

II. POLÍTICA Y ACTIVIDAD PROCESALES. SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO

19) EXPOSICIÓN, POR UN PROFESOR CONTINENTAL EUROPEO, DE UN CURSO ANGLOAMERICANO SOBRE “EVIDENCIA”	191
A) Justificación del empeño	191
B) Cotejo del “civil law” y del “common law”	192
C) Examen de algunas cuestiones en particular (jurado, elección popular de jueces, legislación judicial relativa al proceso, precedentes)	199
D) Enseñanza del derecho	207
E) Colofón	212
F) Anexo: Programa para un curso sobre “evidencia”	213
Addenda et Corrigenda	216

*EXPOSICIÓN, POR UN PROFESOR CONTINENTAL
EUROPEO, DE UN CURSO ANGLOAMERICANO
SOBRE "EVIDENCIA" **

A) Justificación del empeño; B) Cotejo del "civil law" y el "common law"; C) Examen de algunas cuestiones en particular (jurado, elección popular de jueces, legislación judicial relativa al proceso, precedentes); D) Enseñanza del derecho; E) Colofón; F) Anexo: Programa para un curso sobre "evidencia".

1) *A) Justificación del empeño.* Abstracción hecha de que la elección haya recaído en mí, cuando tantos otros procesalistas de lengua española lo habrían desenvuelto en forma muchísimo mejor, el experimento consistente en encomendar a un profesor continental europeo *occidental*¹ la tarea de explicar un semestre de *Evidencia*,² con potestad inclusive para examinar a los alumnos inscritos

* Reconstrucción de la clase inaugural dictada en Ponce el 13 de enero de 1967 en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Puerto Rico. Publicada en la "Revista de Derecho Puertorriqueño", octubre-diciembre de 1967, pp. 243-267 y en el "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", núms. 58-59, enero-agosto de 1967, pp. 211-235.

¹ Puesto que frente a él se alza, desde la Revolución rusa y, sobre todo, desde la implantación del comunismo en los países satélites tras la segunda guerra mundial, el continental europeo *oriental*, conocido también como *socialista*, mientras que aquél es caracterizado en ocasiones como *liberal*. Este calificativo sólo cabe aceptarlo con grandes reservas, tanto en sentido *económico* (ya que el sistema jurídico así llamado rige también en naciones de economía fuertemente dirigida e incluso en algunas que aspiraron a la autarquía: Alemania nazi o España franquista, hasta hace años), como *político* (porque a él pertenecen todavía las dictaduras ibéricas y la semidictadura francesa, y de él firmaron parte los regímenes totalitarios que Europa central padeció, principalmente los encabezados por Hitler y por Mussolini). Por otra parte, el sistema continental europeo (romanista o de *civil law*) prevalece en Iberoamérica, funciona igualmente en diversos Estados asiáticos (Japón, Turquía, etcétera) y, más o menos efectivamente, en bastantes de las nuevas naciones africanas.

² Nos atenemos a la denominación oficial de la asignatura, pese a su *evidente* impropiedad, fruto de una a todas luces errónea traducción literal del vocablo inglés *evidence* —a través de los códigos norteamericanos de que se tomó en Puerto Rico (cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, *Breve historia de los códigos puertorriqueños*, en "Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico", abril-mayo de 1950 [pp. 233-72], p. 272)—, conforme a

en el curso, constituye un ensayo digno de señalarse y que revela las preocupaciones renovadoras del doctor Carlos E. Mascareñas, decano de la Escuela de Derecho en la Universidad Católica de Puerto Rico, con sede en Ponce.

2) A primera vista, sin embargo, el intento podría parecer descabellado, y los objetantes aducirían no ya sus discutibles ventajas, sino la casi imposibilidad de que las instituciones jurídicas angloamericanas sean asimiladas por un docente de derecho continental europeo, o a la inversa,³ en el grado indispensable como para transmitir las luego con fidelidad a sus oyentes, llegado el momento de proceder a la enseñanza de las mismas. Sin negar los riesgos, máxime en una primera salida o aventura quijotesca, la empresa es de tal manera atractiva, que bien vale la pena lanzarse a ella, con tanto más motivo cuanto que diferentes factores la hacen aconsejable en varias direcciones.

3) B) *Cotejo del "civil law" y del "common law"*. Por de pronto, los dos grandes sistemas jurídicos occidentales⁴ —los tres, con la ya obligada inclusión

una acepción que no se corresponde con su significado español, a tenor del cual, "evidencia" quiere decir tanto como "certeza manifiesta y tan perceptible de una cosa, que nadie puede racionalmente dudar de ella" (cfr. *Diccionario de la Lengua Española*, 18ª ed., Madrid, 1966, p. 595). De tan inoportuna como innecesaria anglicanización del término "evidencia" proviene una confusión lastimosa con "prueba" en la ley puertorriqueña sobre la materia (véanse las dos primeras secciones de la misma en la edición de *L.P.R.A.*), con olvido de que alguno de los más destacados expositores de derecho probatorio angloamericano habla de "proof", como sucede con WIGMORE, *The science of judicial proof* (3ª ed., Boston, 1937), a diferencia, por ejemplo, de BENTHAM, *Rational of judicial evidence* (London, 1827); pero téngase en cuenta acerca de la misma, no obra en francés sobre el tema, y lo mismo las traducciones castellanas de la misma, no se refieren en sus títulos a "evidencia", sino a "prueba": *Traité des épreuves judiciaires* (París, 1823; Bruxelles, 1840) y *Tratado de las pruebas judiciales* (traducción de ANDUAGA: Madrid, 1843; idem de BRAVOS Madrid, 1847).

³ Aun cuando, a mi entender —y creo que los propios profesores angloamericanos lo reconocerán—, resulte más sencilla la primera perspectiva que la segunda. En efecto: al jurista de *civil law* le costará mucho menos trabajo *descender* (no en sentido peyorativo, sino como operación lógica) desde su formación dogmática a los casos y precedentes, que no al de *common law* *ascender* desde éstos a un plano general de normas y conceptos abstractos. Con independencia de que probablemente son más los juristas de *civil law* que han estudiado el *common law* que no a la inversa, la facilidad con que grandes juristas europeos perseguidos por las dictaduras de sus patrias (*infra*, nota 28) asimilaron el derecho de Estados Unidos o el de Inglaterra (en ésta, MENDELSSOHN-BARTHELDY o COHN sería la demostración al canto, mientras que en dirección opuesta, acaso tuviésemos que retroceder hasta el inglés Jeremías BENTHAM, que tanto circuló por la Europa continental durante los tiempos de la Revolución francesa e inmediatos, o bien, en nuestros días, a Robert WYNESS MILLAR, escocés naturalizado norteamericano (cfr. COUTURE, *Robert Wyness Millar*, sobretiro de su prólogo al libro *Los principios formativos del procedimiento civil* —Buenos Aires, 1945—, pp. 9-30, del citado autor).

⁴ En contraste con los orientales (musulmán, hindú, etcétera).

del comunista⁵— no son irreductiblemente antagónicos en todos y cada uno de sus aspectos, y a medida que los estudios comparativos entre ambos aumentan⁶ y que se aquilata en el análisis de los respectivos métodos, conceptos e instituciones, van descubriéndose mayores semejanzas entre ellos. Así, verbigracia, el derecho inglés, en lo mucho que tiene y, sobre todo, que tuvo de creación pretoria,⁷ ofrece afinidades indudables con el derecho romano del *ordo iudiciorum privatorum*, pese a que éste sería, en último extremo, el punto de arranque del que precisamente por ello se suele denominar sistema *romanista*, o sea, el de *civil law* para los angloamericanos. Más concreta y recientemente, un insigne jurista italiano, Mauro Cappelletti, ha puesto de relieve cómo en la esfera procesal —es decir, en la disciplina a que se suele adscribir el estudio de la prueba⁸—

⁵ El cual, jurídicamente occidental, sería geográficamente oriental en el continente europeo e incluso por razón de sus proyecciones asiáticas, pese a la actual tirantez de relaciones entre la Unión Soviética y China. Véase *supra*, nota 1, e *infra*, nota 18.

⁶ Véase el artículo de Angelo Piero SERENI, quien durante varios decenios residió en Estados Unidos, *Codificazione e "case law"*, en "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", marzo de 1956, pp. 167-96 (reseña mía, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", núm. 28, enero-abril de 1957, pp. 293-4), cuya nota bibliográfica inicial contiene una larga lista de estudios comparativos entre los dos sistemas, publicados entre 1936 y 1956, a los cuales, naturalmente, han de agregarse los aparecidos desde el último de los años citados, hasta hoy en día.

⁷ "Que tuvo" —decimos—, porque pese al tradicionalismo del pueblo inglés, a diario aumenta en él la legislación en estricto sentido: véase *infra*, núm. 7.

⁸ Tanto desde el punto de vista *doctrinal* como *legislativo*. Sin embargo, en el primer sentido encontramos tres posiciones por lo menos: a) la de CHIOVENDA, cuando distingue entre normas probatorias *generales* (las establecidas para cualquier clase de litigios), que son la mayoría y cuya reglamentación incumbe al derecho procesal, y normas probatorias *particulares* (las referentes a una determinada institución), en reducido número y que pueden permanecer en los códigos substantivos (cfr. *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo*, en "Foro Italiano", 1912, y luego en sus "Saggi di Diritto Processuale Civile", 2ª ed. vol. I —Roma, 1930; pp. 241-59—, pp. 255-7; traducción en "Ensayos de Derecho Procesal Civil", vol. I —Buenos Aires, 1949; pp. 393-415—, pp. 410-3). En contra de la tesis de CHIOVENDA, últimamente, pero con razones que no han logrado convencernos, BALLADORE-PALLIERI, *L'ammissibilità dei mezzi di prova nel diritto internazionale privato*, ponencia general para el Tercer Congreso Internacional de Derecho Procesal, Venecia, abril de 1962, en "Rivista di Diritto Processuale", 1963 —pp. 5-19—, pp. 14-5); b) la de Roberto GOLDSCHMIDT, cuando tras los pasos de su padre James y de KIPP, adscribe los principios sobre carga de la prueba al derecho judicial (cfr. su *Derecho judicial material civil*, núm. X, en "Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo ALSINA" —Buenos Aires, 1946; pp. 317-52—, y luego en sus "Estudios de Derecho Comparado" —Caracas, 1958; pp. 215-52—; véase también SENTÍS MELENDO, *Introducción al derecho probatorio*, en "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", 1965 —pp. 637-79—, pp. 671-3), y c) la de quienes consideramos que si bien la doctrina probatoria ha sido fundamentalmente elaborada por los procesalistas, la prueba en sí se manifiesta asimismo en el ámbito de otras disciplinas jurídicas (verbigracia: derecho administrativo) y, por tanto, pertenece —al menos, en sus aspectos básicos— a la teoría general del

median analogías evidentes entre el enjuiciamiento romano clásico y el de *common law*, por un lado (división en dos fases; libre recepción de la prueba, etcétera), así como entre el bizantino y el de *equity*, por otro.⁹

4) A suavizar el radicalismo del contraste contribuye también la existencia de ordenamientos de tipo intermedio o de tránsito, como sucede con el escocés,¹⁰ y la de países y territorios en que por motivos históricos conviven o se aglutinan los dos sistemas, cual ocurre en Luisiana¹¹ o Texas,¹² en Estados

derecho, aun cuando, desde luego, en ninguna de sus ramas posea la importancia y presente el relieve que en la nuestra. En la dirección legislativa, probablemente a causa de la gravitación del código civil napoleónico de 1804 (cfr. sus arts. 1315-69), son varios los de esta índole que contienen disposiciones probatorias, como sucede con el español de 1888-9 (cfr. sus arts. 1214-53) y con el italiano de 1942 (cfr. sus arts. 2697-739; para la crítica de esta solución, cfr. LIEBMAN, *Norme processuali nel codice civile*, en "Rivista di Diritto Processuale Civile", 1943, I, pp. 154-72), a diferencia de la solución imperante en México, donde la prueba se regula exclusivamente en los códigos procesales (con la salvedad, dicho se está, de las normas probatorias particulares). Acerca de las divergencias entre el derecho probatorio de tipo continental y el de *common law*, véase GIULIANI, *Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato*, en "Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.", cit., 1962, pp. 652-71, y, en un aspecto más concreto, COMOGGIO, *Il problema delle prove illecite nell'esperienza angloamericana e germanica* (Pavia, 1966).

