

### III. HISTORIA, PENSAMIENTO Y TERMINOLOGÍA PROCESALES

<b>24) ACIERTOS TERMINOLÓGICOS E INSTITUCIONALES DEL DERECHO PROCESAL HISPÁNICO</b> .....	415
<b>A) Explicación y propósito</b> .....	415
<b>B) Aciertos terminológicos:</b> .....	419
a) Redacción; .....	419
b) Expresividad; .....	420
c) Precisión técnica .....	429
<b>C) Aciertos institucionales de carácter orgánico y jurisdiccional:</b> ...	434
a) Jurisdicción y judicatura ordinarias; .....	434
b) Jurisdicciones especiales; .....	441
c) Ministerio Público y Abogados del Estado; .....	446
d) Abogacía libre .....	449

## ACIERTOS TERMINOLÓGICOS E INSTITUCIONALES DEL DERECHO PROCESAL HISPÁNICO \* \*\*

A Eduardo J. Couture y J. Ramiro Podetti, insignes procesalistas americanos, quienes pese a no ser de ascendencia española, han analizado el derecho procesal hispánico con tanto fervor como dominio.

*A) Explicación y propósito.—B) Aciertos terminológicos:* a) Redacción; b) Expresividad; c) Precisión técnica.—*C) Aciertos institucionales de carácter orgánico y jurisdiccional:* a) Jurisdicción y judicatura ordinarias; b) Jurisdicciones especiales; c) Ministerio Público y Abogados del Estado; d) Abogacía libre.—*D) Aciertos institucionales de índole procesal:* a) Indicaciones generales; b) Prueba; c) Debate final y sentencia; d) Marcha, detención y fin del proceso; e) Medios impugnativos; f) Ejecución y medidas cautelares; g) Juicios singulares especiales; h) Juicios universales; i) Proceso penal.—E) *Conclusión.*

1) *A) Explicación y propósito.*—Si alguien ha leído y, sobre todo, si recuerda mis artículos sobre reforma procesal de hace una quincena de años,<sup>1</sup> acaso

\* Publicado en la “Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia”, núm. 38 (abril-junio de 1948), pp. 43-108.

\*\* *Advertencias:* a) Dado el número de códigos procesales hispanoamericanos, hemos circunscrito, como regla, las referencias a los de los tres países más importantes de la comunidad lingüística: España, México y Argentina; pero como en los dos últimos, por efecto de su federalismo procesal, rigen, entre el enjuiciamiento civil y el criminal, alrededor de noventa códigos, se ha seleccionado para las citas —a título de ejemplo y no con propósito exhaustivo— los de más frecuente aplicación en cada uno, a saber: el del Distrito en México y el de la Capital en la Argentina.

b) En la transcripción de textos del derecho histórico español, hemos modernizado casi siempre la ortografía, para hacer más accesible la lectura.

<sup>1</sup> Me refiero principalmente a los titulados *Algunas observaciones acerca de la reforma procesal* (en “Revista de los Tribunales”, 7-I-1933) y *Notas para la reforma de la ley de enjuiciamiento civil* en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, junio de 1933), reproducidos ambos en las pp. 134-262 de mis *Estudios de Derecho Procesal* (Madrid, 1934).

piense que el presente trabajo significa una rectificación frente a ellos. Podría estimar también que el paso, y el peso, de los años —cada uno de exilio, bien puede computarse por dos— me ha hecho evolucionar en sentido retrógrado, como a tantos otros espíritus. Y sin embargo, ni me arrepiento, en líneas generales, de lo que entonces dije, ni creo tampoco que estas líneas me desvíen un solo milímetro en mi trayectoria científica.

La aparente contradicción desaparece cuando se tiene en cuenta que toda renovación de códigos, máxime si son los procesales,<sup>2</sup> ofrece dos facetas: negativa o destructiva la una y positiva o conservadora la otra. Tan útil como señalar los defectos a corregir y los errores a evitar, es poner de relieve qué instituciones de la vieja estructura merecen subsistir y cuáles de sus fórmulas y soluciones resultaron triunfantes al experimentarse en la vida forense. La primera de esas tareas la realicé en España, cuando la imprescindible y todavía no satisfecha necesidad de sustituir la ley de enjuiciamiento civil de 1881, me llevó, como a tantos otros, a combatir sus deficiencias,<sup>3</sup> para contribuir a crear un clima en que fuese posible la gestación primero y el arraigo después, de la reforma. La segunda de esas tareas me dispongo a emprenderla en América, la mayoría de cuyos países sigue viviendo a la sombra de la ley española de 1855, el más prolífico código procesal del universo,<sup>4</sup> pero donde hace tiempo se ha iniciado, con desigual fortuna,<sup>5</sup> la empresa de modernizar su enjuiciamiento. La divisoria en-

<sup>2</sup> Cuyo cambio suscita mayores resistencias que el de los códigos sustantivos, por lo mismo que las leyes procesales “son vividas a diario por las profesiones forenses y no meramente invocadas o aplicadas, como aquéllos” (ALCALÁ-ZAMORA, *La reforma procesal penal en el Perú*, núm. 7, primero en “La Revista del Foro”, Lima, julio-diciembre de 1939, p. 332, y después en mis “Ensayos de Derecho Procesal”, Buenos Aires, 1944, p. 300).

<sup>3</sup> Amplia información bibliográfica sobre reforma procesal civil en España es suministrada por MALAGÓN, *En torno a la reforma de la ley de enjuiciamiento civil* (en “Rev. Gen. de Legis. y Jurisp.”, 1935, tomo 167, p. 635); cfr. también ALCALÁ-ZAMORA, *Orientaciones para una reforma del enjuiciamiento civil cubano* (en “Ensayos”, pp. 96-7, nota 4, que no figura en la primitiva versión de la “Revista del Colegio de Abogados de La Habana”, 1942).

<sup>4</sup> Puesto que en ella se inspira la mayoría de los códigos procesales hispanoamericanos (cfr. COUTURE, *Trayectoria y destino del Derecho procesal civil hispanoamericano —Córdoba, Argentina, 1940—*, pp. 19 y 21; idem, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil —Buenos Aires, 1942—*, pp. 78 y 297), inclusive los de los numerosos Estados mexicanos y Provincias argentinas, a través de derivaciones directas o indirectas (códigos del Distrito Federal aquí o ley núm. 50 y código de la Capital rioplatense, por ejemplo).

<sup>5</sup> Que culmina en el orden civil en el *Proyecto de Código de Procedimiento Civil* (Montevideo, 1945) redactado para el Uruguay por COUTURE (cfr. acerca de él, nuestra reseña en estas columnas, 1946, núm. 30, pp. 316-28) y en el penal en el *Proyecto de Código de Procedimiento Penal* (Córdoba, 1938) que VÉLEZ MARICONDE y SOLER compusieron para la citada provincia argentina, donde se promulgó como ley en 1939, y que después adaptaron, con escasos cambios, para la Capital Federal (Buenos Aires, 1943; cfr. nuestro artículo *La reforma del enjuiciamiento penal argentino*, en “Revista

tre las dos etapas de mi propaganda reformista se encuentra en las conferencias que en diciembre de 1941 di en el Tribunal Supremo de La Habana, cuando a la vez que expuse directivas para el reemplazo en Cuba de sus vigentes instituciones procesales civiles, hice hincapié en la conveniencia de conservar todo lo aprovechable de las mismas.<sup>6</sup>

2) Bueno será destacar, además, que el derecho procesal *hispanico*<sup>7</sup> no se reduce, ni aún siquiera en la esfera de los litigios civiles, al contenido en la desordenada e interminable ley de enjuiciamiento civil de 1881 o en su antecesora la de 1855, sino que junto a ellas se alza la magnífica ley de enjuiciamiento criminal de 1882<sup>8</sup> y un crecido número de textos legislativos de diversa índole

de Derecho Procesal”, 1945, I, pp. 1-63). Asimismo excelente es el *Proyecto de Código Procesal Penal para Bolivia* (Córdoba, 1946), debido al profesor español LÓPEZ-REY y comentado por nosotros en esta Revista (1947, núm. 36, pp. 372-7). Entre los intentos más recientes figura el *Proyecto de Código de Procedimiento Civil de la República Dominicana* (Ciudad Trujillo, 1947), obra del doctor DUCOUDRAY, a la que cabría hacer numerosas objeciones.

<sup>6</sup> “Por muy viejo que sea un edificio, siempre de su derribo se obtienen materiales aprovechables para construcciones futuras; y si de la estructura de la ley vigente poco partido se puede sacar, porque ni adrede cabe acumular mayor desorden, sí, en cambio son utilizables muchos de sus artículos, una vez distribuidos con acierto y unificada o depurada su terminología” (*Orientaciones reforma enjto. cubano*, en “Ensayos”, p. 109).

<sup>7</sup> Empleo este calificativo para referirme al conjunto institucional que constituye el fondo común del enjuiciamiento civil vigente en España (inclusive su Protectorado en Marruecos, con código de 1914) y en los países de su stirpe. Además, según han señalado COUTURE (*Fundamentos*, p. 78) y MALAGÓN (*El Distrito de la Audiencia de Santo Domingo en los siglos xvi a xix*—Ciudad Trujillo, 1942—, p. 80), el sistema procesal de las *Partidas* (base del de la ley de enjuiciamiento civil de 1855) ha trascendido a los hoy Estados norteamericanos de Luisiana y Florida.

<sup>8</sup> Considerada por el insigne procesalista alemán GOLDSCHMIDT como el mejor código procesal penal del orbe (cfr. nuestro *Procesalismo penal hispano-americano*, en esta Revista, 1947, núm. 33, p. 277). Por su parte, SENTÍS MELENDO, haciendo un parangón de las dos leyes de enjuiciamiento españolas a través de su experiencia como juez, afirma que conservará “para toda la vida, el recuerdo de la perfección de ésta” (la criminal), que fue “una ley absolutamente moderna en el momento en que se redactó, y aun para los tiempos actuales” (en “Revista de Derecho Procesal” argentina, 1947, II, p. 59, nota 6, comentario al Proyecto de Código Procesal Penal para Bolivia); LÓPEZ-REY, a su vez, se lamenta de que el legislador boliviano no hubiese tomado en cuenta “los reglamentos de procedimientos penales austriaco y alemán... y sobre todo, la ley de enjuiciamiento criminal española de 1882, una de las mejores de su tiempo y que aún conserva en gran medida un valor actual” (*Proyecto boliviano* cit., p. 9); para nosotros, el texto en cuestión representó, al promulgarse, “la última palabra en materia procesal penal, y aún hoy resiste, no en técnica, pero sí en espíritu, la comparación con los mejores” (*La reforma enjto. argentino*, p. 10); el propio JOFRÉ, nada o poco hispanófilo, proclama las excelencias del código refrendado por Alonso MARTÍNEZ (cfr. su *Manual de Procedimiento (Civil y Penal)*, 5ª ed., tomo II, Buenos Aires, 1941, pp. 24-5). “En cambio, en la “Revista de Derecho Procesal” del régimen que se congestiona

(por ejemplo: preceptos orgánicos, vigentes unos y derogados otros (verbigracia: la Instrucción del Marqués de Gerona, de 1853: cfr. *infra*, núm. 38), de todos los cuales hemos entresacado, con propósito recordatorio, algunos de los grandes *aciertos terminológicos e institucionales* que contienen. Por fortuna o por desgracia, pasaron los tiempos de “el buen paño, en el arca se vende”, y España, que ha padecido la leyenda negra y la españolada por parte de los extranjeros, no puede confiar en que sean éstos quienes le hagan propaganda justiciera, ni aun en el terreno científico, en que debiera resplandecer siempre la verdad, pero en el que respecto de ella ha solido prevalecer la displicencia, el silencio e inclusive la injuria.<sup>9</sup> Habremos, pues, de ser los propios españoles —con olvido de los famosos versos de Bartrina: “. . . y si habla mal de España, es español”— quienes realicemos la defensa de lo nuestro, en la misma medida y con los mismos métodos de que se valen los demás.

3) Por otra parte, como precisamente al comentar un proyecto de código procesal hispanoamericano sostuve, la indispensable renovación de los mismos ofrece el grave peligro de que “si cada nación americana acude a modelo distinto, la esencial unidad de instituciones procesales que a través de diversos códigos rige el enjuiciamiento en los países americanos de habla española se romperá”, y “a la hora en que imperialismos desatados ensombrecen el horizonte y amenazan, no ya la independencia, sino inclusive la existencia de las naciones menores, el instinto de conservación debe llevar a éstas a buscar en todos los terrenos la aproximación y no el alejamiento, tanto más fácil de lograr la primera entre los pueblos de ascendencia hispánica, cuanto que si errores, personalismos y fatalidades históricas los llevaron a disgregarse en un número excesivo de Estados, otros muchos factores (lengua, cultura, religión, régimen jurídico, etcétera), militan en pro de acercamientos que, con respeto absoluto para sus soberanías, las pongan a cubierto de ingerencias extrañas, que no será, cier-

gritando “Arriba España”, un desconocido procesalista ha arremetido contra la ley de enjuiciamiento criminal, censurándole, claro está, lo que de más admirable hay en ella, o sea su amplio espíritu liberal” (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, en esta revista, 1947, núm. 36, p. 374, nota 6, en relación con el artículo *Necesidad de una reforma del enjuiciamiento criminal*, 1946, núm. 2, pp. 371-6, firmado con las iniciales “M. C.”).

<sup>9</sup> Desde la religión y la moralidad femenina, hasta las corridas de toros y los vinos, no ha habido aspecto de la vida española que no haya sido objeto de los más denigrantes ataques por parte de escritores de todos los países (aunque con predominio de franceses y anglosajones), en quienes la animosidad del propósito sólo es comparable a la ignorancia informativa y a la estulticia de las apreciaciones. Baste recordar la afirmación de Guizot de que se puede escribir la Historia de la Civilización prescindiendo de la aportación española, o bien la célebre cuanto injuriosa pregunta de Masson de Morvilliers (“¿Qué se debe a España? Desde hace dos, cuatro, diez siglos, ¿qué ha hecho por Europa?”), para cerciorarse de los extremos alcanzados por la hispanofobia (más datos, en “Juderías”, *La Leyenda Negra: Estudios acerca del concepto de España en el extranjero*, 9 ed., Barcelona, 1943).

tamente, el fantasma de Felipe II quien las lleve a cabo, como interesada y estúpidamente se dijo no hace mucho. . .”<sup>10</sup>

4) B) *Aciertos terminológicos: a) Redacción.*—En general, al menos en España, las leyes del siglo XIX son, desde el punto de vista literario, muy superiores a las del siglo XX, redactadas con frecuencia con un desaliño imperdonable. Podrá reprocharse a algunas exposiciones de motivos de la pasada centuria un estilo, propio de la época, que hoy encontramos ampuloso y declamatorio; pero en cambio, el articulado abunda en fórmulas de redacción de una precisión, una sobriedad y una elegancia realmente insuperables. En esa dirección, son tantos los aciertos, que nos limitaremos a un consejo: el de que antes de traducir de mala manera preceptos extranjeros, para acabar componiendo códigos en un galimatías absurdo,<sup>11</sup> se le dé un vistazo a las disposiciones pertinentes del derecho español, aun en el caso de decidirse a emprender derroteros distintos. A título de ejemplo citaremos, para no hacer la lista interminable, dos o tres declaraciones que son un modelo de concisión y exactitud. Así, la noción que tanto diversas constituciones como la ley de organización judicial de 1870 brindan de la función jurisdiccional, cuando proclaman que “los tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado”:<sup>12</sup> no cabe,

<sup>10</sup> ALCALÁ-ZAMORA, *Impresión de conjunto acerca del Proyecto Couture de Código de procedimiento civil* (publicado primero en “Jurisprudencia Argentina” de 11-V-1946 y poco después en “La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”, Montevideo, junio de 1946, pp. 162-3).

<sup>11</sup> La cumbre en este punto la alcanza, sin duda, el código de la República Dominicana, tan saturado de “galicismos, que da la sensación de haberse redactado en una especie de *papiamiento*” (cfr. nuestra reseña de los *Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano* de F. TAVARES —Ciudad Trujillo, 1944—, en “Rev. Der. Proc.” 1944, II, p. 410). En cuanto a faltas de ortografía y de puntuación, la palma acaso se la lleve la ley núm. 50 de procedimiento civil federal argentino (cfr. Raymundo L. FERNÁNDEZ, *Código de procedimiento civil y comercial para la Capital*, etc., 2ª ed., Buenos Aires, 1942, pp. 655-742). Nada digamos de barbarismos tan innecesarios, como “perención” (por caducidad) —véase, v. gr., la ley argentina sobre la materia, de 1905: *infra*, nota 70—, “provisorio” y otros por el estilo.

