

B) RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS (SEGUNDA SERIE)

(1942-1976; núms. 1-257)

a) *Revista de Derecho Procesal (Argentina)**

1943

- 1) ARGOTE Y VALDÉS, José: *Programa de Derecho Procesal Civil (Primer curso)*. La Habana, 1941. XII, 298 pp.

Pp. 185-187

El *Programa* de Argote y Valdés pertenece a un tipo que pudiéramos llamar *cubano*, no porque sea desconocido en otros países, sino por el arraigo logrado, a lo largo de generaciones, entre el profesorado de la Universidad de La Habana. Contrastan tales programas, que son por su extensión verdaderos libros, con los de índole esquemática, cual en materia procesal los de José Xirau en España (Barcelona, 1927, si no recuerdo mal) o los oficiales de la Universidad de Buenos Aires (cfr., v. gr., la ed. de 1941), y se alejan también de los de dimensiones intermedias, como el de Jiménez de Asúa en derecho penal (Madrid, 1927; después nuevamente editado) o el mío de derecho procesal (1ª ed., Santiago, 1933; 2ª ed., Valencia, 1936), ambos acompañados de un cuestionario para el acto del examen. Aun cuando mi parecer se tilde de parcial, por haber adoptado una de ellas, considero que debieran evitarse las dos modalidades extremas de las tres señaladas: los programas muy breves, porque salvo acotar las lecciones o bolillas para la tortura del examen, carecen de valor didáctico, ya que ni orientan la labor del alumno ni le brindan puntos de referencia para librarse de un innecesario esfuerzo memorístico, y los programas demasiado largos, porque en el mismo y aun menor espacio cabe redactar obra de mayor enjundia y provecho —desde una *Guía* hasta un buen *Manual*¹— y porque si el estudiante ha de invertir en dominar el programa casi tanto tiempo como en aprenderse un texto de enseñanza, más vale prescindir de auxiliar tan incómodo. Como

* Publicadas en su "Segunda Parte", bajo la rúbrica de "*Miscelánea de Libros Procesales*".

¹ El *Programa* de Argote y Valdés es, por ejemplo, más extenso que el *Plan o programa razonado de Derecho procesal, civil, penal, canónico y administrativo, y teoría y práctica de la redacción de instrumentos públicos* (Madrid, 1889), de Salvador Torres Aguilar-Amat, uno de los más curiosos y menos conocidos trabajos del procedimentalismo español; rebasa con mucho a la *Guía para un curso de procedimientos judiciales* de Francisco Marcos Pelayo (Madrid, 1929); acaso sobrepase también al libro *Das Strafprozessrecht*, de Graf zu Dohna (3ª ed., Berlín, 1929), excelente exposición del proceso penal alemán; y allá se anda con los *Fundamentos del Derecho procesal civil* de Eduardo J. Couture (Buenos Aires, 1942).

es natural, estas reservas no se dirigen a la labor desarrollada por el Dr. Argote, sino a la clase de libro que, en parte por exigencias reglamentarias (concurrir un cargo de profesor agregado) y en parte por la fuerza de la costumbre consagrada, se ha visto obligado o inducido a componer.

Huelga advertir que un programa de trescientas páginas en números redondos no se limita a ser el *índice* de ese *Tratado* que como culminación de su labor científica aspira a escribir algún día todo investigador de una materia. Por lo mismo que los *Programas* del género del que comentamos se hallan próximos a las *Introducciones al estudio* de una disciplina, no se detienen en la fijación más o menos escalonada y minuciosa de epígrafes y divisiones, sino que con frecuencia prejuzgan y aun definen la posición de sus autores. El propio Argote declara que en la exposición de la materia sigue "un sistema descriptivo y no simplemente enunciativo, con el propósito de que el fin práctico... se acreciente, al contener los temas que serán objeto de estudio, un resumen de ella" (p. VIII).

Cuatro tratadistas han inspirado fundamentalmente el *Programa* (cfr. pp. VIII-XI): un español —Vicente y Caravantes—, un cubano —Ricardo Dolz y Arango, ejemplar figura de ciudadano y de maestro, que en su patria suscita fervorosa y merecida devoción²—, un italiano —Chioventa— y un alemán —Goldschmidt—. El doctor Argote ha sabido aprovechar sus enseñanzas en beneficio de una sistemática que reputo una de las mejor trazadas de cuantas conozco en la literatura procesal hispano-americana. Podrán, claro está, ser discutidos algunos extremos de la distribución efectuada (porque si en toda ordenación de materias la visión personal entra por mucho, con mayor motivo ha de pesar en los dominios del derecho procesal, muy lejos todavía de haber alcanzado una elaboración definitiva), pero en sus líneas generales, el *Programa* de Argote tiene la solidez, la diafanidad y la simetría de los modelos que tuvo el acierto de escoger.

Al final, una relación bibliográfica (pp. 289-91) desigual e incompleta, ya sea recomendación para el alumno o lista de trabajos consultados,³ deslucen un volumen que significa innegable esfuerzo y avance, que aporta datos e informaciones de gran interés y que entra de lleno en el movimiento de renovación de los estudios procesales que por toda América se advierte. (*AD.*: Suprimido su penúltimo apartado —o sea, el comprendido entre "el acierto de escoger" y "Al final, una relación bibliográfica"— y modificados ligeramente el último y la nota 3.)

² A él acabo de dedicarle un artículo, escrito para la *Revista Cubana de Derecho*, y que se incluirá, además, en mis *Ensayos de Derecho Procesal* (próximo a publicarse).

³ Aunque más parece lo segundo, a juzgar por bastantes de las obras mencionadas ajenas al derecho procesal o inadecuadas para efectuar su estudio. La lista comprende 51 libros, con omisión en todos de las indicaciones relativas a lugar y fecha de impresión, y mientras menciona, por ejemplo, los *Comentarios de Manresa* al código civil español (además de los de la l. e. civ.), los *Principios de Derecho público* de Hauriou o el *Curso elemental de Derecho civil* de Colin y Capitant, los nombres de Carnelutti y de Calamandrei, entre otros varios, brillan por la ausencia.

- 2) PORTUONDO Y DE CASTRO, José: *Curso de Derecho Procesal Criminal*. Tomo I. La Habana, 1942. 305 pp.

Pp. 187-189

Aun cuando el autor nos presenta su obra como “modestas explicaciones propias para estudiantes” (p. 5), tal afirmación sólo es exacta en cuanto el libro reúne indudables cualidades didácticas (claridad expositiva, dimensión adecuada, certera selección de temas, sentido de la proporción en su desarrollo, etc.), pero no en el de que únicamente los alumnos de Facultad puedan obtener fruto de su lectura. En efecto, el volumen del doctor Portuondo puede y debe reportar los mejores servicios a los profesionales del Foro que abandonaron el recinto universitario antes de que en él penetrasen las nuevas corrientes procesales, ignoradas o rechazadas todavía por bastantes de ellos, acaso por no habérselas brindado en el propio idioma o de modo accesible. El aumento en la cifra de obras fundamentales alemanas e italianas traducidas al castellano, ha ido abriendo brechas en las filas de los aferrados al viejo procedimentalismo y al aún más viejo practicismo, y la aparición de textos de divulgación, cual el que comentamos, hará que los últimos focos de resistencia de esta incruenta pero dura y prolongada lucha se rindan en Cuba, como han ido capitulando en otras partes.

El doctor Portuondo declara que se ha ajustado “en todo lo posible al Programa inmortal de Dolz” (p. 5), pero en realidad se aparta de él en algo tan esencial como el plan: por razones que no son del caso examinar aquí, Dolz se atuvo, como regla, al orden de materias de la legislación vigente,¹ mientras que Portuondo ha optado por una distribución sistemática. A ella hemos de formular algunas objeciones: la primera y la más perceptible de todas se refiere al aditamento de un “Apéndice” (pp. 31-52) en el capítulo II, destinado a transcribir, en el mismo cuerpo de letra que el resto del volumen, unos autos acordados de las Audiencias de La Habana, Puerto Príncipe y Santo Domingo, que además de concernir en gran parte al enjuiciamiento civil y no al penal, rompen la línea del conjunto, que habría ganado mucho si se les hubiese extractado en unas notas, de no dejarlos para el final del libro; después, dentro de los temas analizados, los capítulos sobre competencia (del XIII al XVI inclusive) habrían estado mejor junto al que trata del “Poder judicial” (el VI), que no a renglón seguido de los relativos a los “artículos” (excepciones) de previo pronunciamiento y a su tramitación, por lo mismo que uno de ellos —precisamente el de uso más frecuente—, o sea, la llamada declinatoria de jurisdicción (art. 666, núm. 1, l. e. crim.), requiere conocer previamente el concepto de competencia; finalmente, el citado capítulo VI se ha desconectado del III, en que como “conocimientos preliminares” se examina la jurisdicción: de ese modo, el estudio del *Poder judicial* (la rúbrica tiene marcado sabor cons-

¹ Cfr. pp. XIV y XX-XXI de su *Programa de Derecho procesal, civil, penal, canónico y administrativo y teoría y práctica de redacción de instrumentos públicos* (Habana, 1896).

titucional, y, además, dista mucho de surtir *por sí sola* esos efectos mágicos que sus adeptos le atribuyen),² se realiza con predominio de lo orgánico sobre lo jurisdiccional, es decir, con inversión del enfoque que debe adoptarse en un libro de derecho procesal.

A mi entender, uno de los mayores méritos del doctor Portuondo consiste en el partido que ha sabido sacar de una bibliografía tan endeble como la manejada. Demostración al canto: el calamitoso Aguilera de Paz,³ el anticuado Robles Pozo (1886) y el aislacionista Fábrega (3ª ed., 1928), son, junto al comentarista cubano Betancourt (1911 y 1916) —mencionado principalmente por la jurisprudencia que recoge—, los autores mayor número de veces citados: entre los cuatro totalizan 59 de las 132 notas que consiguan indicaciones bibliográficas. Si a ellos agregamos otros *veteranos*, como Escriche (cuya 1ª ed. del *Diccionario* es de 1831), Lastres (7ª ed., 1881), Reus (1883), Martínez del Campo (1885), Covián (1886), Viada y Colmeiro (1889), y López Moreno (1901) entre los españoles, Carrara y Mattiolo entre los italianos, y Boncenne entre los franceses, la cifra se eleva a 74 notas; si todavía añadimos que de varios de los nombrados no se han utilizado las postreras ediciones (así, de Aguilera la de 1912 y no la de 1923 y ss., o de Lastres la de 1881 y no la de 1902), que de Florian se habla una sola vez (nota 6), que el *Trattato* de Manzini no se invoca ninguna, que de Goldschmidt se acude sólo (cfr. nota 3) a su *Derecho procesal civil*,⁴

² Véase lo que acerca de la intrascendente rotación de epígrafes “Poder Judicial” y “Administración de Justicia” en las Constituciones españolas decimos en los núms. 3-4 de mi conferencia *La justice et ses lois complémentaires dans la Constitution espagnole de 1931* (dada en el “Instituto de Derecho Comparado” de la Universidad de París el 1-VI-1937, y que se reproduce en mis citados *Ensayos de Derecho Procesal*).

³ De él cita Portuondo dos obras: el *Tratado de las cuestiones prejudiciales y previas en el procedimiento penal* (2ª ed., Madrid, 1917) y los *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal* (1ª ed., Madrid, 1912). Son éstos los que nos han llevado a calificar de calamitoso a su autor (véase *infra*, nota 1ª de la reseña acerca de los *Comentarios* de Machado Guimarães).

⁴ Aprovecho la coyuntura para rectificar dos pasajes del libro de Portuondo, que conmigo se relacionan. En el primero afirma que es Goldschmidt quien remarca fundamentalmente la distinción entre *enjuiciamiento*, *procedimiento* y *proceso* (cfr. p. 9 y nota 3). Pues bien: si Portuondo se toma la molestia de compulsar de nuevo el pasaje que atribuye a Goldschmidt, se cerciorará de que pertenece a las *Adiciones* por mí redactadas para la edición española y no al original, donde el autor no tenía por qué ocuparse de una noción, como la de enjuiciamiento, ajena al derecho alemán.

Conforme al segundo (véanse pp. 21-2), resultaría que en la p. 151 de mis *Estudios de Derecho Procesal* (Madrid, 1934) sostengo “que si bien las *Partidas* están plagadas de errores, no es menos cierto que estos errores los vemos a la luz de la ciencia moderna, pero que en muchos casos es preferible la unidad y maciza construcción de las varias instituciones contenidas en dicho Código que las modalidades implantadas en la época moderna”. No me explico semejante interpretación de mis palabras, porque lo que en la citada página decía (y tampoco ningún otro trabajo mío contiene nada que se le parezca) era lo siguiente: “...es preferible restaurar el derecho procesal de las *Partidas* en toda su pureza a intentar, por obra y gracia de una comisión de criterios divergentes y concesiones mutuas, una conciliación de las ideas del Maestro Jacobo de Las Leyes con las ne-

cuando tan provechosa habría sido la frecuente consulta de sus *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal* (Barcelona, 1935), como escritos directamente en castellano y acomodados a la ley de enjuiciamiento criminal española, que, salvo escasas variantes, es también la cubana, etc., llegaremos a la conclusión de que el profesor Portuondo posee indudables cualidades de prestidigitador: *¿Ven ustedes toda esta chatarra procesal?* —parece habernos dicho—. *Pues observen cómo se transforma en un excelente manual. ¿Cómo?* El cómo es el secreto del autor, que con habilidad suma ha logrado filtrar, rejuvenecer y darle trabazón a materiales tan poco consistentes.

Resulta, por el contrario, muy completa la información jurisprudencial, dentro de un país que por contar con tribunal de casación no exige a los cultivadores del derecho el sobrehumano esfuerzo de busca, clasificación y crítica a que, por ejemplo, se ven obligados los investigadores argentinos.

- 3) BOLETÍN DEL INSTITUTO DE ENSEÑANZA PRÁCTICA (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral). Santa Fe, 1942. Números 1º (174 pp.) y 2º (125 pp.).

Pp. 189-191

Si hubiésemos de buscarle antecedentes a la “Revista de Derecho Procesal”, ninguno tan próximo en el tiempo y en el espacio como este “Boletín”, que lejos de ser incompatible con ella, es en realidad su complemento, dada la distinta orientación a que responden: la “Revista”, constituye el órgano máximo de investigación científica del derecho procesal en América, mientras que el “Boletín”, como su título indica, aparece cual exponente de métodos rigurosamente científicos aplicados a la enseñanza de una práctica jurídica, que si no exclusiva, sí es preferentemente procesal. Mediante el “Instituto de Enseñanza Práctica” y su prolongación el “Boletín”, ambos dirigidos por el profesor Eduardo B. Carlos, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales del Litoral ha puesto cuanto está de su parte para resolver en forma satisfactoria el difícil problema de enlazar el estudio teórico con el aprendizaje práctico, sin que ambas actividades tengan por qué seguir mirándose con gestos de indiferencia, de desprecio o de animadversión, cual si pudiesen vivir en compartimentos estancos, la una en las nubes de la abstracción y la otra en las cavernas de la rutina. Sería por tal causa muy de lamentar que la falta de asignación suficiente (cfr. núm. 2, pp. 124-5) impidiese la normal salida del “Boletín” o redundase en detrimento de su extensión o de su presentación impecable.

El número 1º comprende tres secciones: doctrinaria (pp. 5-68), de juriscencias, no ya de nuestros tiempos, sino de diez, veinte, treinta, cincuenta años de proyección hacia el futuro”.

Quede, pues, reivindicado lo que es mío y renunciado lo que nunca lo fue.

prudencia anotada (pp. 69-147) y de información del Instituto (pp. 149-74). Limitaré mi reseña, lo mismo que la del número 2º, a los trabajos de interés procesal.

Eduardo B. CARLOS: *La oralidad en el proceso civil* (pp. 5-22). Nos hallamos ante una exposición que debiera imprimirse en folleto y repartirse profusamente, ya que, por desgracia, el tema, como el del jurado, por ejemplo, es de aquellos con que todos se atreven, aunque son muy pocos los que lo conocen en sus verdaderos términos, que el autor condensa con tanta sobriedad como dominio.

A. BARTOLONI FERRO: *Denuncia y confesión extrajudicial* (pp. 23-9). Se trata de un interesante caso clínico, en el que se plantea "la cuestión de saber si la denuncia de un delito de acción pública", hecha a los funcionarios competentes, "puede constituir una confesión extrajudicial, en un juicio civil posterior". El profesor Bartoloni, tras una serie de razonamientos que llevan el sello de su personalidad inconfundible, llega a una respuesta negativa.

J. HIRAM POZZO: *La enseñanza de "Práctica Notarial"* (pp. 53-68). Aunque la práctica notarial sea disciplina ajena al derecho procesal (con el que, sin embargo, anduvo asociada en España durante mucho tiempo en una asignatura que se denominaba nada menos que "Práctica forense y redacción de instrumentos públicos", segundo curso de una de "Procedimientos judiciales"), nos hacemos eco de este trabajo por la condenación que contiene, y que suscribo íntegra, de los formularios, notariales o judiciales, como método de enseñanza. Es hora ya de reemplazar la parodia por la realidad y de relegar por completo al olvido la docencia a base de *puntos suspensivos*, en lugar de emplear en Institutos como el de Santa Fe, genuinos documentos de aplicación del derecho en sus distintas ramas.

Por consideraciones de espacio, paso por alto la sección de jurisprudencia anotada, y en la de información del Instituto recomiendo la lectura del "Programa de Trabajos Prácticos" y de las "Indicaciones esenciales para su desarrollo" (pp. 155-68), en los que bien a las claras se advierte el influjo de la documentada y certera monografía *Clínica jurídica y enseñanza práctica* (Santa Fe, 1939), con que el profesor Carlos conquistó tan legítimamente el cargo de Director de aquél.