⁹ Cfr. CAPPELLETTI, *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione "civil law" - "common law"* (*Appunti storico-comparativi*), en "Rivista di Diritto Civile", enero-febrero de 1963, pp. 31-64.

¹⁰ Cfr. MACKAY COOPER, *La "common law" e la "civil law" veduti di uno scozzese*, en "Jus: Rivista di Scienze Giuridiche", marzo de 1956, pp. 47-53 (reseña mía, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 27, septiembre-diciembre de 1956, pp. 246-7).

¹¹ Cfr. TUCKER, *The code and the common law in Louisiana*, en "Tulane Law Review", junio de 1955, pp. 739-64 (reseña nuestra, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 25, enero-abril de 1956, pp. 268-9); McMAHON, *The proposed Louisiana code of practice: A synthesis of anglo-american and continental civil procedure*, en "Louisiana Law Review", diciembre de 1953, pp. 36-61 (hay versión italiana en "Jus", 1953, pp. 538-53, y española, en "Revista de Derecho Procesal" argentina, 1953, I, pp. 237-60). Más datos, en ALCALÁ-ZAMORA, *Proyecto de código de procedimiento civil de Luisiana*, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 38, mayo-agosto de 1960, pp. 95-100. Sobre el código ya promulgado, el propio McMAHON, *The Louisiana Code of Civil Procedure*, en "Louisiana Law Review", diciembre de 1960, pp. 1-52, y *El código de procedimiento civil de Luisiana*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núms. 37-40, enero-diciembre de 1960, pp. 851-8; VARIOS, *Symposium: Louisiana Code of Civil Procedure*, en "Tulane Law Review", abril de 1961, pp. 473-607, con artículos de OPPENHEIM, McMAHON, HUBERT, SARPY, JOHNSON, ANDERSON, MILLER, HOOD, TATE y FAIRFAX STONE (reseña nuestra, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 43, enero-abril de 1962, pp. 234-7).

¹² Cfr. McKNIGHT, *The Spanish Influence in the Texas Law of Civil Procedure*, en "Texas Law Review", noviembre de 1959, pp. 24-54. En Texas, el influjo español se manifiesta asimismo con intensidad en otras áreas jurídicas, como sucede con el dere-

Unidos; con la provincia de Quebec, apegada al derecho francés,¹³ a diferencia de las restantes del Canadá, de ascendencia jurídica inglesa; con Ceilán; con la Unión Sudafricana y su combinación institucional francoholandesa en unas direcciones y anglosajona en otras; y singularmente con la mezcla hispano-norteamericana a que responde en su conjunto el régimen jurídico de Puerto Rico,¹⁴ que ha atraído, por lo mismo, la atención de diversos juristas de nuestro idioma,¹⁵ aun cuando éste salga con frecuencia malparado en las traducciones de leyes estadounidenses al castellano hechas en la isla.¹⁶

5) Hace poco tiempo, un jurista inglés subrayaba cómo frente a un mismo problema jurídico, el juzgador anglosajón y el romanista llegarían probablemente, en la inmensa mayoría de los casos, a idéntica solución, aunque obtenida por distinto camino, y extraía de ahí la conclusión de que, en definitiva, las divergencias entre los dos sistemas concernían, no tanto a la cuestión de fondo debatida, como al procedimiento seguido por cada uno de aquellos para alcanzar la decisión.¹⁷ Y si ahora combinamos su tesis con la antes mencionada de Cap-

cho de aguas: cfr. Betty Eakle DOBKINS, *The Spanish Element in Texas Water Law* (Austin, 1959; reseña nuestra en "Bol. Inst. Der. Com. Méx.", núm. 52, enero abril de 1965, pp 199-201).

¹³ Cfr. GENEST, *El procedimiento civil en la Provincia de Quebec*, en "Rev. Der. Proc." argentina, 1944, I, pp. 213-45 (seguidas por la traducción —pp. 246-51— del índice sistemático del código de 1896, reemplazado por el actual de 1965).

¹⁴ Véase el muy documentado libro de Román LÓPEZ TAMÉS, *El Estado Libre Asociado de Puerto Rico* (Oviedo, 1965). El autor fue profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Ponce.

¹⁵ Véanse, entre otros, COUTURE, *El porvenir de la codificación y del common law en el continente americano*, en "Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico", septiembre-octubre de 1948, pp. 1-20, y en "La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración" de Montevideo, marzo de 1949, pp. 49-58 (reseña nuestra, en el "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 6, septiembre-diciembre de 1949, pp. 226-7); MOUCHET, Carlos, y SUSSINI, Miguel, *Derecho hispánico y common law en Puerto Rico* (Buenos Aires, 1953); CASTÁN TOBEÑAS, *En torno al derecho civil de Puerto Rico*, en "Rev. Jur. Univ. Puerto Rico", septiembre-octubre de 1956, pp. 7-18, y VARONA DUQUE DE ESTRADA, *Raíces culturales del derecho de Puerto Rico*, en "Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico", enero-marzo de 1964, pp. 42-8.

¹⁶ Entre otros muchos botones de muestra, mencionaremos sólo dos: uno, el consistente en haber vertido *law of evidence* por *ley de evidencia* y no por *derecho probatorio* (*supra*, nota 2), y otro, el de hablar de "el injunction" (cfr. arts. 690 y 695 cód. enjto. civ. de 1933, entre otros), con olvido: a) de que el vocablo era traducible sin la menor dificultad al español, como mandato, intimación, conminación o requerimiento, e inclusive, a la letra, como *inyunción* (cfr. SENTÍS MELENDO, *Advertencia del traductor a la edición castellana de El procedimiento monitorio* de CALAMANDREI —Buenos Aires, 1946—, pp. 7-8), y b) de que en español, todas las palabras terminadas en *ción* son femeninas, y otro tanto sucede con sus equivalentes en los demás idiomas latinos.

¹⁷ Cfr. DIPLOCK (Lord Justice), *La procédure civile en Angleterre*, en "Revue de Droit International et de Droit Compare" (Bruxelles), 1964, núm. 4 (pp. 189-202), pp. 189-91.

pelletti (*supra*, núm. 3), al mostrar también semejanzas de índole procedimental entre el enjuiciamiento romano y el anglosajón, veremos en qué medida las distancias se acortan.¹⁸

6) Queda todavía, dicho se está, la *cuestión terminológica*, tanto por la dificultad, a veces, de encontrar el vocablo que vierta con exactitud el contenido de la institución o del concepto a trasladar de uno de los sistemas al lenguaje jurídico del otro, como por la ligereza inaudita con que a menudo proceden los traductores, aunque como disculpa puedan aducir que casi siempre se les retribuye muy mal. La consecuencia de esta tacañería es la de que las personas cultas (primer requisito para efectuar una buena traducción), con dominio profundo de ambos idiomas (el ajeno y el propio, y acaso más necesario el del segundo que el del primero) y con pleno conocimiento de la materia a traducir, suelen rehuir cuanto pueden las tareas traductoras, que pasan así a las pecadoras manos de irresponsables destajistas, interesados únicamente en terminar, y cobrar, cuanto antes, sin preocuparse lo más mínimo de revisiones, cotejos ni consultas. En todo caso, las discrepancias terminológicas poseen un valor diferenciativo secundario, puesto que se manifiestan también entre textos doctrinales, legislativos o jurisprudenciales pertenecientes a un mismo sistema.¹⁹

7) El arrollador *expansionismo del Estado*, que penetra en todas las esfe-

¹⁸ En cambio, en orden al derecho soviético acaso suceda lo contrario, es decir, por motivos político-económico-sociales, la solución será a menudo distinta, pero el camino a seguir para alcanzarla y la técnica de los textos legislativos utilizables, no dejarán de presentar afinidades importantes con los del sistema de *civil law*.

¹⁹ Verbigracia: ni los *Amtsgerichte* ni la *Beschwerde* alemanes coinciden exactamente con los juzgados y el *recurso de queja* españoles (cfr. mis *Adiciones al "Derecho Procesal Civil" de Goldschmidt*, Barcelona, 1936, páginas 148 y 431); tampoco, pese a la correspondencia literal, el *tribunale italiano*, órgano *específico* de jurisdicción, concuerda con el significado *genérico* que a *tribunal* se le suele dar en España (cfr. mi *Advertencia acerca de la traducción y de las adiciones* —a saber: de las que acompañan a la edición castellana del *Sistema de Derecho Procesal Civil* de CARNELUTTI, tomo I, Buenos Aires, 1944—, p. XXIV); harto discutible es también que *acte authentique* sea traducible como *acto auténtico*, en artículos cual el 1692, núm. 7, de la ley de enjuiciamiento civil española de 1881 (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *A propósito del "concepto de documento auténtico"*, en "Ensayos de Derecho Procesal", Buenos Aires, 1944, pp. 681-7, y *Advertencia del traductor* a la edición castellana de *La prueba civil* de CARNELUTTI, Buenos Aires, 1955, pp. XXXIII-XXXIV). Nada digamos de algunas traducciones inauditas de que tuve noticia hace años, y en virtud de las cuales, *Corte dei Conti* resultaba ser, no el *Tribunal de Cuentas*, sino la *Corte de los Condes*, a la vez que la *Corte d'assise* nada tenía que ver con el *Jurado* (aunque no quepa identificarla con él: cfr. mi *Adición al número 264 del Sistema de Carnelutti*, cit., tomo II, p. 391), sino que era el *Tribunal de Asís* (con mayúscula y todo, como si se tratase de la ciudad vinculada con San Francisco)...