<sup>12</sup> La fórmula transcrita es la del art. 245 de la Constitución de 1812. El art. 63 de la de 1837 (calcado luego por el 66 de la de 1845, el 67 de la de 1856 y el 76 de la de 1876) la amplía en estos términos: “A los Tribunales y Juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado”. Los proyectos de Constitución de 1852 y 1873, así como la Constitución de 1931, guardan silencio acerca de este extremo; y en cuanto a la Constitución de 1869 (art. 91, ap. 1º), redujo el texto a la primera mitad del de 1837 (o sea hasta “criminales”, suprimiendo, además, la palabra “Juzgados”), es decir, lo empeoró, hasta el punto de que, pese a haberse promulgado bajo ella la ley de organización judicial, su art. 2 se basa en el 63 de 1837 (“La potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponderá exclusivamente a los Jueces y Tribunales”).

en menos palabras, marcar con mayor nitidez la divisoria entre la fase, o proceso, de conocimiento y la de ejecución, como tampoco destacar de manera más certera el distinto plano que el juzgador ocupa en cada una de ellas. Para ser perfecta, no habría necesitado más que intercalar, entre “juzgar” y “hacer que se ejecute”, las palabras *en su caso*, ya que no siempre el tribunal ha de cuidarse de que se cumplimente lo juzgado (sentencias desestimatorias de toda especie —salvo alguna excepción—, sentencias declarativas o constitutivas, sentencias de condena cumplidas voluntariamente por el deador —cfr. art. 506 cód. proc. civ. Distrito Fed. en México—). También es muy correcta la enunciación del alcance de la inamovilidad judicial, en el artículo 222 (véase también el 9) de la citada ley orgánica de 1870: “La inamovilidad judicial consiste en el derecho que tienen los jueces y magistrados a no ser destituidos, suspensos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas (y debió haber añadido: y conforme al procedimiento) que en este título se expresan.”<sup>13</sup> Anterior en el tiempo es una fórmula cuyo eco aún resuena en el derecho americano, y que con un *mínimum* de palabras consagra la sencillez y la moralidad como principios rectores del enjuiciamiento —tantas veces alejado de ambas—, al prescribir que en ciertos litigios (en realidad, debiera ser en todos) se procediese “a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada”.<sup>14</sup> Próxima a ella se encuentra la caracterización de la amigable composición, o arbitraje de equidad, como un proceso en que los jueces deciden “según su saber y entender”.<sup>15</sup>

5) *b) Expresividad.*—Otro aspecto digno de destacarse es la maravillosa expresividad de la tradicional nomenclatura procesal española. El lenguaje procesal castellano proviene —no decimos que surja—<sup>16</sup> en su mayoría de las *Par-*

<sup>13</sup> En términos muy parecidos se expresa el art. 199 de la ley italiana de organización (“ordinamento”) judicial de 1865; pero no creemos que de él provenga el texto transcrito, que tiene sus antecedentes en declaraciones de las sucesivas Constituciones españolas (cfr. arts. 252 de la de 1812; 66 de la de 1837; 69 de la de 1845; 95 de la de 1869 y, especialmente, 70 de la de 1856).

<sup>14</sup> Cfr. art. 5 de la Real Cédula de Carlos IV fechada en Aranjuez el 30 de enero de 1794 y que creó el Tribunal del Consulado de Buenos Aires (como posibles antecedentes del precepto, véanse las leyes de la *Partida* III citadas en las notas 196 y 198). Acerca del alcance procesal de dicha norma, véase COUTURE, *El deber de decir la verdad en juicio civil* (Montevideo, 1938), p. 22. En el vigente derecho mexicano, el art. 21 del título sobre justicia de paz anexo al cód. proc. civ. del Distrito, dice que “las sentencias se dictarán a verdad sabida...”.

<sup>15</sup> Cfr., entre otros, los arts. 819 l. enjto. civ. de 1855; 833 de la vigente de 1881 (ambas de España); 802 cód. proc. civ. argentino de la Capital o 735 del paraguayo de 1883. *Amigable composición* (nombre que se infiere ya de la ley XXIII, título IV, *Partida* III: cfr. nota 198) es también denominación adecuada. En cuanto al término *laudo*, podría reservarse para la decisión de equidad, sea de jueces públicos o privados, y quedar *sentencia* para la de estricto derecho, provenga de unos o de otros.

<sup>16</sup> Puesto que antes de las *Partidas* existen textos legales (algunos Fueros municipi-

*tidas* y, en menor escala, del *Fuero Real* y de la versión romanceada del *Liber Iudiciorum* (*Fuero Juzgo*), o sea fundamentalmente del siglo XIII. Poco importa a este respecto que aquéllas sean trasunto del derecho romano,<sup>17</sup> puesto que al traducir del latín y valerse de palabras del idioma vulgar, realizaban la consagración jurídica de éste y, por consiguiente, creaban una terminología, a través de una obra que, abstracción hecha de su valor legislativo, constituye uno de los más grandes monumentos del habla castellana y uno de los jalones en la evolución de nuestro incomparable idioma.<sup>18</sup>

Por desgracia, un buen número de esas denominaciones han sido abandonadas, sin que las reemplazantes hayan significado siempre un progreso. Así, para reflejar en toda su extensión un régimen de proceso oral, nada más adecuado que llamarle *vocero* al abogado,<sup>19</sup> *oidor* al magistrado<sup>20</sup> y *audiencia* al acto en que se desenvuelve y al edificio destinado a celebrarlas.<sup>21</sup> De esos términos,

pales, *Fuero Juzgo*, *Libro de los Fueros de Castilla*, *Fuero Real*, etc.) redactados en castellano; pero ninguno, si se exceptúa acaso la versión romanceada del código visigodo, tuvo tanta resonancia ni tan alto valor literario. Además, no fueron los cuerpos legales citados, sino la sucesiva deformación del latín por causas múltiples, la que originó el lenguaje que aquéllos recogen.

<sup>17</sup> Aunque no en forma tan servil e intensa como se ha afirmado, ya que “no prescinden... del derecho castellano, fusionando y armonizando los dos elementos (el nacional y el extranjero) en un sistema original” (*Apuntes de Historia General del Derecho según las explicaciones del catedrático de la asignatura —a saber: GALO SÁNCHEZ— en la Universidad de Barcelona —ed. mimeografiada, Barcelona, 1930— pp. 139-40*).

<sup>18</sup> “La redacción es sumamente artística y literaria, mérito a que en buena parte se debe el extraordinario éxito que obtuvo el código alfonsino” (GALO SÁNCHEZ, ob. cit., p. 140). Acerca de las excelencias del castellano, tal como han sido reconocidas por autores extranjeros, me remito al discurso de recepción en la Academia Española del insigne filólogo NAVARRO TOMÁS (entre 1932 y 1935).

<sup>19</sup> Cfr. libro III, título I, ley II del *Fuero Viejo de Castilla* (fechado en 1356, pero compuesto con materiales en buena parte muy anteriores); libro I, título IX (“De los bozeros”) del *Fuero Real* de 1255 y, especialmente, *Partida III*, título IV (“De los abogados”, nombre que alterna con “bozero”), cuya ley I lo define: “Bozero es ome que razona —véase nota 23— pleyto de otro en juyzio, o el suyo mismo, en demandando o en respondiendo. E ha así nome, porque con bozes e con palabras usa de su oficio” (es decir, con razones y no simplemente con voces, como alguien ha entendido, reduciéndolo a la condición de *voceador*). Véanse también la ley III, título III, libro II del *Fuero Juzgo* y el libro IV, título IX del *Espéculo*.

<sup>20</sup> Cfr. *Partida III*, título XVIII, ley CX; *Ordenamiento de Montalvo* (1484), libro II, título IV; *Nueva Recopilación*, libro II, títulos V, IX y XI, y *Novísima*, libro V, títulos I y XI.

<sup>21</sup> La Real Audiencia, o tribunal de la Corte del Rey, se conoce desde tiempos de Fernando III y se reglamenta por Alfonso X en 1274, pero sin que hasta tiempos de Juan I se fijara de una manera estable, en Segovia. En las Cortes de Toro de 1371 se habla ya de la Chancillería de Valladolid, si bien su organización definitiva la obtiene en 1489 de los Reyes Católicos. A su vez, la ley I, título I, libro II del *Ordenamiento de Montalvo* prescribe “que el rey se sienta a juicio dos días en la semana”, a saber: “el lunes a oír peticiones y el viernes a oír los presos”, de donde el nombre

*vocero* ha desaparecido del derecho vigente, quizás por haberse entendido que derivaba del plural *voces* —como las que daba California—<sup>22</sup> y no del singular *voz*, empleada para razonar<sup>23</sup> de palabra en la defensa del cliente. En cuanto a *oidor*, de tanto arraigo en España como en América, no sé si su eliminación en ambas obedezca a que más de una vez los magistrados no oyen;<sup>24</sup> pero un argumento de ese tipo podría llevar también a privarles del nombre de jueces, por el hecho de que en ocasiones algunos de ellos no juzgan, sino que prevencionan. Se conserva, en cambio, como figura-clave del enjuiciamiento militar español el *auditor*,<sup>25</sup> pero con misión muy distinta de la del *oidor*: éste es el que *debe oír*, mientras que aquél es el que *debe ser oído* (mediante dictámenes o informes).<sup>26</sup> En cuanto a *audiencia*, tiene en el vigente derecho español diferentes

*audiencia* dado al acto en cuestión. La primera Audiencia americana se estableció en Santo Domingo en 1511 (cfr. MALAGÓN, ob. cit., en la nota 7, pp. 2 y 11), y la de México se creó en 1527. Acerca de las Audiencias, cfr. *Ordenamiento de Montalvo*, libro II, título IV; *Nueva Recopilación*, libro II, y *Novísima*, libro V, por no referirnos a disposiciones posteriores. El término “audiencia”, no para designar ya tribunal alguno, sino para denominar el desarrollo más o menos oral y concentrado de la prueba y el debate final subsiste en México (cfr. arts. 299 y 384-401 cód. proc. civ. Distrito o arts. 341-4 cód. proc. civ. Federal), mientras que en España, la ley de enjto. crim. de 1882 ha preferido hablar de *juicio oral* a este propósito (cfr. su libro III), en contraste con el título XVI l. org. jud., que trata “De las *audiencias* y policía de estrados en los juzgados y tribunales”.

<sup>22</sup> La célebre abogada recordada por la *Partida* III, tít. VI, ley III, para prohibir el ejercicio de la profesión a las mujeres, porque aun siendo “sabidora”, enojaba a los jueces con “sus voces”, hasta el punto “de no poder con ella”.

<sup>23</sup> De aquí el nombre de *razonadores* (véase también en la nota 19 la definición de “vocero” de las *Partidas*) que se les dio en Navarra (cfr. COVIÁN, *El procedimiento penal teórico práctico para la jurisdicción ordinaria, concordado y comentado* —Madrid, 1886—, p. 434).

<sup>24</sup> El insigne abogado español D. Ángel OSSORIO refería que informando una vez otro ilustre colega, el presidente de la Sala, que se había dormido, despertó de pronto y creyendo terminada la audiencia, pronunció el sacramental “Visto” (cfr. art. 330 l. enjto. civ.), a lo que aquél replicó rápidamente: “Ni visto ni oído”. Por su parte, CALAMANDREI dedica uno de los mejores capítulos de su *Elogio de los jueces escrito por un abogado* (trad. española, Madrid, 1936) al sueño judicial, bajo el eufemístico epígrafe “De cierta inmovilidad de los jueces en audiencia pública” (cfr. ob. cit., pp. 61-67). Y si no recuerdo mal, pues cito de memoria, la grave jurisprudencia del *Reichsgericht* de Leipzig hubo de pronunciarse en cierta ocasión acerca de si constituía motivo de casación el hecho de haber concurrido a dictar sentencia un magistrado que se durmió durante la audiencia o debate final.

<sup>25</sup> Aunque tanto *oidor* (voz romance) como *auditor* (término latino incorporado al castellano) deriven de *audio* y signifiquen etimológicamente lo mismo, y aun cuando en derecho canónico y con especial aplicación a España (auditores de la Rota Española, creada en 1771) la segunda denominación se extienda a verdaderos jueces, el concepto tiene significado distinto dentro del cuadro de la justicia castrense.

<sup>26</sup> Acerca de la posición y atribuciones de los auditores jurídico-militares, cfr. mis “Ensayos”, pp. 288-9, notas 100 y suplementaria y.

significados, aunque todos ligados con la acción de oír, de manera más o menos próxima, directa o figurada: “audiencia” designa, en efecto, dos peldaños de la organización judicial española especialmente adscritos a formas de debate oral,<sup>27</sup> el edificio en que tales tribunales radican,<sup>28</sup> una especie de proceso monitorio disciplinario,<sup>29</sup> el recurso de rescisión a favor del demandado rebelde,<sup>30</sup> la actuación procesal acompañada de publicidad,<sup>31</sup> la sesión de un tribunal<sup>32</sup> y la bilateralidad de la intervención de las partes.<sup>33</sup> A su vez, audiencia se aplica en ocasiones a la *audición* de los litigantes (o de los “interesados” en un negocio de jurisdicción voluntaria),<sup>34</sup> mientras que en otras se extiende a la recepción de las pruebas, ya sola, ya acompañada de la primera.<sup>35</sup> Pero más frecuente aún que el empleo del sustantivo “audiencia” es el del verbo *oír*,<sup>36</sup> con que suele expresarse no tanto la audición oral *stricto sensu*, como la intervención que haya de darse en el procedimiento a algún sujeto procesal, hasta el extremo de que en algún precepto se emplea la paradójica locución *oyendo por escrito*, en contraste con el *oír de palabra* que se utiliza en otros.<sup>37</sup> La precisión terminológica ganaría, desde luego,

<sup>27</sup> A saber, las Audiencias provinciales, o de lo criminal, dedicadas preferentemente a conocer de los juicios orales por delitos, y las Audiencias territoriales, que entienden de las vistas de apelación en materia civil.

<sup>28</sup> Cfr., entre otros, los arts. 90 y ss. de la l. orgánica judicial de 1870; 2 y 3 de la adicional a la misma, de 1882 y el real decreto de 1892. Dentro del edificio, aún cabe diferenciar las *salas de audiencia*, de las restantes piezas destinadas a otros fines o servicios (biblioteca, archivo, oficinas, incluso habitación).

<sup>29</sup> O sea el conocido en España como incidente de audiencia en justicia (cfr. arts. 451-6 l. enjto. civ., 63 cód. proc. civ. Distrito mexicano o 55 cód. proc. civ. Capital argentina).

<sup>30</sup> Con los dos nombres —audiencia y rescisión— es conocido el medio impugnativo: el primero de ellos atiende a su efecto inmediato y el segundo a su efecto mediato y eventual (cfr. arts. 773 y ss., especialmente el primero, de la l. enjto. civ. española y art. 6 del decreto de 28-VIII-1936, en materia penal con motivo de la guerra civil)

<sup>31</sup> Cfr. v. gr., los arts. 282, 313, 336, etc., de la l. enjto. civ. española.

<sup>32</sup> Cfr. art. 653 l. enjto. cit.

<sup>33</sup> Cfr. art. 30 l. enjto. cit.

<sup>34</sup> En cuanto a la de interesados en algún negocio de jurisdicción voluntaria, cfr., v. gr., el art. 2132 l. enjto. cit.

<sup>35</sup> Cfr., entre otros, los arts. 85, 90, 313, 653-5, 740, l. enjto. cit. Recordemos asimismo la audiencia de pruebas y alegatos del cód. proc. civ. Distrito (véase *supra*, nota 21).

<sup>36</sup> Verbigracia, en los arts. 81-6, 101, 113, 170, 427, 452, 496, 691, 774, 780, 813, 833, 941, 1813, 1993, etc. de la l. enjto. civ. española; 63, 675-6, 895, 925, etc. cód. proc. civ. Distrito mexicano (aunque en él prevalece “audiencia”, especialmente al referirse a la del ministerio público: cfr. arts. 71, 165, 166, 186, 607, 764, 769, 808, etc.); 348, 421, 560, 576, etc. del cód. proc. civ. argentino para la Capital federal.

<sup>37</sup> “Oyendo por escrito”, en el art. 84 l. enjto. civ. española; “oír de palabra”, en el 677 del propio texto.