En el número 2º se ha intercalado, tras las secciones doctrinaria (pp. 7-37) y de jurisprudencia anotada (pp. 39-92) y antes de la información del Instituto (pp. 115-25), una de bibliografía (pp. 93-114). La sección doctrinaria está consagrada a reproducir los *Informes* de los profesores Carlos, Bartoloni y González Meana acerca del Proyecto de Código de Procedimientos redactado por la comisión presidida por el doctor Nazar Anchorena. Por diferentes razones, que lejos de repelerse se combinan, los tres informes son opuestos a la inmediata sanción del referido Proyecto por el Congreso de la Nación. Mi opinión coincide con la de los tres distinguidos informantes. El Proyecto Nazar Anchorena (el de Lascano, por ejemplo, es incomparablemente superior a él) presenta aquí y allí aciertos aislados, pero en con-

junto, como obra de una Comisión en que ningún procesalista ha intervenido, está lleno de prejuicios, de vacilaciones y de defectos técnicos, y tal como se ha dado a conocer, no logrará ciertamente sacar al enjuiciamiento civil argentino del atolladero en que se encuentra.

De las otras tres secciones del número 2º, la más interesante es la de bibliografía, donde los profesores Bartoloni y Carlos comentan varios de los más importantes libros procesales aparecidos en la Argentina durante el año 1942; pero como no es cosa de reseñar reseñas, y como además las obras en cuestión han sido analizadas en el número anterior de esta Revista,¹ cierro aquí mi nota informativa.

- 4) REIMUNDÍN, Ricardo: *La condena en costas en la legislación argentina*. "Librería Jurídica". Valerio Abeledo, Editor. Buenos Aires, 1942. 143 pp.

Pp. 191-193

En una de mis primeras empresas como procesalista, compuse con mi padre un folleto sobre *La condena en costas* (Madrid, 1930), o más exactamente: redacté la advertencia preliminar, las notas a todo el volumen y el capítulo último sobre costas en el enjuiciamiento criminal. Conozco, pues, por experiencia las dificultades de un tema que aun abordado, como entonces nosotros y como ahora el doctor Reimundín, con predominante preocupación iuspositivista, está lleno de encrucijadas y revueltas. Y nada digamos de imprimirle al trabajo una orientación más acentuadamente histórica y dogmática, porque entonces surgiría la comparación con la clásica monografía de Chiovenda,¹ no superada todavía y difícilmente superable, aunque en particulares e incluso fundamentales extremos se discrepe de sus puntos de vista, cual me ha sucedido alguna vez. El primer acierto del doctor Reimundín ha consistido, por tanto, en no embarcarse en una arriesgada aventura emuladora, que el estado actual del procesalismo americano, aun habiendo avanzado a pasos de gigante en los últimos años, no consentía intentar. El propio autor proclama la finalidad limitada de su trabajo, al decirnos que "no constituye un tratado integral de la materia", sino "una mera

¹ Se trata de los siguientes libros: *El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales* de Bartoloni Ferro, la *Teoría y técnica del proceso civil* de Podetti y el *Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial* (Córdoba) de los Dres. Aguiar y Cabral, los tres comentados en el *Boletín* por el prof. Carlos; los *Fundamentos del Derecho procesal civil* de Couture y el volumen relativo al *Primer Congreso Nacional de Ciencias Procesales*, ambos criticados por el prof. Bartoloni. Las obras de Couture y Podetti han sido examinadas por mí en los núms. 1476 y 1529 del diario de *Jurisprudencia Argentina*.

¹ *La condanna nelle spese giudiziali* (1ª ed., Torino, 1900; 2ª ed., Roma, 1935; traducción española de Puente y Quijano, con notas de Xirau: Madrid, 1928). Recordemos que los cuatro primeros trabajos de Chiovenda, correspondientes a los años 1894, 1896 y 1899, versan sobre costas (cfr. la nota bibliográfica de Virgilio Andrioli en el folleto de Calamandrei *In memoria di Giuseppe Chiovenda*; Padova, 1938).

recopilación de diferentes artículos publicados en forma dispersa y sin otro deseo que el de una contribución al estudio de algunos de los aspectos fundamentales de la condena de costas" (p. 7). Con arreglo a esas características enjuiciaremos el volumen.

En la "Introducción" de su libro Reimundín toma partido (cfr. pp. 4-5) por la "posición chiovendiana", y bien que sin nombrarnos, rechaza las reservas que a ciertos extremos de la misma se consignan en nuestro citado folleto (cfr. sus pp. 16, 38-43, 96-7 y 130). Sin ánimo de polemizar, creo oportuno aclarar que el doctor Reimundín, sin duda por un *lapsus* de lectura, me atribuye cosa distinta de la que yo afirmaba respecto al fundamento y a la naturaleza de la institución.² Tampoco la otra refutación que nos hace a propósito de nuestra discrepancia con la rígida vinculación que Chioventa establece entre el concepto de *parte* y la noción de *vencimiento* me parece convincente y el mismo Reimundín reconoce, a renglón seguido, que "las leyes procesales han introducido numerosas exenciones, estableciendo una condena contra y a favor de personas que no son partes, y también en algunos casos excepcionales, el carácter de *accesoriedad* de la condena y el *vencimiento* como base de la misma han sido derogados" (p. 5).

El mejor capítulo del volumen me parece el primero, en el que con buena información doctrinal, tanto nacional como extranjera, y sólido examen de legislación y jurisprudencia argentinas se sostiene la naturaleza estrictamente procesal de la institución. Para los lectores de fuera, no estará de más destacar que como consecuencia del doble ordenamiento legislativo argentino, pugnan aquí el art. 760 del código civil, texto nacional, y los códigos de procedimientos, de índole provincial. De acuerdo con la más autorizada corriente (Segovia, Machado, Salvat, Colmo, Lafaille, Barraquero y Podetti), a la que sin vacilar adherimos, Reimundín resuelve el conflicto a favor de los códigos procesales, víctimas en este punto de una extralimitación manifiesta por parte del código civil.

En la imposibilidad de examinar uno tras otro los restantes capítulos del libro, señalaremos como el de mayor interés teórico el III, al ocuparse de la condena en costas del vencedor. Para mí, la explicación de este fenómeno, que a primera vista semeja una excepción a la regla del vencimiento (y así nos lo presenta el autor: cfr. p. 49), ha de buscarse en la separación de esos dos conceptos —litigio y proceso—, con frecuencia confundidos, pero que de manera magistral ha sabido contraponer Carnelutti como base de su doc-

² Escribe el Dr. Reimundín: "Se le objeta a Chioventa que muestra el *fundamento*, pero que no nos dice nada de la *naturaleza* de la condena en sí; se dice que equivale a indicarnos *para qué* sirve la condena, pero sin mostrarnos lo que la misma *es*" (p. 4).

Sostenía yo: "La regla que Chioventa recoge del derecho romano (*ob. cit.*, p. 92) y que inspira en este punto las legislaciones modernas, la de la condena del vencido por el hecho de serlo, muestra el *fundamento*, pero nada nos dice de la *naturaleza* de la condena en sí", ya que "equivale a indicarnos *para qué* sirve la condena, pero sin mostrarnos lo que la misma *es*..." (folleto cit., pp. 38-9).

Como el lector comprobará, el Dr. Reimundín refiere a la obra de Chioventa, lo que nosotros aplicábamos, más restringidamente, a la regla por él tomada del derecho romano.

trina: el vencedor condenado en costas triunfa en cuanto al litigio, pero su actuación en el proceso, que no ha utilizado en debida forma o en tiempo oportuno, le hace incurrir en el pago de aquéllas. Por eso, "en la condena del vencedor es donde se acentúa el carácter de sanción de conducta procesal" (p. 52).³

El capítulo final del libro, relativo a "las costas en el proyecto de los doctores Aguiar y Cabral", pudo y debió actualizarse, ya que tal trabajo se convirtió en código procesal de Córdoba el 9 de mayo de 1942, o sea, seis meses antes de concluir la impresión del volumen. Éste se cierra con una bibliografía argentina, que habría exigido, para su mayor utilidad, la localización de los pasajes referentes a condena en costas en las obras no específicas sobre la materia que en ella se registran.

Alejado del *mundanal ruido*, el doctor Reimundín, juez en Salta, ha sabido evitar el peligro de vegetar y aletargarse. Lee con provecho y escribe con dominio. El libro que acabamos de comentar es la demostración elocuente.

- 5) YORIO, Aquiles: *La sucesión y su personalidad en nuestro derecho*. Librería y Editorial "El Ateneo". Buenos Aires (1942). 434 pp.

Pp. 193-195

En un volumen que lleva por subtítulo "Régimen legal de la división e indivisión hereditaria", el doctor Yorio da a conocer, ampliada, la obra que obtuvo el premio "José María Moreno", instituido por el Colegio de Escribanos,¹ en el concurso correspondiente al bienio 1941-2.

Mi labor como comentarista resulta en este caso un tanto ingrata, porque la parte procesal del volumen, es decir, la que por la índole de la revista me incumbe reseñar, presenta algunas fallas, que no sería posible silenciar, a menos de infringir la pauta marcada por la Dirección de la Revista al prometer que "la sección bibliográfica... llevará el sello de la imparcialidad, alejada de todo favoritismo, con el propósito de tratar nuestra producción científica con la mayor elevación y dignidad" (núm. I, 1ª parte, pp. 5-6).

Comenzaré por señalar que el andamiaje bibliográfico procesal de un libro que contiene dos capítulos (IV y V; cfr. nota 5) y numerosas referencias sueltas dedicados al estudio de la sucesión en el ámbito de nuestra disci-

³ La tesis de la sanción de conducta procesal es la postulada por nosotros en el folleto citado: cfr. págs. 31-5, 38-44, 66, *passim*.

¹ Es curioso que llamándosele carrera del "Notariado" en las Facultades de Derecho argentinas, a los profesionales de ella se les denomine luego "escribanos", nombre que si históricamente abarcó las dos ramas de la dación de fe, parece más adecuado para designar el Secretariado judicial. Así sucedió en España cuando la ley de 28-V-1862 organizó el notariado y hasta que el r. d. de 1-VI-1911 enterró la tradicional denominación "escribanos" y la reemplazó por la de secretarios judiciales.

plina, sólo registra, en una lista de 103 títulos (cfr. pp. 425-8) *dos* obras procesales: la anticuada de Garsonnet, ligeramente remozada por César-Bru, y el *Curso de Procedimientos civiles* (Buenos Aires, 1931) del profesor Máximo Castro. Más aún: de las 541 notas que jalonan el volumen, sólo en cinco se cita a los mencionados tratadistas,² con la particularidad de que ninguna de ellas pertenece a los capítulos de neto contenido procesal. Una tal indiferencia sólo se explica si la doctrina procesal fuese deleznable en absoluto, desconocida por completo en la Argentina, o si los procesalistas no hubiesen abordado con el detenimiento necesario las cuestiones que en orden a la sucesión estudia el doctor Yorio; pero como ninguna de las tres cosas sucede, su actitud no puede resultar más extraña. Basta, en efecto, ojear cualquier obra sistemática de derecho procesal de mediana importancia para cerciorarse de que el análisis de los problemas suscitados por la intervención como partes en litigio de figuras cual las uniones sin personalidad, los patrimonios de momento sin titular o con titular sin *legitimatío ad causam*, se encuentra efectuado con la extensión debida.³

Esa falta de cimentación procesal que en su libro se advierte, lo ha perjudicado en otras direcciones. Por ejemplo: el doctor Yorio ha percibido ciertas afinidades entre la sucesión y el concurso (cfr. pp. 51-3, 138-9 y 167-8), pero por la escasa atención prestada a los aspectos procesales, ha pasado por alto otras varias, que acaso le habrían permitido llegar a una interpretación procesalista de la universalidad⁴ y, de rechazo, a un fortalecimiento de sus puntos de vista en más de una ocasión. La propia causa ha conducido a que en el capítulo V se entrecrucen las cuestiones procesales y las notariales (cfr. núms. 93, 99-101 y 104-5), que si bien presentan algunos elementos de contacto (a través del carácter formal de unas y otras, de la teoría documental y aun de la jurisdicción voluntaria), pertenecen a disciplinas muy distintas y debieron, por consiguiente, ser objeto de examen

² A saber, en las notas 78-9 y 221-2 al Dr. Castro, y en la 156 a Garsonnet. En el índice de bibliografía figuran además la *Curia Philípica* de Hevia Bolaños (en una ed. de París, sin fecha) y un *Tratado de sucesiones testamentarias y de abintestato* (Ciudad Real, 1900) del Sr. López de Haro; pero ninguna de las dos obras la hemos visto utilizada en el texto.

³ Y con la profundidad, por ejemplo, de un Hellwig en el primer volumen de su admirable *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts* (Leipzig, 1903).

⁴ Los elementos para ello serían: ante todo, la existencia de una masa de bienes con personalidad procesal (al menos, en determinados momentos o para ciertos actos); en segundo lugar, la *vis attractiva* inherente a esa masa y que se traduce en la que cabría llamar acumulación-absorción (a diferencia de la acumulación-refundición) de los procesos singulares por el universal; en tercer término, la intervención de órganos parajudiciales junto a los estrictamente judiciales; en cuarto lugar, la confluencia de criterios puramente procesales y de proyecciones de jurisdicción voluntaria sobre zonas más o menos dilatadas de concursos y juicios sucesorios; finalmente, el carácter de ejecución general que unos y otros poseen, aunque el tipo a que pertenecen sea distinto. Afinidades no intrínsecas cabría asimismo descubrir en orden a las medidas cautelares. Como se ve, no faltan materiales para la construcción, pero precisa aglutinarlos, sin olvidar tampoco las grandes diferencias que median entre los dos grupos de juicios universales.

separado.⁵ Siempre el mismo factor, ha determinado, en otro sentido, afirmaciones infundadas, y así en la página 224 cabe leer, con olvido de cuanto significan las llamadas acciones (*rectius*, pretensiones) constitutivas, que “el derecho procesal es un simple régimen legal para ventilar los juicios y no para crear o modificar derechos ni personas”; y en la página 247 nos encontramos con que se reputa “necesaria” la intervención judicial en el (seudo) juicio sucesorio voluntario, pese a reconocer el autor que “cuando existe conformidad de todos los herederos..., la función judicial resulta pasiva”, hasta el extremo, agregamos, de que entonces carece de los atributos peculiares de la actividad jurisdicente.

Pensando en una segunda edición del volumen, que el interés del asunto tratado y el mérito de sus capítulos de derecho civil substantivo hacen previsible,⁶ será conveniente que el escribano Yorio trabaje la parte procesal con el mismo cariño y empeño que ha puesto en las restantes de su obra, o que, si por cualquier causa (desde falta de tiempo a desdén invencible) no le es posible hacerlo, la suprima del todo. Porque sería en verdad una pena que el desequilibrio de calidad (el de cantidad se justifica, desde luego) en el desarrollo de los aspectos civiles y de los procesales de esta monografía, siguiere desluciendo un libro que, tal como se ha impreso ahora, permite al civilista la agradable tarea de elogiar y le deja al procesalista —a mi en este caso— la siempre antipática misión de mostrar discrepancias y consignar reparos.

- 6) COLOMBO, Carlos J.: *La Corte Nacional de Casación*. “Librería Jurídica”. Valerio Abeledo, Editor. Buenos Aires, 1943. Tomo I: 446 pp.; tomo II: 399 pp.

Pp. 195-199

Creo conveniente iniciar esta nota bibliográfica con unas indicaciones biográficas: Carlos J. Colombo tiene 28 años, hace tres sólo que egresó de la Facultad de Ciencias Jurídicas, donde cursó la carrera en dos años, y ya tiene publicados, además de varios artículos en “La Ley”, “Jurisprudencia Argentina” y “Mundo Forense”, tres apretados volúmenes —*La negligencia en la producción de las pruebas* (Buenos Aires, 1942), comentado con el merecido elogio por Sentís Melendo en el número anterior de *R. D. P.*, y

⁵ La parte procesal, capítulo V (“La declaratoria de herederos en el derecho procesal y la entidad sucesión”) debiera pasar al capítulo IV (“La sucesión y el derecho procesal”) y dejar en él sólo la materia notarial.

⁶ Aun cuando de hacerlo deberá renovar la bibliografía de que se ha servido o completarla con libros más modernos, ya que con frecuencia resulta anticuada. En efecto, de 103 títulos inscritos en la lista de las pp. 425-8, 41 son anteriores a 1900, 23 se hallan comprendidos entre esa fecha y 1920, 20 entre este año y 1930 inclusive, y 9 son posteriores a este año. A ellas han de agregarse diez obras cuya fecha no se expresa.

los dos que me dispongo a examinar—, lanzará pronto uno nuevo sobre *La transacción* y prepara un *Derecho Procesal Penal*. Bastarían esa capacidad de trabajo y esa vocación por el estudio, para que su labor hubiese de ser juzgada con la más viva simpatía, aunque mostrase consistencia mucho menor de la que, por fortuna, posee.

Sin duda por ser su implantación la finalidad perseguida, se denomina la obra *La Corte Nacional de Casación*; pero su contenido rebasa ampliamente los márgenes estrictos de semejante rúbrica. Es más: ni siquiera la relación de epígrafes capitales que a modo de subtítulo o extracto figura en la portada,¹ refleja con fidelidad la índole y densidad de este libro. Precisa adentrarse en su lectura para calibrarlo exactamente.

De los dos tomos de que consta la obra, me gusta mucho más el primero, hasta el punto de que si hubiese conocido el original antes de imprimirse, me habría permitido aconsejar a Colombo que los refundiese en uno solo, eliminando del segundo algunos pasajes y fragmentos (luego puntualizaré cuáles), que acaso sirvan, como dicen los franceses, *pour épater le bougeois*, pero que a todas luces se alejan con exceso del tema.

En una reseña de dimensiones normales no cabe más que rozar —y a ello me dispongo— dos o tres extremos de los múltiples que recoge una obra de 1471 números,² más una introducción (vol. I, pp. 7-24), un larguísimo apéndice bibliográfico y un proyecto de ley con 74 artículos (vol. II, pp. 313-76 y 377-99 respectivamente).