ras,²⁰ por influjo de las más diversas ideologías políticas (aunque algunas que se reputan incompatibles —aludo a las totalitarias de derecha y de izquierda— muestren coincidencias esenciales),²¹ ha hecho que en Inglaterra, y con mayor motivo en Estados Unidos, el derecho legislado vaya predominando cada día más sobre los precedentes judiciales y aproximándose, en consecuencia, al de los países del sistema continental europeo. La creciente *administrativación* de la vida pública en Inglaterra a partir del primer gobierno laborista de la segunda posguerra mundial²² y el aumento incesante de textos legislativos que en ella se advierte desde el siglo XIX a nuestros días,²³ no pueden ser más significativos como indicio de hacia donde van las aguas. Y si un pueblo tan tradicionalista, como el inglés, no ha vacilado recientemente en abandonar su viejo sistema de pesas y medidas e inclusive su régimen monetario, para acomodar uno y otro a las exigencias del mucho más sencillo y progresivo de tipo métrico decimal, no es aventurado predecir que asimismo en materia jurídica la incontenible corriente legislativa acabará, más pronto o más tarde, y con mayor o menor nostalgia, por relegar al olvido el *stare decisis* o, a lo sumo, por reconocerle tan sólo un papel secundario. Huelga decir que si ésa es la marcha previsible de los acontecimientos en Inglaterra, con mayor motivo debe serlo en Estados Unidos, país mucho más joven y, por consiguiente, con menor apego al pasado; compuesto por aludes de emigrantes europeos, procedentes en su

²⁰ Ya en la exposición de motivos del código civil napoleónico estampó PORTALIS la frase "*Tout devient droit public*", ampliamente desenvuelta mucho tiempo después por RIPERT en su impresionante libro *Le déclin du droit: Études sur la législation contemporaine* (Paris, 1949), pp. 37-66 (reseña nuestra, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 7, enero-abril de 1950, pp. 189-92), determinante, a su vez, del volumen *La crisi del diritto* (Padova, 1953, donde se recogen las conferencias al respecto del propio RIPERT y de CAPOGRASSI, RAVÁ, DELITALA, JEMOLO, BALLADORE-PALLIERI, CALAMANDREI y CARNELUTTI.

²¹ Partido único, desconocimiento de los derechos de la oposición, espíritu antiliberal, desaforado intervencionismo estatal, régimen de terror mediante la actuación de policías omnímodas y de jurisdicciones de excepción, etc.

²² Cfr. ROBSON, *Justice and Administrative Law: A Study of the British Constitution* 3ª ed. (London, 1951), pp. XI-XVIII; MACKAY COOPER, *ob. cit.*, p. 53.

²³ Véase ROBSON, *ob. cit.*, pp. XIX-XXIV y 28-39, por lo que concierne al crecimiento del derecho administrativo. En otros campos, recordemos en la esfera penal la *Children and Young Act* de 1933, la *Children Act* de 1947, la *Money Payments Act* de 1935, y, sobre todo, la *Criminal Justice Act* de 1948 (reseña nuestra de esta última, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 17, mayo-agosto de 1953, pp. 183-5: véanse, además, en el volumen *Introduction au droit criminel de l'Angleterre*, dirigido por Marc ANGEL y Léon RADZINOWICZ (Paris, 1959), las aportaciones de F. LAWSON (pp. 233-7) y de sir Lionel FOX (pp. 259-300), tituladas, respectivamente, *Le mouvement en faveur de la codification* y *L'évolution du système pénitentiaire et les méthodes de traitement*. En materia civil, según nos informó en 1966 el profesor JOLOWICZ, se halla pendiente de discusión parlamentaria un proyecto de código sobre contratos. Acerca de la codifica-

mayoría de naciones de *civil law*, y al que consideraciones internas²⁴ e internacionales²⁵ impulsan cada día más hacia fórmulas de legislación unificada y codificada. Que la técnica legislativa hasta ahora seguida con tal objeto deje mucho que desear,²⁶ obedece a que Estados Unidos, gran potencia en muchos órdenes (político, militar, económico, industrial, nuclear, deportivo, etcétera), no lo es ciertamente en el campo jurídico: si su derecho se estudia, y si alguna institución suya en particular, como el *trust*,²⁷ ha trascendido de fronteras afuera,

ción en Norteamérica, cfr. WAGNER, *La codificazione del diritto in Europa e el movimento per la codificazione negli Stati Uniti alla metà del secolo decimonono*, en "Jus", 1959, pp. 119-33, así como TUCKER, *Tradition and Technique of Codification in the Modern World: the Louisiana experience*, en "Louisiana Law Review", abril de 1965, pp. 698-721.

²⁴ A la cabeza, los inconvenientes cada día mayores del federalismo en su proyección legislativa estadual: acerca de este extremo y de los esfuerzos para contrarrestarlo (*Restatement*, códigos modelos, reglas uniformes, influjo de la legislación federal sobre las estadales, etcétera), véase lo que decimos en *Unificación de los códigos procesales mexicanos, tanto civiles como penales*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núms. 37-40 (pp. 265-309), pp. 270-3. Con posterioridad, el *Model Penal Code* de 1962 (*infra*, nota 26). El enorme número de litigios que se tramitan en Estados como Nueva York, Illinois, California, etc., hace, además, sumamente laboriosa la consulta de precedentes, pese al empleo inclusive de máquinas con tal fin (*infra*, núm. 12).

²⁵ Como la exorbitante masa de transacciones comerciales entre los Estados Unidos y todos los países del orbe, complicadas sobremanera, en orden a los conflictos de leyes, por la diversidad de la legislación interna de aquéllos. A este respecto, resulta inconcebible que, por ejemplo, Estados Unidos no haya ratificado todavía la convención de Nueva York sobre arbitraje, de 1958 (cfr. DOMKE y otros, *International trade arbitration: A road to world-wide cooperation*, New York, 1958). También, por razón de su posición política, Estados Unidos tiene que participar, cada día más, en congresos jurídicos internacionales, donde, dicho sea de paso, no siempre sus delegados quedan a mucha altura, a causa, sin duda, de las notorias deficiencias de que adolece en Norteamérica la enseñanza del derecho, así como por las características de su sistema legal y su pertenencia, en gran parte, a las entidades federativas, con las dificultades que tales factores suponen en convenciones tendientes a lograr la unificación jurídica en el mundo.

²⁶ Para una crítica de la misma (saltos... cangurescos en artículos y secciones, cauisismo, falta de sistema, abuso de definiciones, etcétera), véase nuestra reseña del *Model Penal Code*, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 54, septiembre-diciembre de 1965, pp. 803-8.

²⁷ Acerca del mismo, véanse, entre otros, los siguientes trabajos aparecidos en países hispanoamericanos: a) ALFARO, *Adaptación del trust del derecho anglosajón al derecho civil*, en "Cursos Monográficos" de la Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional (La Habana, 1948), pp. 7-108; b) BATIZA, *El trust norteamericano y el fideicomiso latinoamericano*, en "Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado" (Tegucigalpa), 1964, núm. 3-4, pp. 75-99; c) GOLDSCHMIDT, Roberto, *Trust, fiducia y simulación*, en "Estudios de Derecho Comparado" (Caracas, 1958), pp. 380-96, y *El fideicomiso en la reciente legislación venezolana*, en *ob. cit.*, pp. 401-26; d) GOLDSCHMIDT, R., y EDER, Phanor, J., *El fideicomiso (trust) en el Derecho comparado (especialmente americano)* (Buenos Aires, 1954); e) MOLINA PASQUEL: estudios suyos citados en nuestro *Prólogo* a su libro *Contempt of court, correcciones disciplinarias y medios de apremio* (México, 1954), p. 8; f) FIX ZAMUDIO, *Algunos problemas proce-*

atribúyase a esa posición preeminente que acabamos de destacar y no a las excelencias de su dogmática, que pese a la emigración de varios grandes juristas europeos durante los últimos decenios,²⁸ se encuentra a distancia astronómica de la alemana y de la italiana,²⁹ ni mucho menos a la calidad de su administración de justicia, aquejada de gravísimos males, que habrá de corregir de manera rápida y tajante, si quiere servir de faro al mundo.³⁰

8) C) *Examen de algunas cuestiones en particular (jurado, elección popular de jueces, legislación judicial relativa al proceso, precedentes)*. Menos aún cabe encontrar discrepancias absolutas entre *common law* y *civil law* a base de fijarnos en unas cuantas peculiaridades aisladas de aquél, tanto por el alcance restringido de las mismas, que cabría encontrar también entre ordenamientos nacionales de un mismo sistema,³¹ como porque, según vamos a ver, no tienen

sales relacionados con el fideicomiso mexicano, en "Revista de Derecho Procesal" española (Colegio de Secretarios Judiciales), núm. III, julio-septiembre de 1966, pp. 41-81. En cuanto a la influencia del constitucionalismo norteamericano, respondió a factores histórico-políticos relacionados con el momento en que se produjo la independización del mundo hispanoamericano, y tiende a disminuir.

²⁸ A causa de las persecuciones totalitarias y de la segunda guerra mundial. Así, entre los de habla alemana, DOMKE, KELSEN, KUNZ, NADELMANN, NUSSBAUM, RABEL, RADBRUCH o SCHLESINGER; entre los de lengua italiana, ASCARELLI, PEKELIS o SERENI; entre los de idioma español, LÓPEZ-REY, MALAGÓN BARCELÓ o RECASÉNS (este último, regresado a México hace años).

²⁹ E incluso de la de otros países, como Argentina, Austria, Brasil, España, la misma Francia (pese a la alarmante y prolongada declinación de su ciencia jurídica desde hace bastantes decenios), Suiza, Uruguay, etcétera. Véase ALLORIO, *Ciencia jurídica europea*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 9, enero-marzo de 1953, pp. 157-207; y a propósito del enjuiciamiento en particular, mi ensayo *Veinticinco años de evolución del derecho procesal: 1940-1965*, núms. 48-53, 59 y 61 (actualmente en prensa). [Aparecido en México, 1968].

³⁰ Aparte la pluralidad de ordenamientos procesales (*supra*, nota 24), los cuatro jinetes del Apocalipsis de la justicia norteamericana son, a nuestro entender, la elección popular, el jurado, el interminable sistema de recursos —baste recordar, hacia 1960, el caso Chessmann: cfr. PEREDA, *En torno al proceso de Chessmann*, en "Sic" (Caracas), 1960, pp. 121-4— y el régimen de legislación judicial. Para una crítica de la justicia estadounidense, cfr. NÉRINCX, *L'organisation judiciaire aux États Unis* (París, 1909), y más recientemente, André TUNG y Suzanne TUNG, *El Derecho de los Estados Unidos de América: Instituciones judiciales, fuentes y técnicas* (traducción del francés —*Le Droit des États Unis d'Amérique: Sources et techniques* (París, 1955)— México, 1957), pp. 82-3, 90-100 y 108-9.

