

*B)* Reseñas bibliográficas (segunda parte) (1942-1976): núms. 1-257

- 20) LIEBMAN, Enrico Tullio: *Execução e Ação Executiva*. Separata da "Revista Forense", maio, 1943, pp. 214-227. Edição Revista Forense. Río de Janeiro, 1943.

*Pp. 94-96*

La tragedia europea desplazó al continente americano un crecido número de universitarios europeos, entre ellos alrededor de una docena de procesalistas alemanes, españoles e italianos. Dentro de esa reducida familia de doble vínculo —por razón de la especialidad y del exilio—, destaca como astro de primera magnitud Enrico Tullio Liebman, profesor que fue de la Universidad italiana de Parma y que hoy, desde la de São Paulo, coopera e influye en el desarrollo del procesalismo brasileño, que, como consecuencia o con independencia de la promulgación del código de 1939, se encuentra en pleno auge.

El asunto que aborda Liebman, además de su valor doctrinal, por la maestría con que está tratado, es de los que pueden interesar en todos los países americanos de ascendencia jurídica española, o para hablar con más exactitud, en cuantos hayan moldeado sus instituciones procesales conforme al patrón de la ley de enjuiciamiento civil de 1855, que, como es sabido, diferencia, lo mismo que luego la vigente de 1881, la ejecución de sentencia y el juicio ejecutivo, en contraste con la situación precedente, a cuyo tenor la ejecución de la sentencia con autoridad de cosa juzgada se sometía a la misma sustanciación que la de los títulos ejecutivos extrajudiciales, hasta el extremo de que entonces el que se llamaba "Juicio ejecutivo" venía a ser la continuación del "Juicio ordinario" por lo que respecta a la ejecución de sentencia.<sup>1</sup> En efecto, el moderno código procesal brasileño, sintiéndose en este punto más tradicionalista que Portugal, de donde recibió la herencia, pero que en su nuevo código de 1940 marca derrotero distinto, mantiene la posibilidad de "llegar a la ejecución por dos vías distintas", que esencialmente se corresponden con las dos del derecho hispano-americano antes mencionadas.

El trabajo de Liebman se divide en dos partes, carentes de epígrafes, aunque sí los poseen los números en que se descomponen.<sup>2</sup> La primera contiene,

<sup>1</sup> Acerca de la identidad de la vía ejecutiva respecto a los títulos de ambos sectores: cfr. Hevia Bolaños, *Curia Philipica* (ed. príncipe, Lima 1603; ed. utilizada, Madrid, 1790), pp. 101 y 105; Villadiego, *Instrucción política y práctica judicial* (ed. príncipe, Madrid, 1612; ed. utilizada, Madrid, 1788), pp. 32, 33 y 38; Febrero, *Librería de escribanos*, parte segunda ("Cinco juicios"), tomo III, Madrid, 1786, pp. 361-2; Gómez y Negro, *Elementos de práctica forense* (3ª ed., Valladolid, 1830), p. 178. AD.: Cfr. Alcalá-Zamora, *Ideario procesal de Lucas Gómez y Negro, "práctico" español de comienzos del siglo XIX*, en mis "Estudios Procesales" (Madrid, 1975), pp. 742-68, y en el "Libro-homenaje a Luis Loreto" (Caracas, 1975), pp. 1-33.

<sup>2</sup> He aquí el sumario del folleto: I. — 1. Los medios de promoción de la ejecución forzosa; la ejecución de sentencia y la acción ejecutiva. — 2. La sentencia condenatoria. — 3. Conocimiento y ejecución. — 4. Procesos de ejecución. — 5. Acción ejecutoria. — 6. Su prescripción. — 7. El título ejecutorio. II. — 8. La acción ejecutoria. — 9. Su origen en

en realidad, la fijación de las premisas, y la segunda se ocupa en particular de la *acción* (juicio, en nuestro léxico) *ejecutiva*, que el autor contrapone a la que llama *acción ejecutoria*, o sea la designada en la doctrina brasileña como *actio iudicati*, vinculada a la sentencia condenatoria.