Por la fuerza de los razonamientos esgrimidos y la clara inteligencia que de la casación refleja, destaca en el tomo I la réplica de Colombo a la tesis contraria a su adopción sustentada en 1910 por el diputado doctor Manuel B. Gonnet (cfr. núms. 3-26). Ella me ha recordado el curioso libro que publicó el profesor español Joaquín Dualde bajo el llamativo título *Una revolución en la lógica del derecho* (Barcelona, 1933). La tal “revolución”, a la que sin duda habría adherido el doctor Gonnet, postulaba la instauración de la diversidad interpretativa en el Tribunal Supremo. Se convertiría éste en una extraña *feria de muestras*, donde los clientes —en el supuesto de que sus intereses antagónicos (salvo el poco frecuente caso de colusión) les permitiesen concertarse—, o bien uno de ellos, favorecido con tan irritante privilegio, tuviesen a su disposición diferentes criterios jurisprudenciales, de no confiar esa elección al azar de un previo sorteo, que erigiría al Supremo en una especie de lotería de la justicia. Además, dicha “revolución” (alguna de cuyas singulares derivaciones acabamos de imaginar), que implica sólo

1 “Unificación de la jurisprudencia.—Antecedentes históricos.—El problema constitucional argentino.—Casación civil.—Revisión civil.—Casación penal.—Revisión penal.—La casación en el derecho procesal del trabajo y en el derecho procesal administrativo.—Las fuentes del derecho comparado.—Sistema de las Provincias argentinas.—Recurso por inaplicabilidad de ley.—Proyecto de ley.”

2 Aun cuando algunos (v. gr. núms. 193, 252, 306, 417, 565, 849, 855, 1067, 1073, 1156) son meros epígrafes y no pocos (alrededor de una centena) se reducen a poquitas líneas.

perturbación, destrucción o supresión de la lógica en el derecho, podría alcanzarse, de ser apetecible, por un método más sencillo y económico: abolir la casación, en lugar de intentar compaginarla con lo que es negación de su esencia, y extender el concepto de competencia prorrogada a la segunda instancia, a fin de que las quince Audiencias territoriales españolas pudiesen asegurar las delicias del trastorno jurídico añorado por el señor Dualde.³

En otro sentido, tanto el doctor Gonnet como Colombo bordean (cfr. núms. 12-3), pero sin penetrar en ella, una de las cuestiones más delicadas que con la casación se ligan: la de su compatibilidad con la independencia funcional de los juzgadores de instancia. Si el juez sólo está sometido a la ley y a su conciencia, nada le obliga a acatar la jurisprudencia suprema, y para alcanzar ésta, si aquél se aparta de ella, habrá que acudir a la vía impugnativa; si, por el contrario, ha de fallar según las pautas del tribunal de casación, su independencia quedará cercenada y además se correrá el riesgo de una paulatina deformación y aun sustitución de la voluntad legislativa por la voluntad jurisprudencial (Ruego al lector que no asigne a mis anteriores palabras más valor que el de sumario esbozo de una preocupación que requeriría desarrollo muchísimo más amplio).

Dentro del tomo I coincidí con Colombo cuando apartándose de D'Amelio (cfr. núms. 66-7) considera el sistema español de casación como distinto del francés: la aguda contraposición, incluso procedimental, que en España ofrecen *error in iudicando* y *error in procedendo*, y sobre todo, la supresión del reenvío respecto al primero, impiden agruparlos dentro de un mismo género. Comparto asimismo su opinión de que la casación funcione sin reenvío (cfr. núm. 87), o sea, añadimos, que se generalice uno de los máximos aciertos de la legislación procesal española.⁴ Discrepo, en cambio, del autor en que el Tribunal de Casación deba ser distinto de la Suprema Corte de Justicia Nacional (cfr. núms. 207-12), ya que la dualidad acarrearía pugnas e interferencias. Y sobre todo, disiento en que "a partir de Chiovenda el estudio del procedimiento se ha convertido en una ciencia" (cfr. núm. 213), por la poderosa razón de que ese resultado se había conseguido varios decenios antes por obra y gracia de los grandes juristas de la que se ha llamado edad de oro del procesalismo germánico, al que no es justo despojar de sus glorias para endosárselas al italiano, que tiene bastante con las propias.⁵ No

³ Nada digamos de las consecuencias de la "revolución" en el enjuiciamiento criminal. Otra de las dificultades que surgiría, lo mismo en materia civil que penal, sería la motivada en los casos de pluralidad procesal subjetiva.

⁴ Adoptado en 1926 en Portugal y en 1942 en el nuevo código de procedimientos civiles de Córdoba.

⁵ Pero bueno será advertir que no es Colombo el único procesalista americano que presenta a Chiovenda como el fundador del derecho procesal científico, título que habría sido el propio obsequiado el primero en rechazar. Porque con todo lo que Chiovenda significa, no es concebible sin Wach en el terreno de la investigación doctrinal y sin Klein en el de la reforma procesal. AD.: Véase mi artículo *La influencia de Wach y de Klein sobre Chiovenda*, en "Revista de Derecho Procesal" argentina, 1947, I, pp. 389-410, y ahora en mis "Estudios de Teoría General e Historia del Proceso", tomo II (México, 1974), pp. 547-70, así como *infra*, C, núm. 13, *Adolf Wach*.

se explica tampoco que en diversas ocasiones Colombo se refiera a los motivos de casación de Cuba (cfr. números 556, 562, 567 y 1463), en lugar de hacerlo a los de España, cuya legislación procesal sigue rigiendo sustancialmente en aquélla.⁶ Finalmente, entre los antecedentes de la institución (véanse los números 68 y ss.), quizás no hubiera estado de más mencionar el recurso de fuerza en el modo de proceder, creación regalista frente a las demás de la jurisdicción eclesiástica y cuyas afinidades con la casación en virtud de *error in procedendo* son innegables.

El tomo II comprende tres partes bien distintas: una de derecho comparado (interprovincial e internacional) en orden a los recursos de casación y revisión,⁷ tanto de índole civil como penal (pp. 7-312); un ensayo de bibliografía general sobre la materia (pp. 313-76) y el Proyecto Colombo relativo a la Corte Nacional de Casación (pp. 377-99). Los dos primeros sectores pecan por frondosidad manifiesta. Impulsado por un deseo loable de suministrar información, Colombo nos la ha proporcionado desbordante. Vemos así en los capítulos de derecho comparado, referencias a las Islas de Jersey (núms. 776-8), Irán (núms. 779-81; si, en cambio, los 782-3), Lituania (núm. 849), Marruecos francés (núms. 850-1), Túnez (núm. 880) y Ciudad del Vaticano (núms. 893-6), donde ni se nombra la casación, que otras veces se despacha con media docena de palabras diluidas entre indicaciones de otro tipo, cual en los casos de Japón (núms. 841-6), Letonia (núms. 847-8) y Polonia (núms. 855-6). Otro tanto sucede en los núms. 1122-55, que resumen la organización de la justicia criminal inglesa, pero cuyo entronque con la casación penal se vislumbra, a lo sumo, tan sólo en los núms. 1150-1. Además, dentro de los países con casación, muchos de los números contienen digresiones de carácter histórico, político o judicial no siempre indispensables para centrar el tema (por ejemplo: los números 1156-88 con respecto a la casación italiana, que no se inicia en rigor hasta el número 1189, para llegar hasta el 1236). Por el contrario, entre los países con revisión civil no figuran ni España ni Cuba (véase el capítulo XXXII), y ésta tampoco se incluye entre los que cuentan con casación y revisión penales (véanse los caps. XXXIV y XXXVII). En compensación, tal vez, de esos olvidos reaparece Cuba (en realidad España, según antes dijimos) en el capítulo sobre casación en el derecho procesal *administrativo*, pero el precepto que a ese objeto se invoca, pertenece (cfr. núm. 1463) al enjuiciamiento *civil*.

El exceso es todavía mayor en el apéndice bibliográfico, donde la literatura atinente al tema suma, salvo error u omisión, 171 títulos en una lista de 1327. La diferencia entre ambas cifras se salda, en parte, con obras generales de derecho procesal y organización judicial (aunque sin indicarse

⁶ Aun cuando el *procedimiento* del recurso haya sido modificado (o más bien refundido) por la orden de 26-VI-1899, *causas* y *motivos* siguen siendo los mismos, salvo en materia penal, como consecuencia de las reformas introducidas en España por la ley de 28 de junio de 1933.

⁷ La asociación, so pena de haber escrito una obra acerca de los distintos medios impugnativos, no resulta muy convincente, dadas sus diferencias esenciales. Pero una vez adoptada, debió estudiarse la revisión también en el tomo I y no únicamente en el II.

en ellas los pasajes que traten de la casación) y, en proporción muy considerable, con libros de otras disciplinas, jurídicas o no. Además, el repertorio bibliográfico da la impresión de no haber sido revisado por Colombo, a juzgar por descuidos que saltan a la vista y que valdría la pena subsanar mediante una hoja adicional de correcciones.⁸

En cuanto al proyecto (o mejor dicho, anteproyecto) de ley, en la imposibilidad de comentarlo a estas alturas, llamaré tan sólo la atención acerca de dos de sus artículos, a saber: el 32, que emplea la contradictoria expresión "sentencia definitiva firme", y el 33, que admite el recurso de casación (no el de revisión, que sería el adecuado entonces: cfr. arts. 50 y 60) "contra las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada".

Con incorregible sinceridad de castellano acabo de expresar mi parecer acerca del libro de Colombo. Ahora, con vistas a su labor futura, me permito llamarle la atención acerca de los dos peligros que debe evitar a toda costa: el de desviarse de la ruta emprendida, en busca de follaje, y el de sacrificar la calidad a la cantidad, mediante una producción en serie. Si, como deseo y espero, logra conjurar ambos riesgos, en Colombo tendremos pronto ese procesalista de auténtica primera fila, cuya consagración definitiva aguardo con la plena confianza que inspiran sus cualidades relevantes y la brillante garantía de sus primeros libros.

⁸ Pueden enmendarse en esta forma: a) las numerosas erratas (por ejemplo: p. 336: "Xuan, José", en lugar de Xirau, José; p. 337 "Granados, M. y Pérez Barba, G., *Enjuiciamiento criminal*, Madrid, 1934", en lugar de Granados M. y Peces-Barba, G., *Legislación española: Leyes penales*; p. 376: "Sarrojo", en vez de Sanojo, y "Valdivieso Montado", por Valdivieso Montañón); b) los títulos incompletos o equivocados, como el antes señalado, entre otros varios; c) la mención de obras en lugares que no les corresponden (por ejemplo: entre la literatura relativa a España hallamos la traducción del libro de Pepin y Ranson y un trabajo de Antonio Picado G. sobre la reforma de un código de procedimientos penales, que no es otro que el de Costa Rica, mientras que los *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, de Goldschmidt, se incluyen en la bibliografía de Alemania, pese a girar en torno a la legislación española; en el apartado referente al Camerún, encontramos un volumen sobre la Mesopotamia; y dentro de la bibliografía italiana concerniente al "procedimiento penal" —pp. 361-6—, una gran parte es de índole procesal civil: trabajos que se citan de D'Amelio, D'Onofrio, Carnelutti, Cristofolini, etc.).

La evidencia de los errores señalados revela que Colombo entregó las fichas directamente a la imprenta o a un mecanógrafo para su copia, y que entonces se las trastocaron en más de una ocasión. Prueba de ello es que se las ha transcrito a veces tan servilmente que en cerca de un centenar de casos (singularmente en los datos de Brasil y de Francia) se consigna la sigla *B.F.D.* (Biblioteca de la Facultad de Derecho, como supongo), sola o acompañada del número de catalogación.

En cambio, sólo mediante una segunda edición cabe efectuar las demás correcciones, que habrían de abarcar: a) la supresión de la bibliografía que carezca de relación directa con el tema (la criba habría de ser intensísima en los núms. 3, 4, 16-7, 21-2, 30-1, 39-46, 48-56, 58-60, 62-4 y 69); b) la actualización de los informes en algún caso, como el de Portugal (con nuevo cód. proc. civ. desde 1939) o su completa reelaboración, cual en el de Alemania; c) la escrupulosa revisión de las numerosas tesis doctorales francesas que se citan y que no es género para recomendar en bloque.

- 7) MALAGÓN BARCELÓ, Javier: *El distrito de la Audiencia de Santo Domingo en los siglos XVI a XIX* (Con prólogo de Julio Ortega Frier). Publicaciones de la Universidad de Santo Domingo. Vol. XXIII. Editora Montalvo. Ciudad Trujillo, 1942. X, 134 pp., con 5 mapas y 1 lámina.

Pp. 199-201

Sin la guerra civil, Malagón sería desde hace años catedrático de derecho procesal en España, ya que era uno de los más calificados aspirantes con que contábamos. La Universidad de Santo Domingo, que como algunas otras de América ha sabido cumplir hacia los universitarios españoles deberes de solidaridad, llenados por nosotros también mientras estuvimos en situación de hacerlo, ha aprovechado su exilio para ponerle al frente de la cátedra de Historia del Derecho español y de Indias. Al encomendarle esa enseñanza, no se improvisaba un profesor, sino que se consagraba un rumbo, porque si Malagón fue en Madrid discípulo de derecho procesal del malogrado Francisco Beceña, estudió asimismo junto a D. Rafael Altamira, el ilustre investigador de las instituciones jurídicas de América. Bajo el influjo convergente de sus dos maestros, Malagón estaba llamado a ser el procesalista-historiador, que tanta falta nos hacía para superar en los dominios de nuestra disciplina el obstáculo a que en otra ocasión me referí: el de que "los historiadores del derecho —aun siendo la disciplina que acaso contase con mejores especialistas en nuestras Facultades— tienen muy poco de juristas: y a éstos (al civilista, al penalista, al procesalista, etc.) les falta a su vez —y en mayor medida aún que a aquéllos la jurídica— la preparación histórica indispensable para adentrarse por sistemas jurídicos pretéritos". "Será, pues, necesario —agregaba—, o que nuestros historiadores del derecho se especialicen por ramas jurídicas y no sólo por períodos históricos, o bien que nuestros juristas adquieran un caudal de conocimientos y de técnica históricos, que, por lo general, no poseen." ¹ (AD.: Con posterioridad a 1943 han surgido en España dos brillantes cultivadores de la historia del derecho procesal: Víctor Fairén Guillén, procesalista, y Francisco Tomás y Valiente, historiador de las instituciones y del pensamiento jurídicos.)

Su *Teoría general del Derecho procesal en las Leyes de Indias* (publicada en "Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales". Madrid, 1936) vino a revelar la vocación de Malagón y a darnos idea de sus posibilidades como explorador de un tan abandonado territorio jurídico. Destinado dicho ensayo a recibir más amplio desenvolvimiento (cfr. las "Palabras previas" del folleto actual), la pérdida de libros y notas, que después de la de vidas, acaso haya sido la más sensible de las originadas por la guerra civil, y que tantos hemos padecido, ha obligado al autor —confío en que de momento— a restringir el campo de sus indagaciones al de la Audiencia de Santo Domingo. Fruto

¹ Véase en el núm. 1352 del diario de *Jurisprudencia Argentina* (30-VI-1942) mi reseña de un artículo del profesor Bencyto Pérez publicado en el t. 169 de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.

de esta nueva actividad es el libro que nos disponemos a reseñar y que es sólo una parte de estudio más extenso.

El tema escogido por el profesor español no puede ser más sugestivo, tanto por el significado de las *Audiencias* durante el período colonial, como por el muy especial relieve de la de Santo Domingo en concreto. En el primer sentido, nada más exacto que las palabras con que don Julio Ortega Frier prologa la obra: "Como órganos plenarios e inmediatos de la real jurisdicción, como instrumentos moderadores del gobierno político y hasta como fuentes de regulaciones jurídicas para sus respectivas circunscripciones, las Reales Audiencias... tuvieron un papel principalísimo en el desarrollo de la cultura hispanoamericana. Cunningham las presenta como la institución central del sistema colonial español". Y líneas más abajo añade: "...podríamos afirmar, sin temor a equivocarnos, que nuestras instituciones jurídicas de hoy (se refiere a las de la América española) no podrían ser adecuadamente valoradas sin pesar en ellas lo que deben a la obra de aquellos tribunales". En la segunda dirección, precisa recordar, con Malagón, que "la Audiencia, el Municipio, la Encomienda, en el orden institucional; la Universidad; las escuelas, la literatura, etc., en el cultural; la medicina tropical, etc.; todo, en resumen, nace para América en Santo Domingo" (páginas 78-9).

Las variaciones de jurisdicción territorial experimentadas por la Audiencia de Santo Domingo las agrupa y analiza Malagón en dos capítulos consecutivos. El primero trata del *Aumento de jurisdicción* por razón: a) del descubrimiento y conquista (siglo XVI), b) de la anexión de nuevos territorios por obra legislativa (siglo XVIII) y c) de la conquista de territorios sometidos a otras potencias europeas (siglo XVIII); el segundo se ocupa a su vez de la *Reducción de su distrito*, resultante: a) de la creación de nuevas audiencias (siglos XVI y XVIII), b) de variaciones en el territorio por reformas administrativas y c) de ocupación de territorios por naciones extranjeras (siglos XVII y XVIII). Complemento de ambos es un capítulo III titulado *Santo Domingo en el siglo XIX*, dividido en dos partes: "Santo Domingo en las jurisdicciones de Puerto Príncipe y Caracas" y "La Real Audiencia de Santo Domingo en los años 1861 a 1865" (es decir durante la efímera reincorporación a España). Como trabajo histórico que es, el folleto concluye con un apéndice (pp. 83-132) en que se transcriben los documentos de mayor importancia relativos a la Audiencia cuya evolución se examina. De ellos ofrecen especial interés para el procesalista el II ("Ordenanzas para los Jueces de Apelación en Indias", de 5-X-1511) y el IV ("Ordenanzas para la Audiencia de Santo Domingo", de 4-VI-1528).

Malagón ha compuesto una monografía documentada, aleccionadora y amena, magníficamente editada por la Universidad de Santo Domingo con motivo del noveno cincuentenario del descubrimiento de América. Su trabajo, al par que testimonio de gratitud al país que lo ha acogido, constituye aportación serena y patriótica al conocimiento de uno de los múltiples aspectos que ofrece la ingente empresa colonizadora de España.

- 8) MACHADO GUIMARÃES, Luiz: *Comentários ao código de processo civil*. Vol. IV. Arts. 298 a 370. Edição Revista Forense. Rio de Janeiro. 1942. 773 pp.