Con ligeros cambios y el aumento de las referencias de derecho americano, los párrafos comprendidos entre la nota 26 y la presente proceden de mi *Adición al núm.*

si se redujese la lista de acepciones cabría llamarle Palacio de Justicia al edificio, o reservar la palabra audición para la recepción oral de declaraciones, de partes o testigos) y si se evitase la contradictoria expresión “oyendo por escrito”, tan inadecuada como su reverso el nombre de *vista* para designar el debate oral,<sup>38</sup> muy probablemente debido al carácter predominantemente escrito del enjuiciamiento español, que hizo se pensara más en la vista, o examen, de los autos, que no en la audiencia o audición de los informes;<sup>39</sup> pero una vez subsanados esos reproches, la voz audiencia es insustituible en los demás casos, y es una lástima que con olvido de su gloriosa tradición, la mayoría de los países de América la hayan abandonado, para sustituirla por denominaciones de menor prestigio o producto de la importación.<sup>40</sup>

6) El mismo grafismo se manifiesta en otras varias voces, arcaicas o en desuso unas y subsistentes otras. Tal sucede con *personero* (procurador), porque se persona en nombre de otro;<sup>41</sup> con *escribano*, término que un inexplicable complejo de inferioridad profesional —motivado en parte por las diatribas de que el cargo fue objeto y también por el deseo de evitar su confusión con la más modesta tarea de escribiente, amanuense o chupatintas— hizo reemplazar en España por secretario judicial,<sup>42</sup> siendo así que la primera palabra (lo mismo que la fran-

402 b del “*Sistema de Derecho Procesal Civil*” de Carnelutti (Buenos Aires, 1944), tomo III, p. 61.

<sup>38</sup> Nada digamos de la paradójica expresión “vista oral” utilizada por el artículo 16 de la ley española relativa a vagos y maleantes, de 4-VIII-1933, y en la esfera doctrinal, v. gr., por PRIETO-CASTRO al traducir “*Einheitlichkeit der mündlichen Verhandlung*” por “unidad de la vista oral” (cfr. KISCH, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, 1ª ed. española, Madrid, 1932, pp. 136 y 138).

Acerca de “vista” como sinónimo de debate oral, cfr. los arts. 331-4 de la l. enjto. civ. española o el 709 del cód. proc. civ. Distrito mexicano; en cambio, son correctas las frases y giros “traer los autos a la vista” (cfr. arts. 673, 755, 901, 1763, l. española), “dar vista” (cfr. art. 175 idem.), “en vista” (cfr. arts. 123, 1737) o “vistos” (los autos por el fiscal: cfr. arts. 1723 l. enjto. civ. y 876 l. enjto. crim., siempre de España), ya que entonces se trata de su examen visual, o lectura, por el juzgador, las partes o el ministerio público.

<sup>39</sup> Cfr. mi *Adición al núm. 187 a del “Sistema” de Carnelutti*, tomo II, p. 202.

<sup>40</sup> Subsiste la denominación con el mismo alcance que en España, para designar en ambas los tribunales de lo civil y de lo criminal intermedios entre el Tribunal Supremo y los Juzgados, en Cuba; pero en otros países ha sido reemplazada la palabra “Audiencia” por Corte (sin duda por influjo norteamericano y francés, aunque el término no sea desconocido en España en su acepción judicial: véase, *infra*, núm. 26 —Cort de la Seo—), tanto para las Supremas, como en algunos para las de apelaciones (por ejemplo: Chile).

<sup>41</sup> Cfr. *Fuero Juzgo*, libro II, título III, leyes 1-X; *Fuero Real*, libro v, título X; *Partida III*, título V.

<sup>42</sup> Cfr. *Fuero de Cuenca*, libro II, título VI, leyes XIX y XX (en las pp. 445 y 447 de la ed. cit. en la nota 44); *Fuero Real*, libro I, título VIII; *Partida III*, título XIX; *Espéculo*, libro IV, título XII. En España, la ley del notariado de 1862 separó la fe

cesa *greffier* o la alemana *Gerichtsschreiber*, y a diferencia de la italiana *cancelliere*, inadecuada por completo), además de ser específica y no genérica, como la segunda (que exige el aditamento de un adjetivo), destaca la cualidad de documentador o instrumentador del proceso que en él concurre; en este sentido, *actuuario*, como encargado de las actuaciones judiciales,<sup>43</sup> es también preferible a secretario. Prosigamos: *andador*, para designar al transmisor de avisos y notificaciones;<sup>44</sup> *relator*, refundible con el escribano, por estar a su cargo efectuar la relación del pleito;<sup>45</sup> *alzada*, como sinónimo de apelación, todavía en uso, aunque en España más en la esfera administrativa que en la procesal, y que refleja la índole esencialmente devolutiva —desde el punto de vista jerárquico-jurisdiccional y no en atención a los efectos de su admisión— de dicho medio impugnativo;<sup>46</sup> *exhortos*, para las comunicaciones judiciales, en atención a la

pública judicial y la extrajudicial, que hasta entonces habían sido ejercidas por el escribano; a partir de esa fecha, la segunda se atribuyó, como regla, al notario; la ley de organización judicial de 1870 habla ya de “secretarios judiciales” (cfr. sus arts. 472-534), pero el nombre no arraiga definitivamente hasta el r. d. de I-VI-1911. La denominación “escribano” subsiste aún, alternando con “secretario”, en la vigente ley procesal civil española (cfr., por ejemplo, los arts. 168, 234, 250-3, 262), y a su influjo obedece sin duda que en el cód. proc. civ. Distrito mexicano se haya deslizado alguna vez dicha palabra, extraña en rigor a su terminología (cfr. arts. 124 y 820). Destaquemos a este propósito que en Argentina y Uruguay se llama “escribano” al que, según los planes de enseñanza, ha cursado en las facultades de derecho la carrera del “notariado”, a quien, por tanto, de acuerdo con la consecuencia y con la evolución histórica sería mejor llamar notario, como en la mayoría de los países. Esa preferente vinculación del escribano con la fe pública judicial fue ya percibida por un rústico poeta español, cuando acertó a decir: “Aunque soy hombre del campo —he llegado a conocer— que son tres pies para un banco: — fiscal, escribano y juez”.

<sup>43</sup> Cfr. v. gr., arts. 168, 263, 268, 273, 1404, etc. l. enjto. civ. española (que alguna vez habla también de “escribano de actuaciones”: art. 250); 534, 539, etc. cód. proc. civ. Distrito, así como los arts. 51-75 y 82-3 de su ley orgánica (si bien éstos se refieren a “secretarios actuarios” y no simplemente a “actuarios”, como aquél); 37-40, etc. cód. proc. Capital argentina.

<sup>44</sup> Cfr. *Fuero de Cuenca*, libro II, título VI, leyes XXVI-XXXI (pp. 455, 457 y 459 de la edición preparada por el insigne don Rafael DE UREÑA —Madrid, 1935—, correspondientes al texto del código valentino). De tales preceptos se infiere la triple misión que al *andador*, especie de alguacil, incumbía: la práctica de notificaciones, embargos y detenciones.

<sup>45</sup> Cfr. *Ordenamiento de Montalvo*, libro II, título X, ley única. En las *Recopilaciones*, se diferencian los Relatores de las Chancillerías y Audiencias y los Escribanos, divididos éstos en varias clases (de los expresados tribunales, del Crimen, del Juzgado de los Alcaldes; de los hijosdalgo de los Chancillerías: cfr. libro II, título XVII-XXI de la *Nueva Recopilación* y libro V, títulos XXIII-XXVII de la *Novísima*). En la actualidad, cfr. disposiciones transitorias XII y XIII de la l. org. jud. y arts. 253, 318, 330 y 855 l. enjto. civ. españolas y art. 388 cód. proc. civ. Distrito.

<sup>46</sup> Cfr. *Fuero Real*, libro II, título XV; *Partida* III, título XXIII (cuya ley I afirma que “alzada es querrela que alguna de las partes hace de juicio que fuese dado contra ella, llamando y recurriendo a enmienda de mayor juez”); *Espéculo*, libro V, título

excitación o requerimiento de cooperación judicial, que contienen, y aun cuando a nada práctico conduzca su división en tres peldaños —*cartas-órdenes*, o *mandamientos*, *exhortos* propiamente tales y *suplicatorios*—, los nombres de éstos expresan asimismo con toda fidelidad el plano en que el requirente y el requerido se encuentran: descendente, a nivel o ascendente;<sup>47</sup> *quebrantamiento de forma*, para la casación en virtud de *error in procedendo*, puesto que entonces se vulnera alguna forma, y norma, del procedimiento;<sup>48</sup> *avenencia*, para el resultado positivo de la conciliación,<sup>49</sup> e incluso *hombres buenos*,<sup>50</sup> aunque de hecho no siempre se conduzcan como tales —recordemos la queja del poeta: . . . “te traje como hombre bueno y me has salido hombre malo”—, a las personas que deben intervenir para lograr aquélla; *diligencias*, pese a que tan atractivo nombre no se compagine con la desesperante lentitud que suele invertirse en su tramitación,<sup>51</sup> y otras varias voces, que harían cansada esta enumeración.<sup>52</sup> Pero

XIV y *Ordenamiento de Alcalá*, título XIII. En cambio, el *Ordenamiento de Montalvo* (libro III, título XVI), la *Nueva Recopilación* (libro IV, título XVIII) y la *Novísima* (libro XI, título XX) hablan en los epígrafes citados, de “apelaciones”. El término “alzada” se reserva en España hoy día de preferencia para designar el recurso ante autoridades administrativas superiores de las que adoptaron algún acuerdo (cfr., v. gr., los arts. 96 y 98 del reglamento de pesas y medidas, de 4-V-1917, en contraste con el 97, así como el 75 del reglamento de 27-VII-1943, relativo al cuerpo de Abogados del Estado); en sentido judicial la emplea el art. 310 cód. civ., del mismo modo que en México el art. 40 cód. proc. Dist.

<sup>47</sup> Cfr. arts. 285 l. enjto. civ. y 184 l. enjto. crim. españolas.

<sup>48</sup> Cfr. arts. 1693 l. enjto. civ. y 911-2 l. enjto. crim. españolas.

<sup>49</sup> Cfr. *Fuero Juzgo*, libro II, título II, ley V (“avenencia”); *Partida* III, título IV, ley XXVI (“avenencia es cosa que los hombres deben mucho codiciar de haber entre sí”), título XVIII, ley XV, y *Partida* V, título XIV, ley XXXIV. Hoy día, cfr. arts. 471 y 479 l. enjto. civ. española; 20, frac. VI, del título sobre justicia de paz anexo al cód. proc. civ. Distrito mexicano; 64 cód. proc. civ. Capital argentina (“avenimientos amigables”). Recordemos también el juez *avenidor* de los arts. 1205 y ss., del código de comercio español de 1829.

<sup>50</sup> La denominación tiene remotos antecedentes en España, y CARAVANTES la refiere a los Fueros concedidos a Baleares por Jaime el Conquistador en 1230 (cfr. *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*, tomo I —Madrid, 1856—, p. 414); véanse, además, las notas 115 y 196. En el vigente derecho español, cfr. los arts. 470-1 l. enjto. civ. y 321 l. enjto. crim. (si bien los “hombres buenos” de éste son genuinos testigos instrumentales, que reemplazan al secretario judicial).

<sup>51</sup> Cfr., entre otros, los arts. 4, 10, 254-5, 268-9, 293-301, 313, 432; libro II, título II, capítulo I, sección 2ª (diligencias preliminares); título XII, sección 3ª (diligencias consiguientes a la declaración de concurso), l. enjto. civ. española; 183-91, 307-23, 332-24, 366, 646, etc., l. enjto. crim.; 68, 105, 112, 306, 309, 936, etc., cód. proc. civ. Distrito mexicano; 70, 118-9, 124, 572, 617-9 cód. proc. civ. Capital argentina. También se usa el verbo *diligenciar* (cfr., por ejemplo, el art. 104 cód. Distrito citado).

<sup>52</sup> Añadiremos a la lista: excepciones *alongaderas*, o sea las dilatorias (cfr. *Partida* III, título III, ley IX); convenio (en el concurso de acreedores: cfr. arts. 1130-55 l. enjto. civ. española) o excepciones de *quita* (reducción) y *espera* (aplazamiento)

no la cerraremos sin antes referirnos por separado a tres conceptos de especial importancia: *demanda*, *tercería* y *enjuiciamiento*.

7) *Demanda*, en castellano, tiene el mismo origen e idéntico alcance procesal que sus equivalentes en francés e italiano; pero mientras en el lenguaje usual de España, ella y el verbo demandar casi nunca se emplean en la acepción de interrogar o preguntar, en Italia y en Francia conservan este significado, incluso en el área del proceso (por ejemplo: preguntas a partes, testigos o peritos),<sup>53</sup> y por consiguiente, al vincularse entre nosotros a la idea de interpelación jurisdiccional, adquiere una precisión y una especificidad que en los otros idiomas latinos le falta.

8) *Tercería*, nombre que por sí solo refleja la participación de un tercero en el proceso, supera con mucho a las denominaciones compuestas del derecho francés e italiano (*tierce opposition*, *opposizione del terzo*) o del germánico (*Haupt- y Nebenintervention*, que tienen un valor convenido y elíptico, a traducir como intervención principal o adhesiva de terceros, ya que sin este indispensable complemento, la verdadera intervención principal sería la de las primitivas partes). Si ahora agregamos a tercería los calificativos *espontáneo* y *provocado*, o bien los sustantivos *intervención* y *llamamiento*, habremos diferenciado, sin más que dos palabras, las dos clases o formas fundamentales en que la institución se bifurca, a saber: la tercería-intervención, o espontánea, y la tercería-llamamiento, o provocada. Y también unos adjetivos contrapuestos bastarán para distinguir las dos modalidades de la tercería-intervención, es decir, la *principal* (o *excluyente*, como la llama el código procesal civil del Distrito en

(cfr. art. 1464, núm. 6, l. cit., 531 cód. Distrito y 488, núm. 8, cód. Capital argentina); *veedor*, por inspector (cfr. libro II, título XVIII, del *Ordenamiento de Montalvo*, en el que se establecen “veedores y visitadores” en la esfera judicial “para ver como usan las Justicias”); *bastanteo*, derivado forense del acto que el abogado realiza al declarar “bastante” el poder del procurador (cfr. *Nueva Recopilación*, libro IV, título II, ley III; *Novísima*, libro XI, título III, ley III, y art. 3 l. enjto. civ. española; véase también el art. 46 cód. proc. civ. Distrito); *allanamiento* (cfr. *infra*, núm. 13); *tacha* de testigos (cfr. *Nueva Recopilación*, libro IV, título VIII; *Novísima*, libro XI, título XII), aun siendo los primeros en creer que el incidente, como reminiscencia de prueba legal, no debe subsistir (cfr. nuestros *Ensayos*, pp. 210-1, así como *Sistemas y criterios*, cit. en nota 151, pp. 7-8); *indagatoria* (cfr. *infra*, núm. 15), etc. En cambio, *sumario* (cfr. l. enjto. crim. española, libro II) resulta inadecuado para designar la instrucción penal, ya que no tiene nada de breve y, además, aparece en la práctica como la fase más larga y engorrosa del proceso penal.

<sup>53</sup> Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 398, y nuestra adición al mismo (en el tomo III, pp. 57-8), así como, verbigracia, los arts. 271 cód. proc. civ. francés de 1806, 349 cód. proc. pen. italiano de 1930, y 88, 90, 114 y 119 (“domande” a partes y testigos, en contraste con la “domanda giudiziale” de los arts. 215-28) cód. proc. civ. del Vaticano, de 1946.

su art. 659) y la *adhesiva* (o *coadyuvante*:<sup>54</sup> art. 655 cód. cit.). Todavía, el derivado *tercerista*<sup>55</sup> impide confundir al tercero-litigante con los demás terceros, o sea personas ajenas a la relación jurídica procesal, que en el proceso participen (testigos, peritos, auxiliares, encargados e incluso meros poseedores de medios u objetos de prueba: cfr. art. 288 cód. cit.)

9) *Enjuiciamiento*, es vocablo que los procesalistas españoles no han sabido valorizar debidamente. Y sin embargo, “como epígrafe o título de los códigos respectivos es netamente superior a proceso (o procesal), con acepciones extraprocesales, y a procedimiento, que además de ese defecto, ofrece el de su insuficiencia para extenderse a la totalidad del horizonte procesal. En cambio, enjuiciamiento, vinculado en un sentido al juicio (más concretamente: al juicio judicial, aunque por analogía se aplique a veces en otros órdenes) y que refleja, además, el desarrollo de la actividad procesal necesaria para llegar a la obtención de ese juicio, representa, en cierto modo, un término que abarca a un tiempo el proceso y el procedimiento”.<sup>56</sup> En cuanto a su origen, Becuña entendió que “la palabra enjuiciamiento, casi nueva en el uso legal e incluso doctrinal, con la cual, en el título oficial de la ley (de 1855) venía indicado” su objeto, se tomó “en el sentido en que años antes había sido definida por Escriche, como *el orden*

<sup>54</sup> Calificativo este último que en el campo de la justicia administrativa española se ha substantivado para designar al interesado que se coloca procesalmente junto a la administración recurrida (cfr. arts. 36, 46 y 50 de la ley y 190, 216, 252, 265, 315-6, 324 ó 467 del reglamento en materia contencioso-administrativa, ambos de 22 de junio de 1894).