³¹ Pensemos en divergencias y singularidades nacionales, como las representadas por la casación francesa, o con reenvío, en contraste con la española, o sin él; por las comisiones de conciliación para el trabajo en los arrozales italianos (cfr. CHIOVENDA, *Principii di Diritto Processuale Civile*, 4ª ed. Napoli, 1928, pp. 434-5); por el Tribunal de las Aguas de Valencia (cfr. GINER BOIRA, *El tribunal de las aguas de la vega de Valencia*, Valencia, 1953, o PERIS GIMENO, *El tribunal de las aguas de Valencia*, en "Revista de Derecho Español y Americano", enero-marzo de 1964, pp. 87-94); por la inembarga-

el carácter de exclusividad, sino que se manifiestan igualmente o han sido acogidas, en mayor o menor escala, en países de derecho romanista.

9) Comenzaremos el recorrido por el *jurado*. Dando por supuesto, aun cuando sea extremo controvertido,³² que la institución naciese en Inglaterra,³³ y dejando al margen, porque nos desviaría de nuestra ruta, la polémica en torno a sus ventajas e inconvenientes —no sin declarar antes que somos antijuradistas ciento por ciento—,³⁴ lo que no suscita dudas es que el seudotribunal popular se conoce fuera de ella y de Estados Unidos, en naciones europeas y americanas de *civil law*.³⁵ Más aún: si bien con características propias, la intervención de jueces legos la encontramos asimismo entre los rasgos distintivos de la administración de justicia en los países comunistas.³⁶ Harina de otro costal es que el jurado funcione en Inglaterra mejor que en otras partes, aunque no, desde luego, de atenernos al cuadro que de él traza el famoso novelista Carlos Dickens, de cuya pluma sale harto maltrecho.³⁷ De cualquier modo, el crédito de que

bilidad, en Italia, de los gusanos de seda cuando en su mayoría no estén ya sobre las ramas para formar el capullo (cfr. art. 516 cód. proc. civ. de 1940) o, en México, de las armas y caballos de los militares en servicio activo (cfr. art. 544, frac. VI, cód. proc. civ. del Distrito Federal de 1932). En ocasiones, una misma institución es acogida en los dos sistemas, pero adscrita en cada uno de ellos a distinta zona jurídica, según acontece con la prescripción, que en Estados Unidos se suele reputar de naturaleza procesal y no substantiva: cfr. PHILONENKO, *Prescripción extintiva en derecho internacional privado*, en “Rev. Fac. Der. Méx.,” núm. 5, enero-marzo de 1952 (pp. 53-95), pp. 65-74.

³² Acerca de los antecedentes del jurado, véase lo que decimos en *Derecho Procesal Penal* (en colaboración con LEVENE H.), tomo I (Buenos Aires, 1945), pp. 258-9.

³³ Con la *Magna Carta* (1215) en tiempos del rey Juan Sin Tierra.

³⁴ Véase lo que decimos en nuestro citado *Derecho Proc. Pen.*, tomo I, pp. 261-8, y en *El jurado popular*, comunicación presentada al “Tercer Congreso Nacional de Sociología”, celebrado en Monterrey 1952, e impreso en el volumen “Estudios Sociológicos (Sociología Criminal)” (México, 1954), pp. 207-17.

³⁵ Como Francia, España (de 1888 a 1923 y de 1931 a 1936), México (aun cuando intervenga raras veces, para juzgar o, más exactamente, para absolver sistemáticamente a modestos funcionarios inculcados de sustracción de fondos), etcétera. Acerca de la institución en otros países de América, véase Helen L. CLAGETT, *The Administration of Justice in Latin America* (New York, 1952), pp. 116-22. En algunas naciones, la participación de jueces legos no reviste la forma de jurado, sino la de escabinato, como sucede en Alemania, es decir, deliberan conjuntamente con los jueces juristas y no por separado.

³⁶ Donde, verbigracia, VISHINSKI se mostró entusiasta del jurado: cfr. su libro *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, traducción castellana (Montevideo, 1950), pp. 20-5 y 29-34. Acerca del principio del juez popular en la legislación soviética, cfr. DAWYDOW, *Zu einigen Fragen des sowjetischen Strafprozesses im Zusammenhang mit der Ausarbeitung einer Entwurfs der Strafprozessordnung für die Zivilprozessgesetzgebung*, en rev. cit., octubre de 1957, cols. 593-605 (reseñas mías de dichos artículos, en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.,” núm. 28, enero-abril de 1957, pp. 339-31, y núm. 32 mayo-agosto de 1958, pp. 300-1).

³⁷ Véase, en efecto, el capítulo XXXIV de *The Pickwick Papers* (1836-7).

gozó, por motivos políticos, a lo largo del siglo XIX entre elementos liberales y de izquierda,³⁸ ha disminuido sobremanera, y en la propia Inglaterra se está extinguiendo en asuntos civiles³⁹ y sólo interviene en un número reducido de procesos penales,⁴⁰ aunque, eso sí, los más graves. En cuanto a Estados Unidos, Jerome N. Frank, tras recordar las dos razones de su arraigo allí —a saber: la histórico-sentimental, basada en la oposición que durante la Colonia representaron los jueces legos frente a los designados por el Gobernador, y la política actual, debida a la desconfianza de los justiciables hacia la magistratura de primer grado, designada en numerosas entidades federativas mediante elección popular—, hace una crítica demoledora del jurado, difícilmente rebatible.⁴¹ E incluso la constitucionalidad de suprimirlo en materia civil ha sido ya planteada en Norteamérica.⁴² Cabe, pues, imaginar, sin que para ello se requieran tampoco (*supra*, núm. 7) dotes sobrenaturales de zahorí, que el jurado, falto en absoluto de preparación para afrontar las nuevas exigencias de la lucha

³⁸ Conviene recordar, sin embargo, que la crítica más dura del jurado es probablemente la de Enrico FERRI en *Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal* (cfr. las pp. 327-60 de la 2ª ed. española, Madrid, 1887), en tiempos en que además de uno de los triunviros del positivismo criminal, era miembro del partido socialista italiano. También DORADO MONTERO, de inequívoca ideología izquierdista, al propugnar que el juez penal por él imaginado, o sea el *médico social*, como le llama, tenga una *gran competencia científica*, se está manifestando, aunque sin nombrarlo, en contra del jurado (cfr. su obra recopilativa *El derecho protector de los criminales*, nueva edición —Madrid, 1915—, tomo I, pp. 372 y 606). Muy significativo es asimismo que cuando en 1933 se promulga en España la primera ley sobre peligrosidad sin delito que ha regido en el mundo, o sea la relativa a vagos y maleantes, no se encomendase su aplicación a jueces legos, pese a que sus autores fueron dos penalistas de tan notorio izquierdismo, como Luis JIMÉNEZ DE ASÚA y Mariano RUIZ-FUNES.

³⁹ Según DIPLOK, *ob. cit.*, p. 197, el 98% de los litigios civiles se substancia sin intervención del jurado. En el mismo sentido, MEGARRY, *Lawyer and Litigant in England* (London, 1962), p. 5.

⁴⁰ De acuerdo con datos de RADCLIFF y CROSS (*Britain, An Official Handbook*, 1954, p. 65) recogidos por SILVEIRA (cfr. su artículo *La justicia inglesa de hoy*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núms. 17-18, enero-junio de 1955 —páginas 197-221—, p. 216), sobre un total aproximado de 657,000 personas inculpadas en 1934 ante los distintos tribunales represivos ingleses, sólo 7,000 fueron juzgadas por el jurado, mientras que 592,000 comparecieron ante las *Police Courts*, y las restantes 58,000 ante *Petty Sessions* o *Magistrate's Courts*. Recordemos, además, que el *Grand Jury* fue abolido en Inglaterra en 1933: cfr. PASTOR LÓPEZ, *El proceso penal inglés (Estudio comparativo de sus directrices fundamentales)*, en "Rev. Der. Proc." española, enero-marzo de 1967 (pp. 67-124), pp. 86-7. En cambio, perdura aún en Estados Unidos, más tradicionalistas al respecto que su antigua metrópoli.

⁴¹ Véase su artículo *La giuria ed il mito del giudice disumano*, versión italiana del volumen "Law and the Modern Mind", en "Jus", 1956, pp. 344-54 (reseña mía, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 30, septiembre-diciembre de 1957, pp. 298-9).

⁴² Cfr. KARLEN, Delmar, *Can a State abolish the Civil Jury?*, en "Wisconsin Law Review", 1965, núm. 1, pp. 103-12.

contra el crimen y el estado peligroso,⁴³ pasará dentro de no mucho tiempo a mejor vida, y entonces desaparecerá inclusive la nota que lo muestra como institución peculiar de los países de *common law*, a la vez que como importada y casi diríamos que cual exótica en los de *civil law*.

10) Nos hemos referido en el número precedente a la frecuencia con que en Estados Unidos los jueces son designados en virtud de *elección popular*. Pero tal rasgo no es una exclusividad del sistema anglosajón, ya que además de no aplicarse en todos los Estados de la Unión norteamericana, no opera en Inglaterra, donde los jueces son nombrados por el Ejecutivo,⁴⁴ y, por el contrario, desde la antigua Roma (bien que con trazos muy peculiares),⁴⁵ a la moderna Suiza,⁴⁶ pasando por la Revolución francesa⁴⁷ y por otras diversas expe-

⁴³ Acerca de la legislación sobre estado peligroso, véanse las noticias que suministramos en *El sistema procesal de la ley relativa a vagos y maleantes*, en "Ensayos de Derecho Procesal" (Buenos Aires, 1944; pp. 175-234), *passim*, con referencias no sólo al texto español objeto del mencionado estudio (*supra*, nota 38), sino también a los de Uruguay y Venezuela y a los proyectos argentino y chileno. Más tarde, RUIZ-FUNES, *La peligrosidad y sus experiencias legales* (La Habana, 1948), y CALVO BLANCO, *El juicio de peligrosidad* (en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 13, enero-abril de 1952, pp. 43-54). Datos concernientes a Colombia, El Salvador, Guatemala y Paraguay, en la nota 175 (p. 307) de mi trabajo *En torno a la noción de proceso preliminar*, en "Scritti giuridici in onore della Cedam nel cinquantenario della sua fondazione", vol. II (Padova, 1953; pp. 265-316). Añadamos aún: a) Chile, Ley de estados antisociales, de 1954, que de hecho no se aplica, por falta de establecimientos *ad hoc*; b) Alemania, Ley federal de procedimiento judicial en privaciones de libertad por motivos de peligrosidad (*Gefährlichkeit*), de 29 de junio de 1956, y c) Italia, Ley sobre medidas de prevención respecto de personas peligrosas para la seguridad y la normalidad públicas, de 27 de diciembre de 1956: cfr. NUVOLONE, *Il controllo del potere discrezionale attribuito al giudice per la determinazione delle misure di sicurezza*, en "Jus", 1958, pp. 244-57; Idem, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali della libertà del cittadino*, en el volumen "Stato di diritto e misure di sicurezza" (Padova, 1962), pp. 161-79, y ZUCALÀ, *Sulla natura giurisdizionale del processo di prevenzione criminale*, en el vol. cit., pp. 131-52.

