el derecho español e hispanoamericano* (en "Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica", Buenos Aires, núm. 53, pp. 117-131); CARNELUTTI, *Auto de procesamiento* (en "Revista de Derecho Procesal", 1948, I, pp. 216-218).

⁵⁶ Cfr. arts. 432 y ss., 460, 461 y 577 cód. proc. pen. para la Capital argentina, de 1888.

⁵⁷ Cfr. PIOÉ, *Le juge unique et le statut de la magistrature en France* (París, 1925), pp. 81-82.

⁵⁸ Como acontece en Argentina con la instrucción sumaria (cfr. nota 51) y, sobre todo,

10) Nos quedan, por último, los actos de quienes desempeñan la *asistencia y representación de las partes en juicio*, ya se encomienden ambas tareas a un solo profesional (sistema germánico del *Rechtsanwalt*), y a dos (régimen, entre otros países, de España y Francia). Prescindiendo de los *actos personalmente realizados por las partes*,⁵⁹ siempre que intervengan patrocinadores en el proceso tenemos que diferenciar las actuaciones que *en nombre del cliente* efectúen sus órganos de representación y asistencia (por ejemplo: recepción de notificaciones, redacción de demandas y escritos, intervención en la prueba, pronunciamiento o lectura de informes, etcétera), y los *actos procesales del procurador o del abogado* (verbigracia: renuncia a la procuración o a la defensa, exigencia de fondos para los gastos de juicio, reclamación de honorarios, impugnación de alguna sanción disciplinaria, petición de que se suspenda una audiencia a la que por motivo fundado no pueda concurrir, etcétera). Estos últimos, a veces ocasionan *procesos incidentales autónomos*, con el abogado o el procurador en funciones de verdaderas partes;⁶⁰ pero en otras no hay *litigio* entre defensor y defendido y sí una simple *divergencia* entre ambos, bastante, sin embargo, para impedir que el acto del patrono en disonancia con el de su cliente, se pueda computar en la lista de éste.⁶¹ Además, la trascendental función del abogado, verdadero protagonista del proceso en los países con efectiva oralidad,⁶² mal se compagina con la caracterización de “auxiliar”,

con la prevención policial (cfr. nuestro *Der. Proc. Pen.*, tomo II, pp. 344-346) y en México con los exorbitantes poderes, de derecho y de hecho, que el ministerio público y la policía detentan en la fase instructoria (cfr. ob. y lugs. cit. en la nota 52).

⁵⁹ Raros en lo civil, donde la actividad de las partes se ve reemplazada por la de quienes asuman su representación y asistencia. Mencionemos entre ellos las diversas formas de testimonio de los litigantes, ya sea *vinculativo* —tanto *en contra* (confesión, y aun ella puede prestarse mediante apoderado: cfr. art. 310 cód. proc. civ. mexicano del Distrito) como *a favor* (juramento: cfr. arts. 233 y ss. cód. proc. civ. italiano)—, ya *libremente* apreciado por el juez (cfr. *supra*, nota 25); la ratificación de ciertos actos, el nombramiento y revocación de defensor, etc. (cfr. nuestras *Adiciones* a los núms. 432 y 483 del *Sistema* de CARNELUTTI).

⁶⁰ Pensemos, por ejemplo, dentro del derecho español en los llamados expedientes de cuenta jurada de los arts. 7, 8 y 12 de la l. enjto. civ. (véanse también el 242 y el 244 l. enjto. crim.), sobre reclamación y cobro de honorarios, derechos e indemnizaciones por abogados y procuradores, los cuales son, a nuestro entender, modalidades de juicio monitorio (cfr. nuestras *Adiciones al Goldschmidt*, p. 468 y a los núms. 598-599 del *Sistema* de CARNELUTTI, y *Acerca del juicio monitorio penal*, en “Ensayos”, pp. 235-236, nota 1); en contra GUASP, *Vieja y nueva terminología en el derecho procesal civil* (en “Revista de Derecho Procesal” española, 1946, núm. 1, pp. 92-93).

⁶¹ Muy característica a este propósito resulta la discrepancia que en el enjuiciamiento criminal español y en el cubano puede surgir en torno a la llamada conformidad con la acusación (allanamiento): cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *El juicio penal truncado del derecho hispano-cubano*, núms. 12-18 (en “Ensayos”, pp. 421-426).

⁶² Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Miscelánea de libros procesales* (en “Revista de Derecho Procesal”, II, 1943, p. 315 y 1945, p. 83).

que habría que darle para reabsorber su actividad en la de las partes. Por descontado, el último argumento no se extiende al parasitario y suprimible procurador,⁶³ auxiliar, él sí, del abogado, a la vez que representante de la parte.

11) b) *Limitación de panorama.*—Si comparamos la exposición de los actos procesales contenida en *Der Prozess als Rechtslage*, con otros estudios sobre la materia, por ejemplo: el de Carnelutti en su *Sistema*,⁶⁴ advertiremos que el horizonte del primero es más restringido que el del segundo, en varias direcciones. Ante todo, porque Goldschmidt se ha circunscrito en el análisis de la actividad procesal al examen de las *actuaciones* en estricto sentido, es decir, aisladas como eslabones, sin cuidarse, además, de contemplarlas unidas entre sí, a modo de cadena, para integrar el *procedimiento*.⁶⁵ La ausencia de una *teoría* de éste llama más la atención en una obra que desde el dístico de Spengler colocado a su cabeza,⁶⁶ proclama su carácter *dinámico*, el cual se refleja en mayor medida en el *procedimiento* que en los *actos*, precisamente por implicar aquél una serie consecutiva de éstos. En otro sentido, Goldschmidt no ha consagrado atención especial y aparte a los actos correspondientes al llamado *proceso* (o fase) *de ejecución*.⁶⁷ ¿Por qué? Quizás porque la doctrina procesal alemana ha profundizado menos que la italiana en el terreno de la ejecución,⁶⁸ y si bien en el *Tratado* de Goldschmidt ella es objeto de amplio

⁶³ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Notas para la reforma de la ley de enjuiciamiento civil* (en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, junio de 1933; reproducido en “Estudios de Derecho Procesal”, Madrid, 1934; véanse pp. 180-184).

⁶⁴ Donde dedica al tema todo el tomo II (III en la traducción castellana) y lo somete a una clasificación sumamente compleja, desde el doble punto de vista *técnico y jurídico*.

⁶⁵ Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 392, y ALCALÁ-ZAMORA, *Der. Proc. Pen.*, tomo II, pp. 139-147. Como reacción quizás contra su hegemonía durante la escuela o época procedimentalista, el estudio del procedimiento ha sido más tarde descuidado (y hasta omitido, como en el *Derecho Procesal Penal*, de FONTECILLA —Santiago de Chile, dos tomos, 1943—: cfr. nuestra *Miscelánea de libros procesales*, en “Rev. Der. Proc.”, 1944, II, p. 92) por algunos cultivadores del procesalismo científico, que, en cambio, prestan especial y aun desproporcionada atención a los actos.

⁶⁶ “Die Römer schufen eine juristische Statik, unsere Aufgabe ist eine juristische Dynamik” (OSWALDO SPENGLER, *Untergang des Abendlandes*, II, 98). O sea: Los romanos erigieron una estática jurídica; nuestra tarea es crear una dinámica jurídica. *La decadencia de Occidente*, lug. cit.

⁶⁷ A nuestro entender, “ejecución procesal” es denominación preferible a “proceso de ejecución”: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Miscelánea de libros procesales* (“Rev. Der. Proc.”, 1944, II, pp. 95-96); en contra LIEBMAN, *Execução e ação executiva* (sobretiro de “Revista Forense”, Río de Janeiro, mayo de 1943, pp. 216-217).