Dentro de la primera parte, existe un extremo fundamental en el que disiento de Liebman: el de "si la ejecución es un proceso autónomo, o sólo la fase final del propio proceso en que fue proferida la sentencia" (cfr. pp. 216, col. 2<sup>a</sup>). Liebman adhiere a la primera tesis, que considera más conforme a la evolución del proceso durante el siglo XIX; nosotros entendemos, en cambio, que es más exacto hablar de "ejecución procesal" que no de "proceso de ejecución", aunque por descuido o por la fuerza del uso nos hayamos valido con frecuencia de la segunda denominación. Como factores en apoyo de la posición que comparte, Liebman invoca, por un lado, la admisión de las acciones declarativas, que se agotan en la sentencia y no llevan aneja ejecución, lo que revelaría la autonomía del proceso de conocimiento, y por otro, la aparición de los títulos ejecutivos extrajudiciales, que al dar lugar a ejecución inmediata, muestran, a su vez, la autonomía del proceso de ejecución (cfr. pp. 216-217). Creo, sin embargo, que no cabe sacar conclusiones *generales* a base de instituciones que desde el punto de vista procesal no podemos considerar como la *regla*, sino precisamente como la *excepción* (aludo especialmente a la acción declarativa, que cuantitativamente, representa muy poco comparada con la de condena). Por otra parte, y aun suponiendo que los problemas que con persistencia digna de mejor causa se siguen suscitando como *de contenido de la acción* (que, a mi entender, es un concepto único) no lo sean de *finés de la jurisdicción*, la existencia de un proceso de conocimiento no seguido del de ejecución —hipótesis que se da asimismo cuando se desestima la acción (*rectius*, pretensión) de condena o cuando tras la sentencia adversa el deudor cumple lo que en ella se manda— no demostraría la autonomía del segundo, que no surgió por generación espontánea, sino como consecuencia de un *prius* constituido o por el título ejecutivo judicial, fruto del proceso de conocimiento, o bien por títulos ejecutivos extrajudiciales, que implican, desde el punto de vista procesal, la substitución de aquél y que, en tal sentido, debieron haberse incluido por Carnelutti entre los que llama *equivalentes jurisdiccionales*, con mayor motivo que algunos de que los designa de ese modo.<sup>3</sup> Es más: si a la *jurisdicción voluntaria* queremos darle un contenido congruente con su significado literal, tan distante del que por el lastre de la tradición se le atribuye, acaso sea el fenómeno de la ejecución procesal de títulos extrajudiciales (es decir, no surgidos por obra del proceso —contencioso— de conocimiento) el que nos ponga en camino de encontrarlo. Y lamento que el espacio reservado a

la Edad Media y su ulterior evolución. — 10. La acción ejecutiva en el derecho español. — 11. La acción ejecutiva en el derecho portugués y brasileño. La asignación de diez días. — 12. La acción ejecutiva en el vigente código del proceso civil. — 13. Su posición en el sistema del derecho procesal brasileño. — 14. Consideraciones finales.

<sup>3</sup> Cfr. su *Sistema*, vol. I, núms. 49-60.

notas bibliográficas me obligue a dejar montada al aire o a lo sumo sujeta con alfileres la opinión formulada. Entiendo, además, que la ejecución inmediata, es decir, la no precedida de un juicio abreviado que por su finalidad se denomina ejecutivo,<sup>4</sup> no es de tal índole que excluya en absoluto un minimum de conocimiento, ya que por lo menos, el órgano de la ejecución ha de cerciorarse de la ejecutabilidad del título, siendo éste también un argumento en contra de la supuesta autonomía del proceso de ejecución (según Liebman) o de la ejecución procesal (según yo).