Pp. 201-203

Confieso que los *comentarios* me han inspirado durante mucho tiempo un recelo instintivo, que cual en el terreno de las relaciones entre la acción y el Estado, no sé si era *contra*, *frente* o *hacia*, pero que en todo caso me resultaba difícil dominar. No desconocía que la literatura de ese tipo había producido verdaderas obras maestras, como el famoso de Mortara en Italia, y aun en la propia España, algo tan discreto como los de Mariano Herrero a la ley de enjuiciamiento criminal. Pero por encima de esos y otros ejemplos, pesaba en mí, como casi seguramente en cuantos procesalistas españoles nos forjamos en la lucha contra su pernicioso influjo, el recuerdo de aquellos Comentarios de Manresa y de Aguilera de Paz a nuestras leyes de enjuiciamiento, que mataron todo estímulo de investigación procesal en abogacía y magistratura.¹ Y cuando al referirme a ambas *losas de plomo* lo hago en pasado, acaso me haga demasiadas ilusiones acerca de la disminución de su influencia en mi patria.

Sin embargo, desde que estoy en América he comenzado a reconciliarme con ese sector de la producción procesal. Han sido dos expositores argentinos —J. Ramiro Podetti y Raymundo L. Fernández— quienes con sus comentarios a los códigos de procedimientos civiles de Mendoza y de la Capital Federal más han contribuido, no a que rectifique mi postura respecto a Manresa y Aguilera de Paz, pero sí a que desaparezca de mi ánimo toda idea de hostilidad o prevención hacia los trabajos del género. Me enfrento, pues, con la obra de Machado Guimarães libre de prejuicios adversos.

El vigente código procesal civil brasileño ha conseguido, junto a una finalidad política, que no es del caso examinar aquí, dos resultados científicos del más alto valor: concentrar la actividad de los procesalistas del país alrededor de un solo texto, en lugar de diluirla, como antes de la unificación, entre los de los diferentes Estados particulares, y provocar a la vez la renovación de su literatura procesal, o mejor dicho, acentuarla, puesto que desde que se inició la reforma es fácil advertir cómo mejora en calidad. Dentro de

¹ Si la repercusión de Aguilera de Paz no ha sido tan nociva como la de Manresa, ello obedece a factores por completo ajenos a su voluntad, a saber: a) a que sus *Comentarios* surgen a los treinta años de promulgada la l. e. crim., mientras que los de Manresa se iniciaron a los siete de sancionada la l. e. civ. de 1881 y además unido a Miquel y a Reus había comentado ya la l. e. civ. de 1855; b) a que Manresa fue el *principal padre*, permítasenos la frase, de la ley de 1881, en tanto que Aguilera de Paz no tuvo arte ni parte en la procesal penal de 1882; y c) a que siendo la l. e. crim. muy superior a la l. e. civ., los prácticos han podido prescindir de Aguilera con mayor frecuencia que de Manresa. Por lo demás, en la obra de Aguilera, mucho más pretenciosa y prolíja que la de Manresa (ambas tienen seis tomos de muy parecido formato, pero la l. e. civ. posee más del doble de artículos que la de l. e. crim.) es menos disculpable todavía, al ser muy posterior, el atraso doctrinal que revela.

ese movimiento renovador, aunque sus primeros ensayos sean un poco anteriores, aparece Machado Guimarães como una de las más relevantes figuras del procesalismo no ya del Brasil, sino de toda América. Sus trabajos sobre la reforma procesal o sobre la acción,² y su espléndido folleto *A instância e a relação processual* (Río, 1939), uno de los más penetrantes estudios que acerca del asunto he leído,³ bastarían para fundamentar mi juicio, aunque no hubiese escrito el volumen de comentarios objeto de esta nota.

La "Revista Forense" ha encomendado a distintos colaboradores la redacción de estos *Comentarios ao Código de processo civil*.⁴ En el reparto le ha correspondido a Machado un lote bien poco apetecible, a saber: la primera parte de ese libro IV que abarca la friolera de treinta y ocho títulos de "processos especiais", pese a proclamarse en la exposición de motivos del código que "o projeto reduziu todas as ações (tradúzcase, procesos o juicios) a uma forma unica".⁵ Para recorrer sin marearse esa interminable carretera en zig-zag, que constituye el lado más vulnerable del código elaborado por Pedro Baptista Martins, Machado recabó el auxilio del Dr. Luiz Antonio de Andrade, quien se encargó de los títulos IV-V (pp. 289-362), VII (pp. 408-35) y X-XI (pp. 507-623), mientras él se reservaba los siete restantes entre el I y el XII inclusive. Dada esa falta de unidad del volumen, tanto objetiva (puesto que se salta a cada paso de una materia a otra) como subjetiva (ya que Machado y Andrade alternan en el comentario de los títulos), creo preferible describir su técnica que no analizar al buen tuntún una o dos cuestiones de entre el sinnúmero de las que contiene. Cada título y cada artículo (naturalmente, en cuanto lo consientan), e incluso los apartados o pasajes de éstos que ofrecen autonomía o substantividad, va seguido de las concordancias en el derecho brasileño anterior—y en la legislación comparada, de la bibliografía concerniente y del comentario oportuno, acompañado por abundantes notas. Dentro del "comentario" se recoge la jurisprudencia, que

² Los primeros, en número de tres, pueden verse en el volumen *Processo oral* ("Cole-tânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros"; Río de Janeiro, 1940) y se titulan *O processo oral e o processo escrito*, *O processo oral e os seus criticos* y *A reforma processual e a missão do advogado*. Los artículos sobre la acción se han publicado en distintas revistas brasileñas.

³ De él me ocupo en mi estudio *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*, que aparecerá en uno de los próximos números de esta Revista. AD.: En realidad, más que en *Enseñanzas acerca de la acción* (trabajo publicado, a la postre, no en "Rev. Der. Proc." argentina, sino en "Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina"—Buenos Aires, 1946—, pp. 761-820, y luego en "Ests. Teor. Gral. Hist. Proc.", tomo I, pp. 317-73: cfr. en ellos el núm. 2 y la nota 132), es en *Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso* (en rev. cit., 1952, I, pp. 212-77, y ahora en "Ests. Teor. Gral. Proc.", cit., tomo I, pp. 377-452) —véase su núm. 26— donde examino la tesis de Machado Guimarães. Como es sabido, ya no rige en Brasil el cód. proc. civ. de 1939, sino el de 1973: cfr. Alcalá-Zamora, *El nuevo código procesal civil brasileño*, en "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", 1974, pp. 455-87.

⁴ Los dos primeros al autor del Proyecto, Pedro Baptista Martins; el V a Antônio Luiz de Câmara Leal; el VII a Odilon de Andrade y el X a Amílcar de Castro.

⁵ Cfr. *Processo oral*, antes cit., p. 259.

representa una parte muy considerable del trabajo. En cuanto a la bibliografía, aparte la brasileña, que, claro está, predomina con mucho, se ha utilizado bastante la italiana y la portuguesa, algo la francesa, muy poco la alemana (a través de traducciones españolas, francesas e italianas), rara vez la anglosajona y casi nada la de lengua castellana.

Son completísimos los índices especiales (bibliográfico, alfabético de materias, de autores citados y de artículos), y es magnífica la presentación del volumen (formato, encuadernación, clase de papel, combinación de los tipos de imprenta, etc.). En definitiva, estos comentarios —me refiero a un tiempo a la obra en general y a los de Machado—Andrade en particular— son dignos del gran país a que están destinados, y sólo cabe reprocharles su excesiva extensión, máxime después de implantada —al menos en la letra del código— la oralidad del proceso.⁶

- 9) LORETO, Luis: *La sentencia constitutiva* (en "Cultura Jurídica", Caracas, año II, núm. 6, abril-junio de 1942, pp. 135-157).

Pp. 310-311

En la excelente revista que dirige el profesor Rafael Pizani publica Luis Loreto uno de esos estudios que a legua se reconocerían como suyos, aun cuando apareciesen sin firmar. *La sentencia constitutiva* pertenece, en efecto, a la admirable serie de *miniaturas* procesales con que de cuando en cuando nos deleita el autor, que con igual facilidad triunfará en la *pintura mural* (léase, el tratado) el día en que se decida a acometerla, para bien de su patria.

Dentro del procesalismo americano, en plena y fecunda renovación, pero en general, mucho más apegado a la doctrina italiana que a la alemana,¹ Loreto se caracteriza por el perfecto y equilibrado conocimiento de ambas corrientes científicas, sin desentenderse por ello de los tradicionales influjos español (en la actualidad remozado) y francés (lastimosamente adornado desde hace mucho tiempo). Además, su amplísima formación jurídica y su dilatada cultura, refuerzan la solidez de sus trabajos procesales y les quitan el gusto áspero y desabrido que con frecuencia dejan los frutos intelectuales germinados en las mentes de los que con frase lapidaria y lapidante han

⁶ Diez volúmenes de comentarios para un código de 1052 artículos resultan demasiado, aun para un régimen de proceso escrito, en que el abogado trabaja principalmente en su despacho; pero cuando el juicio es oral y ha de acudir a la audiencia dispuesto a afrontar cualquier contingencia imprevista, o bien utiliza un camión para trasladar la colección completa, o le ofrecen mayores ventajas los Comentarios condensados, como el argentino de Fernández.

¹ Con frecuencia se olvida que fueron los procesalistas germánicos quienes sacaron las castañas del fuego, aunque hayan sido luego los italianos quienes metamorfoseadas en gallinas —y en buena parte merced al corretaje de traductores y adicionadores españoles— las hayan traído al mercado americano.

sido denominados los *bárbaros especialistas*. Pero... me doy cuenta de que estoy haciendo una presentación innecesaria, porque en los medios jurídicos americanos y, sobre todo, en el mundo o mundillo de los procesalistas, Loreto es conocido y estimado en todo su altísimo valor, por lo menos, fuera de Venezuela,² y muy especialmente en la Argentina, donde se han publicado ya varios trabajos suyos, y el último de ellos, precisamente en el número anterior de esta Revista.³

En el artículo que reseñamos, Loreto asocia a la *sentencia* una clasificación tripartita —en declarativas, constitutivas y de condena—, muy difundida en el ámbito del derecho procesal, pero que la mayoría de los tratadistas suele aplicar a la *acción* (o mejor dicho: anticiparla al examen de ésta, puesto que a ambos conceptos se puede extender, aunque sólo existirá correspondencia cuando la decisión sea estimatoria),⁴ e incluso alguno, como Carnelutti y con ciertas rectificaciones, al *proceso*.⁵ Partiendo de dicha división (cfr. p. 136), el autor se ocupa principal, pero no exclusivamente —su trabajo contiene penetrantes consideraciones acerca de los otros dos tipos (véase, por ejemplo, la extensa nota 8)—, de la sentencia constitutiva, consagrada en algunos preceptos del nuevo código civil venezolano (cfr. p. 157), aunque la reglamentación de sus efectos en las hipótesis relativas al estado y capacidad de las personas deje mucho que desear,⁶ y aun cuando el código de procedimiento (art. 162) sólo se haya representado la acción de con-

² Decimos esto, porque se da el caso singular de que siendo Loreto el primer procesalista de su patria y uno de los más insignes de toda América, no es profesor de la materia en la Universidad de Caracas y tampoco forma parte de la Comisión Codificadora Nacional, que acaba de elaborar el reciente Proyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil (sobre este segundo extremo, cfr. en el número anterior de esta Revista las pp. 220-1 de la 1ª parte). Por fortuna, según acabo de saber, el Proyecto citado no ha llegado a presentarse durante el período legislativo de este año y ello va a permitir a Loreto disponer de unos meses para formular observaciones de importancia ante la Comisión Reformadora.

³ "Antología Jurídica" ha reproducido en folleto (Buenos Aires, 1940) su magnífica *Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad*, y en el número anterior de esta Revista se publicó su artículo *Estado actual del Derecho procesal civil en Venezuela* (1ª parte, pp. 205-221). Además, aunque editada por empresa venezolana, Loreto colabora con los doctores Pulido Villafañe y Carsi Zacarés en la *Compilación Legislativa de Venezuela*, obra que se imprime en Buenos Aires (tomo I, 1942; tomo II, 1943; tomo III, en prensa). AD.: El primero de los mencionados trabajos de Loreto fue glosado por mí en *Acerca de la "falta de cualidad" de los litigantes*, en "Cultura Jurídica" (Caracas), enero-marzo de 1942, pp. 7-22, y luego en mis "Ensayos de Derecho Procesal" (Buenos Aires, 1944), pp. 161-71.

⁴ Porque las sentencias desestimatorias son todas *declarativas*, según la tesis de Chiovenda.

⁵ Cfr. *Sistema*, vol. I, núms. 40-48.

⁶ "El sistema adoptado por el novísimo código civil en materia de sentencias constitutivas relativas al estado y capacidad de las personas, tal como aparece formuldo en el art. 507, 1º, además de las contradicciones manifiestas que presenta con muchas otras normas del mismo código (ejemplo, art. 403), habrá de traer gran desconcierto y graves perjuicios en sus aplicaciones prácticas". Loreto, ob. comentada, p. 153, nota 19.

dena o prestación. Pero si bien Loreto establece las obligadas referencias a las disposiciones de su país, el propósito primordial de su estudio no consiste en el análisis de tales preceptos, sino en la exposición, completísima, de la doctrina sobre el tema, tanto en sí mismo como en sus enlaces con fundamentales aspectos de la teoría de la acción y de los fines de la jurisdicción. En el primer sentido, Loreto examina, por ejemplo, el concepto de *derecho potestativo* (cfr. pp. 138 y ss.), base o núcleo de la doctrina de Chiovenda acerca de la acción, aunque elaborado con anterioridad por la escuela alemana (Zitelmann, Seckel) y, en cambio, combatido por autores italianos como Rocco y Carnelutti (por éste —agregamos—, con bastante acritud: cfr. *Sistema*, vol. I, núm. 21). En la otra dirección, el autor estima que “un atento y penetrante análisis de esta categoría de sentencias puede conducir a ver realmente en ellas no un acto estrictamente jurisdiccional, sino más bien las características propias de un acto administrativo, presentándose como sentencia en un sentido puramente formal” (cfr. nota 14); y aunque Loreto desarrolla su tesis con galanura y respalda su propia autoridad con el prestigio de Calamandrei, creo que los dos maestros van demasiado lejos en sus conclusiones. Pero la crítica de sus razonamientos implicaría poner sobre el tapete nada menos que la naturaleza de la jurisdicción, y el lector comprenderá que no es problema para ser despachado en los tres o cuatro renglones que podría dedicarle en esta nota bibliográfica.

El artículo de Loreto ofrece extraordinario interés para todos los procesalistas, ya que no se trata de un mero resumen informativo, sino de estudio original, en que la aportación personal se manifiesta a cada instante. Y a su mérito intrínseco se suma la utilidad que ha de significar para los lectores a quienes no sea directamente accesible la ciencia procesal alemana, explorada por Loreto a fondo y por cuyos más intrincados y peligrosos senderos conduce al lector, con seguridad insuperable.

- 10) LEVENE, H, Ricardo: *El delito de falso testimonio*. Prólogo del doctor Eusebio Gómez. Editorial Guillermo Kraft Ltda. Buenos Aires, 1943. VIII, 144 pp.

Pp. 312-313

Cuando el profesor Eusebio Gómez, que a su indiscutible autoridad de penalista une bien ganada fama de hombre justo y severo, elogia sin reservas este libro, en el que “se estudia, por vez primera, entre nosotros, en forma de monografía, uno de los delitos de más frecuente ocurrencia y de mayor gravedad subjetiva y objetiva” (cfr. p. VII), podría limitar mi tarea a decir, como los camaristas argentinos cuando comparten la opinión del ponente, que por las razones expuestas me adhiero al voto que precede. Pero el tema, que si es penal por su naturaleza jurídica, cae también en los dominios del procesalista, por ser el proceso el medio o la ocasión principal

de que surja, no podía dejarme indiferente y menos aún el desarrollo de que el doctor Levene (h.) lo hace objeto. Porque el autor trae a su libro no sólo el fruto de lecturas bien escogidas y asimiladas, sino también la visión crítica de quien desde su cargo de "Secretario de la Justicia del Crimen de la Capital" está a diario en contacto con testigos de todas las categorías y procedencias y puede, por tanto, apreciar el fenómeno que analiza a la luz de su personal experiencia, que no se reduce a la de simple fedatario, puesto que no quebranto secreto sumarial alguno si recuerdo que por defectos en la organización y en el procedimiento, la práctica argentina, lo mismo que la española, del enjuiciamiento civil, convierte al secretario en órgano jurisdiccional *de facto*.

La mayoría de los códigos penales (cfr. apéndice III, pp. 115-40), sin duda por influjo italiano (cfr. p. 4), encajan el falso testimonio entre los *delitos contra la administración de justicia*.¹ Sin embargo, esta rúbrica dista mucho de ser satisfactoria, ante todo por los distintos significados que cabe atribuirle. Según la acepción en que se emplee, ese epígrafe abarcará delitos de muy diversa índole, desde las amenazas, el secuestro o el asesinato de un juez a fin de impedirle *administrar justicia* en un proceso determinado, hasta el tumulto provocado para que no se celebre una audiencia, pasando por la destitución ilegal de los juzgadores (que en sentido *orgánico* componen la *administración de justicia*) o por la prevaricación y el cohecho (que lo serían en la dirección *funcional* del concepto), e incluso comprenderá el duelo, en los países donde se le castigue como ilícita manifestación de auto-defensa bilateral. Por otra parte —y ello impide salvar el escollo hablando de *delitos contra los fines del proceso* o, más brevemente, de *delitos procesales*²—, el falso testimonio y sus hermanos el falso juramento o declaración de parte (en los códigos que lo sancionan), la falsa pericia y la falsa interpretación, no son delitos vinculados de manera exclusiva a la administración de justicia, aún extendida ésta a territorios colindantes, como la jurisdicción voluntaria y los tribunales disciplinarios y de honor, sino que se producen a todo lo largo de la vida jurídica, desde, verbigracia, el expediente gubernativo a la contratación privada, pudiendo ser sus consecuencias de tanta gravedad como en la esfera judicial.³ Habría, por tanto (el "habría" se refiere a los penalistas, que propenden más de la cuenta a desentenderse de la *antipática* parte especial), que buscarle a estos delitos un común denominador más en consonancia con su naturaleza, y para lograr

¹ Entendida ésta como *jurisdicción*, según el parecer de Giuseppe Maggiore (*Principii di diritto penale*, Bologna, 1932, p. 141), citado por Levene, p. 3.