⁶⁸ Los tres tomos consagrados al *Processo di esecuzione* por CARNELUTTI en sus *Lezioni di Diritto Processuale Civile* (vols. V-VII, Padova, 1923-31) representan en extensión y envergadura una obra sin equivalente en la literatura alemana. Y a ellos cabría añadir otros muchos trabajos (de LIEBMAN, SATTA, etc.). También la ejecución penal acaba de ser objeto por CARNELUTTI de profundas indagaciones (cfr. *Lezioni sul Processo Penale*,

y penetrante desarrollo, tampoco en él se salva la laguna que a propósito de sus actos integradores advertimos: acción ejecutiva, órganos y clases de ejecución, consumen por completo el espacio destinado al estudio del tema.⁶⁹ Huelga decir que durante la ejecución se producirán con frecuencia actos de la misma índole de los que tienen lugar en la etapa de conocimiento, o sea hecha la referencia a la clasificación de Goldschmidt (cfr. *infra*, núms. 13 y siguientes), habrá en aquélla, por el lado de las partes, peticiones, afirmaciones e inclusive aportaciones de prueba, entre los actos de obtención, o bien actos de causación de las diferentes especies; y lo mismo sucederá con los actos del juez, cuando se le reconozca intervención directa como órgano ejecutante. Pero junto a ellos hay otros, justamente los más característicos desde el punto de vista ejecutivo (por ejemplo: subasta, adjudicación, partición, entrega, lanzamiento, etcétera), que a menos de quedar desnaturalizados por completo o de ser sometidos a analogías violentas, no podrían reducirse a los tipos y clases mencionados, sin contar con que no sería exacto, según ya indicamos (*supra*, núm. 7 *in fine*), calificar como actos *judiciales* los del ejecutor, allí donde sea él quien conduzca la ejecución a su destino. Algo parecido habríamos de decir acerca de las actuaciones en que se traduzcan las *medidas asegurativas o cautelares*, especialmente de reputarlas como un tercer género procesal, junto a conocimiento y ejecución.⁷⁰ Por último, Goldschmidt se ha contraído a los actos estrictamente *procesales*, con prescindencia de los *pre-procesales* y de los *extra-procesales* (simultáneos)⁷¹ conectados con ellos, y de los que no cabe desentenderse en un análisis de la actividad procesal, como lo revelan los propios códigos de enjuiciamiento, que se remiten a los mismos y, a veces, hasta los regulan con detalle.⁷²

núms. 17-53, 62-65 y 132 en el vol. I —Roma, 1946— y núms. 557-609 en el vol. IV —1949—).

⁶⁹ Cfr. *Zivilprozessrecht* (1ª ed.), pp. 210-318, y *Der. Proc. Civ.*, pp. 538-742.

⁷⁰ Cfr. GARNELUTTI, *Sistema*, núms. 38, 71-75 y 114-116; CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile secondo il nuovo codice* (2ª ed., Padova, 1943), vol. I, § 18; DOS REIS, *A figura do processo cautelar* (Lisboa, 1947), núms. 3 y 8; en cambio, anteriormente (cfr. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* —Padova, 1936—, pp. 3-7), CALAMANDREI, con mayor acierto, a nuestro entender, había sostenido que las medidas o resoluciones precautorias no integraban un verdadero proceso; a su vez ALLORIO (*Per una nozione del processo cautelare*, en "Rivista di Diritto Processuale Civile", 1936, I, pp. 18-19) les reconoce carácter procesal tan sólo en sentido sustantivo.

⁷¹ Cfr. *supra*, nota 30.

⁷² Como pasa, por ejemplo, con los preparatorios (cfr., v. gr., el título V, capítulos I, II y IV cód. proc. civ. mexicano del Distrito). Nada digamos si como preprocesales reputamos los integrantes de la instrucción penal, de acuerdo con la tesis de RENDE en su artículo *L'unità fondamentale del processo civile e del processo penale* (en "Rivista di Diritto Pubblico", 1921, pp. 372-402).

12) c) *Desigualdad en la división.*—Goldschmidt expone antes y con mucho más detenimiento los actos de parte que los del juez,⁷³ pese al carácter público del proceso en cualquiera de sus ramas; a la circunstancia de ser *Der Prozess als Rechtslage* un libro de teoría general del proceso, y hasta a la procedencia científica del autor, penalista mucho antes de convertirse en procesalista,⁷⁴ factores todos que habrían justificado la inversión en el orden adoptado. Pero acaso Goldschmidt pensase, ante todo, en el enjuiciamiento civil, el hermano mayor de los demás (singularmente en el aspecto doctrinal), y dentro de él, con preferencia, en el predominante de naturaleza dispositiva,⁷⁵ donde la actividad de las partes desempeña papel tan decisivo. Además, la menor extensión reservada a las actuaciones del juzgador, no significa, en manera alguna, atribuirles menos importancia que a las de las partes, ya que Goldschmidt, al igual que Wach, destaca con especial relieve que el *fin del proceso* (en el sentido de finalidad y no en el de finalización) es la cosa juzgada,⁷⁶ o deshaciendo la elipsis, la sentencia con autoridad de tal, es decir, el acto judicial de mayor jerarquía y trascendencia a todo lo largo del proceso, puesto que a su obtención se dirigen (fase de conocimiento) o de su pronunciamiento derivan (fase de ejecución, en su caso), directa o indirectamente, los restantes actos procesales. Entonces, el menor espacio dedicado a los actos judiciales se explica por dos causas fundamentales: a) *porque* varias de las clases (*Erwirkungen* —y *Bewirkungshandlungen*) y subclases (participaciones de conocimiento, actos reales, etcétera) establecidas por Goldschmidt y cuya noción fija al ocuparse de la actividad de las partes, se extienden asimismo al cuadro de las actuaciones del juzgador, donde habría resultado redundante describirlas de nuevo, y b) *porque* el sector principal de actos judiciales compone un solo grupo o clase (las resoluciones), y ello simplifica el análisis. Como veremos luego, Goldschmidt autonomiza más tarde las *notificaciones*⁷⁷ y transforma así su clasificación en tripartita.⁷⁸

13) C) *Actos de parte: a) Cuestión terminológica.*—Para Goldschmidt, los actos de las partes son, o *Erwirkungen*— o *Bewirkungshandlungen*; pero ¿cuál es la traducción exacta y expresiva de esas dos denominaciones? He aquí un

⁷³ Cfr. respectivamente, *Prozess als Rechtsl.*, pp. 364-495 y 495-516; *Zivilprozessrecht* (1ª ed.), pp. 82-110 y 110-117 (más 117-120: notificaciones); *Der. Proc. Civ.*, pp. 227-300 y 300-314 (más 315-319: notificaciones); *Teor. gen. proc.*, pp. 101-174 y 175-187.

⁷⁴ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *James Goldschmidt*, cit., pp. 694 y 701-705 de "Ensayos".

⁷⁵ En contraste con el de tipo inquisitorio: cfr. CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio* (en "Studi sul Processo Civile", vol. II, Padova, 1930, pp. 321-358; publicado inicialmente en "Studi di Dir. Proc. Civ. in onore di Giuseppe Chiofenda", Padova, 1927, pp. 131-171).

⁷⁶ Cfr. WACH, *Handbuch*, pp. 3-12; GOLDSCHMIDT, *Prozess als Rechtsl.*, pp. 151 y ss.

⁷⁷ Cfr. *infra*, núm. 20.

⁷⁸ Aunque no en todas sus obras, sino sólo en las dos que se indican en la nota 73.

primer problema que no ha sido todavía definitiva y satisfactoriamente resuelto. Así, Calamandrei, sin llegar a proponer una nomenclatura para su traducción al italiano, estima que se corresponden “*all'incirca*” con los *actos de impulso procesal* y con los *negocios jurídicos*,⁷⁹ pero si bien dentro de las *Erwirkungshandlungen* las peticiones y aun las aportaciones de pruebas persiguen impulsar el proceso, no cabría decir siempre lo mismo de las simples afirmaciones y, sobre todo, entre las *Bewirkungshandlungen* no podrían reputarse negocios jurídicos ni las participaciones de conocimiento ni los actos reales, y ello con independencia de las repulsas que el referido concepto ha suscitado en su proyección hacia el proceso.⁸⁰ A su vez, Prieto-Castro,⁸¹ en la traducción del *Tratado*, habla, respectivamente, de *actos de postulación* y de *actos constitutivos*,⁸² rúbricas aceptadas sin discutir las por De Pina y Castillo Larrañaga;⁸³ pero aparte de que los verbos alemanes *erwirken* y *bewirken*, especialmente el segundo, no son exactamente traducibles por *postular* y *constituir*,⁸⁴ frente a la versión que suministra surgen objeciones similares a las dirigidas contra Calamandrei, a saber: por un lado, que ni las afirmaciones *stricto sensu* (o sea aisladas de cualquier petición) ni aun las aportaciones de prueba son actuaciones postulativas y, por otro, que menos todavía resultan constitutivas las participaciones de conocimiento y los actos reales. En Italia, Guarneri denomina *actos estimulantes* a las *Erwirkungshandlungen* y *actos determinantes*

⁷⁹ Cfr. reseña citada en la nota 2, p. 223 de la misma.