<sup>55</sup> La *Nueva Recopilación* (cfr. libro II, título X, ley XV) y la *Novísima* (cfr. libro XI, título II, ley XVII) se contentan con hablar de “tercer opositor”, y otro tanto hace la doctrina coetánea, sin excluir al CONDE DE LA CAÑADA, quien en sus *Instituciones prácticas de los juicios civiles* (cfr. las pp. 359-412 de la 2ª ed., Madrid, 1794) ha estudiado la figura, en sus dos modalidades (“coadyuvante” y “excluyente”), con sagacidad extraordinaria. El término “tercería” lo encontramos ya en la ley de enjuiciamiento mercantil de 1830 (cfr. arts. 380-7) y luego en las de enjuiciamiento civil de 1855 (arts. 995 y ss.) y de 1881 (arts. 1532 y ss.), así como en el cód. proc. civ. Distrito mexicano (título X) y en el cód. proc. civ. Capital argentina (título XIV, sección 3). En cuanto a “terceristas”, es palabra consagrada en el lenguaje forense (cfr., v. gr., Raymundo L. FERNÁNDEZ, *Código de procedimiento civil y comercial*, etc., p. 456) y que procede incorporar al legislativo, como lo ha hecho, por ejemplo, el art. 640 cód. mexicano del Estado de Hidalgo, de 1940.

<sup>56</sup> ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho procesal penal* (en colaboración con LEVENE h.), tomo I (Buenos Aires, 1945), pp. 19-20. En contra, Alberto LACAYO LACAYO, *El Derecho Procesal en Nicaragua* (en “Revista de Derecho Procesal”, año I, 1ª parte, pp. 359-60), que prefiere “procedimientos”, porque enjuiciamiento no comprende la jurisdicción voluntaria, afirmación ésta que puede verse con anterioridad en mis *Estudios* (cfr. pp. 473-5); pero como la seudojurisdicción voluntaria, salvo aquellas manifestaciones suyas conectadas indisolublemente con el proceso, debe salir de los códigos procesales, el argumento pierde toda su fuerza.

y método que debe seguirse con arreglo a las leyes en la formación e instrucción de una causa civil o criminal, para que las partes puedan alegar y probar lo que les convenga y venir el Juez en conocimiento del derecho que les asista y declararlo por medio de su sentencia”,<sup>57</sup> pero el malogrado profesor de Madrid incurrió a este propósito en un manifiesto error cronológico, porque la definición que transcribe, proviene de la edición de 1847 del célebre *Diccionario*, o sea de la tercera, posterior en bastantes años a la *Ley de enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio*, de 24 de julio de 1830, texto en que don Pedro Sáinz de Andino consagró por primera vez en un cuerpo legal la citada expresión. Así, pues, Escriche, aun hecha la referencia a la primera edición, que es de París, 1831, podrá ser el autor de la mejor definición de enjuiciamiento dentro del criterio legal, pero sin que la misma suponga la más pequeña desviación respecto del significado y alcance que recoge la mencionada ley procesal mercantil.<sup>58</sup>

10) c) *Precisión técnica*.—La terminología procesal española es, en ocasiones, de unaprecisión técnica admirable. Algunos ejemplos lo corroborarán.

1                    2                    3                    4                    5

“El pentágono *juzgador-tribunal-juzgado-magistrado-juez*,<sup>59</sup> y en contraste con la penuria italiana,<sup>60</sup> permite diferenciar en cualquier caso, dentro del órgano

<sup>57</sup> *Caratteri generali del processo civile in Ispagna* (en “Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda”; Padova, 1927), p. 3. El pasaje que transcribe BENEÑA corresponde al tomo I, pp. 711-2, del *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, escrito por don Joaquín ESCRICHE (3ª ed., Madrid, 1847).

<sup>58</sup> Cfr. ALGALÁ-ZAMORÁ, *Proceso, procedimiento, enjuiciamiento* (en “Estudios”), pp. 471-2.

<sup>59</sup> “*Juzgador*”: cfr. *Partida* III, título IV, leyes IX-XIII y XV; título XV; título XVI, leyes I, XXII, XXIII, XXVI, XXXIV, XXXV, XXXVII, etc., en donde alterna con “jueces”; *Ordenamiento de Montalvo*, libro II, título XV, leyes I, II y VII; *Novísima Recopilación*, libro XI, título I, ley I; l. enjto. civ., art. 1692, núm. 7; l. enjto. crim., art. 849, núm. 2, según la redacción de 28-VI-1933.

“*Juzgado-Tribunal*”: arts. 3, 10, 13, 116, 353, 369, etc., l. enjto. civ. y 15 y 27 l. organización judicial, ambas de España.

“*Juez-Magistrado*”: cfr. arts. 28 y 29 l. org. jud. española. La costumbre de varios países americanos, de llamar “magistrados” lo mismo a quienes lo son en estricto sentido, es decir, a los adscritos a *tribunales*, que a los jueces monocráticos, titulares de los *juzgados*, si bien halaga la vanidad de los segundos, redundando en detrimento de la exactitud terminológica.

Todavía, podríamos elevar el pentágono del texto hasta la categoría de heptágono, con sólo recordar los nombres *Judicatura* y *Magistratura*, para englobar, respectivamente, el conjunto de jueces y el de magistrados (cfr., v. gr., arts. 80 y 108 l. org. jud. cit.). *Judicatura* puede además reemplazar, como denominación corporativa, a “Carrera Judicial” (que más hace pensar en un trampolín profesional que en la función jurisdiccional) y a “Poder Judicial” (rúbrica doctrinalmente discutible y orgánicamente inadecuada).

<sup>60</sup> “En efecto, en tanto *giudice* se refiere lo mismo al órgano jurisdiccional que al funcionario judicial, y ya sea éste miembro de un colegio o titular de un oficio mono-

jurisdiccional, el oficio —tanto en abstracto (1) como en concreto (2 y 3)— y el funcionario (4 y 5) y darles, además, nombres distintos según sean colegiados (2 y 4) o monocráticos (3 y 5)".<sup>61</sup>



11) Aun cuando, a nuestro entender, la división de la jurisdicción en contenciosa y voluntaria no debe adoptarse como base para un código procesal, por no ser la última ni jurisdicción ni voluntaria,<sup>62</sup> sí puede aceptarse la distinción que la ley de enjuiciamiento civil española marca entre el *juicio* (en el sentido de proceso) como propio de la primera y el *acto* o, mejor, el *negocio* como peculiar de la segunda.<sup>63</sup>

12) El contraste entre *tramitación* (o *substanciación*) y *decisión*, tan constante en la ley de enjuiciamiento civil española, se corresponde, en cierto modo, con el que como base de su doctrina establece Carnelutti entre el *proceso* y el *litigio* y, en todo caso, señala con nitidez una fundamental relación de medio a

crático, el cuadrilátero español tribunal-juzgador-magistrado-juez, al que todavía ha de agregarse juzgador, permite establecer puntualizaciones que en el italiano sólo cabe inferir del sentido que al vocablo único se le asigne en la frase". ALCALÁ-ZAMORA, *Indicaciones acerca del nuevo Código de procedimiento civil italiano* —en el tomo I, p. 434 de la traducción del "Sistema" de Carnelutti—).

<sup>61</sup> ALCALÁ-ZAMORA, *La reforma del enjuiciamiento penal argentino*, núm. 30 (p. 54 del sobretiro).

<sup>62</sup> Acerca de los problemas fundamentales que la misma suscita, nos remitimos a nuestro estudio *Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria* (actualmente en prensa; con destino al homenaje que los procesalistas italianos dedican al insigne REDENTI).

<sup>63</sup> Cfr., v. gr., los arts. 4, 9, 10, 460, 1156, 1379, 1612, 1635, 1654, 1666, 1682, 1690, 1811 y ss., 1823-4 l. enjto. civ. española, así como los epígrafes de los títulos II-V; IX, sección tercera; X, sección segunda; XV y XVII del libro II y el de la Segunda Parte del libro III.

Lo que el legislador español, por desgracia, no supo es prolongar esa distinción inicial y extenderla a las principales actuaciones integrantes de una y otra jurisdicción: "que no se le llama *demanda* a la *solicitud*, ni *partes* a los *interesados* o *participantes*, ni *proceso* al *expediente*, ni *sentencia* a la *resolución*..., ni *apelación* a la *alzada* (si se admite)..., para impedir... la engañosa sensación y nexo que desde 1855 tan malos frutos ha rendido...". ALCALÁ-ZAMORA, *Orientaciones para una reforma del enjuiciamiento cubano* (en "Ensayos", p. 128).

fin,<sup>64</sup> con trascendencia inclusive para la diferenciación entre usos forenses (que se referirían a la primera) y jurisprudencia (que se vincularía con la segunda) y para el deslinde entre la casación de forma y la de fondo.<sup>65</sup> Un contraste similar establece la propia ley entre *actuaciones* y *providencias*.<sup>66</sup> Y puesto que de actuaciones acabamos de hablar, digamos que por influjo de la doctrina italiana, y más remota e indirectamente de la alemana, los procesalistas de lengua española denominan actos procesales, a los que resultaría más tradicional, castizo y expresivo llamar *actuaciones*, con el calificativo de *procesales* en vez de “judiciales”, para abarcar no sólo las del juzgador, sino las de cualquier otro sujeto del proceso.<sup>67</sup>

Siempre en el capítulo de la actividad procesal, la distinción, dentro del género notificaciones, entre la *citación* (para día, lugar y hora inicial determinados) y el *emplazamiento* (para el desarrollo de alguna diligencia dentro de un periodo de tiempo) está trazada con toda nitidez,<sup>68</sup> y únicamente cabe lamentar que no se haya establecido una diferencia paralela entre los conceptos de *término* y *plazo*, el primero utilizado como sinónimo del segundo, cuando debiera, o habersele enfrentado o bien haberlo adoptado como común denominador de los plazos y de los que, al no ser designados como términos *stricto sensu*, podrían ser llamados *señalamientos*.<sup>69</sup> Dicho de otro modo: mediante la ecuación la ci-

<sup>64</sup> Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, núms. 14, 16, 57, 82-3, 118-9, 132, 359, 410 y 519, así como nuestras adiciones a sus núms. 14, 16, 92 y 428.

<sup>65</sup> Acerca del primer extremo, cfr. nuestro *Ensayo de diferenciación entre la jurisprudencia y los “usos forenses”* (publicado primero en el “Boletín de la Universidad de Santiago”, 1933, y luego en “Estudios”, pp. 263-301); en cuanto al segundo, cfr. arts. 1691-3 l. enjto. civ. y 849 911-2 l. enjto. crim., ambas de España.

<sup>66</sup> Cfr. art. 745, núm. 1, l. enjto. civ. española (incidentes de nulidad).

<sup>67</sup> Cfr. nuestro *Derecho procesal penal*, tomo II, p. 146, nota 24. Al expresarnos como lo hacemos en el texto, no olvidamos “el antiguo significado forense de *actos* en España (= *autos* o *actuaciones*)” (*Ensayos*, p. 683); pero ello no impide que consideremos preferible la palabra “actuaciones”, más generalizada hoy día, sin otras acepciones jurídicas (cual sucede con *actos* y con *autos*) y con la ventaja, además, de reflejar mejor el dinamismo de la actividad procesal.

<sup>68</sup> Cfr. arts. 272 y 274 l. enjto. civ. y 175 l. enjto. crim. españolas.

<sup>69</sup> El concepto de *plazo* aparece enunciado en el código alfonsoino en la misma forma en que modernamente lo suelen condensar los procesalistas alemanes. Según la *Partida* III, título XV, ley I, “*plazo es espacio de tiempo* (subrayamos nosotros, para destacar la identidad), que da el juzgador a las partes para responder o para probar lo que dicen en juicio, cuando fuere negado”; según GOLDSCHMIDT, por ejemplo, “*Die Fristen sind Zeitspannen*” (*Zivilprozessrecht*, 2ª ed., Berlin, 1932, p. 108), o sea, sólo que en plural, exactamente lo mismo que dice la citada ley de *Partidas*.

Para orillar la dificultad suscitada por el empleo de *término* como sinónimo de *plazo*, CARNELUTTI designa (*Sistema*, núm. 526) al verdadero *término* como *día*; pero con ello, si bien diferencia los dos conceptos de que nos venimos ocupando, olvida que el *plazo* puede ser de un día (cfr. v. gr., los arts. 105, 123, 193, 237, 478, 572, 586, 643, etc., cód. proc. penal argentino para la Capital y la Justicia Federal de 1888), incluso

*tación es al término (o al señalamiento), lo que el emplazamiento es al plazo,* se habría implantado una perfecta correspondencia entre las dos parejas de conceptos y se habría evitado la confusión actual entre los dos últimos de cada una de ellas.

Pasando ahora de la actividad a la inactividad, *caducidad* es voz, si no más exacta, puesto que su reemplazante rioplatense es sólo una bárbara e innecesaria traducción suya,<sup>70</sup> sí, desde luego, más elegante que *perención*, y ello con independencia de que pueda o deba suprimirse.<sup>71</sup>

13) *Desistimiento y allanamiento*<sup>72</sup> superan a sus equivalentes italianos “*rinunzia*” y “*riconoscimento*”, menos precisos y específicos. Además, *renuncia* podría quedar para la de derecho material (léase, de la pretensión) y *desistimiento* para el de derecho procesal (es decir, de la *instancia*);<sup>73</sup> y cabría aún, en el

de horas (cfr. arts. 492 y 496 cód. justicia militar argentino de 1898) y hasta de minutos (mejora de posturas en los remates: cfr. art. 580 cód. proc. civ. Distrito mexicano).

Según PEREIRA BRAGA, “*término* es propiamente cada uno de los momentos límites (*terminus*, marco o límite) de comienzo y fin del plazo: *término inicial* o suspensivo del efecto jurídico (*dies a quo, ex die*) y *término final* o resolutivo (*dies ad quem, ad diem*)” (*Exegese do código de processo civil*, vol. III —Rio de Janeiro, 1944—, p. 5). El plazo, pues, se encontraría encuadrado por dos términos (cfr. ob. cit., p. 153), que harían las veces de un paréntesis.

Sobre *señalamientos*, cfr. arts. 321-4 y 328 l. enjto. civ., los más característicos, por referirse al de las vistas (véanse igualmente los arts. 652-4 y 657 l. org. jud. y 688 l. enjto. crim. españolas; 299, 387 cód. proc. civ. Distrito mexicano —en otros, como el 435 o el 713, habla, en cambio, de “fijar la audiencia”—).

<sup>70</sup> Cfr. ley argentina núm. 4550, de 9-VI-1905, sobre la materia, en cuyos artículos 2-6 se lee “*perención*”, en tanto que en el 1º y en el 8 se ha escrito “*caducidad*”. En el Uruguay, mientras COUTURE habla de “*caducidad*” en los arts. 114, 259 y 415, con referencia a manifestaciones aisladas de la misma, en la serie que regula la figura se vale de “*perención*” (cfr. su *Proyecto de Código de Procedimiento Civil* —Montevideo, 1945—). Pero en ambos países el uso da preferencia a “*perención*”.

<sup>71</sup> La *caducidad* fue suprimida por CHIOVENDA en su Proyecto de 1919, por entender que no sirve para cerrar definitivamente los litigios, sino para renovarlos indefinidamente. En su reemplazo autorizó una suspensión concordada, en virtud de la cual la reanudación del procedimiento no podría pedirse hasta transcurridos 90 días (art. 62): cfr. *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra* —en “*Saggi di Diritto Processuale Civile*”, vol. II, Roma, 1930, pp. 87-8 y 136—. Debido quizás a su influjo, ha desaparecido también en el vigente cód. proc. civ. de 1940, en el que ha sido sustituida por la figura denominada “*extinción por inactividad de las partes*” (arts. 307 y ss.; para la crítica de esta solución, véase lo que decimos en *Indicaciones acerca del nuevo cód. proc. civ. ital.*, p. 414).

<sup>72</sup> Cfr. mis *Adiciones a los núms. 56 y 567 del “Sistema” de Carnelutti* (tomo I, p. 211 y tomo III, p. 628).

<sup>73</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción* (en “*Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*”; Buenos Aires, 1946), núms. 26 y 31. Véase también el art. 34 cód. proc. civ.

de recursos, llamarle del segundo modo al expreso y *deserción* (o *abandono*), al ficto o tácito.<sup>74</sup>

14) La rúbrica *remedios jurídicos*, que engloba los distintos medios de impugnación, y de la que es traducción la alemana *Rechtsmittel* (literalmente, medios jurídicos), proviene, según reconoce Manzini, del derecho español.<sup>75</sup>

Habida cuenta de que persigue la integración del contradictorio (*audiatur et altera pars*), *recurso de audiencia* es denominación más adecuada que "*opposizione contumaciale*", institución últimamente suprimida en Italia, con dudosas ventajas.<sup>76</sup>

El nombre *amparo*, que de México se ha propagado a otros países, inclusive España,<sup>77</sup> debiera reemplazar en diversos códigos americanos al latino (por el idioma) y anglosajón (por la procedencia) *habeas corpus* —que por definición se circunscribe a la detención personal—, con objeto de que disfruten de protección análoga los demás derechos individuales que las constituciones consagren.