En fin, uno solo de los extremos abordados por Liebman en su ensayo, me ha hecho agotar el espacio disponible para la totalidad de la reseña. ¿Se quiere demostración más concluyente del superlativo interés y del extraordinario mérito de su trabajo?

- 21) COUTURE, Eduardo J.: *La Justicia Inglesa*. Conferencias pronunciadas en la Universidad de Montevideo, por el profesor . . . . ., bajo el patrocinio de la Asociación Amigos de Inglaterra. Montevideo, 1943. 26 páginas, con seis fotografías.

Pp. 96-97

El fenómeno y el espectáculo, que de ambas cosas tiene, de la justicia inglesa, atraen e intrigan por igual. Se explica así que por lo menos desde Montesquieu —el mejor jefe de propaganda política con que Inglaterra haya contado—, investigadores de distintas nacionalidades<sup>1</sup> hayan dirigido hacia aquélla su mirada, tratando de descifrar su enigma o de encontrar en sus fórmulas inspiración para las reformas judiciales de sus propios países. No podía faltar en esta lista, aun existiendo en castellano libros anteriores sobre la justicia inglesa,<sup>2</sup> el espíritu acucioso de Couture, que posee como pocos, el don de escoger para sus obras, temas de subido interés.

Como el autor advierte, la finalidad de su cursillo fue de “comparación y no de exposición” (cfr. p. 6), es decir, no se propuso divulgar datos de los que aparecen en cualquier manual o enciclopedia, sino buscar la expli-

<sup>4</sup> Aunque por su contenido regule, precisamente, la fase de conocimiento, a la que en su caso seguirá la de apremio, o sea, la de ejecución *stricto sensu*: cfr. mis *Ensayos*, p. 119.

<sup>1</sup> Por ejemplo, De Franqueville (*Le système judiciaire de la Grande Bretagne*, 2 tomos, París, 1893) o Levy-Ullmann (*Le système juridique de l'Angleterre*, París, 1928), entre los franceses; Tiranti (*Introduzione allo studio de la giustizia in Inghilterra*, Pisa, 1911), entre los italianos; Mendelsho-Bartholdy (*Das Imperium des Richters*, Strassburg, 1908), y Curti (*Englands Zivilprozess*, Berlin, 1928) entre los alemanes, o Beceña (*Magistratura y Justicia*, capítulo II: “Algunas características de la organización judicial inglesa”, Madrid, 1928), entre los españoles.

<sup>2</sup> Recordemos además del ya citado de Beceña, la traducción del de Ensor, *Jueces y Tribunales de Inglaterra, Francia y Alemania*, por Gómez Orbaneja (Madrid, 1935) y el folleto de Amos (Maurice) *La justicia británica* (London, 1941).

cación de un régimen judicial con apariencias y nebulosidades de misterio teológico. Porque, en efecto, resulta increíble que con un mecanismo anacrónico; con el sistema jurídico infantil del X *versus* Y, y con el entrecruzamiento de poderes que en la cumbre de su jurisdicción (Cámara de los Lores) se opera, la justicia inglesa sea, si no la mejor del mundo, cual estima Couture (cfr. p. 5),<sup>3</sup> si, desde luego, la de mayor prestigio. Todavía añadiremos que tampoco el "milagro" (cfr., p. 26) se puede atribuir de manera exclusiva ni aun decisiva al juez inglés, inferior en cultura jurídica al término medio de juez continental europeo y que no supera la ejemplar probidad del español, que con sueldos irrisorios resiste heroicamente las tentaciones del dinero. ¿A qué se debe entonces que, cual en otra dirección el Parlamento británico, esa justicia rinda frutos que en los demás países no se cosechan? Pues sencillamente —un "sencillamente", fácil de enunciar, difícil de lograr— a que Inglaterra ha sabido, con su característica lentitud y perseverancia, crear el clima político adecuado para que arraigue y florezca la justicia en su territorio. Por tanto, la enseñanza a sacar de la experiencia inglesa no es la de copiar servilmente unas instituciones *made in England* y no aptas para la exportación,<sup>4</sup> sino la de, con arreglo al temperamento, a la historia y a las posibilidades de cada país, preparar el ambiente que permita obtener una justicia tan buena como la que, con un instrumental primitivo, han conseguido fabricar los ingleses.