⁸⁰ El concepto de negocio jurídico es uno de los más discutidos de la doctrina procesal: mientras grandes procesalistas, como CHIOVENDA (*Principii*, pp. 775-6), CARNELUTTI (*Sistema*, núm. 420) y MANZINI (*Tratatto*, vol. III, pp. 3-4), lo reputan esencial para el estudio de los actos procesales, otros insignes tratadistas, como KLEINFELLER (*Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*—3ª ed., Berlín, 1925—, § 62), ROSENBERG (*Lehrbuch*, 2ª ed., p. 171), FLORIAN (*Principii*, p. 83), RICCA-BARBERIS (*Due concetti infconditi: “negozio” e “rapporto procesuale”*, en “Riv. Dir. Proc. Civ.”, 1930, II, pp. 191-197, con Postilla de CARNELUTTI en disidencia) y SCHÖNKE (*Der. Proc. Civ.*, p. 116), lo rechazan como infundado o intrascendente. En una posición un tanto ecléctica, aunque más próxima al repudio que a la aceptación, GOLDSCHMIDT, *Prozess als Rechtsl.*, pp. 460-462, y *Teor. Gral. Proc.*, pp. 149-150.

⁸¹ Véanse, sin embargo, *infra*, notas 89 y 103.

⁸² Cfr. *Der. Proc. Civ.*, pp. 227 y 242. GUASP (ob. y lug. cit. en la nota 10) habla de *actos de postulación* y de *actos de causación*, es decir, acepta para los primeros la traducción de PRIETO y para los segundos la del propio GOLDSCHMIDT.

⁸³ Cfr. ob. y lug. cit. en la nota 9 *in fine*.

⁸⁴ En el Diccionario de SLABY y GROSSMANN (*Wörterbuch der Spanischen und Deutschen Sprache*), tomo II, 2ª ed. (Barcelona, 1948), pp. 318, col. 3ª, y 159, col. 2ª, respectivamente, encontramos las siguientes correspondencias: *erwirken*: obtener, conseguir, impetrar, hacer efectivo, procurar, proporcionar [sólo “impetrar” podría aproximarse a postular]; *bewirken*: efectuar, conseguir, hacer, producir, causar, originar, provocar, determinar, promover.

a las *Bewirkungshandlungen*,⁸⁵ pero aunque *bewirken* significa, entre otras cosas, *determinar*, es indudable que, por lo menos en el sentido de provocar u originar reacciones judiciales, las propias *Erwirkungshandlungen* serían actuaciones determinantes y que, por el contrario, ciertas *Bewirkungshandlungen* (las de carácter negocial e inclusive algunas participaciones de conocimiento) no dejarán de ser estimulantes en cuanto a la marcha y desarrollo del proceso. Nos queda, por último, la traducción adoptada por el propio Goldschmidt en dos de los trabajos por él directamente redactados en castellano durante los años de su estancia en España: *actos de obtención* y *actos de causación*.⁸⁶ Desde luego, la derivación es correcta, ya que en una de sus acepciones *erwirken* significa *obtener*, de la misma manera que en otra de las suyas *bewirken* equivale a *causar*. Ahora bien: esos nombres, que tienen la doble ventaja de brindar una traducción exacta y de provenir del padre de los conceptos, ¿poseen la suficiente expresividad, por lo menos para el lector de habla castellana, de tal modo que su simple mención les sugiera una idea inicial de su finalidad y contenido, como acontece, sin ir más lejos, con las especies que cada uno de ellos abarca (peticiones, afirmaciones, aportaciones de prueba, convenios procesales, participaciones de voluntad o de conocimiento, etcétera)? Digamos, sin vacilar, que no;⁸⁷ y como en el pensamiento de Goldschmidt los actos de causación forman una categoría negativa o por exclusión (cfr. *infra*, núm. 16), dedicaremos en primer lugar nuestro esfuerzo a dilucidar la naturaleza de los actos de obtención de las partes, a reserva de completar las indicaciones que acerca de ellos hagamos ahora, con las que consignemos luego (*infra*, núm. 18) cuando nos ocupemos de los del mismo género realizados por los jueces.

14) *b) Actos de obtención (Erwirkungshandlungen.)*—Según Goldschmidt, son actos de obtención los destinados a *impetrar una resolución de contenido determinado, mediante influjos psíquicos ejercidos sobre el juez*.⁸⁸ Y puesto que del campo de esos influjos psíquicos debemos descartar, como contraria a la libertad e independencia del juzgador, la sugestión hipnótica, a fin de cuentas los actos de obtención se caracterizarán por la aducción de una serie de razones *encaminadas a lograr el convencimiento judicial*. Que esa aspiración se logre, dependerá luego de dos factores: idoneidad de los argumentos para conseguir su finalidad, y acogida o aceptación de ellos por el juez (o sencillamente del segundo, aunque éste *deba* hallarse condicionado por el pri-

⁸⁵ *Ob. cit.* en la nota 5, p. 82.

⁸⁶ Cfr. *Problemas proc. pen.*, p. 48, y *Teor. gral. proc.*, pp. 101-103 y 148.

⁸⁷ Ya en nuestro *Programa* de Valencia (véase nota 17), si bien recogíamos la traducción de GOLDSCHMIDT, la reputábamos inexpressiva (p. 25, nota *) y en el anterior, o sea el de Santiago de Compostela (cfr. p. 29), nos contentamos con transcribir las denominaciones alemanas, por no encontrarles fácil traducción.

⁸⁸ *Prozess als Rechtsl.*, p. 364, *Teor. gral. proc.*, p. 102, *Der. Proc. Civ.*, p. 227.

mero). De ahí que el nombre “actos de obtención”, que parece dar a entender la efectiva consecución del resultado, sea elíptico a nuestro entender, y deba traducirse por *actos tendientes a la obtención de una resolución*.⁸⁹ En todo caso, con esa rúbrica, más precisa, aunque un tanto larga, o bien con la de *actos de convencimiento* (que ofrece la ventaja de poder referirse a los del juez), las actuaciones de este sector se ligan íntimamente con el *principio de fundamentación*,⁹⁰ que a lo largo del proceso impregna diferentes actividades, tanto de los sujetos principales, como, a veces, de los secundarios.⁹¹ Ahora bien: según luego veremos (*infra*, núm. 19) la fundamentación es un requisito convenientísimo, pero no siempre indispensable, y entonces surge la duda de si sobre un elemento que puede faltar, cabe asentar una clasificación o, mejor dicho, erigirlo en piedra angular de la misma, desde el instante en que el otro grupo (actos de causación), se integra por exclusión, como expusimos (*supra*, núm. 13. Pero como esa ausencia se produce con singular relieve en varios actos de obtención *judiciales*, será al abordar éstos cuando examinemos en conjunto el problema (*infra*, núms. 18 y 19). Añadiremos aquí tan sólo que si la tesis central de Goldschmidt fue reputada por algunos de sus críticos como más sociológica que jurídica,⁹² quizás quepa sostener también, sin que ello implique señalarle un defecto y sí sólo destacar una característica sobresaliente, que en particular su clasificación de los actos procesales tiene más de psicológica que de jurídica.⁹³

15) Los *actos de obtención* abarcan las *peticiones*, las *afirmaciones* y las *aportaciones de prueba*. Ninguna aclaración reclama el primer grupo, perfectamente definido y establecido por Goldschmidt como “requerimientos dirigidos al juez para que dicte una resolución de contenido determinado”, entre los cuales se cuentan la demanda, la reconvencción, los recursos, las recusaciones, instancias, solicitudes, etcétera.⁹⁴ Con ellas se encuentran los demás actos de obtención de una relación de finalidad (*Zweckbeziehung*),⁹⁵ que, a mi en-

⁸⁹ De “actos destinados a obtener una resolución judicial” habla con todo acierto PRIETO, incidentalmente, en su *Programa de Derecho Procesal*, 2ª ed. (Zaragoza, 1934), p. 12.

⁹⁰ “Entre la petición de parte y la resolución judicial existe la relación psicológica de causa y efecto o resultado, es decir, la motivación” (*Teor. gral. proc.*, p. 108), de acuerdo con el pensamiento de KLEIN (*Die schuldhaftige Partei-handlung*, Wien, 1885, p. 24), citado por GOLDSCHMIDT (*Prozess als Rechtsl.*, p. 381, nota 1972).

⁹¹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición y autodefensa* (México, 1947; 2ª ed., 1970), núm. 132, nota 389.