15) En la esfera del enjuiciamiento criminal, la errónea denominación *parte civil*, que por influjo de los códigos francés e italiano han copiado algunos de América, debe ser sustituida por *actor civil*, como en la ley española, ya que "parte" y "civil" lo es también el responsable en dicho orden.<sup>78</sup> En el mismo

Distrito mexicano, donde se acoge la distinción, pero bajo los nombres de "desistimiento de la demanda" (la de la instancia) y "desistimiento de la acción" (la de la pretensión).

<sup>74</sup> "Desistimiento" del recurso: cfr. art. 907 l. enjto. crim. (del de casación); en cambio, la l. enjto. civ. habla en esta hipótesis, tanto de "desistimiento" como de "separación": cfr. arts. 409-10 (con carácter general), que emplean el primer concepto, mientras que los 846-9 (respecto de la apelación) y 1789-91 (para la casación) se valen del segundo. "Deserción" del recurso: cfr. arts. 866 (queja) y 878 y 926 (casación) l. enjto. crim. y 841-2 (queja y apelación) l. enjto. civ.

"Abandono" del recurso: cfr. arts. 411 y 415 l. enjto. civ.

<sup>75</sup> Cfr. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, tomo IV (Torino, 1932), pp. 454-5, nota 3, en relación con el régimen del Justiciazo aragonés.

<sup>76</sup> Cfr. Lo que a este propósito digo en *Ensayos*, pp. 117, nota 36, y 157, nota 43, y en *Indicaciones acerca del cód. ital.*, pp. 414-5. Acerca del recurso de audiencia, cfr. *supra*, nota 30.

<sup>77</sup> Cfr. arts. 105 y 121 de la Constitución de 1931 y 44-53 de la ley del tribunal de garantías constitucionales, de 14-VII-1933. El régimen franquista, pese a no tener relaciones con México y a renegar de la Constitución de 1931, creó, sin embargo, por decreto de 12-II-1944 (arts. 5, 11 y 26-8) y reglamentó mediante orden de 12-I-1948 unos llamados *tribunales de amparo* de la organización sindical (en un país donde no hay libertad sindical ni de ninguna especie...).

Incluso algún código procesal penal americano, que ha preferido hablar, como regla, de *habeas corpus*, lo hace episódicamente de *amparo* (cfr., v. gr., los arts. 617, 640 y 645 del argentino de 1888 para la Capital).

<sup>78</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *La reforma del enjuiciamiento argentino*, lug. cit. en la nota 61. Cfr. arts. 63-70 cód. instrucción criminal francés; 125 y ss. cód. proc. pen. italiano;

campo procesal, *indagatoria* refleja con exactitud la finalidad que la diligencia persigue;<sup>79</sup> y con independencia de que deba o no subsistir el de carácter provisional (cfr. *infra*, núm. 64), *sobreseimiento* marca frente a la sentencia una distinción que, verbigracia, no capta el “proscioglimento” italiano, a menos de completar que funciona cual “sentenza di non doversi procedere”;<sup>80</sup> o según el más antiguo y largo giro francés, como “ordonnance de n’avoit pas lieu à poursuivre”.<sup>81</sup>

16) C) *Aciertos institucionales de carácter orgánico y jurisdiccional:* a) *Relativos a la jurisdicción y a la judicatura ordinarias.*—La unidad de jurisdicción, que el fascismo italiano tuvo la audacia de querer presentar como postulado, conquista o descubrimiento suyos,<sup>82</sup> comienza a realizarse en España nada menos que en 1811 (abolición de los señoríos jurisdiccionales de cualquier clase y condición que fuesen), da un paso decisivo en 1868 (decreto-ley de unificación de fueros, que elimina, entre otros, los tribunales de comercio, subsistentes en Italia hasta 1888 y mantenidos en diversos países),<sup>83</sup> avanza en 1904 (cuando se tras-

90-8 cód. proc. pen. de la provincia argentina de Córdoba (1939), todos ellos en contraste con los arts. 320, 651 y 735 l. enjto. crim. española.

<sup>79</sup> En el derecho español, la *indagatoria* es la *primera* declaración que se toma al *procesado* (es decir, después de dictado el auto de procesamiento) y ofrece agudo contraste con la *mera citación para ser oído* que se dirige a la persona a quien se impute un acto punible (cfr. arts. 384, 386-8 y 486-8 de la vigente ley de 1882). En el derecho argentino (cfr. arts. 236 y ss. cód. proc. pen. de la Capital), el trámite tiene carácter mucho menos definido.

<sup>80</sup> El *proscioglimento*, lo mismo se asocia al *sobreseimiento* (“sentenza di non doversi procedere”) que a la sentencia final del juicio: cfr. arts. 378 y 478-9 cód. proc. pen. de 1930.

<sup>81</sup> Cfr. art. 128 cód. instruc. crim. francés, tanto en su texto primitivo de 1808 como en el vigente de 17-VII-1956.

<sup>82</sup> Cfr. el número 9 de la *Relazione Grandi*, exposición de motivos que precede al código de procedimiento civil vigente, en la edición oficial (Roma, 1940), y nuestra crítica al mismo, en las pp. 411-2 de *Indicaciones acerca del nuevo cód. italiano* (en el tomo I del “Sistema” de Carnelutti).

<sup>83</sup> Por ejemplo: *Francia*, donde existen tribunales de comercio (cfr. art. 617 cód. comercio, 414-42 cód. proc. civ y diversas leyes y decretos de los años 1883, 1889, 1918, 1926, etc.); *Alemania*, cuyos *Landgerichte* contaban con salas para asuntos mercantiles (“*Kammern für Handelssachen*”: cfr. §§ 93-114 de la ley de organización judicial de 1877); *Argentina*, en cuya capital funcionan juzgados civiles y juzgados para el “fuero” comercial (cfr. ALSINA, *Tratado teórico-práctico de Derecho procesal civil y comercial*, tomo I —Buenos Aires, 1941—, pp. 407-8, si bien frente a los segundos existe un fuerte movimiento en contra: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Ensayos*, p. 654, nota 9, y en esta revista, 1946, núm. 31, p. 358, nota 1).

En México, en cambio, si bien subsisten la vía y el procedimiento mercantiles (regulados por el libro V, arts. 1049 y ss., cód. comercio y por la ley de quiebras de 1942), no hay jurisdicción especial para ellos. Por otra parte, el proyecto de código de comercio en gestación, del cual se han impreso ya el libro I y el anteproyecto de los libros II y III (México, 1947), parece que se va a desentender de los juicios mercantiles.

pasa del Consejo de Estado, que aún la retiene en Francia, al Tribunal Supremo la materia contencioso-administrativa) y culmina en 1931 (cuando inclusive la clasista jurisdicción militar queda subordinada a una sala de aquél).<sup>84</sup> Después, bajo la situación de barbarie jurídica que España padece desde que se entronizó al movimiento cuartelero-teocrático-fascista, se ha retrocedido en ese camino, y la jurisdicción militar, de nuevo desligada del Tribunal Supremo, ha llegado a los más crueles y monstruosos desbordamientos, y la del trabajo se encuentra fuertemente mediatizada por el Ejecutivo;<sup>85</sup> pero cuando se cierre el odioso paréntesis de la tiranía franquista, cabe esperar que se prosiga la trayectoria que va desde 1811 a 1931 e incluso que desaparezcan los reductos que aún se oponían a su pleno triunfo.<sup>86</sup>

17) La *inamovilidad judicial*, como últimamente se ha recordado en México,<sup>87</sup> se consagra en Aragón en 1442, o sea tres siglos antes que en Inglaterra, si bien asociada a una magistratura singularísima, el Justiciazgo (cfr. *infra*, núm. 24),<sup>88</sup> y no con carácter general. Pero si el derecho aragonés sintió la necesidad de proteger al Justicia contra destituciones arbitrarias, consideró asimismo indispensable precaverse contra los abusos o excesos de una magistratura dotada de tan altos poderes, y estableció que fuese *responsable* ante las Cortes, y ello lo hizo en 1348, o sea aun antes de proclamar su inamovilidad.

18) Ese concepto de la *responsabilidad del funcionario*, a uno de cuyos antecedentes acabamos de referirnos, se manifiesta también, lo mismo en el derecho

<sup>84</sup> Cfr. decretos republicanos de 11 de mayo, 2 y 9 de junio y 3 de julio de 1931, mediante los que se reorganizó la jurisdicción militar y se colocó a su cabeza una sala del Tribunal Supremo en reemplazo del hipertrofiado y anacrónico Consejo Supremo de Guerra y Marina, como es natural, resucitado por el vigente régimen cuartelero (cfr. ley de 5-IX-1939).

<sup>85</sup> Cfr., respectivamente, ALCALÁ-ZAMORA, *Ensayos*, pp. 278-280, 294 y *Adición al núm. 31 del Sistema de Carnelutti* (tomo I, pp. 145-6).

<sup>86</sup> A saber: los Tribunales de Garantías Constitucionales y de Cuentas (cfr. arts. 119-24 Constitución de 1931 y leyes orgánicas de ambos, de 14-VII-1933 y 29-VI-1934), que podrían transformarse en salas del Tribunal Supremo, lo mismo que la jurisdicción calificadoradora de la actual Dirección General de los Registros (de acuerdo con la fórmula sugerida, si no recuerdo mal, por el insigne autor de *El alma de la ioga*, D. Ángel OSSORIO). También habrían de judicializarse diferentes juntas y tribunales administrativos (de detasas ferroviarias, seguros, etc.), cuya legalidad es, por lo menos, discutible.

<sup>87</sup> Por D. Manuel HERRERA Y LASSO, en el artículo *La iniciativa presidencial de reformas constitucionales: X. La inamovilidad judicial* (en "Excelsior" de 27-X-1947; sección 1ª, p. 6): "Para gloria de España, la inamovilidad judicial data de 1442, como prerrogativa de "Justicia" de Aragón. Tres siglos después la estatuye el decreto político de Inglaterra...".

<sup>88</sup> Acerca del extremo concreto de su inamovilidad, que de hecho se conoció antes de 1442, cfr. ISÁBAL, *Justicia mayor de Aragón* (en el tomo XXI de la "Enciclopedia Jurídica Española" —Barcelona, "Seix", s. f.—, p. 1-14, especialmente 6-8).

castellano que en el indiano, en la institución de los *juicios de residencia*.<sup>89</sup> Sin entrar a polemizar acerca de los móviles determinantes de tales juicios en su extensión a América (¿centralismo? ¿desconfianza metropolitana?), como tampoco acerca de la distancia que en la realidad separase el propósito a que obedecieron y sus resultados tangibles, es indudable que en sí mismos, especialmente cuando se les conecta con un sistema colonial (propensos al abuso, sea cual fuere la bandera o signo que los guíe), sólo merecen aplauso y que fueron fruto de esa ejemplar austeridad que hizo de la administración pública española, hasta la crisis de la guerra civil, la de más elevada honradez y moralidad del universo.

19) En fecha mucho más reciente, pero siempre refiriéndome a la *responsabilidad de los funcionarios* y ahora concretamente de los *judiciales*, la Constitución de 1931 marcó un derrotero acertado en extremo, al prescribir que tanto la de índole penal como la de naturaleza civil se exigiesen ante un jurado especial, cuya composición determinaría una ley. La finalidad buscada por las constituyentes fue, sin duda alguna, la de sustraer el enjuiciamiento de los funcionarios judiciales y del ministerio público a los peligros (por exceso o defecto) del espíritu de cuerpo, de encomendarse exclusivamente a miembros de la judicatura profesional el castigo de los delitos o daños ocasionados por sus compañeros de cuerpo con ocasión del desempeño de sus funciones. Por desgracia, el buen deseo constitucional, que con anterioridad había sido sugerido por la doctrina,<sup>90</sup> quedó lastimosamente frustrado en 1936 por la ley que se encargó de desarrollar el correspondiente mandato, y que bajo el efecto del sectarismo político que presagiaba la guerra civil, en lugar de implantar, como el calificativo "especial" reclamaba, un jurado con garantías de capacidad e independencia superiores a las del jurado ordinario, creó un organismo mediatizado en buena parte por asociaciones sometidas al partido socialista, por entonces preponderante en el Parlamento español. Por tanto, lo digno de imitarse no es el desenvolvimiento dado por la ley complementaria de 13 de junio de 1936, sino el rumbo señalado al efecto por el artículo 99 de la constitución.<sup>91</sup>

20) El peculiar régimen español de *oposiciones* para la provisión de empleos públicos, ha sido objeto de vivas críticas en su aplicación a las profesiones judiciales (jueces, fiscales, secretarios, abogados del Estado). Y sin embargo, si diferenciamos el principio en sí y su desarrollo, el primero debe subsistir, porque

<sup>89</sup> Acerca de ellos, cfr. *Nueva Recopilación*, libro III, título VII; *Autos acordados*, libro III, título VII; *Novísima Recopilación*, libro VII, títulos XII y XIII; *Leyes de Indias*, libro II, título XVIII, leyes XXVII y XXVIII y, sobre todo, libro V, título XV ("De las residencias y jueces que las han de tomar"). Véase *infra*, nota 226.

<sup>90</sup> Cfr. nuestro artículo *Los recursos en nuestras leyes procesales* (en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", febrero de 1930; luego en "Estudios"; véase en ellos la p. 63).

<sup>91</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Ensayos*, pp. 580-4.

“facilita la concurrencia de cuantos posean las cualidades habilitantes (edad, ciudadanía, moralidad, título profesional) y ofrece las garantías del contraste de méritos y de la publicidad de las pruebas de capacidad, cuando éstas, por su índole, lo consientan. Es un sistema que puede dar excelentes resultados, siempre que se den tres condiciones: máxima publicidad, como hemos dicho; cuidadosa selección del tribunal calificador, no sólo en cuanto a su preparación científica, sino acaso en mayor medida en punto a independencia para sustraerse a recomendaciones, compromisos e influencias de toda especie, y adecuada ordenación de las pruebas a desarrollar, para asegurar el triunfo de los mejores y no el de los memoristas”.<sup>92</sup> Por lo que respecta a la independencia de los tribunales calificadores, se había llegado en España, antes de la guerra civil, a crear un clima de absoluto respeto a los mismos,<sup>93</sup> y como la publicidad era asimismo efectiva, los disparos, con frecuencia merecidos y certeros,<sup>94</sup> se dirigían principalmente contra la ordenación de ejercicios y programas, que solían fomentar el memorismo y olvidaban la demostración de otras cualidades más valiosas en los aspirantes; pero los males de este tipo no eran irremediables<sup>95</sup> y, en cambio, las excelencias del principio parécennos irremplazables.

21) Si del régimen de oposiciones como sistema normal de nombramiento, pasamos al de tipo excepcional relativo a la *designación del Presidente del Tribunal Supremo*, también el previsto por el artículo 96 de la Constitución de 1931 y desenvuelto primero por la ley de 8 de octubre de 1932 merece los mayores elogios. Conforme al artículo 96, el presidente del Tribunal Supremo sería designado por el Jefe del Estado, a propuesta de una asamblea en la forma que determinase la ley, y si bien la Constitución no llegó a fijar la composición del organismo elector, era evidente su propósito de sustraer nombramiento de tanta importancia a la sola conveniencia, capricho o compromisos del Ejecutivo.

<sup>92</sup> ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho procesal penal*, tomo I, pp. 274-5.

<sup>93</sup> Con la doble experiencia de haber hecho oposiciones y de haber sido durante medio año vocal del tribunal calificador de las de Judicatura en 1934, puedo asegurar que eran los méritos de los opositores y no las influencias de sus recomendantes (cuyas cartas a veces ni se contestaban y nunca se tomaban en cuenta), quienes decidían el triunfo.

<sup>94</sup> Cfr., vñ gr., los de BECEÑA en *Magistratura y Justicia* (Madrid, 1928), pp. 299-326, aunque con parcialidad evidente haya consignado en mayor medida los defectos que no las virtudes del sistema. Véase también lo que decimos en *Ensayos*, p. 30.

<sup>95</sup> Por ejemplo, en materia de oposiciones a cátedras (cfr. reglamento de 25-VI-1931) se había llegado a organizar un tipo de oposición, si no perfecto, sí bastante sensato y adecuado. En cuanto a la Judicatura, el régimen franquista ha establecido, como complemento de la oposición, una Escuela Judicial (cfr. ley de 26-V-1944 y reglamento de 2-XI-1945, especialmente sus arts. 23 y ss.), añeja y muy discutida fórmula (cfr. mis *Estudios*, p. 166, nota 13), combatida, sin ir más lejos, por el propio fundador de Falange, Primo de Rivera, respecto de la Abogacía (cfr. las pp. 130-3 y 146-8 del volumen *Congreso de Abogados organizado por la Unión Nacional de Abogados*, Madrid, MCMXXXII).