Con esa finura y esa penetración que son su sello distintivo, Couture ha puesto de relieve, a lo largo de unas conferencias,<sup>5</sup> bellísimas de forma, amenas en todo momento, auténticas lecciones, la importancia del factor político como clave y cimiento de la justicia inglesa.

- 22) PEREIRA BRAGA, Antonio: *Exegese do código de processo civil*. Max Limonad. Editor de Livros de Direito. Río de Janeiro, vol. I, 1942, 228 pp.; vol. II, tomo I, 1942, y tomo II, 1943, 527 páginas.

*Pp. 184-186*

En conjunto, como labor de equipo, si se nos permite trasladar del terreno futbolístico al campo del derecho la conocida frase, la ciencia procesal

<sup>3</sup> Para que fuese la mejor del mundo, necesitaría ser menos sombríamente dura en materia penal.

<sup>4</sup> El secreto de la justicia inglesa no radica, en efecto, en la peluca de los jueces, como el secreto del famoso Tribunal de las aguas de Valencia —aun más admirable que aquella— no se oculta en los blusones de los huertanos que lo integran. De ahí que en la propia España, el histórico tribunal valenciano esté rodeado de una aureola que le falta a los demás Jurados de riesgos instituidos a imitación suya en otras comarcas por los arts. 242-7 de la Ley de Aguas de 1879. AD.: Véase acerca del mismo el libro magistral de Fairén Guillén, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso (Oralidad, concentración, rapidez, economía)* (Valencia, 1975).

<sup>5</sup> En las que como temas principales se contemplan estos tres: El juez inglés, el "Common law", y el sentido político de la justicia inglesa.

brasileña revela una solidez, una trabazón y un empuje como acaso la de ningún otro país de América, donde si bien existen individualidades tan poderosas como las más eminentes del Brasil, diversos factores, superados o eliminados allí —por ejemplo, la pluralidad de códigos en la Argentina, al dispersar las energías de sus procesalistas<sup>1</sup>—, redundan en detrimento de la que, siguiendo con la terminología deportiva, llamaríamos la clasificación general.

Dentro de esa ciencia procesal brasileña, nos toca hoy ocuparnos de la *Exegese* del doctor Pereira Braga, magistrado del “Tribunal de Segurança Nacional” (la institución despidió un tufillo terminado en *ario*, que no resulta de mi agrado, aunque según me informan, nuestro autor se distingue en ella “por su espíritu liberal y sereno”), quien ha emprendido con la misma una obra de vastas dimensiones, o mejor dicho: de excesiva extensión. Si los diez tomos del *Comentario* editado por “Revista Forense” para el propio código nos parecieron demasiados,<sup>2</sup> con mayor motivo habrá de formularse el reproche a una obra que en las 527 páginas de su volumen II analiza tan sólo los *cuatro* primeros artículos de aquél; y aun cuando a juzgar por el anuncio del volumen III, todavía no recibido por mí, se desprende que en los sucesivos se examinará una mayor cifra de preceptos,<sup>3</sup> bien hará el doctor Pereira Braga en condensar cuanto le sea posible su exégesis, para que resulte, como puede y debe ser, un cómodo, rápido y provechoso instrumento de trabajo. Sin alterar lo más mínimo su plan tripartito (cfr. pp. 173 y ss. del vol. I) —*crítica* (“para concluir como *debiera ser* la disposición”), *exégesis* (“para interpretar *doctrinalmente como es*”) y *jurisprudencia* (“para registrar las interpretaciones *judiciales*”)—, y sin restar un miligramo a su alto valor científico, bastaría con eliminar cuanto se aleje con exceso de la norma comentada, y con recoger tan sólo las directivas fundamentales de la jurisprudencia, para que la obra quedase dentro de límites más convenientes que los presupuestados, aun a trueque de no mantener la proporción entre los diferentes volúmenes; pero ni por ello se hundiría el firmamento, ni nada impide la refundición de lo ya aparecido.