⁹² A saber: por los autores (NEUNER, CALAMANDREI y HUSSERL) citados por GOLDSCHMIDT en la p. 9, nota 11, de *Der. Proc. Civ.*

⁹³ Cfr. *supra*, nota 90, e *infra*, núm. 16 al comienzo. Véase también *Prozess als Rechtsl.*, p. 382.

⁹⁴ Cfr. *Teor. gral. proc.*, pp. 108-109.

⁹⁵ Cfr. *Prozess als Rechtsl.*, pp. 381- y 390.

tender, se acentúa en las *afirmaciones*, carentes de sustantividad o, por lo menos, no colocables al mismo nivel que las peticiones. En otras palabras: o las afirmaciones forman parte de uno de los otros actos de obtención (principalmente peticiones, pero también aportaciones de prueba), y entonces no constituyen *un miembro de la tripartición*, sino *un elemento en la bipartición*, o se reducen a simples participaciones de conocimiento,⁹⁶ y en tal caso quedarían con esta etiqueta entre los actos de causación. En cuanto a las “aportaciones de prueba”, el rótulo, aunque fiel en la versión del término alemán (*Beweisführungen*), acaso sea impreciso o insuficiente en castellano, si por tal debemos entender “actos de las partes, que tienen por fin convencer al juez de la verdad de la afirmación de un hecho”.⁹⁷ Tres objeciones cabría formular al concepto en cuestión: 1ª, que la aportación de prueba podría tomarse en sentido distinto y más restringido que el expuesto, o sea como mera exhibición y suministro de cosas, documentos y aun personas llamados a servir como (medios de) prueba;⁹⁸ 2ª, que la aportación de prueba puede ser secuela de una resolución *ex officio*, si bien Goldschmidt estima que en semejante hipótesis no hay que hablar de prueba o de medios de prueba, sino de información y de medios de cognición, “porque la prueba siempre supone una materia a probar”;⁹⁹ pero en ambos supuestos se trata de despejar una incógnita para integrar los hechos probados de la sentencia, e incluso la providencia para mejor proveer podría ser únicamente el complemento de una insuficiente aportación de prueba por las partes;¹⁰⁰ y 3ª, que aun cuando la prueba recaiga, como regla, sobre *hechos*, cabe asimismo que atañe a *normas de experiencia* e inclusive a *preceptos ju-*

⁹⁶ Tengamos en cuenta que como tales las define GOLDSCHMIDT: las afirmaciones son “las participaciones del conocimiento de hechos o derechos, que se hacen al juez por una parte y que son destinadas y, por su propia naturaleza, adecuadas para obtener la resolución solicitada” (*Teor. gral. proc.*, p. 119; véase también *Prozess als Rechtsl.*, p. 422; y *Der. Proc. Civ.*, p. 244).

⁹⁷ *Teor. gral. proc.*, p. 130.

⁹⁸ Cfr., por ejemplo, los arts. 193, 200, 280, 287, 288, 336, 337, 350, 356 y 357 del cód. proc. civ. mexicano del Distrito, que abarcan los tres supuestos (cosas, documentos y personas —partes, testigos y peritos—) a que nos referimos en el texto.

⁹⁹ *Teor. gral. proc.* p. 131.

¹⁰⁰ Las providencias para mejor proveer de la legislación española, no son más que pruebas retardadas, decretadas de oficio y con finalidad suplementaria (cfr. art. 340 l. enjto. civ. española, así como nuestras *Adiciones* a los núms. 36, 162, 297 y 684-685 del *Sistema* de CARNELUTTI). En España, en algún caso (cfr. art. 28, ap. 3º, de la ley de justicia municipal de 1907), y en Cuba con carácter general (reforma de 8-III-1938) pueden acordarse asimismo a instancia de parte, con lo que se fomentan desidias y maniobras de los litigantes; en México, en cambio, el juzgador puede ordenar “en todo tiempo... la práctica o ampliación de cualquiera diligencia probatoria” (art. 279 cód. proc. civ. del Distrito). Acerca de la institución. COURURE, *Teoría de las diligencias para mejor proveer* (Montevideo, 1932).

ridicos.¹⁰¹ En otro sentido, el desarrollo de la prueba no es posible adscribirlo exclusivamente a la actividad de las partes y del juez, sino que, como ya apuntamos (cfr. *supra*, núm. 5 y nota 23), se caracteriza por su complejidad subjetiva.¹⁰²

(6) *c) Actos de causación (Bewirkungshandlungen)*.—Goldschmidt no los define, pero los diferencia respecto: *a) de los de obtención*, en que *no están destinados* a obtener una sentencia de determinado contenido mediante influencia psíquica ejercida sobre el juez, y *b) de los demás actos jurídicos*, en que su consecuencia jurídica es *una situación y no una relación jurídica*.¹⁰³ No considera el autor posible ni necesaria una enumeración exhaustiva de los mismos, y se contenta con señalar las especies principales, a saber: los *convenios procesales*,¹⁰⁴ las *declaraciones unilaterales de voluntad*, las *participaciones de voluntad*, las *participaciones de conocimiento* y los *actos reales*, de todas las cuales cita Goldschmidt numerosos ejemplos, pero sin definirlos ni señalar sus caracteres.¹⁰⁵ Entre los actos de causación incluye las diferentes modalidades de autocomposición, catalogadas por Carnelutti como equivalentes jurís-

¹⁰¹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Programas*, cits. en la nota 17, pp. 43, 39 y 30, respectivamente, y *Der. Proc. Pen.*, tomo III, pp. 20-26.

¹⁰² Pensemos, por ejemplo, en la marcha de la prueba testifical, compuesta por una serie de actos realizados por diferentes sujetos procesales: ofrecimiento (partes; o bien ordenación de oficio), citación (auxiliares), acompañamiento (fuerza pública), declaración (testigos), interrogatorios y aclaraciones (juez y partes), careos (testigos entre sí o con las partes), examen cruzado (abogados), tachas (partes promotoras y testigos del incidente), apreciación (juzgador, en cuanto sus poderes no estén cercenados por el legislador: prueba tasada). Y a ellos habríamos aún de agregar los actos del testigo que no constituyan declaración testifical (v. gr., manifestaciones suyas relativas al cobro o renuncia de la indemnización o a la abstención de deponer: cfr. CARNELUTTI, *La prova civile*, 2ª ed. —Roma, 1947—, p. 124, nota 1). Deshacer toda esa cadena de actuaciones, para contemplarlas por separado, en aras a una superficial consideración subjetivista, supondría romper su unidad teleológica y la continuidad de su desarrollo, con independencia de que entre el acto y el procedimiento sean o no intercalables las figuras del acto-complejo y del acto-procedimiento (cfr. CARNELUTTI *Sistema*, núm. 428) y de que a ellas pueda pertenecer la declaración testimonial en su conjunto. La disección anatómica militaría, en este y otros casos, contra la fisiología de la actividad procesal, y nos brindaría, precisamente frente a GOLDSCHMIDT (cfr. *supra*, núm. 11 y nota 66), una idea más estática que dinámica de los fenómenos procesales (o si se nos permite el parangón, más fotográfica que cinematográfica).

¹⁰³ Cfr. *Prozess als Rechtsl.*, p. 456. Sin duda, teniendo en cuenta esa caracterización, PRIETO-CASTRO les llama "actos creadores de situaciones procesales" (ob. y lug. cits. en la nota 89); pero ello no es rasgo *específico* de los actos de causación, sino *genérico* de los actos procesales, según el propio GOLDSCHMIDT (véase *Teor. gral. proc.*, pp. 101-102).

¹⁰⁴ Es decir, declaraciones de voluntad de las partes, a la vez bilaterales y concordes, destinadas a regular una situación jurídica procesal (*Prozess als Rechtsl.*, p. 457).