De conformidad con ese espíritu, la ley de 1932 fijó a la asamblea electora una composición que, si no absolutamente inobjetable, satisfacía en amplia medida los fines para que fue creada: alrededor de un centenar de electores, pertenecientes a las diversas categorías de la judicatura, al ministerio público, colegios de abogados, facultades de derecho, academias jurídicas, sin excluir una representación parlamentaria,<sup>96</sup> estaba llamada a llevar al Jefe del Estado una propuesta en terna, ya que de ser uninominal, sería *de facto* la asamblea quien proveyese el cargo e incluso podría imponer como Presidente del Supremo a persona conocida por su hostilidad al régimen; pero a la vez, la libertad de aquél quedaba fuertemente condicionada, al tener que designar a uno de los incluidos en la terna. “Por desgracia, la ley que un parlamento izquierdista votara en 1932, fue lastimosamente reformada por otras Cortes del mismo signo, las de 1936, cuando se lanzaron por la pendiente de adueñarse de todos los organismos del Estado. Y como del artículo 96 de la Constitución no podían prescindir, modificaron la composición de la asamblea electora, en forma que el Gobierno tuviese asegurado de antemano el triunfo de su candidato”.<sup>97</sup>

22) Otro precepto de la Constitución de 1931 digno de imitación, aunque ninguna de las tentativas para desenvolverlo llegó a promulgarse como ley, es el artículo 97, letra b, en virtud del cual, correspondería al Presidente del Tribunal Supremo, de acuerdo con la sala de gobierno del mismo y con los asesores jurídicos que la ley designase, entre elementos que no ejerciesen la abogacía,

<sup>96</sup> “Con arreglo al texto primitivo, la integraban: los presidentes de las salas del Supremo, los miembros del Consejo Fiscal, los presidentes de las audiencias territoriales, los jueces de primera instancia que ocupasen los diez primeros lugares de su escalafón en el momento de hacerse la convocatoria para la asamblea, quince diputados designados por el Parlamento, los decanos de los Colegios de Abogados de las capitales de provincia con más de 50,000 habitantes, los decanos de las Facultades de Derecho, y los presidentes de la Academias Nacionales de Ciencias Morales y Políticas y de Jurisprudencia y Legislación. Acaso quepa discutir en su detalle la composición de la Asamblea —por ejemplo: la exclusión de cuerpo tan prestigioso, como el Notariado o la de profesiones tan ligadas a la administración de justicia, como los secretarios judiciales y los procuradores—; pero, en su conjunto, es indudable que satisfacía plenamente los fines para que fue creada”. ALCALÁ-ZAMORA, *La justicia, según la Constitución española de 1931 y sus leyes complementarias* (conferencia dada en el Instituto de Derecho Comparado de París el 1-VI-1937; reproducida en “Ensayos”, cfr. p. 577).

<sup>97</sup> Ob. y p. cits. en la nota anterior. La ley de 13-VI-1936 distribuyó la Asamblea en tres sectores de a 25 miembros cada uno: el primero, de diputados designados por el Parlamento; el segundo, de funcionarios judiciales y del ministerio fiscal, y el tercero, de funcionarios administrativos y decanos de Colegios de Abogados. Se aplicó, pues, a la composición de la asamblea el principio de la división de poderes, en cuanto a la procedencia de sus miembros, y ello se hizo por un Parlamento del mismo signo que el que en 1932 aceptó la tesis del señor Azaña, contraria a la existencia en la Constitución de un Poder judicial: cfr. nuestros *Ensayos*, pp. 577-8, así como *Estudios*, p. 162, nota 7.

proponer al ministro de Justicia los *ascensos y traslados de jueces, magistrados y funcionarios del ministerio público*. La finalidad y aun la fórmula no pueden resultar más plausibles, porque son precisamente la amenaza del traslado arbitrario y la esperanza del ascenso inmerecido las dos palancas de que el Ejecutivo ha dispuesto para dominar al Judicial en aquellos países en que la existencia de concursos u oposiciones para el ingreso en la judicatura y la escasa vida de los gobiernos impedía o dificultaba, por un lado, y hacía inútil, por otro, adueñarse de las promociones judiciales en el momento de su nombramiento.<sup>98</sup> En definitiva, si las bases previstas por la Constitución de 1931 subsistiesen y su desenvolvimiento se hubiese ajustado por completo al espíritu que las animó, habrían dotado a España, combinadas con el tradicional régimen de oposiciones en cuanto al ingreso, de un poder judicial efectivamente independiente en todos sus peldaños, a la vez que responsable de sus actos.<sup>99</sup> Confiemos en que pronto resuciten en su país de origen y en que, mientras tanto, las adopten o adapten todos aquellos Estados americanos en que el membrete "Poder Judicial" de sus constituciones es una máscara para ocultar la supeditación del mismo al Ejecutivo.

23) El sistema de *juez único para la primera instancia civil* (juzgados municipales y de partido) suscitó críticas en España, inspiradas, por una parte, en el ejemplo del propio enjuiciamiento criminal y, por otra, en la contemplación de modelos extranjeros no siempre conocidos a fondo.<sup>100</sup> Los especiales carac-

<sup>98</sup> Para más datos, cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Ensayos*, p. 575. El precepto constitucional se intentó desenvolver en dos ocasiones, la primera de ellas por la Comisión Jurídica Asesora, que redactó un *Anteproyecto de ley sobre ascensos y traslados en la Judicatura y Ministerio Fiscal* (vol. IV de los trabajos de aquella —Madrid, 1933—, pp. 149-72), y el segundo por el Ministerio de Justicia a fines de 1934.

<sup>99</sup> A los efectos de la exigencia de responsabilidad a los funcionarios judiciales y del Ministerio Público, el art. 99 de la Constitución de 1931 los clasificó en tres grupos: 1º, presidente y magistrados del Tribunal Supremo, y Fiscal de la República, responsables ante el Tribunal de Garantías Constitucionales; 2º, jueces, magistrados y fiscales de las demás categorías, responsables ante el Tribunal Supremo con intervención de un jurado especial, cuya designación, capacidad e independencia regularía una ley complementaria (a saber: la de 13-VI-1936: cfr. *supra*, núm. 19), y 3º, jueces y fiscales municipales, excluidos por la ley fundamental del régimen previsto para los otros dos sectores y sometidos, por tanto, a las disposiciones de las leyes orgánicas. Para más datos, cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Ensayos*, pp. 580-4.

<sup>100</sup> Se olvidaba, por ejemplo, que antes del código de 1940 los conciliadores resolvían el 63% de los litigios iniciados ante los tribunales italianos. A su vez, de los 660.287 procedimientos contenciosos integrantes de ese 63%, el 60% terminó en conciliación y el 40% en sentencia, de las que sólo un 7% fue apelado. Es decir, que el 93% del 63% total no pasó de los *conciliatori* (cfr. el discurso sobre *Il nuovo processo civile* pronunciado por el entonces Guardasellos Grandi en el Senado el 10-V-1940 y que figura en las pp. V-LII de la edición oficial del expresado código).

Se olvidaba también que mientras en 1928 los asuntos ante los *Amtsgerichte* alemanes (oficios judiciales de actuación monocrática) sumaban más de doce millones, los litigios

teres, no tanto del proceso penal como del conflicto que en él se ventila, impiden aplicar exactamente los resultados de su experiencia a los juicios civiles, sin contar con que la audiencia va en él precedida de una fase de instrucción sumarial, íntegramente monocrática. En cuanto a las enseñanzas suministrables por el funcionamiento de juzgadores colegiados en Francia, Alemania e Italia, los tres países han tenido a la postre que inclinarse hacia el juez único en primera instancia, bien de manera plena, bien encomendando un gran número de atribuciones delseudotribunal (mantenido acaso por lo de “sostenello y no enmendallo”) a una figura similar a la del *magistrado-ponente* en las Audiencias y Tribunal Supremo de España.<sup>101</sup> Agreguemos aún que el *juez instructor en lo civil*,

ante los *Landgerichte* (colegiados), tanto en primera instancia como en apelación, no llegaban al medio millón (cfr. ROESNER, *Die Tätigkeit der Gerichte in Zivil- und Strafsachen im Deutschen Reich im Jahre 1928*, en “Deutsche Juristen Zeitung”, 1930, cols. 689-90).

Se olvidaba, por último, que uno de los mejores alegatos, en pro del juez único proviene de PIGÉ (*Le juge unique et le statut de la magistrature en France* —Paris, 1925—), expositor de un país con tribunales colegiados de primera instancia y que, estadística en mano, demuestra cómo el porcentaje de apelaciones contra sentencias de los jueces de paz es netamente inferior al de las interpuestas contra fallos de los tribunales de distrito (10% como promedio de 15 años, frente a 33% en igual periodo), mientras que el de confirmaciones por parte del *ad quem* viene a ser ligeramente superior (67%) respecto de los tribunales que frente a los jueces de paz (61%), diferencia que se explica por el mejor sistema de reclutamiento judicial que se aplica a aquéllos y que extendido a éstos cambiaría también el panorama en el segundo aspecto (cfr. ob. cit., pp. 99-106).

<sup>101</sup> En Alemania, la reforma de 1924 implantó el procedimiento ante el juez delegado (cfr. HEINSHEIMER, *Der neue Zivilprozess, insbesondere das Verfahren vor dem Einzelrichter*; Mannheim, 1924); en Francia se instituye a partir de 1935 el *juge chargé de suivre la procédure* (cfr. JAPIOT, *Traité de procédure civile et commerciale: supplément à la troisième édition* —Paris, 1939—, pp. 8-10; LABORDE-LACOSTE, *Précis élémentaire de procédure civile*, 2ª ed., Paris, 1939, pp. 281-3), sin contar con la gran importancia que a tenor de los arts. 806-11 cód. proc. civ. tenía y conserva el procedimiento de los “référé”, esencialmente monocrático (cfr. CURET, *La juridiction des référés* —Paris, 1907—, p. 4; CÉZAR-BRU y HÉBRAUD, *Des référés* —Paris, 1938—, pp. 1-11); en Italia, el Proyecto Solmi de 1937 se orientó resueltamente hacia el juez único, y pese a las críticas que se le dirigieron en este punto, inclusive por los redactores del código de 1940 (cfr. CARNELUTTI, *Intorno al progetto preliminare del codice di procedura civile* —Milano, 1937—, pp. 31-41; CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi* —en “Studi sul Processo Civile”, vol. IV, Padova, 1939—, pp. 126-31; véase asimismo GOLDSCHMIDT, *Bemerkungen zum italienischen Zivilprozessentwurf* —en “Anuario di Diritto Comparato”, vol. XIII—, pp. 250-4), la fórmula, aunque atenuada como se indica en la nota siguiente, ha terminado por prevalecer.

En Inglaterra tiene a su vez gran importancia la intervención preparadora, llámesele así, del *master*: cfr., v. gr., DE FRANQUEVILLE, *Le système judiciaire de la Grande Bretagne*, tomo I, Paris, 1893, pp. 419-25; TIRANTI, *Introduzione allo studio della giustizia in Inghilterra*, Pisa, 1911, pp. 172-4; CURTI, *Englands Zivilprozess*, Berlin, 1928, pp. 7-8; CROCIONI, *Fase preliminare e dibattito nel processo civile inglese*, Padova, 1939, pp. 22-3 y 175-6.

presentado por el legislador italiano de 1940 como “cardine del nuovo processo”,<sup>102</sup> se conoce en España desde la ley de propiedad industrial de 1929, que introdujo un tipo especial de procedimiento influido por el penal (a saber: con instrucción ante el juez del partido y debate final ante la audiencia territorial) y luego seguido en 1932 por la hoy derogada ley de divorcio.<sup>103</sup> Así, pues, la solución española, adoptada en Hispanoamérica, a base, en lo civil, de primera instancia ante juez único, con apelación ante la Audiencia (como regla) y casación ante el Supremo, no sólo debe mantenerse, sino que debiera implantarse en los países que se aparten de ella, y tan sólo aconsejaríamos, por razones de economía y de simplicidad en la deliberación y votación de las sentencias, que la cifra de magistrados se atenga siempre a la progresión 1 (primera instancia), 3 (apelación) y 5 (casación).

24) b) *Jurisdicciones especiales.*—Nos hemos referido ya a la del *Justicia mayor de Aragón*, discutida en cuanto a su aparición y orígenes,<sup>104</sup> apasionadamente exaltada a veces por motivos políticos, pero sin duda alguna de extraordinario interés desde el punto de vista procesal constitucional, porque los llamados procesos forales, que con su actuación se relacionan, son muy anteriores y ofrecen protección más amplia que el tan ponderado *habeas corpus* inglés y pueden, por tanto, mencionarse entre los posibles antecedentes del amparo mexicano.<sup>105</sup> Al

Finalmente, en el campo del proceso penal español, donde, salvo las faltas, los hechos punibles estaban sometidos a enjuiciamiento colegiado, se optó durante la República por el juez único, con apelación ulterior, en el procedimiento relativo a vagos y maleantes (cfr. ley de 4-VIII-1933) y, a título de ensayo, en el tribunal de menores de Madrid (cfr. ley de 26-VIII y decreto de 2-XII-1932).

<sup>102</sup> Cfr. Grandi, discurso cit. en nota 100, pp. XXIV-XXV, así como *Relazione*, núm. 20, p. 43. En términos generales, al juez instructor, miembro del tribunal, corresponde la preparación y la instrucción del pleito, tanto en primera instancia como en apelación, y además pasa a ser “relator” (ponente) en la fase de decisión (cfr. arts. 174, 275, 349 y 377; véanse asimismo los arts. 400 y 406).

<sup>103</sup> Cfr. art. 283 de la ley sobre propiedad industrial de 26-VII-1929 y art. 55 de la hoy derogada ley del divorcio, de 2-III-1932 (en ésta, la vista era ante la audiencia provincial). La diferencia esencial entre el instructor italiano y sus citados equivalentes del derecho español, estriba en que aquél forma parte del tribunal sentenciador y éstos no. El primero es una mezcla de instructor y ponente (cfr. nota anterior).

<sup>104</sup> Cfr. RIBERA, *Orígenes del Justicia de Aragón* (Zaragoza, 1897); GIMÉNEZ SOLER, *El Justicia de Aragón, ¿es de origen musulmán?* (en “Rev. de Archiv., Bibliot. y Museos”, Madrid, 1901). Acerca de cuándo surge el Justiciazgo, se han hecho diversas conjeturas, desde quienes se remontan a García Sánchez, primer rey de Sobrarbe, o a Iñigo Arista, hasta quienes sitúan su aparición hacia 1256.

<sup>105</sup> Aunque éste, dentro de su carácter complejo, en el que se combinan los recursos de amparo *stricto sensu*, de inconstitucionalidad y de casación, tenga más del tercero que de los dos primeros (en este sentido, Fernando VEGA, *El juicio de amparo y el recurso de casación francés*, en “Revista de Legislación y Jurisprudencia”, 2º vol. de 1889, reproducido en esta Revista, 1946, núm. 31, pp. 231-48; en contra, PINA y CAS-

destacar la importancia, prioridad y excelencias del justiciazgo, no aspiramos, sin embargo, como alguna vez se intentó en España,<sup>106</sup> a la resurrección de una magistratura que llenó a satisfacción su cometido dentro de las singulares características de la monarquía medieval aragonesa, pero que fuera de ellas no podría subsistir, como le aconteció al aportar Austrias y Borbones una nueva concepción del Estado,<sup>107</sup> y como le sucedería de querer injertarla en un régimen democrático,<sup>108</sup> en el que el justicia podría resultar un entorpecedor y hasta peligroso Jefe de Estado. . . judicial. Mas si ello es cierto, no lo es menos que el justiciazgo supuso gigantesco avance y anticipación en dos direcciones: en la de acordar a la libertad individual la especial tutela que merece, y en la de someter a la autoridad judicial relaciones habitualmente sustraídas a su examen, siendo, en este sentido, antecedente indudable de las jurisdicciones constitucionales (y de la correlativa rama del derecho procesal) que siglos más tarde surgirán, conforme al modelo norteamericano o según el sistema austriaco, teóricamente más perfecto, aunque acaso con mayores inconvenientes en la práctica.<sup>109</sup>

25) De la monarquía pirenaica u oriental, o confederación de aragoneses, catalanes y valencianos, proviene también el famoso *Padre de huérfanos*, magistratura instituida por Pedro IV el Ceremonioso el 4 de marzo de 1337 en Valencia y que podemos considerar como precedente de los organismos tutelares de menores.<sup>110</sup> Posteriores a él, pero siempre muy anteriores a los primeros en-

TILLO LARRAÑAGA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil* —México, 1946—, pp. 513). Entre las diversas obras de autores americanos en que se reconoce el antecedente español del amparo, mencionaremos las del mexicano Rodolfo REYES, *Ante el momento constituyente español: Experiencias y ejemplos americanos* (Madrid, s. f.), pp. 43-5, y *La defensa constitucional* (Madrid, 1934), pp. 80; o la del argentino GOROSTIAGA, *Recurso extraordinario ante la Corte Suprema de la Nación: Orígenes históricos* (Buenos Aires, 1944), pp. 9 y 71-7. Acerca del tema a que nos referimos, cfr. MOLINOS, *Práctica judicial del reino de Aragón* (Zaragoza, 1649), y LA RIPA, *Ilustración de los cuatro procesos forales de Aragón* (Zaragoza, 1772).