⁴⁴ Cfr. verbigracia, BECEÑA, *Magistratura y Justicia: Notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial* (Madrid, 1928), pp. 111-4; CURTI, *Englands Zivilprozess* (Berlín, 1928), pp. 5-7; MEGARRY, *ob. cit.*, pp. 117-29.

⁴⁵ Cfr. WENGER, *Institutionen des Römischen Zivilprozessrechts* (München, 1925), pp. 558.

⁴⁶ Cfr. HEUSLER, *Der Zivilprozess der Schweiz* (Mannheim, Berlín, Leipzig, 1923), pp. 1-9.

⁴⁷ "...la elección popular fue ensayada en Francia bajo la Revolución, con tan deplorables resultados, que en 1806 fue suprimida por Napoleón, aunque sin volver al régimen de venta de cargos judiciales anterior a 1789 y sí instaurando la designación por el Ejecutivo": ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho Proc. Pen.*, tomo I. pág. 271. También los *acusadores públicos* fueron nombrados en la Francia revolucionaria mediante elección popular (*ob. y tomo cit.*, p. 375).

riencias,⁴⁸ la elección popular se ha utilizado o se continúa empleando en diversos países para la provisión de cargos judiciales. Semejante criterio, que reputamos pésimo, porque proyecta la política sobre la administración de justicia y porque no garantiza una sola de las cualidades indispensables para el buen desempeño de la judicatura,⁴⁹ se difundió en Estados Unidos en virtud de un argumento de escasa consistencia, o sea, el de que siendo la nación norteamericana una democracia asentada en el principio de la división de poderes, y designándose tanto el Ejecutivo como el Legislativo mediante elección popular, la consecuencia requería que el sufragio se extendiese asimismo al Judicial, por lo menos en sus peldaños inferiores.⁵⁰ Tal tesis, que se propagó singularmente durante los años 1830 a 1850, comenzó a perder fuerza a partir de 1870, ante los nada halagadores frutos cosechados, los cuales, de rechazo, han favorecido al jurado (*supra*, núm. 9), cuando ni de aquélla ni de éste cabe esperar remedio para los gravísimos defectos de la justicia norteamericana, cuyo contraste con la inglesa —acaso la mejor del orbe—⁵¹ tanto resalta, sino de su rápida y total profesionalización, es decir, del desempeño de la judicatura única y exclusivamente por jueces juristas, con una preparación —agregamos— muy superior a la que en la actualidad suelen suministrar las Escuelas de Derecho estadounidenses, adormecidas bajo el peso del *case method*, del que luego diremos algo (*infra*, núms. 13 y 14).

11) Tampoco la atribución al Judicial de facultades para *legislar en materia procesal* (inclusive la llamada "evidencia", o sea la prueba), consagrada, ver-

⁴⁸ Como la española bajo la Segunda República. Acerca de sus desastrosos resultados, véase ALCALÁ-ZAMORA, *Un grave problema judicial y político: La justicia municipal*, en "Revista de los Tribunales y de Legislación Universal", 14 de mayo de 1932, pp. 297-302, y luego en "Estudios de Derecho Procesal" (Madrid, 1934), pp. 67-78.

⁴⁹ "Nadie ha conseguido, en efecto, explicarnos aún por qué curioso mecanismo el sufragio, que es y no puede ser otra cosa que una expresión de voluntad, se transforma hasta conseguir dotar a una persona de las cualidades indispensables para el desempeño de la función judicial, es decir, moralidad, independencia, sentido de lo justo y conocimiento del derecho"; *ob. cit.*, en la nota anterior, p. 69, de "Estudios".

⁵⁰ Cfr. NÉRINCX, *ob. cit.*, p. 222. El argumento esgrimido en el texto tiene escasa o nula consistencia (*supra*, nota 49), ya que mientras el Poder Legislativo y el Ejecutivo son esencialmente políticos (sin perjuicio de que cada día en mayor medida los textos legislativos le sean preparados al primero por comisiones u organismos técnicos y de que el segundo dependa a cada paso de servicios y funcionarios administrativos de toda índole), el Judicial no tiene por qué serlo. Mientras la Política implica *partidismo*, la Justicia requiere *imparcialidad*, y ésta no hace buenas migas con aquél.

⁵¹ Acerca de las excelencias de la justicia inglesa, véanse entre otros, los trabajos de DE FRANQUEVILLE, LÉVY-ULLMANN, MENDELSSOHN-BARTHOLDY, CURTI, COHN, TIRANTI, CROCIONI, BECEÑA (*supra*, nota 44), COUTURE y SILVEIRA (*supra*, nota 40) que citamos en la nota 27 (pp. 33-4) de nuestras *Estampas procesales de la literatura española* (Buenos Aires, 1961). En cuanto a los puntos vulnerables de la justicia norteamericana, *supra*, nota 30.

bigracia, en Puerto Rico por la Constitución de 6 de febrero de 1952 (en vigor desde el 25 de julio del propio año) en la sección 6ª de su artículo V,⁵² puede citarse como nota distintiva del *common law*, aun dándose tanto en Estados Unidos como en Inglaterra.⁵³ La llamada *legislación judicial*, valga la paradoja, a fin de diferenciarla de la *legislación legislativa*, valga la redundancia, además de ofrecer amplio blanco a la crítica,⁵⁴ se ha conocido en diferentes épocas y en distintos países. Auténtica legislación judicial de contenido procesal fueron, en efecto, muchos de los famosos *Autos Acordados* del Consejo de Castilla anejos a la *Nueva Recopilación* e incluso los de alguna Audiencia virreinal, como la de México;⁵⁵ en cierta medida, las *Circulares* de los Tribunales Supremos tendientes a lograr pautas uniformes en la administración de

⁵² "ARTÍCULO V: DEL PODER JUDICIAL. § 6 (Reglas de evidencia y de procedimiento civil y criminal): El Tribunal Supremo adoptará, para los tribunales, reglas de evidencia y de procedimiento civil y criminal que no menoscaben, amplíen o modifiquen derechos sustantivos de las partes. Las reglas así adoptadas se remitirán a la Asamblea Legislativa al comienzo de su próxima sesión ordinaria y regirán sesenta días después de la terminación de dicha sesión, salvo desaprobación por la Asamblea Legislativa, la cual tendrá facultad, tanto en dicha sesión como posteriormente, para enmendar, derogar o complementar cualquiera de dichas reglas, mediante ley específica a tal efecto." La legislación judicial se encuentra, pues, bajo la espada de Damocles de la Asamblea Legislativa (véase *infra*, nota 54).

⁵³ Acerca de Estados Unidos, cfr. TUNG (André y Suzanne), *ob. cit.*, p. 21; en cuanto a Inglaterra, BECEÑA, *ob. cit.*, pp. 135-6.

⁵⁴ Véase nuestra reseña del artículo de Jeannette RAMOS BUONOMO, *La naturaleza del poder del Tribunal Supremo de Puerto Rico para adoptar reglas de procedimiento civil y criminal y reglas de evidencia* (en "Rev. Jur. Univ. Puerto Rico", 1964, núms. 3-4, pp. 391-408), en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", número 53, mayo-agosto de 1965, pp. 652-3. Añadamos que concretamente en Puerto Rico y en relación con el proyecto de ley de "evidencia", el sistema de legislación judicial ha dado lugar a un interminable peloteo entre el Tribunal Supremo y la Asamblea Legislativa, en virtud del cual, adoptadas sucesivamente por aquél el 13 de enero de 1958, el 9 de enero de 1959, el 20 de noviembre de 1959 y el 27 de diciembre de 1960, fueron respectivamente desaprobadas por leyes de 23 de junio de 1958, 19 de junio de 1959, 24 de junio de 1960 y 27 de junio de 1961: cfr. *Práctica Forense Puertorriqueña. Tomo 3: Ley de Evidencia, Proyecto de Reglas de Evidencia, Uniform Rules of Evidence* (Orford, 1964), pp. 2-3. Acerca de por qué deben ser los procesalistas y no los prácticos quienes elaboren las leyes procesales, cfr. CHIOVENDA, *Del sistema negli studi del processo civile*, en "Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche", 1908, y luego en sus "Saggi", vol. I (pp. 227-38), pp. 227-8 (traducción, Buenos Aires, 1949 —pp. 375-89—, pp. 375-6) y ALCALÁ-ZAMORA, *Algunas observaciones acerca de la reforma procesal*, en "Rev. Trib. y Legis. Univ.", 7 de enero de 1933, y luego en "Estudios de Derecho Procesal" cit. (pp. 135-51), pp. 143-50.

⁵⁵ Los *Autos Acordados* fueron objeto de diversas ediciones: 1723, 1745, 1772, 1775, 1777. Acerca de los emitidos por la Audiencia de México, cfr. R. DE PINA y J. CASTILLO LARRAÑAGA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil* 1ª ed. (México, 1946), p. 32; 6ª, 1963, p. 36, y TORO, *Los tribunales de la época colonial* en "Revista General de Derecho y Jurisprudencia", 1932, p. 361.

justicia;⁵⁶ por recuerdo, sin duda, de los susodichos *Autos* españoles, las *Acordadas* del derecho argentino;⁵⁷ o bien la potestad reglamentaria para completar las normas procedimentales, conferida por diversos códigos mexicanos a los más altos tribunales de su organización judicial.⁵⁸ Resulta, pues, asimismo inútil tratar de descubrir por este lado una divergencia absoluta, máxime si se piensa que nada impide la existencia de semejanzas acusadas y hasta, en principio, de identidad plena entre un texto legislativo *stricto sensu* y uno de elaboración judicial.⁵⁹

12) ¿Lograremos marcar una diferencia categórica fijándonos en el relieve y vinculatoriedad de los *precedentes judiciales* en Inglaterra y Estados Unidos? Prescindamos de las incomodidades crecientes que el manejo de colecciones de longitud kilométrica suscita, pese a los minuciosos índices para su consulta y hasta al empleo de máquinas con fines de rápida búsqueda y localización. Nos interesa tan sólo recordar, además del valor *indicativo* que la jurisprudencia de los tribunales, especialmente la de los más altos o supremos posee en todas partes, la circunstancia de que distintos ordenamientos de *civil law* le atribuyen fuerza *vinculativa*.⁶⁰ Tal es el caso, por ejemplo, en México de la jurisprudencia

⁵⁶ A título de ejemplo, recordaremos la de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo español de 16 de febrero de 1934, mediante la que intentó canalizar la caótica actividad de los jurados mixtos de la propiedad rústica (creados por decreto de 7 de mayo de 1931 y suprimidos por la ley de 15 de marzo de 1935); cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Competencia de los juzgados municipales, y procedimientos a seguir ante ellos, en materia de arrendamientos rústicos*, en "Clínica Procesal" (México, 1963; pp. 91-100), p. 96, nota 7, y *Delimitación del proceso agrario: litigio, jurisdicción, procedimiento*, en "Atti della Seconda Assemblea" (a saber: del "Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato", vol. I, Milano, 1964; pp. 431-62), pp. 441-2. Más frecuentes son en España las circulares dirigidas a los funcionarios del ministerio público por el Fiscal del Tribunal Supremo, aun cuando, dicho se está, sólo obliguen a sus subordinados, en virtud del principio de unidad e indivisibilidad del cuerpo (cfr. arts. 3 y 42-7 del estatuto del ministerio fiscal de 21 de junio de 1926 y 5 y 74-80 del reglamento de 28 de febrero de 1927).