² Cfr. Carnelutti, *Sistema*, vol. I, núm. 276, y Alcalá-Zamora y Castillo, *La reforma procesal penal en el Perú* (en "La Revista del Foro", Lima, julio-diciembre de 1939), núm. 18, *in fine*, y nota 71. *AD.: La reforma procesal penal en el Perú* se reproduce en mis cit. "Ensayos", pp. 295-409.

³ El falso testimonio que origine la destitución de un funcionario en vía administrativa, causa, por ejemplo, un perjuicio incomparablemente mayor que el que se traduzca en la imposición de un pequeño arresto o de una insignificante multa por la comisión de una falta.

esa finalidad acaso sirva meditar que todos ellos atentan contra el orden jurídico en cuanto infringen la *obligación de decir verdad*, que el mantenimiento de aquél exige.⁴

El libro de Levene (h.) se compone de doce capítulos y tres apéndices. Los primeros examinan sucesivamente: el falso testimonio y la administración de justicia; la psicología social y la psicología del testimonio; antecedentes históricos sobre el delito; sujeto del delito; el sujeto pasivo; elementos de este delito; circunstancias del delito; juramento; retractación; tentativa, competencia en el caso de juez delegado y otras cuestiones (este capítulo carece de unidad, y debió fraccionarse en varios o diluirse entre los restantes); el soborno, y legislación y jurisprudencia argentinas. En cuanto a los apéndices, los dos primeros recogen la legislación y la jurisprudencia argentinas, por lo que habría cabido refundirlos con el capítulo XII, sin la menor dificultad, y el tercero contiene la legislación extranjera. El volumen se cierra con un registro de la bibliografía principal.

El índice transcrito refleja la importancia de la obra acometida, y la lectura de ésta confirma de nuevo las palabras del prologuista: "exponer con claridad, como lo hace el doctor Levene, las características del falso testimonio y sus diversas formas, analizar las complejas cuestiones que se vinculan a este hecho y proponer, para las mismas, soluciones adecuadas, importa la prestación de un servicio que apreciarán debidamente los que como juzgadores, como abogados o, simplemente, como estudiosos, necesiten una información sobre el tema".

Desde el punto de vista procesal, el capítulo de mayor interés, es, sin duda, el segundo (pp. 7-18), especialmente los pasajes relativos a la técnica y a la valoración del interrogatorio.

El volumen ha sido impreso con la pulcritud y esmero habituales en la Editorial Kraft.

- 11) AGUIAR, Henoch D. y CABRAL, Ángel H.: *Ley Orgánica del Poder Judicial*. Ley núm. 4051. Publicación oficial. (Córdoba, 1943). 150 pp.

Pp. 313-316

Si hubiese dispuesto de tiempo y oportunidad, habría preferido comentar, con la amplitud correspondiente a su importancia, el *Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial* redactado en 1942 para la provincia de Córdoba por el profesor Henoch D. Aguiar y el magistrado Ángel H. Cabral, que no el texto promulgado como ley el 31 de diciembre del propio año. Y no es que considere más interesante el primero que el segundo, puesto que las diferencias entre ambos son nimias,¹ sino que mientras cabe abrigar esperanzas de

⁴ Véanse otros criterios de clasificación del falso testimonio, en Levene, p. 4.

¹ La *estructura* es idéntica, salvo que en el título VI del libro II se añade el califi-

que se acojan las observaciones formuladas a una redacción provisional, no se pueden forjar ilusiones idénticas cuando aquélla se hace definitiva.

Mediante la nueva ley, la Provincia de Córdoba cierra el ciclo de su reforma procesal, con tanta brillantez iniciado por los profesores Soler y Vélez Mariconde en la esfera del enjuiciamiento criminal (1939), proseguido por el doctor Ángel V. Baulina en el área de lo contencioso-administrativo (1941) y rematado por los doctores Aguiar y Cabral, autores del código de procedimiento civil y del texto que nos ocupa, ambos promulgados en 1942 y destinados a entrar en vigor el 1º de agosto de 1943.²

Como afirmaba el profesor Eduardo B. Carlos al comentar el proyecto, la nueva ley "constituye un verdadero código de organización judicial",³ y así debió llamarse.⁴ Sus autores se han preocupado de alcanzar "las ventajas de una mejor sistemática" (cfr. exposición de motivos, p. 15), y en general han logrado su propósito, mediante una sobria y ordenada distribución de materias en tres libros y un título complementario.⁵ Dejaría, sin embargo, de ser sincero si dijese que la estructura de la L. O. P. J. me convence del todo. Algunos descuidos, que ni aun en el proyecto se explicaban, subsisten en la ley: por ejemplo, en el libro I, la rúbrica del título IV —"Funcionarios judiciales"—, que a todo el mundo hará pensar en los jueces y magistrados, va referida exclusivamente a las distintas categorías del *Ministerio Público o Fiscal*, que por tanto debió utilizarse como epígrafe; llama asimismo la atención la existencia de un título —el IX— dedicado de manera específica a los "traductores, intérpretes y calígrafos" (*sic*), como si

cativo *judiciales* al sustantivo *rematadores* (véase, además, la nota 7), y la *extensión* resulta casi igual: 294 arts. la ley y 295 el proyecto. Los cambios introducidos en el *artículo* consisten: a) en la *supresión* de los arts. 78, 90, 236, 249, 254, 255, 286, 293 y 294 del proyecto; b) en la *agregación* de los arts. 91, 111, 209, 224, 234, 289 y 293 de la ley; c) en la *división* del art. 234 del proyecto, entre los 237 y 238 de la ley; d) en la *inversión* en el orden de los arts. 95 y 96 del proyecto, que ahora son el 95 y el 94 de la ley, y e) en la *modificación*, poco profunda en general, de una veintena de artículos en números redondos (5, 6, 13, 25, 30, 33, 49, 50, 92, 128, 140, 156, 175, 204, 210, 213, 242, 286, 290 y 292 de la ley, salvo error u omisión).

² Según el art. 651 del cód. proc. civ., éste empezaría a regir el 1º de enero de 1943, pero después, el art. 293 de la L.O.P.J. dispuso que tanto ella como aquél entrasen en vigor el 1º de agosto del año en curso, y hace pocos días he leído en el diario "La Prensa", del 26 de julio, que "la vigencia del nuevo código de procedimientos civiles y comerciales", ha sido postergada por el comisionado federal, entre otras razones, porque "la designación de los muchos magistrados y funcionarios que implica el funcionamiento del nuevo código, desea hacerse con detenimiento en orden al propósito ya enunciado de seleccionar el personal de la justicia". Confiemos en que este aplazamiento no tenga nada que ver con las calendas griegas.

³ Nota bibliográfica publicada en el núm. 2 del "Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica" (Santa Fe, 1942); cfr. p. 108.

⁴ El título actual, que rememora viejas y superadas polémicas acerca de la naturaleza y rango de la jurisdicción, carece por completo de eficacia para prestigiar e independizar por sí sólo la actuación judicial.

⁵ *Libro I*: Tribunales, magistrados, funcionarios judiciales y funcionarios y empleados auxiliares de la justicia. *Libro II*: Profesionales auxiliares de la justicia. *Libro III*: Reparticiones auxiliares de la justicia. Título complementario de la ley orgánica (cfr. nota 7).

puestos a reglamentar profesiones periciales o cuasi periciales, no hubiese habido, o bien que consignar normas genéricas o bien que ocuparse de otros muchos sectores; creemos también que los preceptos relativos al "Fiscal de Estado y Procurador del Tesoro" debieron figurar a renglón seguido del título referente al ministerio público (de no refundirse con él) y no entre los traductores y la feria de tribunales; entendemos, por último, que los títulos VII y VIII, referentes a secretarios, oficiales de justicia y ujieres, es decir, a los auxiliares y subalternos por antonomasia, tenían su lugar adecuado antes y no después del reservado al cuerpo médico-forense. Además, el extenso epígrafe del libro I (cfr. nota 5) pudo sustituirse por uno más breve.

En el libro II sorprende, ante todo y sobre todo, que los abogados se incluyan como meros "profesionales auxiliares de la justicia", a la misma altura de los procuradores, contadores y rematadores judiciales. No: la función del abogado es tan esencial como la del juzgador, y si en vez de contemplar su cometido desde el ángulo de la teoría procesal nos fijamos en la realidad forense de los países con oralidad, veremos que el primer plano del drama judicial, a él le está reservado.⁶ En segundo término, no se justifica que una ley sancionada a fines de 1942 mantenga la parasitaria procuración y que, por añadidura, consienta su ejercicio a las personas que el artículo 135 menciona. Finalmente, ignoro las razones determinantes de que una ley de organización *judicial* se ocupe de los escribanos de registro, o sea, de los notarios, encargados de la fe pública *extrajudicial*: el escribano (me sirvo de la palabra en su acepción argentina) no es, como regla, un auxiliar de la justicia, sino un profesional independiente, que a veces colabora con ella, como otros muchos funcionarios ajenos al orden jurisdiccional (fuerza pública o empleados de correos, por ejemplo).

En cuanto al libro III, también incurre en expansionismo judicial, y mientras su título I ("Registro general") invade los dominios de la Administración, los títulos III ("Cárceles") y IV ("Patronato de presos, liberados y menores") usurpan el terreno del llamado derecho penitenciario y del derecho procesal penal ejecutivo.

Por último, del título complementario (en singular, no en plural)⁷ debieron desglosarse, para figurar como disposiciones finales que no cubriesen número en el articulado permanente, los artículos 290 y 291,⁸ que modifican o derogan preceptos del código de procedimiento civil.

⁶ Y si en vena o desvarío revolucionario o extremista se arremete contra la abogacía, también en esa cuerda se dispara contra la magistratura profesional.

⁷ El plural se explicaba en el proyecto, donde eran *dos* los títulos complementarios: el primero, de "disposiciones comunes" y el segundo, sobre "sueldos y gastos"; pero la ley, que además continúa en él la remuneración procedente del libro III, en lugar de iniciar una nueva como en el proyecto, sólo contiene un título, en el que se incluye el art. 292 sobre sueldos y gastos (al menos, así aparece en la edición oficial: cfr. p. 124).

⁸ El 290 modifica los arts. 53, 189, 298, 491, 603, 604, 645 y 654 del cód. proc. civ. (el 53 y el 645 no se mencionaban en el 290 del proyecto), y el 291 deroga el 190 de éste, pero sin decretar de paso la oportuna corrida en la numeración del articulado para evitar que el nuevo texto nazca con un precepto muerto.

Si de la estructura pasamos al desarrollo de que se la ha hecho objeto, las dos principales objeciones a hacerle serían: a) la inclusión, en una ley *orgánica*, de algunas normas netamente *procesales*, cuyo sitio, por tanto, habría estado en los códigos pertinentes (cfr., v. gr., el art. 45 —denuncia de peligros para los menores— o los arts. 101-3 del título sobre ferias de los tribunales), y b) la propensión a largas enumeraciones,⁹ que cabría haber simplificado sobremanera. Además, los artículos 75 (en cuanto admite algo tan singular, como “asesores legos”), 103 (al establecer una extraña incompatibilidad entre la recusación sin causa y el tiempo feriado), 153 (al darle carta de naturaleza al censurable pacto de *quota litis*) y 178 (como único en su título y sin otro objeto que el de incorporar a la L. O. la relativa al Colegio de Contadores Públicos, que en realidad no se incorpora) debieron haberse suprimido.

Salvados estos pequeños lunares, que representan muy poco en un código de 294 artículos y que no merman su eficacia, aunque lo desluzcan algo en el aspecto artístico, sólo nos queda felicitar a los doctores Aguiar y Cabral por haber sabido componer, tras un excelente código de procedimiento civil, una no menos buena ley de organización judicial, que está llamada a prestar grandes servicios a la provincia que se ha puesto a la cabeza de la renovación procesal en la Argentina.

- 12-13) TOVAR LANGE, Silvestre: a) *La casación en lo civil y mercantil. Estudio de la institución en la legislación procesal venezolana* (tomado de la “Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal”, año I, núm. 26). Caracas, 1941, 89 pp.).—b) *Observaciones al Proyecto de Código de Procedimiento Civil relacionadas con el recurso de casación y con otras materias conexas*. Caracas, 1943. 150 pp.

Pp. 386-388

a) Asociamos el comentario de estos dos folletos, porque como ya sus títulos revelan, se hallan en la relación de antecedente a consiguiente, hasta el extremo de que en el segundo se insertan (cfr. su “Preambuló”) dos capítulos de la obra más amplia a que el primero pertenece. Esa vinculación no es, sin embargo, obstáculo para que sean trabajos de características distintas: el de la “Revista del Colegio de Abogados”, constituye un ensayo de crítica histórica, que nos muestra *lo que la casación ha sido* en Venezuela, mientras que el otro expone *lo que la casación debe ser*, a juicio del autor, en el futuro código de procedimiento civil venezolano.

El estudio de carácter histórico divide la evolución de la figura en tres épocas (cfr. p. 4), a saber: desde el descubrimiento hasta 1864; de 1864 a 1876, y desde entonces hasta nuestros días.

⁹ Cfr. los arts. 17-8, 22-4, 32, 37, 47, 51, 62-4, 76, 95, 101, 125, 142, 144, 160, 175, 210, 229, 231, 233, 239, 261, 272.

“La primera época, caracterizada por la vigencia en Venezuela de instituciones centralistas y unitarias”, abarca a su vez tres períodos: el de vigencia de la legislación española, o sea, desde la conquista hasta 1821, en que se promulgó la primera ley orgánica de los tribunales de la Gran Colombia; el que se extiende desde dicha fecha a 1836, en que comenzó a regir el código de procedimiento judicial,¹ y el que se detiene en la Constitución federal de 1864 (cfr. p. 5). En cuanto al primer período de esta primera época, Tovar Lange repite los antecedentes más o menos próximos de la casación que recuerdan los procedimentalistas españoles (cfr. pp. 5-8), pero también, como ellos, olvida el, a mi entender, más interesante y afín: el recurso de fuerza en el modo de proceder, que es a la vez, como todos los demás del género —naturalmente, en cuerda regalista y no ultramontana—, una genuina forma de recurso de amparo.²

“La segunda época está caracterizada por la vigencia en Venezuela del sistema federal y por la aplicación al orden judicial y al procedimental del principio, básico de aquel sistema, de descentralización de los poderes públicos” (cfr. p. 33). El examen del tema durante esta segunda época (pp. 33-58) ofrece gran interés político: el autor acopia citas y testimonios para mostrarnos la situación caótica engendrada en la vida judicial venezolana por un federalismo calcado sobre el de los Estados Unidos, pese a las profundas diferencias entre los dos países.³ Dentro de esta serie de páginas,

¹ Acerca de este código, conocido por Código Arandino, como obra del Licenciado Francisco Aranda, véase en esta misma revista el trabajo del doctor Luis Loreto: *Estado actual del Derecho Procesal Civil en Venezuela* (1ª parte, pp. 208-10). AD.: Estas dos reseñas y las cinco siguientes, o sea, hasta la 18 inclusive fueron reproducidas en “Foro Hondureño” (Tegucigalpa), febrero y marzo de 1949, pp. 271-7 y 295-9.

² Como afirma el Conde de la Cañada, “los recursos de fuerza en el modo de conocer y proceder suponen pertenecer al fuero de la Iglesia el conocimiento de la causa, y sólo miran el exceso en el uso de su jurisdicción, cuando no guardan el orden público de los juicios, señalado por los cánones y las leyes para que las partes logren en su observancia ejercitar libremente la natural defensa de sus derechos”. Y tras aludir al “sólido fundamento” con que se establece el conocimiento de tales recursos por el “tribunal Real” y a “las circunstancias que deben hacer lugar a la protección del Soberano”, declara más adelante, de acuerdo con Salcedo, que se conceden aquéllos cuando no hayan “observado los jueces eclesiásticos en sus procedimientos la forma señalada por derecho”, debiendo entonces fijarles el Consejo “la forma que habían de guardar en el progreso de la causa” (*Observaciones prácticas sobre los recursos de fuerza: modo y forma de introducirlos, continuarlos y determinarlos*, 2ª ed., Madrid, 1794, pp. 131 y 134-5). La semejanza de este recurso con la casación por quebrantamiento de forma, según la terminología española (*error in procedendo*), me parece innegable.

³ “En los Estados Unidos se federaron estados de hecho y de derecho independientes: la pretendida federación en Venezuela tuvo que comenzar por considerar como disgregado un todo para crear imaginariamente unas entidades políticas independientes que no existían. En igual vicio se incurrió en Colombia con la Constitución de Río Negro e iguales resultados fatales produjo” (folleto comentado, p. 54).

“El resultado de este régimen federal en la administración de justicia, puede ser sintetizado en esta frase de Pachano, federal, ministro del Interior y Justicia el año 1876: “No hay gobierno posible, donde no existe una buena administración de justicia. La que

encontramos una afirmación indefendible y otra a colocar en cuarentena. Consiste la primera en estimar que la casación era "innecesaria durante el régimen centralista" (cfr. pp. 55-6), con olvido de que la casación con sus caracteres actuales proviene de país tan centralizado, como Francia, y se concilia con estructuras políticas de muy distinto signo.⁴ Estriba la segunda en sostener que el "principio básico de la casación... da facultad a los jueces de casación para casar, facultad negativa, pero no para sentenciar el fondo" (cfr. pp. 55 y 76). Esta segunda apreciación tiene, desde luego, asidero, en la primitiva y todavía muy generalizada concepción del remedio; mas no por ello cabe desentenderse de la casación sin reenvío, llevada a sus últimas consecuencias en España,⁵ cuyas ventajas son indiscutibles, hasta el punto de que en Francia, cuna y baluarte del sistema contrario, La Grasserie ha calificado tal mecanismo como "*la chinoiserie la plus singulière de toute notre législation*", según recuerda en excelente y recién aparecido libro el profesor argentino Ibáñez Frocham.⁶

La tercera se caracteriza "por la retrocesión, paulatina pero constante, del sistema federal hacia el unitario y centralista, retrocesión de fondo que... en cuanto al orden judicial y procedimental..., se ha manifestado en la ampliación de los límites doctrinales dentro de los cuales puede la casación ejercer su facultad de conocer y por la exigencia, a la instancia, de sumisión estricta hacia las doctrinas sentadas por la casación en sus decisiones" (p. 58). En el análisis de esta postrera época, el doctor Tovar se ha preocupado fundamentalmente de mostrar, a través de los textos reguladores de la materia escalonados desde la ley de casación de 1876 al todavía vigente código de procedimiento civil de 1916, dos aspectos: la lucha de la Corte de Casación contra el abuso del recurso por los litigantes, y la nueva faz de la pugna

tenemos hoy, cede en desdoro de nuestra honra y amengua la dignidad del gobierno general" (*ob. cit.*, p. 86).