<sup>106</sup> Si no recuerdo mal, en un artículo del magistrado don Javier ELOLA, publicado en la "Revista de los Tribunales" entre abril y junio de 1931.

<sup>107</sup> Y así, mientras Felipe II de Austria acabó con el Justicia Lanuza en 1591, Felipe V de Borbón liquidó el languideciente Justiciazgo en 1707 (cfr. *Novísima Recopilación*, libro III, título III, ley I, y libro V, título VII, ley II).

<sup>108</sup> El régimen medieval aragonés careció del carácter democrático o, si se prefiere, popular del castellano, en el que el municipio tan enorme importancia tuvo. No deja de ser curioso a este propósito que ni el Justiciazgo ni el jurado, tan exaltados por los demócratas españoles, sean instituciones de origen democrático. Pero no nos sorprendamos demasiado ante esta paradoja política, y pensemos que en dirección contraria, el aristócrata senado romano representó la oposición al cesarismo antiguo, a la vez que el moderno ha encontrado en el plebiscito el medio de escalar el poder o la máscara para intentar legitimarse.

<sup>109</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales* (Madrid, 1933; reproducido en "Ensayos", véanse pp. 512 y ss.).

<sup>110</sup> La institución existió también en Aragón (cfr. Estatutos de 21-III-1577 y de 4-XII-

sayos del *Probation system* en los Estados Unidos, son algunos otros proyectos e iniciativas, estatales o particulares, surgidos en España para procurar la corrección de los menores, como sucede con los *Toribios* de Sevilla, algunas leyes de Carlos III, etcétera.<sup>111</sup>

26) Profundamente arraigado en la vida valenciana y rodeado en ella del máximo prestigio se encuentra el célebre *Tribunal de las Aguas*, que actúa los jueves a la puerta de la catedral, de donde el nombre local *Cort de la Seo* con que también se le conoce.<sup>112</sup> Con dificultad cabrá imaginar una jurisdicción de policía rural, que tal es su carácter, más sencilla, eficaz y respetada en su funcionamiento. Mediante un procedimiento típicamente oral, público, concentrado, rapidísimo, en única instancia, casi exento de formalismos y que cuenta con la plena confianza y acatamiento de los justiciables, unos simples huertanos administran justicia en los conflictos e infracciones motivados por el riego. Las cuestiones que ante él se debaten, meramente de hecho, de escasa complejidad y, por lo general, siempre las mismas o muy parecidas, permiten que las afronte con éxito un tribunal de jueces legos; pero ello no mengua en nada el mérito de la institución, que estriba precisamente en constituir el instrumento ideal para la adecuada solución de estos que podríamos llamar microlitigios y que llevados ante juzgadores profesionales y con una tramitación más compleja, tar-

1628), acaso antes que en Valencia; pero los antecedentes valencianos se conocen mejor. En Navarra se creó en 1576. El padre de huérfanos tenía atribuciones civiles, correccionales, policiales e incluso relativas a salarios de los huérfanos menores en estado de abandono o vagancia.

<sup>111</sup> Acerca de la institución sevillana, así conocida por haberla fundado el hermano Toribio de Velasco en 1723, cfr. el volumen *Los Toribios de Sevilla: noticia del establecimiento de aquella casa correccional de jóvenes indóciles y vagos, publicada por la Junta Superior de la Asociación de Católicos de España* (Madrid, 1880). En cuanto a la legislación de Carlos III, véanse las indicaciones que hacemos en los núms. 3-6 de nuestro artículo citado en la nota 225 (pp. 180-4 de "Ensayos"). Con posterioridad, pero siempre antes de las primeras tentativas norteamericanas (1863 y 1899), cfr. el folleto de Agustín ALGARRA y FRANCISCO ROBELLO VASCONI, *Memoria sobre el origen de la vagancia, con un proyecto de base para el establecimiento de una escuela de sujeción para jóvenes vagos y desvalidos, con la adopción en el mismo de talleres de artes y oficios* (Madrid, 1852).

<sup>112</sup> Los huertanos pueden optar por la jurisdicción ordinaria; pero en la práctica no acuden a ella, más cara, lenta y engorrosa. Los tribunales de aguas tienen en España antecedentes que se remontan a la época romana y acaso a la prerromana; pero su derivación más conocida y directa es de origen árabe. Las normas consuetudinarias por las que se rige el de Valencia datan de la Edad Media, y a fines de la misma las Comunidades de regantes dieron sus Ordenanzas. Con posterioridad, el real decreto de 27-X-1848), la real orden de 11-I-1853 y el decreto republicano de 5-IV-1932 han consagrado su existencia y prerrogativas; cfr. también los arts. 242-7 de la ley de aguas de 1879. Otros jurados de riesgos en España: los de Murcia (también muy antiguo. con apelación ante el Ayuntamiento), Lorca, Tauste, Sagunto, Villarreal, Mallorca, Almería, etcétera.

darían mucho más en resolverse y originarían mayores gastos. Claro está que en el éxito del Tribunal de las Aguas influyen decisivamente circunstancias locales de ambiente y tradición, a las que sin duda alguna obedece que en la propia España otros tribunales de aguas, más o menos afines al de Valencia, disten mucho de tener su aureola y cosechar sus frutos.<sup>113</sup>

27) Prescindiendo de remotos antecedentes, como el privilegio del emperador Claudio a los comerciantes de Cádiz o como la ley II, título III, libro XI del Fuero Juzgo,<sup>114</sup> en la esfera de la *jurisdicción mercantil* España implantó consulados para su ejercicio —en la península a partir del siglo XIII y en América a contar del XVII—,<sup>115</sup> cuando las exigencias del comercio parecían justificar su existencia, y se adelantó luego a suprimirla (Decreto de 1868 ya citado: cfr. *supra*, núm. 16), cuando se produjo la reacción contra el exceso de fueros y se comprobó hasta la saciedad los inconvenientes de su entrecruzamiento y concurrencia con la civil propiamente dicha. Y en España asimismo se promulgó uno de los pocos códigos íntegramente consagrados al proceso mercantil que se conocen:<sup>116</sup>

<sup>113</sup> “El secreto de la justicia inglesa no radica, en efecto, en la peluca de los jueces, como el secreto del famoso tribunal de las aguas de Valencia —aún más admirable que aquélla— no se oculta en los blusones de los huertanos que lo integran”. ALCALÁ-ZAMORA, *Miscelánea de libros procesales* (en “Revista de Derecho Procesal”, 1944, II, p. 97, nota 4).

<sup>114</sup> Conforme a ella, los pleitos de los comerciantes extranjeros (“dultra portos”) serían juzgados según sus leyes y ante sus jueces y no por el juzgador nacional; pero en dicho precepto, si bien hay una derogación al principio de territorialidad de la jurisdicción respecto de los extranjeros (en la actualidad proclamado, v. gr., por el art. 51 l. enjto. civ. española), no se instaura un verdadero tribunal de comercio.

<sup>115</sup> Un esbozo a la vez de jurisdicción y de enjuiciamiento mercantiles lo encontramos en la *Partida V*, título IX, ley XIV, al prescribir “como los juzgadores que son puestos en la ribera de la mar, deben librar llanamente (cfr. notas 14, 196 y 198) los pleitos que acaecieren entre los mercaderes”. Con tal objeto implantan un procedimiento sencillo, “sin libelo... e sin alongamiento”, en el que el juez “debe catar el cuaderno de la nave” y pronunciar la sentencia “en la manera que entendiere que lo debe hacer” (decisión de equidad).

Algunas fechas de creación de Consulados: Valencia (1283), Barcelona (1347), Burgos (1494), Bilbao (1511), México (1648), Lima (1668), Buenos Aires (1794), etc.

Recordemos asimismo los numerosos preceptos sobre enjuiciamiento mercantil del famoso *Consulado del Mar*, como los capítulos 1-43, 223-5 (testimonio), 289-90 (juicio de “bons homens”), 327, etc. (ed. utilizada, la de P. B. BOUGHER, *Consulat de la Mer, ou Pandectes du Droit Commercial et Maritime, faisant loi en Espagne, en Italie, à Marseille et en Angleterre, et consulté partout ailleurs comme raison écrite* —Paris, 1803—, cuyo título es bien expresivo en cuanto al predicamento logrado por la célebre compilación de derecho marítimo; la citada edición es una traducción de la catalana de 1494).

<sup>116</sup> Ya que tal materia, en cuanto no esté reabsorbida por la procesal civil, se regula, por lo general, o en los códigos de comercio (como en Francia y México: cfr. nota 147), o en los de enjuiciamiento civil (v. gr., ley española, libro II, títulos XIII y XVI, y libro

la también mencionada *Ley de enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio*, de 1830, complemento del código de comercio de 1829 en su parte jurisdiccional (libros IV y V, arts. 1001-1219, y redactada, como él, por don Pedro Sáinz de Andino. Sin alcanzar la perfección del código sustantivo a que acompaña,<sup>117</sup> la ley procesal mercantil de 1830 acaso sea el primer cuerpo legal de su clase, en el orden del tiempo y en calidad intrínseca.

28) Con antecedentes en tiempos de Sancho IV (siglo XIII) y en peticiones de las Cortes de Carrión de 1317 y de las de Medina del Campo de 1328, la *jurisdicción fiscalizadora de la gestión económica*, como la denominaría el artículo 120 de la Constitución republicana, se conoce en Castilla, con el nombre de *Contaduría Mayor de Cuentas*, desde el reinado de Juan II, en el que se dictaron con fecha 2 de julio de 1437 las Ordenanzas por las que habría de regirse, modificadas luego en 1442. Desde entonces, y a través de numerosas disposiciones y cambios, puede decirse que existe en España el Tribunal de Cuentas, el cual, pese a sus vinculaciones o supeditación al Ejecutivo o al Parlamento, según las épocas, ha realizado siempre una eficaz y austera vigilancia de la inversión de los caudales públicos, probablemente porque a despecho del cambio político de sus ministros (como se denominan sus magistrados), el personal técnico permanente del mismo ha sabido mantener y transmitir unas prácticas de ejemplar honradez. De todos modos, mucho se ganaría si rebajándolo de categoría, pero aumentándole la independencia, se le sacase de la órbita del Gobierno o de las Cortes para incorporarlo como una sala más al Tribunal Supremo de Justicia.<sup>118</sup> Idéntica solución propugnaríamos para el otro tribunal supremo de los que existían en España, el día en que en ella se restablezca un régimen de legalidad: me refiero al de Garantías Constitucionales.<sup>119</sup>

III, segunda parte). A veces, como en la Argentina, se llama "Código de procedimientos en materia civil y comercial" a uno que si bien se extiende a los litigios mercantiles, no ofrece en el aspecto procesal peculiaridad alguna de dicha clase, como sucede con el de la Capital, fuera del cual se encuentra precisamente la quiebra (cfr. nota 147). Uno de los pocos códigos procesales mercantiles que subsistían, o sea el portugués de 1905, quedó derogado, juntamente con el código de quiebras ("falencias") de 1935, al promulgarse el vigente código del proceso civil de 1939.

<sup>117</sup> El cual, según APODACA Y OSUNA, "constituye sin duda alguna el mejor código de comercio que ha habido en el mundo" (*Presupuestos de la quiebra*, México, 1945, p. 92). Recordemos también el decreto de 20-IX-1869, de bases para un proyecto de cód. com. y de l. enjto. mercantil.

<sup>118</sup> Acerca del Tribunal de Cuentas, cfr. nuestros *Ensayos*, pp. 53 y 565-6, así como en el propio volumen el trabajo titulado *Jerarquía de los Tribunales Supremos* (pp. 609-13).

<sup>119</sup> Quedaría así un solo Tribunal Supremo, que aseguraría en la cima la unidad de jurisdicción (cfr. *supra*, núm. 16 y nota 86). Acerca del Tribunal de Garantías, cfr. nuestro trabajo citado en la nota 109 —pp. 503-36 de "Ensayos"—, así como las pp. 51-3, 560-5 y 609-13 de éstos.

29) *c) Ministerio Público y Abogados del Estado.*—Desde los *tesmotetis* griegos al *Kriminalfiskalat* alemán, pasando por el *advocatus fisci*, los *gastaldi* del derecho longobardo o el *vindex religionis* del derecho canónico, son numerosos y variados en extremo los antecedentes que se le han señalado al ministerio público.<sup>120</sup> Sin embargo, cuando se piensa en una derivación más próxima y directa de la institución, se propende a considerarla de ascendencia francesa. Se ha llegado en este sentido a afirmar que el ministerio público, con el objeto primordial que hoy tiene, es una creación de la ordenanza francesa de 25 de marzo de 1302. Frente a este parecer (sustentado, por ejemplo, en la Argentina por Castro) se levanta la autorizada y en este punto irrecusable opinión de Hélie, para quien antes de la segunda mitad del siglo xiv (a saber: Ordenanzas de 28-XII-1355, 20-VII-1367 y 22-XI-1371) no existe en Francia ninguna institución que responda al concepto de Ministerio Público y sí tan sólo *procurateurs* o *procureurs*, que tanto las partes como los señores y, claro está, el monarca tenían derecho a nombrar. Es más: aun después de las ordenanzas citadas y de otras posteriores (como las de Carlos VIII en 1493 y Luis XII en 1498), la acusación pública a cargo de los procuradores del rey sigue tropezando con la resistencia opuesta por los partidarios de la antigua acción popular, y aquélla no alcanza su pleno desarrollo hasta el siglo xvi (Ordenanzas de 1522, 1553 y 1586).<sup>121</sup> En cambio, los precedentes que encontramos en el derecho medieval español son bastante más definidos: “por un lado, en Valencia aparecieron en el siglo xiii dos funcionarios, uno llamado *abogado fiscal*, al que correspondía acusar de los delitos, cuidar de la ejecución de las penas y sostener la jurisdicción real, y otro denominado *abogado patrimonial*, al que incumbía la defensa del patrimonio real y del erario, la de los derechos del monarca en asuntos civiles y la recaudación de los impuestos. Bajo la dirección de los abogados fiscales se pusieron en seguida procuradores fiscales, que se ocupaban principalmente de la denuncia de los delitos”. Por otra parte, en Castilla (donde ya las *Partidas* habían resucitado el *Patronus fisci* para defender los derechos de la Cámara del Rey), durante el reinado de Juan I y a petición de las Cortes de Briviesca de 1387, se instituyó un funcionario encargado de perseguir los delitos públicos, y esta magistratura fue más tarde, acoplada por los Reyes Católicos a las chancillerías de Valladolid y de Granada.<sup>122</sup> Así, pues, cuando se presenta el ministerio público como de procedencia francesa, se confunden su origen y su

<sup>120</sup> Cfr. nuestro *Derecho procesal penal*, tomo I, pp. 369-72.

<sup>121</sup> Cfr. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, 2ª ed., tomo I (París, 1866), pp. 296-306.

<sup>122</sup> Cfr. nuestro *Derecho procesal penal*, tomo I, pp. 372-3. Según la ley I, título XII, libro II, del *Ordenamiento de Montalvo*, a fin de que “los delitos no queden ni finquen sin pena y castigo por defecto de acusador”, se establecieron “dos procuradores fiscales, promotores para acusar o denunciar los maleficios”. Véanse también la ley VI, título XIII, libro II, de la *Nueva Recopilación* y la ley IV, título XVII, libro V, de la *Novísima* (fiscales como órgano de la acusación penal).

expansión, que evidentemente resultó favorecida al propagarse las ideas de la Revolución francesa y el procedimiento penal mixto.