⁵⁷ Cfr. ALSINA, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 1ª ed., tomo I (Buenos Aires, 1941), pp. 170-2; 2ª (1956), pp. 286-93; ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho Proc. Pen.*, cit., tomo I, pp. 159-61.

⁵⁸ Verbigracia, el artículo 15 transitorio cód. proc. civ. D. F., cuando autoriza al Tribunal Superior en pleno, y por mayoría de votos, para dictar "las disposiciones reglamentarias pertinentes a hacer efectivas las disposiciones de la presente ley". En España, la disposición adicional cuarta del reglamento del Tribunal de Garantías Constitucionales de 8 de diciembre de 1933 (derogado por el de 6 de abril de 1935), facultó al pleno del Tribunal para redactar su reglamento de régimen interior.

⁵⁹ En efecto, el órgano encargado de la legislación judicial podría adoptar una ley extranjera sin cambio alguno o con ligeros retoques, o viceversa: el parlamento de un país hacer suyo un texto sobre procedimiento compuesto por un tribunal de justicia de otra nación, que esté facultado para redactarlo.

⁶⁰ Un estudio comparativo reciente, aunque con información incompleta en cuanto

obligatoria procedente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando conoce de los juicios de amparo como jurisdicción federal;⁶¹ tal asimismo la tarea de los tribunales de casación, instituidos para garantizar la exacta observancia de la ley y la unidad de la jurisprudencia,⁶² máxime si a ésta se le asigna valor no meramente indicativo y, con mayor razón, cuando se la coloca en el mismo plano que la norma jurídica⁶³ y, junto al recurso por infracción de ésta, se habilita uno de igual jerarquía para proteger la llamada *doctrina legal*,

al derecho de la Europa continental occidental, lo es el de Helen SILVING, "*Stare decisis in the civil and in the common law*", en "Rev. Jur. Univ. Puerto Rico", 1966, núm. 1, pp. 195-245.

⁶¹ Cfr. los artículos 193, 193 bis y 194 de la ley de amparo de 1935, según la reforma de 1951, a tenor de la cual, parte de las atribuciones que hasta entonces pertenecían a la Suprema Corte se transfirió a los Tribunales Colegiados de Circuito. A fin de asegurar la unidad de la jurisprudencia —por lo menos, sobre el papel, puesto que en la práctica el mecanismo previsto no ha dado los resultados que se esperaban—, en caso de discrepancia entre dichos juzgadores existe el expediente regulado por el artículo 195 de la ley en cuestión, del mismo modo que el del 195 bis para cuando sean las propias Salas de la Corte quienes sustenten tesis contradictorias. La jurisprudencia de la Suprema Corte se recoge en el *Semanario Judicial de la Federación*, del que acaba de publicarse una nueva edición seleccionada y actualizada (1965), mientras que la del Tribunal Superior del Distrito y Territorios Federales, que no tiene la jerarquía ni el ámbito nacional de aquélla, se publica en *Anales de Jurisprudencia*.

⁶² Para el estudio de la casación sigue siendo fundamental el libro de CALAMANDREI, *La cassazione civile*, 2 vols. (Torino, 1920); traducción castellana en 3 vols. (Buenos Aires, 1945); del propio autor, *Cassazione civile*, en el "Nuovo Digesto Italiano" (Torino 1937), pp. 981-1034; CALAMANDREI y FURNO, *Cassazione civile*, en el "Novissimo Digesto Italiano" (Torino, 1958), pp. 1053-104. Acerca del tema en otros países, DE LA PLAZA, *La casación civil* (Madrid, 1944); WIELENGA, *La cassation civile aux Pays-Bas* (La Haya, 1952); TORRES GUDIÑO, *La casación civil, en la doctrina, en la jurisprudencia y en las legislaciones europeas y americanas* (Panamá, 1957); FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione* (Milano, 1960); CUENCA, *Curso de casación civil*, tomo I (Caracas, 1962); ALCALÁ-ZAMORA, *Amparo y casación*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", cit., núm. 61 enero-marzo de 1966, pp. 79-96. El reverso de la casación estaría representado por la anárquica tesis de DUALDE —en su libro *Una revolución en la lógica del derecho: Concepto de la interpretación en derecho privado* (Barcelona, 1933)— al postular la diversidad interpretativa en el Tribunal Supremo (cfr. pp. 269-309 del vol. cit.).

⁶³ *Ley*, como regla, pero a veces también, según los países, a título de fuentes subsidiarias o inclusive directas, la *costumbre* (por ejemplo en España: art. 6 cód. civ.), los *principios generales del derecho* (así, además del citado artículo español, en México el 14 de la Constitución y el 19 del código civil distrital y federal), el *contrato* (al ser ley entre las partes: cfr. artículo 1372 cód. civ. italiano de 1942) y con mayor motivo el *laboral colectivo* (art. 42 ley federal del trabajo de 1931 en México), la *equidad* (*infra*, nota 75) y hasta la *opinión de ciertos tratadistas* (véase, aunque con alcance derogatorio, la ley I de las de Toro de 1505, así como respecto del derecho inglés, BECEÑA, *ob. cit.*, pp. 185-6). Pero cuando se habla de "infracción de ley" cfr. arts. 1687-8, 1691-2, 1694, 1716 y ss. de la ley de enjuiciamiento civil española de 1881 o 847-9 de la procesal criminal de 1882), ha de entenderse que se trata de ley en sentido estricto y, más concretamente, de la de índole substantiva.

o sea, la jurisprudencia del juzgador supremo encargado de establecerla.⁶⁴ En sentido distinto, recordemos la antes señalada declinación de los precedentes dentro del *common law*, ante el alud irresistible de la legislación que el incesante intervencionismo estatal hace surgir a cada hora (*supra*, núm. 7).

13) D) *Enseñanza del derecho*. Hemos dejado para el final la cuestión del *case method*, conectada, por un lado, con los precedentes judiciales, a que acabamos de referirnos, y por otro, con la clase de enseñanza de que deba ser objeto el derecho en Facultades y Escuelas dedicadas a su exposición y aprendizaje. Aun cuando la afirmación de que nos vamos a hacer eco pueda sorprender *prima facie*, bueno será recordar que el *case method* fue introducido en Estados Unidos por Christopher Columbus Langdell, profesor de Harvard, en 1870 bajo el influjo de la doctrina europea,⁶⁵ así como que entre los propiciadores de su empleo merece ser evocado un profesor español del siglo XIX, Fernando de León y Olarieta, a quien casi nadie menciona a este respecto.⁶⁶

⁶⁴ Promulgado en España el código civil (1888) después que su ley de enjuiciamiento (1881), debió entenderse que el artículo 6 de aquél, al hablar de ley, costumbre del lugar y principios generales del derecho, entrañaba: a) el nacimiento de recursos de casación no sólo por infracción de ley (*supra*, nota 63), sino también de las otras dos fuentes mencionadas a su lado, y b) correlativamente, la muerte del recurso por infracción de la doctrina legal, autorizado por el artículo 1692 del texto procesal, pero del que el 6 del código civil nada dice. Acerca de ambas cuestiones, véase nuestro parecer en diversos trabajos de los reunidos en *Estudios*, cit., pp. 185-6, 318-26 y 377-80. Como simple modalidad del recurso por infracción de ley, el artículo 516, núm. 7, del proyecto Couture de código de procedimiento civil para el Uruguay da entrada a uno basado en haberse dictado una interlocutoria en contra de la doctrina de la Suprema Corte.

⁶⁵ Puesto que ya IHERING en 1847 había comenzado a utilizarlo. Cfr. Alessandro GIULIANI, *Sistemática e "case methodo come metodi di istruzione giuridica*, en "Jus", junio de 1957, pp. 319-25 (reseña mía, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 31, enero-abril de 1958, pp. 324-5). Véase también Luis M. RIBÓ, *Observaciones sobre la jurisprudencia en la enseñanza del derecho*, en "Revista de Derecho Puertorriqueño", núm. 20, abril-junio de 1966, pp. 334-43.

⁶⁶ Véase su obra *Observaciones acerca del método que debe emplearse en el estudio de la Ciencia del Derecho, seguidas del Programa de Ampliación de Derecho Civil y códigos españoles, y de unos apuntes bibliográficos sobre esta asignatura* (Valencia, 1871), pp. 39-40. La segunda edición lleva el título de *Metodología de la Ciencia del Derecho, seguidas, etcétera* (1877). Referencias a LEÓN Y OLARIETA en: a) ALCALÁ-ZAMORA, *Estudio acerca del concepto, método, fuentes y programas del derecho procesal* (memoria pedagógica presentada en la oposición a la cátedra de la materia de Santiago de Compostela; inédita; Madrid, 1932), capítulo II, notas 22 y 26; b) CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho (Metodología y técnica operativa en derecho privado)* (Madrid, 1947), pp. 32, 377 y 379-80; PINA, *Teoría y práctica en la enseñanza del derecho*, en "Memoria del Congreso Científico Mexicano" reunido con motivo del IV Centenario de la Universidad de México en 1951, tomo XIV (México, MCMLIII; pp. 11-24), p. 21, y luego en "Rev. Fac. Der. Méx.", núms. 17-18, enero-junio de 1955

Ahora bien: en la enseñanza de tipo continental europeo se hace uso también de casos prácticos, a menudo reunidos en colecciones especiales para las distintas disciplinas, ya sean imaginados por el docente (los denominados “casos de laboratorio”) o tomados, con o sin retoque, de los repertorios de jurisprudencia.⁶⁷ ¿En qué estriba entonces la diferencia entre su utilización dentro del *case method* y conforme al *método sistemático*? Pues aparte la mayor frecuencia con que el primero acude a ellos —discrepancia meramente cuantitativa y acerca de la cual no estoy en condiciones de proporcionar datos exactos⁶⁸—, en que mientras los casos constituyen el *cimiento* en que descansa la enseñanza jurídica en Estados Unidos, ellos no representan sino un *complemento* dentro de la docencia de tipo continental europeo occidental, una vez que los alumnos han adquirido el conocimiento mínimo indispensable acerca de los principios, conceptos e instituciones de que deban valerse para su solución.