⁴ Además del régimen francés, a que acabamos de aludir, recordemos situaciones tan peculiares como la de Italia antes de 1923 (monarquía unitaria con cinco cortes de casación), la de España durante la República de 1931 (estado "integral" con casación nacional y, en reducida esfera, regional), la del Imperio alemán de 1870 (estado federal monárquico con una casación *sui generis* —Revision— ante un Tribunal Supremo Nacional —*Reichsgericht* de Leipzig—, aparte las atribuciones reconocidas al Tribunal Superior Bávaro).

⁵ Claro está que sólo en los supuestos de *error in iudicando* y en los de rechazo del recurso por quebrantamiento de forma, y no en los de estimación de este último, en que, como es natural, precisa devolver las actuaciones al tribunal *a quo* para que subsane la falta y reanude el curso del proceso. Acerca de las ventajas del sistema español de casación sin reenvío, véanse mis *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1934, pp. 109-11, y en cuanto a su adopción en reformas recientemente sancionadas, me remito a mis *Ensayos de Derecho Procesal* —Buenos Aires, 1944— (cfr. la nota 26 del titulado *Orientaciones para una reforma del enjuiciamiento civil cubano*).

⁶ *Los recursos en el proceso civil* (Buenos Aires, 1943). La cita de La Grasserie figura en la página 127, donde también se recoge la opinión de Calamandrei, máxima autoridad en la materia, en pro de la simplificación y de la limitación de los reenvíos. Los inconvenientes del reenvío se agravan en un país que, como Venezuela, mantiene la tercera instancia: cfr. Loreto, *ob. cit.*, p. 217.

entre el argumento federalista y el unitario en torno a la institución (cfr. p. 60).

El folleto, en el que junto a numerosas erratas se ha deslizado alguno que otro error informativo,⁷ se cierra con un resumen de conclusiones.

b) El otro ensayo del doctor Tovar, cuya ordenación deja bastante que desear, se compone, en realidad, de dos partes. En la primera se recoge un cierto número de observaciones al proyecto de reforma del código de procedimiento civil (que, dicho sea de paso, me parece insuficiente para satisfacer las exigencias de una buena justicia en Venezuela)⁸ y en la segunda se reproducen unos capítulos de *La casación en lo civil y comercial*, distintos del reseñado *sub a*.

Este folleto, de impresión bastante descuidada, presenta muy agudos contrastes, y así, del aferramiento a la litiscontestación como momento constitutivo del juicio (cfr. pp. 9, 46 y ss.) se salta, por ejemplo, al examen de la preclusión (pp. 125-41), y se invoca como autoridades lo mismo a Escriche que a Chiovenda. Como extremos más destacados del libro resaltan estos tres: la distinción entre "ejecutoriedad y ejecutabilidad", a cuyo señalamiento dedica Tovar considerable espacio (pp. 93-108), debe superarse mediante la fácil sustitución de uno de los términos por otro que evite la anfibología que originan;⁹ 2º, no parece existir en Venezuela —al menos, esa es la sensación que el autor nos transmite (cfr. pp. 110-25)—, una noción muy clara de lo que sea la cosa juzgada, como tampoco de la índole de la casación en cuanto medio impugnativo, y 3º, el análisis de la preclusión (cfr. p. 125-42), aunque realizado con empeño y cariño, carece de la transparencia necesaria para orientar a los no familiarizados con el concepto.

Quizás los altibajos de esta obra puedan interpretarse como indicio de que el doctor Tovar se encuentra en *su camino de Damasco*. De ser así, celebremos su conversión con la más viva simpatía, y confiemos en que pronto, rotas definitivamente sus ligaduras con doctrinas y métodos arcaicos, se incorpore sin vacilaciones ni retrocesos a las filas del procesalismo científico.

⁷ Nos referimos al contenido en la página 83, al hablar de que en Italia "existen varias Cortes de Casación", cuando como es sabido, desde 1923 se han reducido a la de Roma.

⁸ Esta impresión se basa no sólo en el crédito que me merece la autorizada opinión de Loreto (*ob. cit.*, p. 221) y en varias de las críticas del doctor Tovar en el segundo de los folletos aquí señalados, sino también en los datos e informes que poseo para realizar un estudio sobre dicho proyecto.

⁹ En análogo yerro incurre procesalista de la talla de Carnelutti, cuando al establecer la distinción entre *tipos funcionales* y *tipos estructurales* de proceso, adscribe a los primeros el proceso *ejecutivo* y a los segundos el proceso *de ejecución*. Como el propio Carnelutti reconoce, "la differenza dei nomi e così capillare che si presta assai poco a indicare la differenza delle cose" (cfr. *Sistema*, vol. I, núm. 117); y en efecto, tan poco se presta, que en el resto de la obra él mismo se olvida a cada paso de las denominaciones postuladas, cuyos inconvenientes acaso hubiese cabido eludir mediante el empleo, en uno de los casos, de la palabra cumplimiento u otra de significado equivalente.

- 14) LATORRE U., Luis Felipe: *El estatuto de la mujer casada*. Editorial Kelly. Bogotá, 1941. 245 pp.

P. 389

El doctor Latorre, profesor de Procedimiento Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional colombiana, tiene en su haber la redacción de un buen número de leyes. El título del volumen que en 1937 publicara (Bogotá, "Editorial Minerva"), es bien expresivo a este propósito: *Doce leyes*, más una serie de proyectos e intervenciones legislativos recogidos como apéndices. De esas leyes, varias se relacionan en mayor o menor medida con el derecho procesal: tales la de 21 de noviembre de 1928 sobre venta o adjudicación de los bienes pignorados o hipotecados (pp. 11-26); la de 23 del mismo mes y año, reguladora de la declaración judicial de pertenencia (prescripciones y registro de propiedad) (pp. 27-43); la de 17 de abril de 1931 sobre desarrollo de Bogotá y expropiaciones por causa de utilidad pública en la misma ciudad (véanse sus arts. 4-5, pp. 45-55); en algún aspecto, como luego veremos, la de 12 de noviembre de 1932 acerca del régimen patrimonial en el matrimonio (pp. 57-83) —y lo mismo acontece con la de 5 de marzo de 1936 sobre filiación natural (pp. 131-163)—; la de 18 de marzo, también de 1936, sobre prescripciones y nulidades civiles (pp. 165-193); la de 30 de noviembre, siempre de 1936, sobre remates judiciales (pp. 229-237), y además, entre los proyectos, uno sobre jubilación de magistrados y jueces (pp. 241-5) y otro sobre funciones judiciales del Congreso (pp. 272-7).

En cuanto al libro objeto de esta nota, viene a ser una segunda edición, reformada y ampliada, del que con el título *Régimen patrimonial en el matrimonio* publicó el autor en 1932, a raíz de sancionarse la ya mencionada ley de 12 de noviembre. El interés primordial de este texto legal y de la obra que lo glosa y defiende, es de índole civil substantiva, aun cuando con repercusiones en la esfera procesal (capacidad de este orden; legitimación en algún caso). Tanto esta ley como las otras a que antes nos hemos referido, están inspiradas en nobles y justificados anhelos de mejoramiento social y son acreedoras por ello al más sincero aplauso. No creo, en cambio, que la fosilizada ciencia del derecho francesa merezca la admiración que el doctor Latorre parece tributarle. Alemania e Italia estaban, antes de la paralización impuesta por la guerra, a cien codos de aquélla; y aunque me esté mal recordarlo, también España había sabido, en el último cuarto de siglo, colocarse muy por delante de la producción jurídica francesa. Permítame, por tanto, el colega colombiano que le reproche, sin acritud pero con sentimiento, el inmerecido silencio, rayano en el desvío, que guarda, salvo en alguna episódica e indiferente cita, frente a las instituciones y doctrina españolas. Y conste que ni padezco xenofobia ni estoy contaminado de nacionalismo intransigente.

- 15) FONTECILLA RIQUELME, Rafael: *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Imp. El Imparcial. Santiago de Chile, 1943. XXVI, 341 pp.

Pp. 389-393

El doctor Fontecilla, ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago y ex profesor de derecho penal en la Universidad de Chile, ha emprendido la publicación de un tratado de *Derecho Procesal Penal*, que por la amplitud de horizontes, la riqueza informativa y la seguridad de criterio puestas de relieve en el tomo hasta ahora aparecido, constituye, aun antes de concluirse la obra, un acontecimiento de superlativa importancia dentro de la intensa corriente renovadora que desde hace algunos años deja sentir su agitación fecunda en las aguas del procesalismo americano. Pero como casi siempre ha sucedido en la evolución doctrinal, el análisis del proceso penal marchaba, dentro de ese gran movimiento, con retraso innegable (tanto en exposiciones generales como en monografías y pequeños ensayos) respecto al del proceso civil: el menor número de sus cultivadores explica la enorme diferencia cuantitativa y, aunque en menor escala, también cualitativa, entre la literatura de ambos enjuiciamientos y duplica a la vez el interés que el libro de Fontecilla ofrece.

Fontecilla ha acometido su empresa provisto de las mejores armas. Con la doble experiencia de la magistratura y de la cátedra, es decir, de la práctica y de la teoría, cuya adecuada conjugación resulta indispensable en una obra de derecho procesal; con perfecto conocimiento, no sólo del derecho procesal penal, sino asimismo de las otras dos ciencias jurídicas más vinculadas a él, a saber: el derecho procesal civil y el derecho penal sustantivo; y con dominio idéntico de los dos grandes focos de irradiación dogmática, el alemán y el italiano, a diferencia de no pocos procesalistas americanos, que sólo se acuerdan del segundo y lo exaltan en detrimento del primero. En cambio, como español, podría quejarme de la escasísima atención prestada por el autor a la doctrina (sin duda, atrasada, porque nuestro progreso procesal ha sido más civil que penal; pero con todo, no inferior al procedimentalismo francés, que el autor invoca, sin embargo, buen número de veces) y especialmente a las instituciones de mi patria, que además de hallarse recogidas en un texto del admirable espíritu liberal de la ley de enjuiciamiento criminal de 1882, le habrían suministrado la clave para dilucidar no pocas cuestiones y conceptos que en aquélla, o en sus precedentes nacionales, se encuentran regulados con una proximidad, incluso terminológica (piénsese, v. gr., en el vocablo "sobreseimiento" —cfr. pp. 92-101—), que sería inútil buscar en códigos ajenos al influjo español.¹

¹ También para el estudio del querellante particular (pp. 171-88), le habría resultado provechosa a Fontecilla la consulta del derecho español, así como para la adecuada comprensión de la figura que en Chile designan como "auto declaratorio de reo" (cfr. pp. 125-36) y en España como "procesamiento" (art. 384, l. e. crim.), y cabría traer a colación otros temas e instituciones.

El tomo publicado, que se abre con un prólogo laudatorio en extremo (cfr. pp. XIX-XXIII) de mi antiguo maestro en Madrid y hoy compañero de exilio en Buenos Aires, Luis Jiménez de Asúa, se divide en dos partes (cfr. pp. I y III): "Naturaleza jurídica del proceso penal" (pp. 1-266) y "Normas que regulan el proceso penal, según las doctrinas científicas" (pp. 267-341). Como ninguna de esas rúbricas resulta suficientemente expresiva —sobre todo, la segunda, donde *principios que inspiran* habría reemplazado a "normas que regulan", con indiscutibles ventajas—, detallaré algo más su contenido. La primera parte abarca, además de una introducción destinada a establecer el deslinde entre el derecho penal y su derecho procesal y a señalar algunos rasgos de éste, nueve capítulos, de los cuales el primero trata de "la teoría jurídica de la relación procesal",² que en el capítulo II se examina con particular referencia a la legislación chilena, mientras que los siete restantes se ocupan de "los presupuestos procesales del juicio penal". Bajo este epígrafe Fontecilla contempla tres "elementos" de muy diferente alcance y extensión: *a*) jurisdicción y competencia (cap. III); *b*) tipicidad (cap. IV, uno de los más característicos del volumen), y *c*) sujetos procesales (caps. V-IX). El "tercer elemento" lo descompone a su vez en "sujetos procesales" (cfr. p. 116, en la que debió agregar *esenciales, o principales* —cual en la p. 164—, para no confundir la especie con el género) y "sujetos accesorios del proceso penal" (cfr. p. 164), sector este demasiado heterogéneo y que en su desarrollo desborda el análisis estrictamente subjetivista del tema.³

En cuanto a la segunda parte, comprende seis capítulos: el primero recoge las "normas directivas del proceso penal según la escuela clásica"; del segundo al quinto inclusive, "las normas propuestas por la escuela positiva como base del proceso penal", y el sexto examina las "formas fundamentales e históricas del proceso penal" (acusatorio, inquisitivo y mixto).

La descripción que antecede revela que Fontecilla ha enfocado el derecho procesal penal más desde el ángulo del penalista que del procesalista. Si la denominación no tuviese otro significado muy distinto,⁴ diría que ha hecho en mayor medida derecho *penal* procesal que no derecho *procesal* penal. ¿Se justifica semejante actitud? ¿Es que acaso tiene razón Bernardino Alimena cuando, según recuerda Asúa en el prólogo (p. XXII), atribuye

² Si mal no recuerdo, este primer capítulo es reproducción ampliada de un trabajo anterior de Fontecilla: *El juicio penal. Su naturaleza jurídica y las normas que lo regulan, según la doctrina, en la ley y en la jurisprudencia de nuestros tribunales* (publicado en el núm. de julio-septiembre de 1941 de la "Revista de Ciencias Penales", pp. 7-22), que ahora no tengo a mano para cotejar los respectivos textos.

³ Ya que, por ejemplo, no se cñe a estudiar el testigo, el perito o el denunciante, sino que descende a exponer particularidades de la declaración testifical, de la pericia o de la denuncia, según se comprueba en las pp. 211-8, 222-38 y 246-53, respectivamente.

⁴ A saber: el de la parte del derecho penal "dirigida a garantizar la buena marcha del proceso" (cfr. Carnelutti, *Sistema*, vol. I, núm. 276; véase también Alcalá-Zamora y Castillo, *La reforma procesal penal en el Perú*, núm. 18, *in fine*, y nota 71, artículo publicado en "La Revista del Foro", de Lima, en 1939 y ahora reproducido en *Ensayos de Derecho Procesal*).

"escasa importancia a la distinción corriente entre derecho substantivo y derecho formal"? ¿Estaremos equivocados los que cada día creemos con mayor firmeza en la unidad del derecho procesal y en que el derecho procesal criminal no es prolongación o complemento del derecho penal substantivo, sino rama o zona del derecho. . . procesal? La circunstancia de que con frecuencia el procesalista penal sea el propio penalista, que, por tanto, suele reservar la mayor y la mejor parte de su tiempo a la disciplina substantiva,⁵ explica hasta cierto punto, aunque en manera alguna justifique, esa tendencia de no pocos expositores del enjuiciamiento criminal a aproximarle al derecho penal, a la vez que rechazan la unidad del derecho procesal. No cabe, claro está, abordar aquí con el detenimiento necesario problemas de tan capital importancia;⁶ mas sí destacaremos que ni uno solo de los argumentos (resumidos por Fontecilla en las pp. 34-6) que los procesalistas penales aducen para negar la unidad procesal posee fuerza absoluta,⁷ y que incluso si la tuvieran, servirían únicamente para demostrar algo que nadie ha puesto en duda: que el derecho procesal penal es distinto del derecho procesal civil, pero no que ambos no entronquen en una unidad esencial, que se manifiesta en direcciones múltiples.⁸ En cambio, lo mismo antes que después de advenir el positivismo italiano, y sin que ello implique desconocer su influjo sobre el enjuiciamiento criminal, derecho penal substantivo y derecho procesal penal son disciplinas jurídicas tan diferentes entre sí, como lo son en la otra banda el derecho civil y el procesal civil, lo que no es obstáculo para aceptar que entre aquéllos, al igual que entre estos, existen zonas limítrofes, de interferencia o de invasión.⁹

Esa preponderante visión penalista que impregna la obra de Fontecilla

⁵ En efecto, casi todos los grandes procesalistas penales europeos que Fontecilla menciona en su tratado, son o fueron a la vez penalistas, aun cuando algunos de ellos ocupen en el primer concepto un puesto más destacado que en el segundo, como a todas luces sucede con Vincenzo Manzini. No obstante lo que el precedente alemán e italiano pueda pesar en contra, creo sinceramente que la investigación y la enseñanza del derecho procesal penal deben encomendarse al procesalista, como en España, o a procesalistas penales puros, como en la Argentina. Porque si el procesalismo penal está rezagado en comparación con el civil, incluso en Alemania e Italia, ha de atribuirse, en primer término, a esa dedicación intermitente y secundaria de que le hacen objeto los penalistas.

⁶ De ellos me ocupo con la debida extensión en mi trabajo *Concepto y enseñanza del derecho procesal*, escrito hace años, y que irá a la imprenta tan pronto como disponga de tiempo para actualizarlo y retocarlo. *AD.*: Lleno de fichas, datos y acotaciones para ponerlo al día, mi *Concepto, método y enseñanza del derecho procesal* sigue aguardando turno desde hace más de cuarenta años, víctima de quehaceres más urgentes, muchos de carácter burocrático, que he tenido que afrontar en la Universidad de México.