30) Si España presenta una genealogía de la institución más ilustre que la francesa desde el triple punto de vista de la antigüedad, de la pureza y de la continuidad, nuestra terminología jurídica conoce un nombre, caído en inexplicable olvido, que la caracteriza mucho mejor que la por todos estilos inexpresiva denominación *Ministerio Público*, tomada de Francia y que con iguales o mejores títulos sería referible a los departamentos del ejecutivo e inclusive a la judicatura, o que la inadecuada Ministerio Fiscal, predominante en España, pero que evoca el *Patronus fisci* y en tal sentido más cuadraría a los abogados del Estado: me refiero a *Promotor de la Justicia*, o de la acción de la misma, nombre que a lo largo de siglos se consigna o se infiere de diferentes textos legislativos.<sup>123</sup>

31) Ha sabido asimismo el derecho español elaborar un tipo de Ministerio Público mejor perfilado que el francés, en tres fundamentales direcciones: a) en la de haber desgajado de él, para crear un cuerpo independiente, la defensa de los intereses del fisco, encomendada a los Abogados del Estado, como en seguida expondremos; b) en la de haber circunscrito a los casos o trámites estrictamente indispensables<sup>124</sup> su intervención en el proceso civil, donde tanto gravita en Francia e incluso en Italia,<sup>125</sup> con olvido de que en dicho terreno constituye, según la frase de Jofré, la quinta rueda del carro de la justicia,<sup>126</sup> y c) en la de haberse

<sup>123</sup> Cfr. *Ordenamiento de Montalvo*, libro II, título XII, leyes I (véase nota anterior) y III (en ésta se habla de "Promotores de la nuestra Justicia"); *Nueva Recopilación*, libro II, título XIII, leyes I, III y XIV; *Novísima*, libro IV, título XVI, ley I ("Promotores para acusar y denunciar") y libro XII, título XXXIII, leyes I ("Promotores de la Justicia") y VI ("Promotores fiscales"); *Leyes de Indias*, libro II, título XVIII ("De los Fiscales de las Audiencias y Chancillerías Reales de las Indias"), Reglamento provisional para la administración de justicia, de 26-IX-1835, arts. 13 y 99 y ss. ("fiscales y promotores fiscales") [Las ordenanzas de las Audiencias de 19-XII-1835 hablan, en cambio, de "fiscales y agentes fiscales": arts. 87 y ss.]; real decreto de 9-IV-1858, sobre organización y atribuciones del ministerio fiscal, art. 8 ("Promotores sustitutos"); la ley de organización judicial de 1870 (art. 763) y el Estatuto del Ministerio Fiscal, de 21-VI-1926 (art. 1) señalan como misión del cuerpo la de "promover la acción de la justicia" [En cambio, la ley adicional de 14-X-1882 denomina "fiscales" a las distintas categorías de funcionarios integrantes del cuerpo: arts. 13 y ss.].

El nombre "Promotor de la Justicia" subsiste en el vigente derecho canónico, en el que el cargo puede asociarse con el de "defensor del vínculo" (cfr. cánones 1586-59 del *Codex*).

<sup>124</sup> Cfr. una relación de los principales, en nuestras *Adiciones a los núms. 144-5 del Sistema de Carnelutti* (tomo II, pp. 68-9).

<sup>125</sup> En relación con Francia, cfr. BEGEÑA, *Magistratura y Justicia*, pp. 198-205; en cuanto a Italia, cfr. nuestras *Indicaciones acerca del cód. proc. italiano*, núm. 14, p. 413.

<sup>126</sup> Cfr. su *Manual de procedimiento civil y penal*, tomo I (Buenos Aires, 1919), p. 224.

querido, por el artículo 104 de la Constitución de 1931, rodearle de “las mismas garantías de independencia” que a la judicatura, aunque para ello habría que desconectarlo de su vinculación al ministro de Justicia, porque si no, o padecería la inamovilidad (sin la cual no hay verdadera independencia), o sufrirían los intereses del Gobierno.<sup>127</sup> Habría para ello que encomendar el nombramiento del funcionario cabeza del cuerpo a una asamblea con finalidad idéntica y composición análoga a la prevista para designar presidente del Tribunal Supremo (cfr. *supra*, núm. 21), y a la vez, que asegurar una renovación periódica en el cargo de jefe (cada cuatro o cinco años, por ejemplo), a fin de evitar la petrificación en su ejercicio.<sup>128</sup>

32) *El Cuerpo de Abogados del Estado* surge con el real decreto de 10 de marzo de 1881, se reorganiza por el de 16 de marzo de 1886 y tiene como antecedente a los *Abogados de Hacienda*, creados por decreto de 5 de mayo de 1873. Aun cuando Menestrina recuerde que el nombre *avvocatura di Stato* figuraba en el proyecto italiano de 1875, mucho dudamos que fuese conocido por el legislador español de 1881 y menos todavía el de la *avvocatura statului* existente en Rumania desde 1872 y dependiente en ella del Ministerio de Agricultura.<sup>129</sup> En todo caso, si bien la institución cumple en los tres países análoga función, con ventajas indudables para la Administración (defendida por un cuerpo especializado) y para el Ministerio Público (más libre para consagrarse a su peculiar cometido del proceso penal y más independiente en su actuación, al distanciarse de la vecindad gubernativa), la Abogacía del Estado tiene en España personalidad propia e inconfundible. Compone uno de los cuerpos más prestigiosos de la administración pública española, por efecto de tres causas principales: una ya mencionada y común a otros varios escalafones, o sea el régimen de oposiciones y la concurrencia de aspirantes para el ingreso en ella; otra (al menos, antes de la guerra civil), un formidable espíritu corporativo, que por encima de discrepancias de otra índole, ha redundado en beneficio del cuerpo y de sus individuos; en cuanto a la tercera, o sea a la compatibilidad entre su función pública y el ejercicio de la abogacía libre, si bien representa un privilegio injustificado y hasta inmoral (máxime si se piensa que a los abogados del Estado incumbe la liquidación del impuesto de derechos reales), ha contribuido a que en el cuerpo permanezcan sus miembros más calificados, en lugar de pedir la excedencia para dedicarse a actividades más lucrativas, cual sucede con frecuencia en la judicatu-

<sup>127</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Lo que debe ser el Ministerio Público* (en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia” noviembre de 1929; luego en “Estudios”; véanse en éstos las pp. 5-6, 8-10, 12, 13, 18 y 20-22) y *Ensayos*, pp. 578-9.

<sup>128</sup> Cfr. nuestro *Derecho procesal penal*, tomo I, p. 383.

<sup>129</sup> Cfr. MENESTRINA, *L'avvocatura dello Stato in Italia e all'Estero* (en “Rivista di Diritto Processuale Civile”, 1931, I, pp. 201-33), pp. 205 y 224. El nombre “*avvocatura dello Stato*” no se le da en Italia hasta 1930, o sea casi cincuenta años después que en España.

ra y ministerio público, afectados por la prohibición. De todos modos, como la desigualdad de trato a este respecto entre abogacía del Estado y ministerio público no puede ser más irritante, el privilegio de que la primera goza debe cesar, y para impedir tanto en ella como entre los fiscales la deserción de los mejores, habría que aumentar en ambas carreras la remuneración, o bien permitir que los abogados del Estado cobren conforme a arancel, en lugar de percibir sueldo fijo y escaso. Creemos, por último, que el cuerpo, al que acaso conviniere más el nombre de Abogados de la Administración Pública, debiera depender no, como ahora, del Ministerio de Hacienda (a través de la Dirección General de lo Contencioso), sino del de Justicia, como todas las demás profesiones forenses, y tener a su frente, de modo análogo al Ministerio Público, un Abogado General, aunque, eso sí, no designado por una asamblea especial (como el presidente y el fiscal del Tribunal Supremo: cfr. *supra*, núms. 21 y 31), sino por el Gobierno, ya que ha de ser cargo de su plena confianza y responder a las directivas que del mismo reciba.<sup>130</sup>

**33) d) Abogacía libre.**—Pese a los denuestos de que, como en todas partes, la profesión ha sido objeto en España, es indudable que cuenta en ella con un gran prestigio social y que el buen sentido español ha sabido siempre diferenciar al auténtico hombre de toga, o sea el *letrado* efectivo, frente a la inutilidad (abogado de secano) y a la calamidad (picapleitos) gremiales y calificar, además, al intruso con la despectiva denominación de *zurupeto*. A esa consideración de que es objeto la abogacía en España han contribuido diferentes factores, de los que citaré sólo los principales. En primer lugar, la minuciosa reglamentación a que desde las *Partidas* ha estado sujeta la profesión, tanto para evitar abusos suyos, como para realizar su intervención forense;<sup>131</sup> en segundo término, una tradi-

<sup>130</sup> Agregaremos que al Abogado del Estado incumbe la acusación de oficio respecto de los delitos de contrabando y defraudación, como lesivos para la Hacienda pública (cfr. arts. 14 del Estatuto de la Dirección general de lo contencioso, de 21-I-1925; 89, 122 y 132 de la ley penal y procesal sobre contrabando, de 14-I-1929, y 75 del Reglamento del Estatuto citado, de 27-VIII-1943). En cambio, nada dice de su intervención acusadora, como tampoco de la del ministerio público, la ley penal y procesal sobre delitos monetarios, de 24-XI-1938. Además el Abogado del Estado puede actuar como “acusador privado” (*rectius*, particular) en causas por delitos comunes en que el Estado haya sido perjudicado (art. 15 Estatuto cit.).

<sup>131</sup> Cfr. *Partida* III, título VI, en cuyas quince leyes se regulan sus derechos, obligaciones e incompatibilidades (como curiosa, la de no permitir el ejercicio profesional a quienes lidien con bestia brava por precio: ley IV), se eleva el cargo a la categoría de oficio público, se reglamenta la asunción de la defensa, se implanta una comisión para autorizar la admisión al desempeño del patrocinio, se prescribe la inscripción de los abogados en un libro registro, se prohíbe el pacto de *quota-litis* (*infra*, nota 134) y se veda la abogacía a las mujeres (*supra*, nota 22), etc. En cuanto a las *Leyes de Indias*, cfr. libro II, título XXIV, entre cuyas disposiciones recordaremos las referentes al examen del aspirante a abogado ante el presidente y oidores de las Audiencias, a la inscripción en la matrícula y a la prohibición del pacto de *quota-litis* (leyes I y VII, coincidentes con las de las *Partidas*).

ción plurisecular de vida colegiada, que ha forjado en ella hábitos y normas de ética profesional fuertemente enraizados y que la ha capacitado para la defensa del decoro e intereses corporativos en forma que no pueden ni imaginar los países desconocedores de la colegiación obligatoria y única, a la que no pueden reemplazar y con la que no son incompatibles, las asociaciones que por afinidades ideológicas se creen;<sup>132</sup> en tercer lugar, la práctica efectiva de la oralidad en los informes ante las Audiencias y el Supremo, a diferencia de otros países en que aquélla es nominal o inexistente.<sup>133</sup> A estas tres causas aún podemos agregar: una de carácter político, o sea la frecuencia con que los más grandes y austeros gobernantes españoles han salido de las filas de la abogacía; otra de índole económico-moral, es decir, el régimen retributivo, libre en principio, pero refrenado, de un lado, por la santa y tradicional repulsa hacia el pacto de *quota-litis*, estigma de la profesión en otros países, donde el abogado deja de ser patrono para convertirse en accionista, y de otro, por la intervención reconocida a los colegios

<sup>132</sup> La colegiación obligatoria y única se desconoce, entre otros países americanos, en Argentina y México, sin que ninguna razón sólida justifique semejante actitud. En la Argentina, por ejemplo, periódico tan serio, como *La Prensa*, ha llegado más de una vez a combatirla cual atentatoria a la libertad, con argumentos que servirían asimismo para arremeter contra la exigencia de título profesional y, de rechazo, para entronizar el intrusismo. Los colegios, al consagrar en forma legislada (Estatutos) o consuetudinaria normas de ética, caballerosidad y cortesía para el ejercicio profesional, eliminan a los abogados indeseables, sin que, por el contrario, jamás hayan rechazado la admisión o decretado la expulsión de nadie por motivos ideológicos, salvo bajo regímenes totalitarios, como el actual de España. Por otra parte, varias asociaciones enclenques y antagónicas no son capaces de defender los intereses corporativos como un solo y vigoroso colegio. De ahí que, como hemos dicho, oralidad y colegiación sean “las dos columnas sobre las que se alza el prestigio de las grandes abogacías europeas” (*Miscelánea de libros procesales*, en “Revista de Derecho Procesal”, 1945, II, p. 83), entendiéndose por tales las que la mantienen como profesión libre, al margen, pues, de fracasadas oficializaciones, como la reaccionaria de Federico el Grande en la Prusia del siglo XVIII o la revolucionaria del comunismo ruso en nuestros días.

<sup>133</sup> Tal sucedía en Italia antes de 1940, donde según CARNELUTTI, la costumbre era que las partes renunciaban cada día con mayor frecuencia a la discusión oral (cfr. *Sistema*, núm. 486), y sin que al escribir estas líneas sepamos si el nuevo código procesal del citado año (en vigor desde 1942 en circunstancias anormales) ha logrado o no desterrar dicha viciosa práctica. Otro tanto sucede en la Argentina con los informes *in voce* (cfr. arts. 30, 252, 254 y 268 cód. proc. civ. Capital; 181 y 218 ley núm. 50 de procedimiento civil federal o 492 y 535 cód. proc. pen. de 1888), que, o son letra muerta o no suelen pasar de un simulacro. Tampoco en el Brasil el proceso oral del cód. proc. civ. de 1939 parece haber arraigado plenamente (cfr. PRADO FRAGA, *O Código de processo civil (Primeiro lustro da sua aplicação)*, en “Revista Forense”, enero de 1945, pp. 29-31; MACHADO GUIMARÃES, *A revisão do cód. de proc. civ.*, en rev. cit., noviembre de 1947, p. 10). En el Uruguay, pese a las indudables simpatías de COUTURE por el juicio oral (cfr. su folleto *Oralidad y regla moral en el proceso civil* —Buenos Aires, 1939—), su Proyecto de 1945 no pasa de instaurarlo como procedimiento especial, en vez de implantarlo como ordinario (cfr. nuestra crítica en esta revista, 1946, núm. 30, pp. 323-4). En cuanto a España, véanse *infra*, notas 163 y 164.

para evitar la impugnación de minutas ante los tribunales y sentar, de paso, una especie de jurisprudencia en materia de honorarios, más flexible y equitativa que las partidas de un arancel;<sup>134</sup> y finalmente, una de naturaleza honorífica, a saber: las preeminencias de que la profesión disfruta, como el uso de la toga (igual, salvo los vuelillos y la medalla, a la de los magistrados) o el derecho a informar sentados, cubiertos y a igual nivel que el juzgador y no, cual en Francia, de pie, descubiertos y detrás de una barra,<sup>135</sup> de donde el nombre corporativo de *barreau* (en contraste con el de *parquet*, que se aplica al ministerio público), así como en Inglaterra el individual de *barrister*. Todo ello contribuyó a que España tuviese, hasta la hecatombe de la guerra civil (con su secuela de expulsiones en los colegios y sojuzgamiento de los mismos por la dictadura imperante), una abogacía sin igual. El abogado español no solía ser un erudito o un científico; carecía o no utilizaba la teatralidad declamatoria del patrocinador francés; pero dominaba el arte y la técnica del informe oral como ningún otro del mundo, exponía los hechos y conducía la prueba con una maestría insuperable, y desempeñaba la defensa del cliente con una dignidad y una noble pasión ejemplares. Abogados como Cortina, Díaz Cobeña, Bergamín u Ossorio, para nombrar sólo tres o cuatro de entre los ya muertos, bastarían para hacer de la abogacía española la primera del mundo. Ojalá que la judicatura, admirable en su incorruptibilidad por el dinero, pero no en otros órdenes, estuviese en España al mismo nivel que la abogacía, porque entonces habríamos dispuesto de la mejor justicia del orbe, aun cuando no fuesen excelentes los códigos.

**34) D) Aciertos institucionales de índole procesal. a) Indicaciones generales.**— Siglos antes que los códigos procesales napoleónicos (civil de 1806 y penal de 1808), que las Ordenanzas de Luis XIV en Francia (a saber: la de procedimiento civil de 1667 y la de procedimiento penal de 1670) y que la *Peinliche Gerichtsordnung* de Carlos V en Alemania (o *Constitutio Criminalis Carolina*, de 1532), la *Partida III* (1263) y el *Fuero Viejo de Castilla*, libro III (1356),

<sup>134</sup> Prohibición del pacto de *quota litis*, cfr. *Partida III*, títulos VI, ley XIV, donde se exponen las razones de los “sabios antiguos” para no consentir a los abogados “hacer postura con el dueño del pleito, de recibir cierta parte de aquella cosa sobre la que es la contienda”. La prohibición pasa a las *Leyes de Indias* (v. nota 131). Acerca de la intervención de los colegios en la fijación de honorarios, cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *La ética profesional y el régimen jurídico de las corporaciones forenses* (en “Revista de los Tribunales”, de 22-X-1932; luego en mis “Estudios”; véanse pp. 128-33).

<sup>135</sup> Cfr. real orden de 5-V-1836 (derecho de informar sentados —en contra, *Partida III*, título VI, ley VI: “razonar de pie”— y cubiertos, si bien deben descubrirse al entrar y salir de la sala; en el mismo sentido, los arts. 312-3 de la l. enjto de Marina de 1894, texto de 1920) y art. 880 l. organización judicial (toga y birrete de la misma forma que los de los jueces y magistrados). Además la real orden de 7-VI-1863 dispuso que en las salas de audiencia se reserve un sitio especial para los abogados que concurran a presenciar los debates forenses.