De los dos volúmenes, o tomos, llegados a mis manos, el primero es una *Introducción* (“Prefacio”, la denomina el autor), no tanto al comentario o exégesis ulterior (salvo en el capítulo XIII, que expone el plan, antes sintetizado de la obra), como al derecho procesal civil en general. Es indudable que semejante introducción está llamada a prestar un inestimable servicio a los prácticos, no siempre provistos de formación doctrinal suficiente,

<sup>1</sup> Y al ser forzosamente restringida la difusión de los trabajos sobre derecho procesal provincial, cuando beneméritos espíritus se deciden a componerlos. Es indudable, por ejemplo, que los *Comentarios* de Podetti al código de procedimiento civil de Mendoza están a cien codos de los de Manresa a la ley de enjuiciamiento española, del mismo modo que el código de procedimiento penal redactado para Córdoba por Soler y Vélez Mariconde es muy superior al código argentino para la justicia federal; pero igualmente indudable es que ni han alcanzado ni alcanzarán la difusión de los citados textos de órbita nacional.

<sup>2</sup> Cfr. *Miscelánea de libros procesales*, en esta Revista, 1943, 2ª parte, p. 203, nota 6

<sup>3</sup> Dicho volumen III abarcará, en efecto, desde el art. 5 al 75.

y con frecuencia recelosos cuando no es uno de los suyos quien tales enseñanzas les brinda, ya que Pereira Braga les ofrece un panorama de conceptos, principios y sistemas fundamentales, como cimiento sobre el que su construcción se alza y como anticipo para su mejor inteligencia. En ese sentido, el volumen, que por razón de su contenido y estructura<sup>4</sup> forma un territorio autónomo, constituye un gran acierto, y precisamente su existencia habría permitido descongestionar en no pequeña medida los siguientes. Como rasgo saliente de este tomo, destaquemos el acentuado antiorialismo de su autor (cfr. pp. 123-72).

En el volumen II se inicia la exégesis del código, y a la par que el prolijo examen de los cuatro primeros artículos, como antes dijimos,<sup>5</sup> se abordan cinco "tesis principales", de gran interés todas ellas,<sup>6</sup> pero cuyo nexa con aquéllos no siempre es directo, hasta el extremo de que a veces se siente la impresión de que la norma legal no es la causa y el destino del comentario, sino la ocasión y el pretexto para una labor, no diré que de mayor envergadura, pero sí de índole diversa, que quizá por timidez o por modestia el doctor Pereira Braga no se haya decidido a plantear en el tipo de libro adecuado para ese objeto. Desde el punto de vista de su orientación doctrinal, la *Exegese*, aun recogiendo en primer término la literatura nacional, como era obligado, ha de encasillarse entre los libros sometidos a la vigorosa influencia del procesalismo italiano y, dentro de él, a la del insuperable triunvirato formado por Chiovenda, Carnelutti y Calamandrei; en cambio, el derecho procesal alemán está representado, salvo aisladas referencias a media docena más de nombres, exclusivamente por Goldschmidt; y pese a la decantada solidaridad continental, puede decirse que se ha prescindido del floreciente procesalismo de otros países de América: dos incidentales citas de un artículo de Alsina,<sup>7</sup> con mención de Lascano en una de ellas, y otra re-