¹⁰⁵ Cfr. *Prozess als Rechtsl.*, pp. 458-465, y *Teor. gral. proc.*, pp. 148-152.

dicionales,¹⁰⁶ y que más que actos procesales, son modos de extinción del litigio, con repercusiones procesales.¹⁰⁷ En cambio, si bien en la lista de convenios procesales menciona Goldschmidt el compromiso, cuya regulación en ciertos códigos civiles carece de razón de ser,¹⁰⁸ puesto que el contrato no es noción que pueda monopolizar el derecho privado, guarda silencio respecto de algunos de tanto relieve, como los de patrocinio, secuestro, depósito de personas, concierto de acreedor y deudor en el usufructo o anticresis forzosa, etcétera.¹⁰⁹ Además, acaso la mayoría de esos convenios (por ejemplo: transacción, acuerdos en pleitos matrimoniales o en juicios concursarios, etcétera) no son puramente procesales, sino *mixtos*, a saber: *materiales* por su finalidad y contenido y *procesales* —si es que no de jurisdicción voluntaria—¹¹⁰ por la ocasión y las formalidades. Por último, la denominación *actos reales* (que lleva a pensar, por contraste, en unos actos *irreales*, como si en toda la actividad procesal, a la manera de la posesión, no cupiese y hubiese que diferenciar un *animus* y un *corpus*), probablemente podría reemplazarse en castellano de manera eficaz mediante la rúbrica, actuaciones o diligencias de *mera tramitación*.¹¹¹

17) D) *Actos judiciales*: a) *Especificación*.—Para Goldschmidt, los actos procesales del juez¹¹² se distribuyen en cuatro sectores: 1º, ante todo, las *resoluciones*, es decir las declaraciones de voluntad del juzgador acerca de lo que

¹⁰⁶ Cfr. *Sistema*, núms. 49 y 55-59.

¹⁰⁷ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, núms. 43 y 47-49, y *Programa* (1ª ed., México), p. 33.

¹⁰⁸ Como ocurre en el español, con sus arts. 1820-21, que, además, son a todas luces insuficientes. En cambio, el cód. civ. mexicano de 1928, para la Federación y el Distrito, no tiene preceptos sobre el contrato de compromiso.

¹⁰⁹ Cfr. arts. 1521-1529 l. enjto. civ. española, 596 cód. proc. civ. mexicano del Distrito y 564-70 cód. proc. civ. de la Ciudad del Vaticano de 1946 (que le da el nombre de “usufructo forzoso”, mientras que nosotros hablamos de “anticresis”: cfr. *Adición* al núm. 342 del *Sistema* de Carnelutti).

¹¹⁰ Por ejemplo: la conciliación o los convenios entre concursado o quebrado y acreedores (quita y espera, suspensión de pagos, etc.), a que se refiere GOLDSCHMIDT (*Teor. gal. proc.*, p. 148): cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria* (en “Studi in onore di Enrico Redenti” —Milano, 1950—; inserto asimismo en el núm. 123 de “Jus” —México, octubre de 1948— y en “Revista de Derecho Procesal”, 1949, I, pp. 287-336), núms. 11 y 20. Esta dualidad explica que la transacción, que es exclusiva o predominantemente sustantiva, se regule en los códigos civiles (cfr., v.gr., arts. 1809-19 del español o 2944-63 del mexicano de 1928).

¹¹¹ Véanse los ejemplos de actos reales que GOLDSCHMIDT cita en *Prozess als Rechtsl.*, pp. 464-5 (de parte) y 512-3 (del juez) o bien, aunque en menor escala, en *Teor. gal. proc.*, pp. 151 y 186, respectivamente.

¹¹² La expresión “actuaciones judiciales” (cfr., v.gr., libr. I, tít. VI, l. enjto. civ. española, o bien tít. II, cap. II, cód. proc. civ. mexicano del Distrito) resulta equívoca (ya que “judicial” puede derivar lo mismo de juez que de juicio) e insuficiente (porque la actividad procesal no se reduce a la del juez: *supra*, núms. 5 y 6).

estime justo en el caso concreto;¹¹³ 2º, *actos de causación distintos de las resoluciones*, los cuales se subdividen en: a) *participaciones de conocimiento* (por ejemplo: notificaciones; véase, sin embargo, acerca de éstas, *infra*, núm. 20), y b) *actos reales*; 3º, *actos que suplen o reemplazan actos de obtención de las partes*, en materia: a) *de producción de pruebas*, y b) *de informaciones ex officio* (cual las providencias para mejor proveer: cfr. *supra*, nota 100); y 4º, *actos referentes a la celebración del debate* (vista o audiencia) *y al recibimiento a prueba*.¹¹⁴ Los cuatro grupos mencionados, quizás hubiesen podido reducirse a tres, sin más que refundir los dos últimos bajo el común denominador de *actos judiciales relativos a la prueba y al debate final*. En todo caso, la máxima importancia corresponde a las resoluciones, a las que, por tanto, circunscribiremos el examen.

18) b) *Resoluciones*.—Goldschmidt les aplica una doble valoración: a) como *resultado de un proceso lógico*, serán justas o injustas, y en este sentido las considera como *actos de obtención*, habida cuenta de su causa psíquica, y b) como *manifestación de voluntad*, las reputa siempre y únicamente como *actos de causación*.¹¹⁵ Sin negar esta segunda cualidad, creemos que las resoluciones (especialmente en un proceso dispositivo cual lo es, como regla, el civil) tienen más de actos de obtención que de causación y, en particular, vienen a ser la réplica o la contrapartida de las peticiones de parte. Entiendo entonces que sin salirse del pensamiento goldschmidtiano, cabría presentar las resoluciones como actos de obtención del juzgador destinados a *imponer* una decisión de contenido determinado, mediante influjos psíquicos tendientes a convencer a las partes y, más ampliamente, a la comunidad de justiciables, de la justicia del fallo recaído. Nos valemos, por un lado, del verbo “imponer” (en contraste con “impetrar”, que Goldschmidt utiliza respecto de las partes: cfr. *supra*, núm. 14), porque so pena de reducirse a un dictamen o parecer (más o menos autorizado, pero sin fuerza de obligar), el influjo psíquico ha de ir acompañado, en las resoluciones, de la declaración de voluntad estatal; y hablamos, por otro, de convencer a las partes y a los justiciables (y acaso a éstos más que a aquéllas), porque en un régimen de derecho, las resoluciones han de satisfacer

¹¹³ Así, en *Teor. gral. proc.*, p. 175, y en *Der. Proc. Civ.*, p. 300; pero en *Prozess als Rechtsl.* (p. 496) y en *Zivilprozessrecht* (pp. 110-111) se habla de “lo que deba reconocerse como *derecho* en el caso concreto”. Se advierte, pues, entre los textos primitivos alemanes y los posteriores españoles una divergencia manifiesta, que quizás haya que imputar al traductor o revisor de éstos (PRIETO-CASTRO), pero que en todo caso no es simplemente nominal, sino de contenido, ya que no cabe identificar lo justo y lo jurídico (*dura lex, sed lex*).

¹¹⁴ Cfr. *Prozess als Rechtsl.*, p. 512-516; *Teor. gral. proc.*, pp. 186-187; *Zivilprozessrecht*, p. 111, y *Der. Proc. Civ.*, p. 300.

¹¹⁵ Cfr. *Prozess als Rechtsl.*, p. 498; *Teor. gral. proc.* pp. 176, *Zivilprozessrecht*, p. 111, y *Der. Proc. Civ.*, pp. 300-301.

el sentimiento de justicia, en previsión de que se las invoque en casos ulteriores (precedentes, jurisprudencia).¹¹⁶ En esta dirección, el más alto exponente lo representa, sin duda, la casación en interés de la ley, donde el *ius constitutionis* aparece desligado en absoluto del *ius litigatoris*, puesto que los contendientes no recurrieron contra la sentencia del *a quo*, elevada así a firme, en tanto que es el ministerio público quien la impugna, al solo efecto de alcanzar una decisión ajustada a derecho y que marque derroteros a la jurisprudencia, aunque sin afectar a la situación ya definida entre las partes.¹¹⁷ Si, pues, las resoluciones son en mayor medida actos de obtención que de causación —el proceso, sobre todo el civil, no es, en último extremo, más que un diálogo entre peticiones de las partes y resoluciones del juez—, y si, por lo mismo, se relacionan también con el principio de fundamentación, ello nos lleva como de la mano a enfrentarnos con un problema que páginas más atrás apuntamos (*supra*, núm. 14), o sea el de si el mencionado principio es o no rasgo esencial de las actuaciones que nos ocupan. Pero antes de seguir adelante, hagamos dos aclaraciones: 1ª, la de que el género “resoluciones”, aun reducido a sus tres tipos fundamentales (a saber: de tramitación, incidentales y de fondo),¹¹⁸ comprende manifestaciones de finalidad y contenido muy diversos (preparatorias, sobre admisión, cautelares, de conocimiento, ejecutivas, de impulso, requerimientos, instructorias, etcétera), y 2ª, la de que junto a las resoluciones del juez habría que contemplar las de algunos auxiliares y aun las de ciertos órganos parajudiciales.¹¹⁹

¹¹⁶ Cfr. art. 194 de la ley de amparo mexicana, de 1935, que declara la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Suprema Corte para todos los jueces y tribunales del país, sean federales o locales. Véanse también los arts. 1687, 1688, 1691 y 1692 de la l. enjto. civ. española (recurso de casación por infracción de la doctrina legal, y acerca de su subsistencia después de promulgado el cód. civ., los siguientes trabajos nuestros: *Notas para la reforma de la l. enjto. civ., Jueces, jurisdicción, jurisprudencia y Jueces y catedráticos de derecho*; estos dos, en “Revista de los Tribunales”, 1934 e insertos luego, como el primero, en “Estudios Der. Proc.”, a cuyas pp. 185, 318-326 y 377-380 corresponden, respectivamente, los pasajes a que nos remitimos). Cfr. asimismo el art. 516, núm. 7, del Proyecto uruguayo de 1945.