14) Así las cosas, la enseñanza norteamericana podría parecer más *realista*, en tanto que la europea semejaría afectada por el *conceptualismo* inherente a las investigaciones dogmáticas y a las llamadas lecciones magistrales en que descansa. Pero como tantas veces, las apariencias engañan. Por comienzo de cuentas, la asociación del método casuista con el régimen de precedentes judiciales, encierra una contradicción flagrante, porque si mediante ella se pretende desembocar en una justicia *individualizada*,⁶⁹ esa aspiración no se con-

(pp. 261-75), pp. 271-2 y finalmente en “Pedagogía Universitaria” (México, 1960; pp. 26-46), p. 41.

⁶⁷ Recordemos, por ejemplo, en España los de JIMÉNEZ DE ASÚA, *Casos de Derecho Penal para uso de los Estudiantes* (1ª ed., Madrid, 1923; 2ª, 1929); BECEÑA, *Casos de Derecho Procesal Civil* (Madrid, 1925); DE DIEGO Y MIÑANA, *Casos de Derecho Civil* (Madrid, 1925). En Alemania, HEINSELMER, *Typische Prozesse: Ein Zivilprozesspraktikum zum Gebrauch bei akademischen Übungen und zum Selbststudium* (1ª, ed., Berlín, 1906; 7ª, 1927). A su vez, indicaciones para el planteamiento y solución de casos prácticos se hallarán por ejemplo, en GOLDSCHMIDT, *Metodología jurídico penal* (sobretiro de la “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, enero de 1935), en ALCALÁ-ZAMORA, *Indicaciones metodológicas para la resolución de casos prácticos* (anexas a nuestro “Programa de Derecho Procesal Civil”, 1ª ed. —México, 1948—, pp. 54-5; 2ª, 1960, pp. 42-3), y en VANNINI, *Come deve essere praticamente insegnata la procedura penale: Esercitazioni su problemi di diritto processuale penale* (Milano, 1951).

⁶⁸ Aunque sí quepa afirmar que, por desgracia, muchísimos profesores de formación continental europea occidental no hacen jamás uso de casos prácticos.

⁶⁹ A la manera de los médicos cuando sostienen que “no hay enfermedades, sino enfermos”, o de los penalistas, para quienes no existirían delitos, sino delincuentes, no habría tampoco *normas* jurídicas, sino *casos* jurídicos. Pero como éstos son resueltos por jueces distintos, ni siquiera en casos idénticos se estaría seguro de que la solución vaya a ser la misma, porque si “cada maestrillo tiene su librillo”, cabría también decir que “cada juececillo tiene su codiguillo”, sin perjuicio de que puedan advertirse en determinados juzgadores tendencias o inclinaciones definidas en ciertas materias. Así, en España, durante la etapa más larga de funcionamiento del jurado, o sea desde

seguirá trayendo a colación retahílas de supuestos más o menos similares, producidos en ocasiones hace siglos (como acontece en Inglaterra con frecuencia) y de cuyas circunstancias todas (que podrían ser muy diversas de las del litigio presente) se tiene un conocimiento incompleto, a través de la versión de cada uno acogida en el fallo respectivo.⁷⁰ Para alcanzar esa meta, habría más bien que pensar en fórmulas como la del *derecho libre*, con todos sus peligros e inconvenientes;⁷¹ en soluciones asentadas en el buen sentido o en la intuición, cual en el célebre juicio de Salomón⁷² o en las no menos famosas sentencias de Sancho Panza en funciones de gobernador de Barataria,⁷³ o en desviaciones respecto de la legalidad establecida, como las que dieron fama en Francia al

1888 a 1923, se observó que solía pecar por lenidad frente a los delitos pasionales y por severidad respecto de los patrimoniales (quizá como eco del "pena de muerte al ladrón", o bien como reacción o alarde de honradez por parte de sus integrantes).

⁷⁰ Que podría no ser la más justa ni la más exacta. La vía impugnativa, por un lado, cuando desemboque en revocación, y los votos disidentes, por otro (cfr. NADELMANN, *En torno a la cuestión de la publicación de votos reservados*, en "Rev. Der. Proc." española, 1958, pp. 311-22; publicado antes en "Deutsche Richterzeitung", 1958, vol. 36, pp. 37 y ss., y reproducido en italiano por "Jus", 1958, pp. 275-80), muestran cómo un mismo asunto puede ser apreciado de distinta manera. Además, el sentimiento del derecho varía en el tiempo y en el espacio por influjo de factores de tipo económico, político, social, etcétera: cfr. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione* (en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1939, I pp. 22-46, y en "Scritti giuridici in onore di Santi Romano"; reproducido en los "Studi sul processo civile" del autor, vol. V —Padova, 1947—, pp. 1-26), y KAUFMANN, *Sulla concezione del diritto in termini d'azione* (en "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 1966 —pp. 269-87—, p. 287).

⁷¹ Movimiento indicado por EHRlich en Alemania en 1888 (con su libro *Lücken im Recht*) y cuyo auge corresponde a los años 1903 a 1912. Amplia bibliografía acerca del mismo, tanto favorable como adversa, se menciona por CHIOVENDA en la nota correspondiente a las pp. 75-7 de sus citados *Principii di Diritto Processuale Civile*; véase también DUALDE, *Una revolución*, cit., pp. 175-9.

⁷² Cfr. *Libro Primero de los Reyes*, 3, 16-28.

⁷³ Cfr. CASONA, *Sancho Panza en la Insula: Recapitulación escénica de páginas de "El Quijote"* (compuesta para las "Misiones Pedagógicas", 1931-6, e impresa en el tomo III de su "Teatro" —Buenos Aires, 1959—, pp. 81-102); DEMÓFILO DE BUEN, *Justicia de Don Quijote y Sancho*, en "Anales de la Universidad de Costa Rica", 1942, año I, núm. 2, y en "Universidad" (Panamá), 1945, núm. 23, pp. 47-69; ALCALÁ-ZAMORA y TORRES, *El pensamiento de "El Quijote", visto por un abogado* (Buenos Aires, 1947), pp. 116-21; SENTÍS MELENDO, *El derecho procesal en El Quijote (El "buen juez" Sancho Panza)*, conferencia dada en 1958 y reproducida en "Teoría y práctica del proceso: Ensayos de derecho procesal", vol. I (Buenos Aires, 1959), pp. 519-37; ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, *Estampas procesales*, cit., pp. 92-9; y BATIZA, *Don Quijote y el Derecho: Cultura jurídica de don Miguel de Cervantes Saavedra* (México, 1964), pp. 177-95.

⁷⁴ Véase el volumen de H. LYRET, *Les jugements du président Magnaud, réunis et commentés* (Paris, 1900), traducido como *Las más famosas sentencias del buen juez Magnaud* (Madrid, 1904). Sin negar el espíritu humanitario de alguna de esas decisiones, como la referente a un caso de hurto famélico —acerca del tema, Julián PEREDA, *El hurto famélico en algunos de nuestros teólogos del siglo XVI* (en "Razón y Fe", Madrid,

juez Magnaud.⁷⁴ Además, la *justicia del caso singular* no es desconocida en los países de signo romanista y método expositivo sistemático.⁷⁵

15) En cuanto al *conceptualismo jurídico*, repudiable cuando desciende a las que Carnelutti llamó distinciones *capilares*,⁷⁶ merece, en cambio, los máximos elogios cuando pone fin a diferencias bizantinas o a confusiones evidentes, depura la terminología, enuncia reglas genéricas en reemplazo de repeticiones específicas, reúne las materias de manera racional (“cada cosa en su sitio” y “un sitio para cada cosa”) o prepara el advenimiento de mejores códigos y leyes. Por otra parte, el método sistemático no se opone al diálogo entre el profesor y sus alumnos ni a las discusiones de éstos entre sí, encauzadas por aquél,⁷⁷ y menos todavía se desentiende de la jurisprudencia y de los problemas concernientes a la aplicación del derecho, ni siquiera en aquellas Facultades que prohíben a su personal docente el ejercicio profesional, ya que el indispensable contacto con la vida jurídica puede establecerse por otros medios.⁷⁸

1927, núm. 79, pp. 106-19), y *El hurto famélico o necesario* (en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, XVII, 1964, pp. 5-28)—, en principio el criterio de Magnaud es harto discutible. Si la norma legal no es satisfactoria o no se acomoda ya a las circunstancias de la época, deberá reformarse cuanto antes por el legislador, pero sin permitir a cada juez aplicarla o no, según le venga en gana y en el sentido que se le antoje, puesto que así se conculcará el principio de igualdad ante la ley, cuya estricta observancia es consubstancial con las verdaderas democracias. El propio legislador brinda la salida en ocasiones: así, en España, el artículo 2º del código penal permite al juzgador dirigirse al Gobierno, cuando considere que la rigurosa aplicación de la ley ha conducido al castigo de una acción u omisión que no debería ser sancionada o desemboque en una pena “notablemente excesiva”; y conforme a la disposición adicional primera del código civil, el presidente del Tribunal Supremo y los de las Audiencias Territoriales expondrán anualmente al Ministro de Justicia “las deficiencias y dudas que hayan encontrado” al aplicarlo, con objeto de que se subsanen.

⁷⁴ Ya desde la *Partida* III, título XV, ley 23, se conoce en España el contraste entre el arbitraje de estricto derecho y la amigable composición (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Examen de la nueva ley española de arbitraje*, en “Rev. Fac. Der. Méx.”, núm. 15, julio-septiembre de 1954, pp. 105-24, p. 108, nota 5). Y esa dualidad se ha trasplantado a la esfera del enjuiciamiento ante jueces públicos (cfr. arts. 617 del proyecto italiano de 1937; 113-4, 339, 409, 822 y 829 cód. proc. civ. italiano de 1940; 513 del portugués de 1939 y 509 del de 1961; 114 del brasileño de 1939, [127, en el de 1973]; 204 del proyecto Couture de 1945 para el Uruguay, aun cuando por lo menos en Italia, no parece haberse hecho uso de la opción consentida por el legislador a las partes: cfr. CALAMANDREI, *Processo e democrazia* (Padova, 1954), p. 32 (traducción, Buenos Aires, 1960, pp. 44-5).

⁷⁵ Cfr. su *Sistema di Diritto Processuale Civile*, vol. I (Padova, 1936), núm. 117 (p. 340; en la traducción, cit., vol. II, p. 2).

⁷⁷ Aclaraciones al final de la clase o en días dedicados a tal fin, e inclusive, aunque sean altamente perturbadoras, interrupciones de los estudiantes al docente durante el desarrollo de la lección, como es costumbre en México; discusión de casos prácticos; pequeños trabajos de investigación, sometidos a debates en el aula; mesas redondas, etcétera.

⁷⁸ Seminarios o Institutos de Aplicación Jurídica, a ejemplo del que por primera vez

16) En definitiva, creemos que un conocimiento a fondo del derecho, cuyo estudio ha de realizarse con método y sistema rigurosamente *científicos* y no *empíricos*,⁷⁹ no se logrará nunca a base preferente o exclusivamente de casos, sino suministrando *primero* las nociones dogmáticas que consientan *después* la solución, no tanto de este o aquel supuesto en particular, como la de una generalidad de ellos, por haberse inculcado en quienes al término de la carrera vayan a actuar como aplicadores del derecho, el que llamaríamos *sentido de orientación jurídica*.