<sup>4</sup> Que es la siguiente: I. Utilidad de las codificaciones; II. Requisitos de las codificaciones (conciencia, técnica, sistemática); III. Prestación jurisdiccional del Estado; IV. El problema jurisdiccional y los sistemas políticos; V. El problema procesal brasileño; VI. Unidad de la magistratura; VII. Unidad de la legislación procesal; VIII. Requisitos primordiales y principios informativos del proceso (verdad, simplificación, brevedad, economía); IX. Concepción privatista y concepción publicista del proceso; X. Principio dispositivo y principio inquisitivo; XI. Poderes de actuación del juez (inspección, concesión o denegación, abreviación, designación, represión, apreciación de la prueba, iniciativa); XII. Sistemas procesales (orígenes del proceso oral, conceptualización del proceso oral, análisis y crítica de los principios oralistas —desarrollados en ocho números—); XIII. Plan de la obra (ya enunciado).

En el sumario precedente, los números romanos indican los capítulos, y entre paréntesis recogemos sus divisiones interiores.

<sup>5</sup> Se refieren tales artículos: a la aplicación del nuevo código a todo el territorio brasileño (1); al interés en accionar y a la acción declarativa (2); al abuso procesal (3) y a la extrapetición (4).

<sup>6</sup> A saber: derecho de acción, sus presupuestos y condiciones; interés en actuar; acción declarativa; abuso de derecho e ilícito procesal; identificación de las acciones (cfr. p. 1 del tomo I).

<sup>7</sup> *El nuevo régimen procesal en el Brasil* (en "Revista Forense", vol. 81, p. 313), en las pp. 76 y 135 del vol. I de la *Exegese*.

lativa a Eduardo Augusto García,<sup>8</sup> es todo lo que de la literatura argentina se recoge... y es el país que mejor librado sale. Y sin embargo, el *Tratado* de Alsina, los admirables folletos del venezolano Loreto, o los *Fundamentos* del uruguayo Couture, calificados como lo mejor en su género "no sólo en español, sino en las demás literaturas",<sup>9</sup> bien merecían, aunque fuese sólo a título de reciprocidad,<sup>10</sup> haber sido tomados en consideración con frecuencia. Por motivos que ignoro, no pocos procesalistas brasileños —el caso de Pereira Braga no es único ni mucho menos—, se sienten más cerca de Europa que de América, y sea desdén, olvido o desconocimiento, su actitud en este punto me parece falta de cordialidad, de justicia y hasta de elegancia. Permítanme, pues, los colegas brasileños que con mi rudeza castellana y animado sólo por el altísimo aprecio en que tengo su producción, les señale la necesidad de rectificar esa tendencia equivocada.

- 23) MÉNDEZ CALZADA, LUIS: *La jurisdicción fiscal y contencioso fiscal en la primera época de la independencia*. (De los "Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata"). Editorial Jurídica Argentina. Buenos Aires, 1943. 44 pp.

P. 186

El doctor Méndez Calzada, que aunque profesor de derecho civil profundizado en la Universidad de La Plata, no es la primera vez que se ocupa, con tan sólida documentación como nitidez expositiva, de historia del derecho procesal argentino,<sup>1</sup> anticipa en este folleto un capítulo del libro suyo, próximo a publicarse, sobre el tema *La función judicial en las primeras épocas de la independencia*. Quiere decir que en fecha cercana tendremos la obra íntegra a nuestra disposición para comentarla con una amplitud y una tranquilidad de que hoy, materialmente agobiados por trabajos apremiantes, no disponemos. Adelantaré, sin embargo, para ponerme a tono con el carácter del estudio reseñado, que su lectura logra por completo la finalidad que la anticipación de pasajes o fragmentos de un libro debe llenar, o sea, la de despertar el interés por conocer la totalidad del trabajo.

<sup>8</sup> *El nuevo Código de Procedimiento Civil del Brasil* (en "Revista Forense", vol. 81 p. 319), en la p. 154.

<sup>9</sup> La apreciación transcrita es del profesor de la Universidad de La Habana, Dr. Antonio Díaz Pairó, en "Revista Cubana de Derecho", 1943, pp. 147-8.