⁷ Es realmente increíble que, por ejemplo, todo un Manzini, compatriota y contemporáneo de Chiovenda y profesor de Universidad tan cercana a Austria, como la de Padua, considere la oralidad rasgo distintivo del proceso penal (cfr. p. 15 de la 3ª ed. de sus *Istituzioni*, Padova, 1929).

⁸ Ante todo, en cuanto a sus tres conceptos fundamentales —acción, jurisdicción y proceso, según más adelante indicamos—, sin perjuicio de diferencias específicas dentro de cada uno.

⁹ Especialmente en el terreno, aún no bien deslindado, de la ejecución penal.

se acusa, en primer término, como ya indicamos, en su alistamiento entre los que niegan la unidad, que —insistimos— no quiere decir identidad, de ambos procesos. Se traduce, además, en el excesivo relieve asignado a la tipicidad como “elemento” de trascendencia procesal. No seré yo quien menosprecie el valor procesal de la llamada tipicidad;¹⁰ pero de ahí a presentarla como presupuesto procesal autónomo, a igual nivel que los otros citados por el autor (jurisdicción, competencia y sujetos del proceso), media mucha distancia. El verdadero presupuesto procesal no es la tipicidad por sí sola, sino el delito, o para ser más exactos (puesto que el *acertamiento*¹¹ de su existencia es un *posterius* y no un *prius* procesal), un hecho con apariencias delictivas; y en otro sentido, la tipicidad tampoco es, de entre los caracteres del delito según la definición de Asúa, que Fontecilla acoge (cfr. p. 79, nota 150), el único con repercusiones procesales.¹² En definitiva, el capítulo relativo a la tipicidad es desproporcionado y tiene mucho más sabor penal que procesal. Finalmente, esa visión penalista del enjuiciamiento criminal ha determinado asimismo que en la Segunda Parte del volumen se atribuya a la doctrina positivista una importancia muy superior a la que realmente le corresponde en la evolución de las instituciones procesales penales, y ha llevado a Fontecilla a hacerse eco, en más de una ocasión, de críticas inconsistentes elaboradas por aquélla.¹³

¹⁰ El pasaje en cursiva reproduce el título del trabajo que al tema dedicara el profesor español Manuel López Rey en la “Revista de Derecho Público” (Madrid, mayo de 1934), luego editado en folleto, y del cual nada dice Fontecilla.

¹¹ Véase acerca de esta palabra el final de la reseña dedicada a la traducción de las *Istituzioni* de Calamandrei: *infra*, reseña 16.

¹² Puestos a desconectar caracteres del delito para erigirlos en presupuestos procesales autónomos, nada se opone a tomar en consideración la imputabilidad, por ejemplo, ya que su reverso, la inimputabilidad, puede cerrar en ocasiones el paso al proceso penal.

¹³ Como la afirmación de que “*toda discusión retórica* entre la defensa, la acusación y el juez es absurda”, porque “es como si el médico discutiera el caso clínico con el enfermo” (p. 281). Este es uno de los discos más desgastados y sofisticados del positivismo, tanto porque la discusión (que no es fatalmente retórica) del médico-judicial no se efectúa, en realidad, con el enfermo, sino —seguimos con el símil— con otros médicos (ministerio público, abogado defensor), que precisamente en los casos graves (me refiero ahora a los médicos biólogos y no a los juristas) suelen acudir a aquélla (consulta), como porque el enfermo-penal pudiera ser un sano (inocente). En este sentido, los positivistas olvidan con frecuencia cuánto de garantía jurídica encierra el enjuiciamiento criminal, tan estrechamente ligado al derecho constitucional.

También me parece infundado el ataque, del mismo origen, contra la cosa juzgada (cfr. p. 286), institución que ni siquiera en lo civil es intangible, como lo demuestra el recurso de revisión, que legislaciones cual la española admiten tanto en dicha esfera como en la penal. Ahora bien: si la impugnabilidad condicionada y restrictiva de la cosa juzgada, ningún peligro envuelve, si los encierra, y gravísimos, la eliminación absoluta de la misma: arremeter contra la “infalibilidad absurda de la cosa juzgada”, como dice Fontecilla, y pretender sustituirla por la... infalibilidad del revisionismo judicial desenfrenado, no resulta consecuente ni convincente. Algunas otras consideraciones relativas a la cosa juzgada y a la revisión en lo penal encontrará el lector en varios de los trabajos recopilados en mi citado volumen de *Ensayos*, a saber: *El sistema procesal de la ley relativa a vagos y maleantes*, núms. 25 y 27; *Acercá del juicio monitorio penal*, núms. 9 y 15;

Descararía disponer todavía de espacio para ocuparme de la sistemática del volumen. Pero como no es posible prolongar esta nota, reduciré mis observaciones a dos extremos. La acción, que con la jurisdicción y el proceso compone el trípode de conceptos fundamentales de cualquier rama procesal, merecía, con mucho más motivo que la tipicidad, ser objeto de un capítulo independiente y no aparecer hospedada en el referente a la relación procesal, donde además la encontramos trabajada con aportación primordial de procesalistas civiles (Wach, Bülow, Chiovenda, Degenkolb, Mortara, etc.; cfr. pp. 13-18), lo que no deja de sorprender en un *separatista* como Fontecilla. Llama asimismo la atención que al inculpadado y al querellado se les contemple como "sujetos accesorios del proceso penal", y lo que acaso sea aún más extraño: como "terceros interesados" (cfr. p. 239). La dificultad que sin duda suscita a este propósito el contraste entre la instrucción y el plenario pudo fácilmente vencerse mediante la designación genérica *sujeto pasivo del proceso penal* y el estudio luego de su consecutiva posición durante las distintas fases que en aquél se suceden.

Con mi habitual sinceridad he consignado discrepancias y elogios. Y ahora a esperar que los ulteriores tomos del tratado me permitan reducir las primeras (aun no siendo censuras) y aumentar los segundos.

- 16) CALAMANDREI, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Prólogo de Hugo Alsina. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1943. XXXIV, 353 pp.

Pp. 393-397

Se inicia con este volumen la "Sección de Derecho Procesal Civil y Comercial"¹ que dentro de la "Biblioteca Jurídica Depalma" dirige el ilustre profesor David Lascano, cuyo propósito merece todas las simpatías de los procesalistas y cuya presencia al frente de aquélla es sólida garantía de feliz desempeño.

Comentado ya con amplitud el original italiano por su traductor de ahora, en el primer número de la *Revista* (2ª parte, pp. 74-83), mi labor se

La reforma procesal penal en el Perú, núm. 72 y *El juicio penal truncado del derecho hispano-cubano*, núms. 101-3.

¹ En rigor, no existe derecho procesal comercial como categoría distinta del derecho procesal civil (acerca de la cuestión, cfr. precisamente este volumen de Calamandrei, pp. 231-2, aun refiriéndose en ellas más a la jurisdicción que al proceso). Lo que sí existen, son unas cuantas instituciones procesales mercantiles, que a veces han llegado a ser objeto de legislación independiente. En este punto es curioso observar que denominándose el código argentino de la Capital, "de procedimiento en materia civil y comercial" (y acaso esta rúbrica haya trascendido a la de la sección de la biblioteca que dirige Lascano), no regule la más típica institución procesal mercantil, la quiebra, aun cuando ésta puede y debe refundirse con el concurso.

reducirá a subrayar las peculiaridades más salientes de la traducción castellana.

Destacaré, ante todo, que el texto de Calamandrei va en ella encuadrado entre un prólogo de Hugo Alsina (pp. VII-XX) y la bibliografía del autor (pp. 347-53), ordenada por Santiago Sentís. Campean en el prólogo la seriedad investigadora y la sobriedad expositiva que distinguen la producción alsiniana: en pocas páginas, la figura de Calamandrei aparece reflejada en los aspectos más significativos de su obra, y se llama asimismo la atención del lector acerca de la naturaleza de la traducción efectuada. Prólogo interesante para todos, pero de muy singular utilidad para el gran público jurídico de habla española, quizás expuesto, por la índole de las precedentes traducciones castellanas del autor, a encasillarlo dentro de un circunscripto sector —sin duda el más literario y ameno, pero a la vez el menos profundo y científico— de su formidable labor como procesalista.²

En cuanto a la relación bibliográfica, que en época normal no habría requerido más esfuerzo que el transcriptivo de títulos y fichas o el envío de una carta al propio autor, ha implicado en los momentos actuales tenaz y celosa busca de datos, de la que me es posible dar fe, por haber facilitado a mi compatriota y amigo algunos elementos para su formación.

A diferencia de lo que ha venido siendo regla —o al menos, tendencia muy generalizada— en materia de traducciones de obras jurídicas, el libro de Calamandrei aparece totalmente desprovisto de adiciones relativas a la legislación nacional. Sea cual fuere la causa de esa supresión, que probablemente obedece al deseo de anticipar la salida de un volumen de la más viva actualidad, procede dilucidar si es acertada y conveniente. Como es natural, a esta cuestión no se puede responder de una vez para siempre. La utilidad, y es más: la necesidad, de las adiciones depende de las características de la obra adicionada y del tipo de adición que se le acople. En cuanto a éste, entiendo que se deben evitar por igual los dos extremos: el lacónico en demasía, que pudiéramos llamar adición-remisión, y el “que toma como pretexto el volumen adicionado, para endosarle lo que en el fondo son artículos de revista o de enciclopedia o capítulos de un tratado en gestación, cuya violenta ensambladura con aquél rompe en todo caso su línea y hasta suele invertir más de una vez la proporción debida entre lo principal y lo accesorio”.³

² “Sobradamente conocida entre nosotros su obra científica, debe señalarse, sin embargo, que la traducida hasta ahora al castellano representa, no su elaboración de carácter doctrinario, sino sus apreciaciones sobre la Abogacía y la Magistratura: *Demasiados abogados, Elogio de los jueces escrito por un abogado*, y *De las buenas relaciones entre los jueces y los abogados en el nuevo proceso civil*”. (Del prólogo de Alsina, que precisamente con esas tres obras forma el primer grupo de los dos en que clasifica la producción de Calamandrei; cfr. pp. VII y IX-X.) AD.: Véase mi *Reseña del libro de Piero Calamandrei “Elogio de los jueces escrito por un abogado*, redactada en 1936 e impresa en mis cits. “Ensayos”, pp. 631-4.

³ La cita pertenece al núm. 12 de mi estudio bio-bibliográfico sobre el procesalista cubano *Ricardo Dolz y Arango* (destinado a “*Revista Cubana de Derecho*” y reproducido en mis *Ensayos*: pp. 719-42).

Mas prescindiendo de la clase más adecuada de adiciones, puesto que la traducción de las *Instituciones* carece de ellas, consideremos la otra faceta del problema, o sea, la de si dicho libro las reclama o no. El tomo publicado, acaso no; pero ya no diría lo mismo del segundo o sucesivos que completen la obra.⁴ ¿Por qué esta distinción? Pues, claro está, que por su diferente contenido. Este primer tomo, que posee la transparente redacción de toda la labor de Calamandrei, abarca la que con una rúbrica harto discutible en el terreno procesal designa la edición italiana como "Parte generale", es decir, los conceptos, principios y directivas fundamentales, que aun cuando con localizaciones en la legislación de cada Estado, tienen, por decirlo así, un valor supranacional;⁵ además, o por lo mismo, las referencias al articulado no son en él muy numerosas, y el examen detenido de los preceptos en cuestión permite darse cuenta cabal de su alcance y consiente, por tanto, al lector, buscar en poco tiempo y sin grandes peligros los equivalentes nacionales. Pero cuando a la obra le falte la diafanidad de la que comentamos; cuando su autor, en lugar de valerse de una terminología consagrada y de discurrir por los cauces habituales, se lance por nuevos derroteros y se sirva de un lenguaje técnico privativo; cuando se multipliquen las citas escuetas de artículos y leyes que el lector extranjero desconozca, y cuando de la exposición de conceptos se pase al desarrollo de las instituciones y a la descripción de los diversos procedimientos, entonces, si se quiere que el libro traducido rinda como instrumento de consulta, ha de ir acompañado de adiciones. . . , a menos que se confíe en que el lector establezca por su cuenta y riesgo (más riesgo que cuenta) afinidades y discrepancias. En este punto, y en desacuerdo con Sentís,⁶ dudo mucho que lectores no especializados estén

⁴ En la "Bibliografía" (cfr. p. 353) se anuncia, sin expresar en cuántos volúmenes, una "Parte Speciale", que es posible haya aparecido ya en Italia.

⁵ En cuanto al capítulo I ("El nuevo código y sus precedentes históricos"), no era, por su propia índole, susceptible de adiciones, a menos de haberlo aprovechado como pretexto para ocuparse de la gestación de los vigentes códigos argentinos o bien de los proyectos de reforma.

⁶ Que al ocuparse de las notas de Jaime Guasp para la traducción impresa en España de las *Istituzioni* de Carnelutti, dice lo siguiente: "El traductor ha sido también anotador, que, a lo largo de 382 breves referencias ha pretendido poner en relación las ideas del autor y el nuevo texto legal italiano con la vetusta ley de enjuiciamiento civil española. Lo considero un trabajo perfectamente inútil; y me parece que igualmente lo considera el autor del libro, quien, en el prefacio escrito para la edición española, dice que en el libro extranjero se busca el *método*, aunque esté construido sobre *datos* distintos de los que el nacional debe utilizar. Esas notas, de escaso o nulo valor científico, pueden tener para el estudioso argentino una utilidad casi equivalente a la que ofrezcan para el estudioso español. En la manera en que se han compuesto, como notas de pie de página, no son molestas, de manera que no resulta complicado prescindir de ellas" (en el núm. II de esta Revista, p. 212).

La opinión de Sentís es, como puede verse, terminante, y la única duda posible es sobre la saber si su animadversión se reduce a las adiciones compuestas por el actual detentador de la cátedra del profesor Xirau, o si se extiende a las de todo el mundo (sin exceptuar, v. gr., las famosas de Fadda y Bensa al Windscheid o las que en España redactaron Asúa para el Carrara o Recaséns para el Del Vecchio). En cualquier caso, es tam-

en condiciones de realizar *a domicilio* una tarea que incluso para especialistas resulta dura y difícil, amén de deslucida. Por mi parte, con la doble y fatigosa experiencia de haber adicionado el *Tratado* de Goldschmidt y el *Sistema* de Carnelutti,⁷ no vacilo en asegurar que prefiero escribir diez páginas de cualquier otra especie, a una sola cuartilla de adiciones.

He dejado para el final la traducción en estricto sentido. Para llevar a cabo una tarea de esta clase con máximas garantías de acierto, son indispensables tres factores y convenientísimos algunos más. Los primeros son: conocer el idioma ajeno, saber escribir en el propio (porque si no, la versión será literalmente exacta, pero literariamente una desdicha) y dominar la disciplina científica a que corresponda el volumen. Nadie negará que los tres concurren en Sentís; pero además en su relación con Calamandrei se dan esos otros factores que calificamos de convenientísimos, y que lo señalaban como el traductor ideal de sus *Istituzioni*. En efecto, Sentís ha sido discípulo de Calamandrei en Italia; profesa a su insigne maestro tan ferviente como merecida admiración; está compenetrado con sus orientaciones; ha leído la totalidad de su obra y, por añadidura, como recuerda Alsina (cfr. p. XVII), ha traducido antes de ahora una extensa zona de la misma, aunque las circunstancias actuales hayan impedido la aparición de una parte considerable de la labor ejecutada.⁸ Fruto de todo ello es la excelente traducción que examinamos, y las observaciones que a renglón seguido le formulo, no responden a divergencias absolutas y sí a motivos de otra especie.

De haber aparecido la traducción en España, le habría reprochado el empleo de algunos innecesarios barbarismos, por ejemplo: "instituto" (en el sentido de *institución* —cfr. pp. XXIII y 154— y no en su genuino significado castellano), "provisoriamente" (p. 77),⁹ "control" (pp. 104 y 235-6), "perención" (en vez de caducidad; p. 325); pero todos ellos se encuentran tan difundidos por estas latitudes (e incluso alguno de ellos en mi patria) que se explica hayan arrastrado al traductor. A su residencia en la Argentina (donde quizás obedezca a italianismo), debe atribuirse también que hable

bién indudable que entre escribirlas o suprimirlas, resulta más cómodo y menos arriesgado lo segundo.

⁷ La traducción del primero se publicó en España (Barcelona, 1936); en cuanto a la del segundo, después de una serie interminable de peripecias y vicisitudes, que han retrasado enormemente su aparición, se encuentra en prensa en Buenos Aires, tras haberse pensado en imprimirlo en México. Véase *infra*, nota 12.

⁸ "Sentís Melendo que... tradujo en España... el *Elogio de los jueces*, continuó aquí su labor... *Provvedimenti cautelari* mereció, en primer término, su atención; siguió, después, con más de veinte monografías; y, cuando hubo puesto fin a este trabajo, acometió la traducción de *La Cassazione Civile*. Todo ello debía haberse publicado ya en Buenos Aires; pero circunstancias especiales —que no son raras en esta época— determinaron su aplazamiento." (Del prólogo de Alsina, p. XVII.) *AD.*: Acerca de *La cassazione civile*, véase mi prólogo a su traducción (*infra*, C, núm. 2).