¹¹⁷ La institución proviene de Francia (cfr. art. 88 de la ley de 27 de Ventoso del año VIII y art. 442 cód. de instrucción criminal) y se conoce en España (arts. 1782 l. enjto. civ. y 3 del decreto de 2-V-1931) y en Italia (art. 363 cód. proc. civ. de 1940; en lo penal, la admitieron los códigos procesales de 1865 —art. 684— y de 1913 —art. 509—, pero la ha suprimido el de 1930); acerca de ella, véase el trabajo de DE PINA citado en la nota 45.

¹¹⁸ Cfr. MARGOS PELAYO, *La administración de justicia* (Discurso leído en la solemne apertura del curso académico 1925-26) (Oviedo, 1925), p. 42.

¹¹⁹ Que inclusive son impugnables: cfr., por ejemplo, art. 724 cód. proc. civ. mexicano del Distrito (recurso de queja contra ejecutores y secretarios). En cuanto a acuerdos de órganos parajudiciales, los títulos IX a XIII del libro II, l. enjto. civ. española (juicios universales) están salpicados de ellos y son asimismo impugnables a veces (cfr., entre otros, los arts. 1225, 1261, 1275, etc.).

19) c) *Fundamentación de los actos procesales.*—Pese a ser un requisito conveniente en el más alto grado, no siempre el derecho positivo prescribe la fundamentación de actos procesales que debieran ser de *convencimiento* y que sin ella se reducen a de *vencimiento*, y hasta en ocasiones la ha prohibido, como reacción contra los abusos de su empleo.¹²⁰ Comenzaremos por recordar algunos ejemplos elocuentes de falta de fundamentación en actos de obtención: a) *del juzgador*: las resoluciones menores o las impuestas de plano,¹²¹ el veredicto del jurado,¹²² la apreciación de la prueba en conciencia¹²³ y, en cierto

¹²⁰ Encontramos aquí la famosa divisoria que a base de los verbos *vencer* y *convencer* se ha establecido entre totalitarismo (o autoritarismo) y liberalismo. Recordemos que en España, tras haberla prohibido antes en la Audiencia de Barcelona (cfr. FÁBREGA Y CORTÉS, *Lecciones de Procedimientos Judiciales* —3ª ed., Barcelona, 1928—, p. 401), se suprime la fundamentación de las sentencias por la ley 8, título XVI, libro XI de la *Novísima Recopilación*, dada para la Audiencia de Mallorca el 23- VI-1778, por estimarse que aquélla daba lugar “a cavilaciones de los litigantes” y consumía “mucho tiempo en la extensión” de las resoluciones. En la Argentina, “cerca de medio siglo después de haberse producido la emancipación política, todavía las sentencias, como regla general, no se pronunciaban... con expresión de motivos”, siendo “curioso constatar que fue en plena época de la dictadura de Rosas cuando por primera vez [a saber: en 1838] se enuncia... la obligación de fundar las sentencias...”, que se implanta con carácter general por el art. 124 de la Constitución de 1854 para el Estado de Buenos Aires (MÉNDEZ CALZADA, *La función judicial en las primeras épocas de la independencia* —Buenos Aires, 1944—, pp. 423, 433 y 437-8). Naturalmente, si males ofrece la falta de fundamentación, los presenta también, y muy graves, el exceso en la misma; en este punto, hacemos nuestras las observaciones de Alfredo ORGAZ (en “Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales” de la Universidad de Córdoba —marzo-abril de 1938—, pp. 189-191) al comentar el *Fallo sobre nulidad de testamento en el juicio Sanford Ward S. contra Sanford Carlos E.*, dictado por el juez Manuel Orús (Buenos Aires, 1937, un folleto de 140 pp.), con 297 considerandos y citas o alusiones a 120 autores.

¹²¹ “La fórmula de las providencias —dice el art. 370 l. enjto. civ. española— se limitará a la determinación del Juez o Tribunal, *sin más fundamentos ni adiciones* que la fecha en que se acuerde y el Juez o Sala que la dicte”. Pensemos también en procedimientos ultraexpeditivos, como el seguido contra el bandolerismo en Italia durante los siglos XVI a XVIII, desprovistos por completo de garantías (cfr. MANZINI, *Trattato*, vol. I, pp. 50-55).

¹²² Cfr. arts. 345-348 cód. de instrucción criminal francés; 87-88 de la ley del jurado española, de 1888 (reformada en 1931 y 1933 y actualmente en suspenso), o art. 339 cód. federal mexicano de procedimientos penales, de 1934.

¹²³ A no confundir con la prueba razonada o sana crítica. Para la distinción entre ambas, COUTURE, *Las “reglas de la sana crítica” en la apreciación de la prueba testimonial* (Montevideo, 1941), pp. 47-51; ALCALÁ-ZAMORA, *Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba* (sobretiro de “La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”, Montevideo, febrero de 1945), núms. 5-6; idem, *A propósito de libre convicción y sana crítica* (en “Revista Jurídica de Córdoba” —Argentina—, 1948, núm. 8, pp. 512-522). Véase también DE PINA, *En torno a la sana crítica* (en “Anales de Jurisprudencia”, México, abril-junio de 1948, pp. 565-576).

modo, la amigable composición;¹²⁴ b) *de las partes*: la discutida, pero todavía vigente en varios códigos, recusación sin causa¹²⁵ y hasta cierto punto, las demandas de mínima cuantía relevadas de alegación jurídica;¹²⁶ c) *de sujetos procesales secundarios*: declaración testifical, cuando no se exija al deponente que exponga la razón de ciencia de su dicho.¹²⁷ En alguno de esos casos, lo que falta no es tanto la fundamentación, como su exteriorización: el veredicto del jurado es, o debe ser, fruto de una deliberación, aunque, eso sí, secreta y de la que, por lo menos oficialmente, sólo van a conocerse el “sí” o el “no” dados como respuestas al interrogatorio correspondiente; la recusación sin causa, lo es en realidad con causa silenciada, que no se expresa, para no herir la susceptibilidad del recusado (funcionario inepto o inmoral), aunque puede servir también para descartar a personas cuya rectitud sea un escollo para ulteriores maniobras del recusante; la apreciación de la prueba en conciencia, a menos de implicar o encubrir prevaricación, debe reflejar el influjo psíquico que su desarrollo haya ejercido en el juez; las propias órdenes verbales para la policía de estrados no repelen la fundamentación, aunque sería superfluo y retardatario agregársela.¹²⁸ Entonces, la caracterización de Goldschmidt muestra no tanto *lo que son* en un concreto ordenamiento jurídico los actos de obtención, como *lo que debieran ser* en todos ellos, por lo menos en los de tipo

¹²⁴ Al menos, cuando los amigables componedores decidan “sin sujeción a formas legales y según su saber y entender”, limitándose a “recibir los documentos que les presenten los interesados, a oírlos y a dictar su sentencia” (art. 833 l. enjto. civ. española). Si a lo expuesto añadimos que a los amigables componentes, en contraste con los árbitros *stricto sensu*, no se les exige ser juristas, sino tan sólo saber leer y escribir (cfr. arts. 790 y 827), se comprenderá que por lo menos la fundamentación legal de sus laudos brille por la ausencia o sea sumamente deficiente. Ello explica que la casación contra tales resoluciones se base en extralimitación de sus atribuciones, pero no en infracción de ley (cfr. art. 1691, núm. 3, ley cit.).

¹²⁵ Cfr. nuestro *Der. Proc. Pen.*, tomo I, pp. 334-337.