<sup>10</sup> Puesto que los tres se hacen eco en sus libros de la producción brasileña, sin contar con la acogida que tanto Alsina como Couture han dispensado en las columnas de las revistas que dirigen a los juristas brasileños. Nuestro reproche en este punto se dirige al volumen de Pereira Braga aparecido en 1943, ya que en cuanto a los otros dos, es muy posible que no tuviese tiempo de hacerse eco en ellos de los libros de Alsina (tomo I) y Couture, que vieron la luz en 1942.

<sup>1</sup> Aludimos a su folleto *Los fundamentos de las sentencias. Ensayo sobre la evolución de la vida judicial argentina* (Buenos Aires, 1941, 49 pp.).



- 24) MANTERO, Heriberto: *El tratamiento correctivo de la peligrosidad sin delito en la ley de 22 de octubre de 1941*. (Versión taquigráfica de las disertaciones del Dr. — en el Salón de actos de la Escuela de Funcionarios Penales). Talleres Gráficos de Institutos Penales. Montevideo, 1943. 55 pp.

P. 187

Aun cuando el doctor Mantero se ocupa en sus conferencias casi exclusivamente de la parte que pudiéramos llamar substantiva de la ley uruguaya sobre vagancia, mendicidad y estados afines,<sup>1</sup> debida a la iniciativa del doctor Juan Carlos Gómez Folle, Director General de Institutos Penales en la República Oriental, la circunstancia de que dicho texto, lo mismo que su modelo y antecedente español, o sea, la ley de 4 de agosto de 1933, contenga una reglamentación procesal *ad hoc*, distinta de la seguida para el enjuiciamiento de los delitos, justificaría esta llamada de atención en una "Revista de Derecho Procesal". Porque si bien la implantación de ese nuevo y peculiar procedimiento no resultaba, a mi entender,<sup>2</sup> absolutamente indispensable ni en España ni en el Uruguay, no es menos cierto que su adopción responde al deseo de arbitrar un mecanismo procesal adecuado para la lucha contra el estado peligroso sin delito. En esta dirección, y sin perjuicio de reiterar mi convicción cada día más arraigada de que el derecho procesal penal es, ante todo y sobre todo, rama del derecho procesal y no prolongación del derecho penal,<sup>3</sup> el examen de la citada ley en su aspecto material, tal como lo realiza el doctor Mantero, tiene para el procesalista el interés de revelar la causa, presupuesto o razón de ser de las instituciones que caen en su zona de observación. Por otra parte, como español, he leído este folleto, como antes el del doctor Méndez Calzada, con la más viva simpatía: el de éste, porque aunque radicado y vinculado su autor a la Argentina desde hace muchos años, es la obra de un compatriota que en su cuerda ideológica coincide con la mía, y el del doctor Mantero, porque la ley que con tanta sagacidad examina, es hija de la que dos penalistas españoles —los profesores Jiménez de Asúa, hoy en Buenos Aires, y Ruiz-Funes, en la actualidad en México— compusieron en 1933 y porque en sus disertaciones se rinde justiciero homenaje no sólo a ellos, sino asimismo a esas dos cumbres de la Ciencia penal española que se llamaron doña Concepción Arenal y don Pedro Dorado Montero. (AD.: Tanto Ruiz-Funes como Jiménez de Asúa pertenecen ya a la interminable y acusadora lista de españoles insignes muertos en el exilio: aquél en 1953 y éste en 1970.

<sup>1</sup> Para el estudio de su parte procesal, véase mi trabajo *El sistema procesal de la ley relativa a vagos y maleantes* (en "Ensayos de Derecho Procesal", Buenos Aires, 1944, pp. 228-31), núm. 33.

<sup>2</sup> Cfr. ob. y vol. antes citados, núm. 30, pp. 221-2.