17) Tras haber puesto de relieve que las divergencias entre *common law* y *civil law* no son irreductibles, así como que la utilización de casos prácticos no la ignoran los cultivadores del *método sistemático*, la que se antojaba temeraria aventura, se presenta perfectamente viable. Se encuentra, además, facilitada en Puerto Rico por el hecho de que en él la disciplina probatoria se acomoda a disposiciones legales,⁸⁰ respaldadas, eso sí, con fines de aplicación e interpretación, y hasta alguna vez de integración, por una variada gama de casos y de pareceres.⁸¹ Pero dicho acompañamiento se da también en los países de *civil law*, donde las ediciones de códigos y leyes importantes suelen llevar a pie de página la jurisprudencia relativa a los diferentes artículos, o sea, a las "secciones" conforme a la nomenclatura norteamericana, difundida en Puerto Rico.⁸²

implantó SPERL en Viena en 1911 (cfr. el folleto *Institut für angewandtes Recht Universität Wien: Bestand-Verzeichnis* —Wien, 1915—); análisis crítico de la jurisprudencia, a la manera, verbigracia, de los *arrêstistes* franceses o de los jurisprudencialistas argentinos; emisión de dictámenes (véase mi citada *Clinica Procesal*), etc.

⁷⁹ Comenzando por la enseñanza del derecho procesal, a la que tanto daño ha hecho un mal entendido practicismo. Para la crítica de éste, CHIOVENDA, *Del sistema*, cit., p. 228; WACH, *Die Neuordnung des Rechtsstudiums und der Zivilprozess*, y KISCH, *Gutachten über den Unterricht im Zivilprozessrecht*, ambos trabajos en el folleto "Der Zivilprozess: Rechtslehre/Rechtsvergleihung/Gesetzesreform" (Mannheim, Berlin, Leipzig, 1922). Acerca de las metas de la docencia jurídica en general, KISCH, *Der deutsche Rechtslehrer* (München, Berlin, 1939). En cuanto a los métodos norteamericanos de docencia jurídica, véase A. ALMEIDA JÚNIOR, *O ensino do direito nos Estados Unidos*, en "Revista Forense" (Río de Janeiro), marzo de 1949, pp. 303-11, en las que recoge (p. 310) la frase de Sydney Post SIMPSON, "Más doctrina y menos casos" (en su artículo *Continuing Education of Bar*, en "Harvard Law Review", mayo de 1946).

⁸⁰ A saber: los artículos 363-495 y 511-31 del código de enjuiciamiento civil de 1933, ya que los artículos 496-510 quedaron derogados en 1958.

⁸¹ Con tanto más motivo cuanto que la llamada "ley de evidencia", es decir, las disposiciones citadas en la nota anterior, se extiende asimismo al cuadro de la justicia penal (cfr. arts. 466 y 524 cód. enjto. civ., así como la norma 131 de las "Reglas de Procedimiento Criminal para el Tribunal General de Justicia", de 1963).

⁸² Donde, en cambio, *Artículo* equivale al título o capítulo de los ordenamientos legales europeos. Como muestras de ediciones continentales de códigos y leyes importantes acompañadas de jurisprudencia, indicaremos las de DALLOZ en Francia o las de MEDINA y MARAÑÓN en España.

18) *E) Colofón.* La empresa que el 9 de enero de 1967 (*supra nota **) nos disponíamos a acometer, se llevó a feliz término a lo largo de las treinta y dos clases de que se compuso el semestre de invierno. Tras unas explicaciones introductorias, destinadas a situar al alumnado en el ambiente, por decirlo así, del derecho procesal tal como se concibe en los países europeos que más han contribuido a su elaboración (Alemania e Italia), pasamos a exponer el *Programa para un Curso sobre Evidencia*, que como Anexo se transcribe. Los alumnos se adaptaron a él sin la menor dificultad, y el resultado de los exámenes no pudo ser más satisfactorio. Sobre un total de 31 alumnos inscritos, las calificaciones, en orden descendente, fueron:

Con <i>A</i>	5
” <i>B</i>	9
” <i>C</i>	6
” <i>D</i>	4
” <i>F</i>	6
No presentado	1
—	
TOTAL	31 ^{83 84} .

⁸³ El alumno no presentado sufrió una operación quirúrgica el día antes del examen. Las calificaciones mencionadas equivalen, sobre poco más o menos, a las siguientes españolas y mexicanas:

<i>Puerto Rico</i>	<i>España</i>	<i>México</i>
A.....	Sobresaliente	10
B.....	Notable	8
C.....	Aprobado	6
F.....	Suspense	5 o menos

En cuanto a la letra *D*, significa un aprobado condicional, dependiente del promedio general que obtenga el alumno. De los alumnos que hubieron de repetir examen, cuatro fueron aprobados en el extraordinario de mayo.

⁸⁴ *Addenda:* Reseñas nuestras, indicadas entre paréntesis, de los trabajos citados en las notas 17 (DIPLOK; “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, 1965, pp. 647-8), 23 (WAGNER; bol. cit., septiembre-diciembre de 1959, pp. 176-7), 36 (VISHINSKI; “Rev. Fac. Der. Méx.”, enero-junio de 1951, pp. 352-5), 39 (MEGARRY; bol. cit., 1965, pp. 560-5), 62 (WIELENGA; bol. cit., enero-marzo de 1954, pp. 258-9) y 70 (KAUFMANN; bol. cit., enero-agosto de 1967, p. 395).

19) F) *Anexo:*

PROGRAMA PARA UN CURSO SOBRE EVIDENCIA

PRIMERA PARTE

ESTUDIO DOCTRINAL DE LA PRUEBA

A) Principios, nociones y reglas generales acerca de la prueba:

- 1) Cuestiones previas:
 - a) Prueba y evidencia;
 - b) Derecho procesal y derecho probatorio;
- 2) Indicaciones históricas y literatura fundamental;
- 3) Significado;
- 4) Concepto y finalidad;
- 5) Irrealizabilidad;
- 6) Unidad, diversidad, duplicación;
- 7) Progreso científico y avances técnicos, en relación con la prueba;
- 8) Objeto:
 - a) Por regla general, los hechos;
 - b) En ocasiones, normas de experiencia;
 - c) De modo excepcional, preceptos jurídicos;
- 9) Carga de la prueba;
- 10) Destinatario de la prueba:
 - a) Razón de ser y manifestaciones;
 - b) Recepción de diligencias probatorias por jueces juristas y por jueces legos;
- 11) Limitaciones a la prueba:
 - a) Razón de ser y manifestaciones;
 - b) Secreto profesional y peligro de encubrimiento;
- 12) División de la prueba:
 - a) Clases;
 - b) Medios;
- 13) Desarrollo:
 - a) Etapas o fases;
 - b) Tiempo;
 - c) Asunción;

14) Fuerza probatoria;

15) *Apreciación:*

- a) Sistema ordálico;
- b) Prueba legal o tasada;
- c) Libre convicción;
- d) Sana crítica.

B) Distintas especies de prueba:

1) Prueba concerniente a las partes:

- a) En calidad de objeto;
- b) En función de sujeto;
- a') Declaración testimonial;
- b') Confesión;
 - a'') Concepto y clases;
 - b'') Afinidades y diferencias con otras instituciones;
 - c'') Requisitos para su validez;
 - d'') Tormento físico y "tortura moderada" para obtenerla en materia penal;
- c') Juramento;

2) Testimonio de terceros:

- a) Concepto de testigo;
- b) Clases y categorías;
- c) Limitaciones a la prueba testifical;
- d) Aspectos técnicos de la declaración testimonial:
 - a') Circunstancias del interrogatorio;
 - b') Psicología del testimonio;
- e) Prueba mediante fama pública;
- f) Intervención de terceros no testigos en la prueba: suministradores de medios probatorios, referencias e informes.

3) Pericia:

- a) Emplazamiento en la sistemática procesal;
- b) Concepto de perito;
- c) Diferencias entre la pericia y figuras afines:
 - a') Entre peritos y testigos;
 - b') Respecto del testigo-perito;
 - c') Respecto del intérprete;
 - d') Respecto de los consultores técnicos;
 - e') Entre peritos y cooperadores u operarios que intervengan en actuaciones probatorias;
- d) *Apreciación de la prueba pericial;*

- 4) Reconocimiento judicial:
 - a) Denominación y caracteres;
 - b) Averiguación judicial y conocimiento privado del juez;
 - c) Objeto y desarrollo;
- 5) Prueba documental:
 - a) Documento e instrumento;
 - b) Clasificación;
 - c) Valoración;
- 6) Presunciones e indicios;
- 7) Otros medios de prueba.

SEGUNDA PARTE

ANÁLISIS DE LA LEY DE EVIDENCIA

A) *Consideraciones generales:*

- 1) Indicaciones previas;
- 2) Denominación;
- 3) Longitud;
- 4) Estructura y contenido;
- 5) Técnica legislativa;
- 6) Terminología;
- 7) Redacción y lenguaje.

B) *Examen crítico de sus principales preceptos:*

- 1) Parte I. "Disposiciones generales".
- 2) Parte II. "Clases y grados de evidencia".
- 3) Parte III. "Presentación de evidencia".
- 4) Parte IV. "Derechos y deberes de los testigos".

C) *Disposiciones probatorias contenidas en las "Reglas de Procedimiento Civil para el Tribunal General de Justicia", de 1958.*

D) *Breve referencia al "Proyecto de Reglas de Evidencia de 1958 para el Tribunal General de Justicia" y a las "Uniforms Rules of Evidence", de 1953.*

ADDENDA ET CORRIGENDA

A) *TEXTO*: Núm. 1: Rindo homenaje a la memoria del Dr. Mascareñas, destacado jurista catalán, fallecido hace unos años y que realizó en la Escuela de Derecho de Ponce una gran labor hispanista.— Núm. 11: Sobre legislación judicial, véase el número 76 de mi libro *Veinticinco años de evolución del derecho procesal: 1940-1965* (México, 1968), pp. 122-3 y 132.

B) *NOTAS*: (23) Acerca del proyectado código inglés de contratos, véase la información del “*Annuaire de Législation Française et Étrangère. Année 1965*” (Paris, 1967).— (36) y (84) Reseña mía del libro de Vishinski: reproducida en mi *Miscelánea Procesal*, tomo I (México, 1972), pp. 270-3.— (43) *Proceso preliminar*: véase ahora, *supra*, *Estudio Número 9*.— (58) En México, el artículo 3º transitorio del decreto de 30 de diciembre de 1966, que introdujo numerosas reformas en el código procesal civil distrital, autorizó al Tribunal Superior del Distrito Federal en pleno a tomar los acuerdos necesarios para su aplicación.— (83) El sistema de calificaciones vigente en 1967 en la Facultad de Derecho de México, ha sido cambiado más tarde.