¹²⁶ Circunscritas, por lo mismo, a la exposición (escrita) e incluso al relato (verbal) de los hechos y de la pretensión (cfr., v. gr., art. 7 del título sobre “justicia de paz” anexo al cód. proc. civ. mexicano del Distrito). Significan esas demandas la aplicación plena de los principios *iura novit curia* y *da mihi facta, dabo tibi ius*.

¹²⁷ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *La prueba mediante fama pública* (en “El Foro” —México, septiembre de 1947—), p. 335 y nota 66.

¹²⁸ Deliberación del veredicto: arts. 78-83 ley española o arts. 337-338 cód. fed. mexicano. Respecto de las resoluciones menores de contenido uniforme, lo que sí cabría es extenderlas en “esqueletos” *ad hoc*, con la fundamentación invariable impresa y los claros necesarios para los datos mudables. En cuanto a las órdenes verbales, presuponen o llevan implícita una fundamentación, porque si no, serían mandatos arbitrarios o despóticos; pero se prescinde de recordarla, por su propia evidencia y por razones de economía y de urgencia (por ejemplo, perturbado el orden durante la celebración de una audiencia, sería absurdo que el Presidente se dedicase a fundar su mandato de desalojo del local y detención de los alborotadores, y no, ciertamente, por falta de preceptos orgánicos y procesales para hacerlo).

liberal (cfr. *supra*, nota 120), a saber: actuaciones fundadas, porque sólo así podrán influir en la mente de sus destinatarios (juez, partes, justiciables). Naturalmente, razones de rapidez y economía aconsejan que el principio no rija respecto de las resoluciones menores (cfr. *supra*, nota 121); pero en ellas debe detenerse la excepción a la regla, y el certero criterio de Goldschmidt significa la condenación del despótico veredicto, de la anárquica recusación sin causa, de la peligrosa apreciación libre de la prueba (cfr. *supra*, nota 123), del abuso en cuanto a las resoluciones de plano, y hasta de la insensata libertad de defensa, que se infiltrará tanto más fácilmente cuanto menores sean las exigencias de fundamentación.¹²⁹

20) E) *Notificaciones*.—Ya en *Der. Prozess als Rechtslage* advertía Goldschmidt que las participaciones de conocimiento y los actos reales por él catalogados como *Bewirkungshandlungen* judiciales, sólo en ocasiones emanan personal y directamente del juez.¹³⁰ Un segundo paso le lleva en el *Tratado* a formar con las notificaciones, que en aquel otro libro incluyó como actos judiciales de las referidas especies, una tercera categoría de actuaciones procesales, junto a las de las partes y el juzgador.¹³¹ Aparte la razón expuesta, al cambio mencionado contribuyó, sin duda, la complejidad subjetiva de las notificaciones, que lleva a Goldschmidt a diferenciar en ellas tres sujetos: impulsor, destinatario y funcionario encargado de practicarla,¹³² a los que a veces se suman otras personas (parientes, domésticos, vecinos o testigos instrumentales).¹³³ (Por nuestra parte, aunque con alcance distinto y en términos más amplios, hemos hablado de emisor, transmisor y receptor).¹³⁴ Al aditamento de ese tercer miembro, aun pareciéndonos correcto su desgajamiento respecto de los actos judiciales, cabe formularle tres reparos: 1º, que mediante él, la clasificación básica subjetiva se transforma en *mixta* (*subjetiva* en cuanto a la actividad de las partes y del juez; *objetiva* en orden a las notificaciones); 2º, que las notificaciones pertenecen en rigor a un género más amplio, el de las *comunicaciones* en el proceso, el cual reviste diversas combinaciones y se desenvuelve de muy diferentes maneras;¹³⁵ y 3º, que puestos a *objetivar* la cla-

¹²⁹ Sobre los inconvenientes de la libertad de defensa, COUTURE, *De la organización judicial y del régimen procesal* (Montevideo, 1945), p. 45.

¹³⁰ *Prozess als Rechtsl.*, p. 513.

¹³¹ Cfr. *Zivilprozessrecht*, pp. 117-120, y *Der. Proc. Civ.*, pp. 315-319.

¹³² Cfr. *Der. Proc. Civ.*, pp. 315-317.

¹³³ Cfr., por ejemplo, los arts. 263 y 268 l. enjto. civ. española o arts. 116-119 cód. proc. mexicano del Distrito.

¹³⁴ *Las comunicaciones por correo, telégrafo, teléfono y radio, en el Derecho procesal comparado* (en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", 1948, núm. 1), p. 5. [Véase ahora, *supra*, *Estudio Número 13*].

¹³⁵ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Programa* (1ª ed.) pp. 32-33; *Adiciones al Goldschmidt*, pp. 319-320; *Der Proc. Pen.*, tomo II, pp. 169-70, y *Las comunicaciones, etc.*, p. 3.

sificación, otros actos (singularmente las peticiones, por el lado de las partes, y las resoluciones, por el del juez) poseen mejores títulos y mayor jerarquía que las notificaciones, actos auxiliares, al fin y al cabo.

21) *F) Valoración de los actos procesales.*—Sostiene Goldschmidt que a los *actos de obtención* no les son aplicables las valoraciones de derecho privado —es decir, *validez y eficacia*—, porque no tienen por fin “producir un efecto jurídico definitivo por sí mismos a través de la voluntad declarada” y sí sólo instaurar situaciones procesales.¹³⁶ Propone, en consecuencia, el reemplazo de aquellas por estas otras dos: *admisibilidad y fundabilidad*.¹³⁷ Los *actos de causación* los somete, a su vez, a “un equivalente procesal de las valoraciones materiales de validez y eficacia, a saber: la *atendibilidad*”.¹³⁸ En cuanto a los actos del juez, las *resoluciones* quedan sujetas a una doble apreciación: *a)* como resultado de un proceso lógico, serán *justas o injustas*; *b)* como manifestaciones de voluntad, se comportan cual actos de causación y, por tanto, se reputarán *atendibles o desatendibles* (nulas).¹³⁹ De las *restantes actuaciones judiciales*, las referentes a la prueba y al debate final (cfr. *supra*, núm. 17) no son susceptibles de estimación judicial, y las participaciones de conocimiento, los actos reales y las informaciones *ex officio* se rigen por el criterio de la *atendibilidad*, como los actos de causación de las partes.¹⁴⁰

22) En el pensamiento de Goldschmidt sobre el tema, que acabamos de condensar, aparecen perfectamente delineadas la *admisibilidad* y la *fundabilidad*¹⁴¹ y con trazos bastantes menos acusados, la *atendibilidad*, en la que no creo que quepa reabsorber la validez y la eficacia, como tampoco considero factible eliminar por completo estas dos nociones del campo procesal. Más aún: dentro de una concepción “dinámica” del proceso, como lo es la de Goldschmidt, en que según su propia frase, “todo se encuentra en la punta de la espada”,¹⁴² la eficacia tiene decisiva importancia, que se empequeñece

¹³⁶ Cfr. *Prozess als Rechtsl.*, pp. 367-381, y *Teor. gral. proc.*, pp. 103-104.

¹³⁷ “Un acto de obtención es admisible si el juez tiene que admitirle como medio para producir el cumplimiento de una promesa o para prevenir la realización de una amenaza jurídica, es decir, si el juez ha de entrar en la averiguación de su contenido. Un acto de obtención es fundado, si por su contenido es apropiado para producir el cumplimiento judicial de una promesa o prevenir la realización judicial de una amenaza jurídica; en una palabra, si por su contenido es apropiado para conseguir su finalidad”: *Teor. gral. proc.*, p. 104.

¹³⁸ *Teor. gral. proc.*, pp. 104-105.

¹³⁹ Cfr. *Prozess als Rechtsl.*, pp. 498-512, y *Teor. gral. proc.* p. 176.

¹⁴⁰ Cfr. *Prozess als Rechtsl.*, pp. 514-516, y *Teor. gral. proc.*, p. 187.

¹⁴¹ De igual modo que en diversos códigos procesales: cfr., por ejemplo, en orden al recurso de casación los arts. 1729 y 1752-4, por un lado, y 1745, por otro, de la l. enjto. civ. española.