⁹ Aun cuando en los dominios procesales argentinos, "provisorio" y "provisional" coexistan en algún código, como el de Procedimientos en lo Criminal de la Capital, que en sus arts. 376 y 396 habla de "libertad *provisoria*", mientras que en los arts. 433, 435 y 436 lo hace de "sobreseimiento *provisional*".

de "ejecución forzada" (cfr., v. gr., pp. 79, 85, 93) y no *forzosa* y de "causas" (pp. 203, 205, 217, 230, 342, entre otras), que en España se aplica, salvo alguna excepción legislativa, a los procesos penales, mientras que los civiles se denominan *pleitos*. Aun siendo frecuente en la práctica y jurisprudencia españolas llamar *rituarias* a las leyes procesales, y aun contando con que la ley de vagos echó mano, en su artículo 17, del italianismo "tribunal de mérito", estimo que *fondo* y *trámite* habrían resultado equivalencias más felices de *merito* y *rito* que no su traslado literal (cfr. pp. 171, 206, 251, 275, 279 y, especialmente, 274 y 315). A la cuenta de Calamandrei, puesto que la de Sentís lo es de segundo grado, debemos imputar la traducción del *materielles Justizrecht* de Goldschmidt (cfr. p. 297) como "derecho judicial sustancial" (*diritto giudiziario sostanziale*) y no como *derecho judicial*, o *justiciario*, *material*.¹⁰ *Mediatividad* e *inmediatividad*, neologismos introducidos precisamente por Goldschmidt en la terminología procesal española¹¹ aventajan, a mi entender, a "mediación" e "inmediación" (cfr. p. 308). Finalmente, en la traducción del *Sistema* de Carnelutti y del nuevo código italiano¹² he adoptado para unos cuantos conceptos fundamentales, palabras distintas de las que en esta ocasión utiliza Sentís. Me refiero a "acertamiento", "cognizione", "ingiunzione", "lite" y "provvedimento", que Sentís traduce por *declaración de certeza* (cfr. pp. 61, 70, 134, 215), *cognición* (cfr. pp. 24, 79, 171, 206), *intimación* (p. 25), *litis* (cfr. pp. 103, 120) y *providencia* (cfr. pp. 128, 130-41, 160, 170, 210, 242, 248), mientras que yo he preferido hablar de *acertamiento*, *conocimiento*, *conminación*, *litigio* y *proveimiento*. Pero me apresuro a manifestar que reputo por completo correctas las voces empleadas por Sentís, y que la discrepancia en este punto, además de superficial en extremo, obedece a la necesidad que he tenido de amoldarme a las singularidades terminológicas del *Sistema* de Carnelutti y al hecho de llevar éste adiciones de derecho español, cuyos preceptos, como es natural, no han dejado de condicionar mi actividad de traductor. (AD.: A propósito del vocabulario técnico utilizado por Sentís en la traducción de las *Instituciones* de Calamandrei, cfr. mis *Cuestiones de Terminología Procesal* —México, 1972, *passim*—.)

¹⁰ *Justicial*, es el calificativo utilizado por el propio Goldschmidt en su *Teoría general del proceso* (Barcelona, 1936), pp. 25 y sigtes., así como en diversos lugares de su *Derecho Procesal Civil*, traducido por Prieto (cfr., v. gr., p. 2), que otras veces emplea *justiciario* (por ejemplo, en la p. 7).

¹¹ Cfr. *Teoría general del proceso*, p. 134. No se olvide, además, que por *mediación* suele entenderse una figura, en el fondo de autocomposición, pero con apariencias de compromiso, totalmente ajena al contacto indirecto del juez con las partes.

¹² Este acompañará como apéndice al primer tomo de aquél. Las especiales características del *Sistema* me han llevado no sólo a redactar una "Advertencia acerca de la traducción y de las adiciones" y a darles a éstas considerable extensión, sino también a consignar en ciertos casos notas explicativas de la traducción efectuada. AD.: Traducción mía del cód. proc. civ. italiano, en las pp. 437-581 del volumen I, versión castellana, del *Sistema* de Carnelutti (Buenos Aires, 1944).

- 17) CALAMANDREI, Piero: *De las buenas relaciones entre los jueces y los abogados en el nuevo proceso civil (Dos diálogos)*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1943. 134 pp.

P. 397

También aquí me ceñiré a la versión castellana de la obra, cuya reseña para la Revista fue asimismo hecha por su traductor actual (cfr. núm. 1, 2ª parte, pp. 83-5). La traducción ofrecía en este caso menores dificultades técnicas que en el de las *Instituciones*, porque la índole de los “dos diálogos” no suscita dudas ni complicaciones terminológicas;¹ pero en cambio, se corría en ella el riesgo de que al trasladarlos de lengua se esfumase el estilo inconfundible de Calamandrei en este sector tan peculiar de su obra de jurista a que el presente libro pertenece.² Por fortuna, Sentís, que además de su antes recordada identificación con el maestro, había ya realizado en España, en compañía de Isaac J. Medina, la magnífica traducción de *L'elogio dei giudici scritto da un avvocato* (Madrid, 1936) —libro el de caracteres más afines a éste en la producción de Calamandrei³—, aparecía como la persona más indicada para evitar la volatilización del perfume en la delicada operación del trasvase idiomático, efectuado con pleno acierto. Y por lo mismo que en otras ocasiones hemos censurado a los editores por la ligereza con que proceden en materia de traducciones, felicitemos al de estas dos obras por haber sabido escoger el traductor a la medida, así como por la impecable presentación de ambos volúmenes.

1944

- 18) FONTECILLA RIQUELME, Rafael: *Derecho Procesal Penal*, tomo II. Imp. El Imparcial. Santiago de Chile, 1943. XII, 313 pp.

Pp. 91-92

En el segundo tomo de su Tratado¹ el doctor Fontecilla se ocupa de “las normas que regulan el proceso penal, según la legislación vigente”, o sea, desarrolla, en sus páginas 3-226, la tercera y última de las partes en que va dividida la obra. Ésta se cierra (pp. 227-31) con cinco completísi-

¹ Acerca de la traducción de “*causa*” por *causa* y no por *pleito*, véase la reseña anterior.

² Véase la nota 2 del comentario precedente. *AD.*: Véase la *Ad.* a la nota 2 de la reseña 16.

³ Hasta el punto de que el presente trabajo viene a ser, en forma escenificada, una segunda parte de aquél, que muy bien pudiera haberse titulado *L'elogio del nuovo codice di procedura civile scritto da uno dei suoi autori*.

¹ Acerca del primero, véase nuestra reseña en la anterior *Miscelánea* (R. D. P. 1943, 2ª parte, p. 389).

mos índices, a saber: cuatro alfabéticos, de materias, de locuciones latinas (seguidas de su traducción castellana), de jurisprudencia (el cual, por su extensión, desde la página 245 a la 298, y, sobre todo, por la meticulosidad con que está hecho constituye un repertorio, más que un índice) y de autores citados (revelador de la amplia y sólida formación jurídica del doctor Fontecilla), más el de disposiciones legales mencionadas, sin contar con el "índice sumario" del volumen II, inserto a su comienzo. Dichos índices, que se refieren a los dos tomos del tratado, facilitan la rápida búsqueda de cualquier cuestión desde cualquier ángulo que se la considere y hacen del libro de Fontecilla un utilísimo instrumento para el trabajo profesional.

Publicados con escasa diferencia de tiempo entre sí, este segundo tomo responde a la misma orientación y directivas del primero, con el que acaso debiera haberse refundido, sin que el volumen resultante fuese de dimensiones excesivas: unas setecientas páginas, que se habrían reducido a bastantes menos con sólo condensar las citas de jurisprudencia.²

El título de la "Tercera Parte" podría hacer creer que el tomo II se limita a una exposición escueta del derecho positivo chileno, y nada más lejos de la realidad.³ Así, por ejemplo, el estudio de la acción, que en el tomo I aparecía como perdido en el capítulo dedicado a la relación procesal, en el II es objeto de un capítulo propio, y su desarrollo doctrinal, en aquél iniciado, se completa en éste, donde Fontecilla sigue, con acierto, el claro y metódico examen del concepto por parte de Eugenio Florian. Otro tanto sucede en el capítulo III, con relación a los principios fundamentales que rigen o a que responde la actuación del ministerio público; en el IV y V, por lo que concierne, verbigracia, a la naturaleza jurídica de la querrela; en el VI, en cuanto al carácter de la cosa juzgada; en el VII, en orden a los aspectos de la acción civil, y en el VIII, acerca de los requisitos para el desempeño de la función judicial.⁴

En la reseña del primer tomo ya indicamos que el libro de Fontecilla contempla la disciplina más con enfoque de penalista que de procesalista. Hoy, a la vista de la obra completa, podemos destacar otro rasgo muy saliente del tratado de Fontecilla: con o sin propósito deliberado, su exposición

² En las que se reproducen hasta los nombres de los "ministros" que pronunciaron las sentencias, recogándose éstas a veces en tal número o con tal extensión que ocupan varias páginas consecutivas (v. gr., vol. I, pp. 28-31, 111-114, 257-66, y vol. II, pp. 24-27, 60-64, 74-76, 103-110, 129-132, 145-150, 168-170).

³ Como en seguida revela el enunciado de sus ocho capítulos, que es el siguiente: I. Acciones que nacen del delito. Tres características de la acción penal pública; II. Condiciones de legalidad del proceso penal; III. Los órganos de la acción pública. El ministerio público; IV. Los órganos de la acción pública. El querellante particular como sujeto de la acción; V. La acción penal privada y la institución de la querrela; VI. Extinción de la acción penal; VII. La acción civil; VIII. Los requisitos del juez.

⁴ A nuestro entender, este capítulo debió figurar en el tomo I, al tratar por un lado, de la jurisdicción y, por otro, del juez. El propio Fontecilla, reconoce implícitamente que el capítulo se *despega* del resto del volumen, cuando declara que "agotado el tema que nos propusimos desarrollar... como un complemento a estos estudios nos referiremos, ahora, a las condiciones que debe reunir el juez" (p. 204).

ha dejado al margen, salvo episódicas referencias,⁵ dos dilatadísimas y fundamentales zonas del derecho procesal: los actos procesales y el procedimiento, con la particularidad en cuanto a éste, de que se ha prestado mayor atención al correspondiente a los delitos "no pesquisables de oficio" (cfr. p. 70) que a los de acción pública. Esta reacción antiprocedimentalista me parece excesiva: que el procedimiento no pueda continuar siendo el todo de una obra procesal, como lo fue hasta fecha reciente en algunos países y como sigue siéndolo todavía en bastantes, no quiere decir que ya no signifique nada o casi nada, ni que sea materia pendiente sólo de entierro o de jubilación.⁶

Aparte las discrepancias apuntadas, y alguna otra de alcance más restringido,⁷ la obra en conjunto de Rafael Fontecilla constituye un verdadero *tratado*, como repetidamente lo hemos calificado, y representa, en la renovación del procesalismo americano en general y, dentro de él, en el cuadro del de tipo penal en particular, una de las empresas más sólidamente acometidas y más plenamente logradas.

- 19) BELING, ERNST: *Derecho Procesal Penal*. Traducido directamente del alemán por los doctores Roberto Goldschmidt y Ricardo C. Núñez y seguido de un estudio sobre "Desarrollo y bibliografía del derecho procesal penal alemán desde la primera hasta la segunda guerra mundial, y concordancias de la Ordenanza Procesal Penal Alemana con el Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Córdoba", por el doctor Roberto Goldschmidt. Con un prólogo del doctor Enrique Martínez Paz. Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Instituto de Derecho Comparado. Serie A. Núm. 1. Córdoba, 1943. XXIII, 263 pp. y una fotografía del autor.

Pp. 92-94

Si dentro de la literatura del proceso penal, no ya de Alemania, sino del mundo entero, hubiese que efectuar una restringida selección de nombres, es indudable que uno de ellos sería Ernesto Beling. Es más, para nosotros, Beling representa la cumbre del procesalismo penal germánico, del mismo

⁵ Por ejemplo, en algunos números del capítulo II, del tomo I, en el examen de las pruebas testifical y pericial (vol. cit., cap. VIII), o en los datos relativos a la querrela diseminados entre los capítulos II, IV y V del tomo II; pero aun prescindiendo del silencio en cuanto a otros sectores y manifestaciones de la actividad procesal, falta entre los pasajes mencionados la trabazón necesaria para estimarlos como constitutivos de una sistematización de los actos procesales y del procedimiento.

⁶ Aun cuando, eso sí, ni el procedimiento ni los actos procesales puedan seguir siendo contemplados como lo fueron por la escuela exegetica: cfr. mis *Ensayos de Derecho Procesal* (Buenos Aires, 1944), pp. 656, nota 17, y 663, nota 36.

⁷ Como la no utilización de la doctrina española para la interpretación de instituciones típicas de nuestro enjuiciamiento criminal de donde pasaron al derecho chileno.

modo que Manzini la del italiano o que, retrocediendo en el tiempo y en la evolución de las ideas, Faustin Hélie la del procedimentalismo criminal francés del siglo XIX. Ha constituido, pues, un acierto indiscutible del "Instituto de Derecho Comparado" de Córdoba escoger al insigne profesor que fue de la Universidad de Munich, como figura para difundir en lengua castellana el conocimiento de la ciencia procesal alemana. Pero si estamos de acuerdo en cuanto a la elección de la persona, nos permitimos discrepar en cuanto al volumen preferido para su traducción. En efecto, además de su labor monográfica, Beling dejó, caso poco frecuente, tres exposiciones generales del proceso penal: la primera, en colaboración con Bennecke, el *Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozessrechts* (Breslau, 1900); la segunda, que es la que ha sido traducida, un compendio para la "Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung" de Holtzendorff, publicada en 1914, y la tercera, el *Deutsches Reichsstrafprozessrecht* (Berlín y Leipzig, 1928). Pese a su excepcional importancia dentro de la doctrina alemana, la exclusión del Bennecke-Beling se comprende sin dificultad, tanto por razón de la fecha, como por no ser obra computable en su totalidad ni acaso tampoco en su mayoría a nuestro autor;¹ pero no se justifica, en cambio, la opción a favor del texto de 1914 sobre el de 1928, puesto que el segundo, aparte de ser más reciente, constituye sin duda la obra maestra de Beling, y tanto en madurez y profundidad de pensamiento como en riqueza informativa supera con mucho al trabajo para la Enciclopedia. Ciertamente que, como afirma el doctor Martínez Paz en su enjundioso prólogo, "la magnífica síntesis" escrita en 1914 representa admirablemente el "pensamiento procesal clásico de la doctrina alemana" (cfr., pp. X y XI); pero no menos cierto es que el volumen de 1928 habría ostentado esa representación con jerarquía de embajada y no de legación. Claro que como parcial compensación, el *Derecho procesal penal* de 1914 resulta más accesible que el de 1928 y, por tanto, como libro para estudiantes, ofrece manifiestas ventajas, que tal vez sean las que se hayan buscado en una edición patrocinada precisamente por una Facultad de Derecho.

Aun cuando, sin duda por involuntario descuido, en el prólogo se presenta la exposición de Beling como una "monografía" (cfr. p. XI), constituye en realidad un sistema del proceso penal, a escala reducida, eso sí, pero tan perfectamente proporcionado y equilibrado, que la visión de la disciplina por él suministrada es tan completa como la de cualquier obra de mucho mayores dimensiones, con la ventaja a su favor de adquirirse aquélla en mucho menos tiempo. Únicamente el tema de la ejecución de la pena ha quedado en la penumbra, tratado de refilón y en espacio incomparablemente menor (pp. 183-4) del que, aun dentro del carácter sucinto de la obra, debió corresponderle.

La traducción del volumen, que, a las dificultades del idioma y tecni-

¹ Puede así suponerse, dado que mientras Bennecke había publicado por sí solo un tratado sobre la materia en 1895, Beling debía encontrarse en 1900 en los primeros años de su labor jurídica.

cismo alemanes, añadía las inherentes al estilo de Beling y a la condensación del texto, ha sido realizada con la máxima pulcritud, por quienes si individualmente estaban capacitados para llevarla a cabo con acierto, con doble motivo al asociarse.² El lector castellano puede, por tanto, utilizar este libro con la seguridad de que reproduce con absoluta fidelidad el pensamiento y la terminología del autor. Acaso tres o cuatro versiones no hayan logrado convencerme del todo, pero soy el primero en reconocer que se trata de puntos opinables y que los giros o palabras empleados en tales casos³ por los doctores Goldschmidt y Núñez son por completo comprensibles y no desorientarán lo más mínimo al lector.

Como "adiciones", el volumen recoge un estudio del doctor Goldschmidt sobre "desarrollo y bibliografía del derecho procesal penal alemán desde la primera hasta la segunda guerra mundial" (pp. 205-247) y una tabla con algunas concordancias entre el código de procedimiento penal de Córdoba y la ordenanza procesal penal alemana. El primero de esos trabajos está, y me parece su mejor elogio, a la altura de las páginas escritas por Beling, hasta el punto de que, si en vez de haberse impreso como apéndice, los suplementos se hubiesen añadido al final de los pasajes oportunos de aquél, se habría comprobado su perfecta ensambladura. Goldschmidt ha desenvuelto su labor con una minuciosidad, un paralelismo y una compenetración respecto del texto adicionado, realmente insuperables, máxime si se piensa en los obstáculos que por razón de las actuales circunstancias ha tenido que vencer para reunir datos legislativos y bibliográficos de Alemania. En otro sentido, destaquemos la objetividad estricta con que Roberto Goldschmidt, exiliado desde el advenimiento del nazismo, ha sabido exponer la legislación procesal del régimen imperante en Alemania.

En la vida, un apellido ilustre —y pocos lo son tanto como el de Goldschmidt en los dominios procesales— no da derechos ni determina expectativas, sino que, por el contrario, impone obligaciones y origina cargas.⁴ Así lo ha comprendido, aunque los más prefieran olvidarlo, Roberto Goldschmidt, que con la labor científica desenvuelta a su edad se muestra digno hijo y discípulo de aquel incomparable maestro, que en vida se llamó James Goldschmidt.

² Con ellos, además, colaboró hasta el párrafo 10, o sea, en las primeras 45 páginas, otro ilustre profesor de la Universidad cordobesa: el Dr. Alfredo Vélez Mariconde.

³ Me refiero concretamente a "recolección del material" (cfr. p. 115) que habría traducido por *reunión* o *recogida*; a "medios de seguridad" (cfr. p. 137), en vez de *medidas* (el cambio obedece probablemente a evitar la confusión nominal entre las medidas de seguridad penales substantivas y estas otras procesales penales; pero en tal caso, el escollo pudo orillarse hablando de medidas asegurativas, cautelares o precautorias, según se hubiese preferido); a "*secuestro particular*" (cfr. p. 142), en lugar de *comiso*, y por último a "*procedimiento principal*" (cfr. p. 160), traducción muy literal de *Hauptverfahren*, que pudo sustituirse por *plenario*.

⁴ Valiéndonos de una terminología típicamente goldschmidtiana.