¹⁴² *Teor. gral. proc.*, p. 58.

y desdibuja cuando se la recluye como simple faceta o ingrediente de la atendibilidad. Análogamente, la validez y su reverso la nulidad no encajan, a nuestro entender, dentro de la *atendibilidad* o *desatendibilidad*: si estas expresiones reflejan tan sólo un cambio de etiqueta, son más que dudosos los beneficios del reemplazo terminológico, y si, por el contrario, implican una sustitución de contenido (por extenderse asimismo a la eficacia o ineficacia), entonces pueden resultar inadecuadas para la estimativa conjunta, al no ser validez y eficacia (o bien nulidad e ineficacia) ideas necesariamente inseparables. En definitiva, las dos valoraciones tradicionales —*validez* y *eficacia*—, que no son exclusivas del derecho privado, aunque de él provengan y las haya elaborado con preferencia, pueden sumarse sin la menor dificultad a las dos que frente a los actos de obtención propugna Goldschmidt y, en cambio, debe prescindirse de la *atendibilidad*, por sustituirla con ventaja aquéllas.¹⁴³

23) *G) Palabras finales.*—Al cabo de veinticinco años de publicado [en la actualidad, casi medio siglo], *Der Prozess als Rechtslage* sigue alzándose como una de las más grandiosas construcciones de la literatura procesal, aunque el idioma en que está escrito y la profundidad de su ideario hayan entorpecido su difusión: cuando obras mediocres o superficiales ha tiempo que se encuentran traducidas, el genial libro de Goldschmidt sigue aguardando turno. Mientras tanto, el mejor homenaje que podemos rendir a su memoria es propagar su pensamiento con espíritu crítico, del que él precisamente fue apóstol ejemplar y maestro insuperable. Por eso, cuando la *Revista de Derecho Procesal* decidió conmemorar con un número extraordinario el décimo aniversario de su muerte, no vacilamos un instante en extraer nuestro tema de la propia cantera goldschmidtiana, que no es envejecida pieza de museo, sino árbol rebosante de vida, que brinda sombra y fruto a cuantos a él acuden.

¹⁴³ Estimo, por consiguiente, que cuando SAUER hablaba de las cuatro valoraciones procesales, para referirse a validez, eficacia, admisibilidad y fundabilidad (cfr. sus *Grundlagen des Prozessrechts*, 1ª ed. —Stuttgart, 1919—, pp. 443 y ss.), estaba en lo cierto (cfr. nuestro *Programa*, 1ª ed., p. 31); en contra, precisamente GOLDSCHMIDT, *Prozess als Rechtsl.*, pp. 367-375.

ADDENDA ET CORRIGENDA

A) **TEXTO:** Núm. 7: En México, el secretario judicial carece de la autonomía a que se refieren CHIOVENDA Y MOREL, desde el momento en que es designado y removido por el juzgador con quien trabaja: cfr., verbigracia, los arts. 28, 47, 50 y 74 de la ley orgánica de los tribunales del Distrito y Territorios Federales, de 1968.— Núm. 13: SABATINI traduce *Erwirkung* y *Bewirkungshandlungen* como *actos de parte dirigidos al juzgador* y como *actos de disposición*: cfr. su artículo *Sui concetti di procedimento introdotivo e inammissibilità nel processo penale*, en “Jus” (Milano) (pp. 210-9), p. 213.

B) **NOTAS:** (3, 12): *Teoría gen. proc. y Problemas proc. pen.* se han reeditado, bajo el común denominador de “Principios generales del proceso”, en dos pequeños volúmenes de la colección “Breviarios de Derecho” (Buenos Aires, 1961).— (5) Acerca de las doctrinas concernientes a la naturaleza del proceso, véase *supra*, *Estudio Número 8*. Y en cuanto a la posibilidad de conciliar las concepciones de BÜLOW y de GOLDSCHMIDT, consúltese ALSINA, *La teoría de la situación jurídica no se opone, antes bien, integra el concepto de relación jurídica*, en “Rev. Der. Proc.” argentina, 1952, I, pp. 1-12.— (28) La contraposición de los sujetos procesales en *principales y secundarios o accesorios* la consigna también MANZINI en su *Tratado de Derecho Procesal Penal*, traducción, tomo II (Buenos Aires, 1951), núm. 114, pp. 3-4.— (44) La conferencia de DE PINA sobre *El ministerio público* apareció en “Rev. Esc. Nac. Jurisp.”, núms. 47-48, julio-diciembre de 1950, pp. 89-105, y se reprodujo en la 2ª ed. de su “Derecho Procesal (Temas)” (México, 1951), pp. 167-90.— (45) El artículo de DE PINA sobre *El recurso de casación* figura también en la 2ª ed. de sus “Temas” (cfr. suplemento a la nota anterior), pp. 10-41.— (52) Mi conferencia sobre el *Proyecto cód. proc. pen. para el Distrito*, no se publicó en “Criminalia”, sino en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, núm. 10, enero-abril de 1951, pp. 9-29. Acerca de los motivos determinantes de tal cambio, véase *infra*, *Estudio Número 28, Addenda et Corrigenda*, suplemento a la nota 35.— (55) Véase lo que a propósito del *procesamiento* digo últimamente en *Cuestiones de terminología procesal* (México, 1972), núm. 149.— (59) Para el deslinde entre *confesión (en contra)* y *juramento (a favor)*, véase mi obra *Estampas procesales de la literatura española* (Buenos Aires, 1961), pp. 97-9, en relación con los rendidos por el viejo de la cañaheja ante Sancho Panza como gobernador de Barataria (*Quijote*, II, XLV).— (60) Como complemento de esta nota, véase el núm. 105 de mis citadas *Cuestiones de terminología*.— (61) Mi artículo sobre *El juicio penal truncado* se convirtió, ampliado y actualizado, en el volumen *El allanamiento en el proceso penal* (Buenos Aires, 1962). En virtud de una interpretación errónea del artículo 26 de la Constitución de 1940, la institución fue suprimida en Cuba a partir de 1945: cfr. *El allanamiento*, p. 37, en relación con PORTUONDO Y DE CASTRO, *Evolución histórica del proceso criminal en Cuba* (La Habana, 1953), p. 12; reseña mía, en *Miscelánea Procesal*, tomo I (México, 1972), p. 436.— (72) Acerca de la índole de la *instrucción penal*, véase mi trabajo *En torno a la noción de proceso preliminar* (ahora, *supra*, *Estudio Número 8*), núms. 32-35.— (100) Además del mencionado libro de COUTURE, véase el PIEDRABUENA RICHARD, *Las medidas para mejor*

proveer como institución común a todo procedimiento (Santiago de Chile, 1960) —reseña mía, en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, 1964, pp. 655-7—, así como SENTÍS MELENDO, *Medidas para mejor proveer (El problema de su apelabilidad según nuestra jurisprudencia)*, en “Rev. Der. Proc.” argentina, 1944, II, pp. 126-44, y luego en “Teoría y práctica del proceso: Ensayos de derecho procesal”, vol. III (Buenos Aires, 1959), pp. 211-36.— (108, 124) Téngase en cuenta que el funcionamiento del arbitraje de derecho privado se acomoda actualmente en España a la ley de 22-XII-1953, que ha venido a reemplazar a los preceptos de la ley de enjuiciamiento civil sobre la materia (arts. 790-839).— (109) Véase la traducción del cód. proc. civ. del Vaticano, realizada por SENTÍS MELENDO, en “Rev. Der. Proc.” argentina, 1952, II, pp. 101-75 y 177-258, bajo el título de *Ordenamiento judicial y código de procedimiento civil del Estado de la Ciudad del Vaticano*.— (116) Véase mi reseña del artículo de GARDE CASTILLO, *Los problemas del recurso de casación en derecho internacional privado* (en “Revista Española de Derecho Internacional”; 1951, núms. 2 y 3), en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, núm. 19, enero-abril de 1954, pp. 295-7.— (120) Supresión de la fundamentación de la sentencia en nuestros días: cfr. FAIRÉN GUILLÉN, *La jurisdicción civil y su ejercicio en la Alemania ocupada*, sobretiro de la “Revista Jurídica de Cataluña”, vol. LX (Barcelona, 1949), p. 4, en relación con el decreto germano de 16 de mayo de 1942.— (123) Los trabajos mencionados en esta nota se reproducen: a) el de COUTURE, en sus “Estudios de Derecho Procesal Civil”, tomo II (Buenos Aires, 1949), pp. 179-227; b) los dos míos en “Estudios de Derecho Probatorio” (Concepción, Chile, 1965), pp. 29-52 y 79-89, respectivamente, y c) el de PINA, en 2ª. ed. de “Temas”, cit., pp. 137-48.— (127) Mi artículo sobre *La prueba mediante fama pública* se reproduce en “Ests. Der. Probat.”, cit., pp. 57-78.