<sup>3</sup> Cfr. *Miscelánea de libros procesales*, en esta Revista, 1943. 2ª parte, pp. 391-2.

- 25) **PODETTI, J. Ramiro:** *Legislación en materia de costas*. "Asociación de Abogados de San Juan". San Juan, 1944. 27 pp.

*Pp. 187-188*

Reproduce este folleto la magnífica conferencia que bajo los auspicios de la "Asociación de Abogados de San Juan" dio su autor el 11 de noviembre de 1943. Como dicha conferencia fue ya reseñada en esta Revista,<sup>1</sup> nos limitaremos a destacar su publicación, patrocinada, dando con ello un admirable ejemplo de fortaleza moral frente a la cruel destrucción de su ciudad, por el consejo directivo de la entidad organizadora, y a recomendar con insistencia su lectura, siempre beneficiosa, como la de toda la producción del ilustre procesalista mendocino.

- 26) **SOSA LOYOLA, Gilberto:** *La tradición jurídica de San Luis. Una centuria: 1844-1944*. Prefacio de Alberto Godoy Colombo. "Instituto Cultural Joaquín V. González". Buenos Aires, 1944. 205 pp.

*Pp. 188-190*

Quizá no sea yo, cultivador del seco tecnicismo procesal, el comentarista más a propósito para este libro tan jugoso. Pero a la vez, imposible desentenderme de un volumen que si, como proclama su autor (cfr. p. 17), "no es una historia institucional propiamente dicha" y sí tan sólo "un conjunto de monografías sueltas", ofrecía para mí, precisamente por razón de su línea quebrada y por la agilidad de su estilo, el aliciente de arrancarme a la continuidad y solemnidad de sistemas y dogmas procesales y la ventaja de proporcionarme la siempre eficaz medicación del cambio de clima. Mas no se crea, por lo que acabo de afirmar, que nos encontremos, por ejemplo, ante una colección de reportajes de marco provinciano. En modo alguno: el libro de Sosa Loyola lo integran (puesto que entre ellos no media más nexo que el reflejado en el título) una serie de trabajos<sup>1</sup> auténticamente científicos, escritos con calor de hogar, en vez de con frialdad de laboratorio, y el interés de varios de ellos rebasa con mucho el ámbito local.

<sup>1</sup> 1943, 2ª parte, pp. 432-3, donde se transcribieron además las conclusiones, que ahora se recogen en las pp. 26-7 del folleto.

<sup>1</sup> Cuyo índice es el siguiente: I. Introducción; II. La tradición jurídica de San Luis; III. Orígenes y centenario del Poder Judicial de San Luis; IV. La Constitución alberdiana de San Luis del año 1855; V. Una época memorable en la vida jurídica de San Luis (Influencia del jurista mendocino doctor Manuel A. Sáez); VI. Primeros pasos de la justicia federal en la provincia (Judicatura nacional v. Soberanía provincial); VII. El código procesal único de 1878; VIII. La época de los códigos orgánicos; IX. Las aproximaciones históricas: Vélez Sársfield y San Luis; X. Los dos Llerena: El doctor Juan Llerena, el constituyente de la unidad nacional; El doctor Baldomero Llerena, el civilista vilipendiado; XI. Un vigoroso reformador de instituciones: el doctor Tomás Jofré; XII. El Poder Judicial de San Luis y su reforma; XIII. Apéndice documental.

De los estudios relacionados con el derecho procesal, que, como es natural, son los que más han retenido mi atención, y además los únicos susceptibles de análisis en una revista consagrada a la citada disciplina, destaca con singular relieve el dedicado al doctor Tomás Jofré, fundador de aquél en la Argentina, como con entera justicia lo ha proclamado otro insigne procesalista puntano.<sup>2</sup> Sosa Loyola traza un magnífico retrato del gran jurista, que como herencia inestimable legó a su patria, además de su formidable labor científica, de la que arranca la renovación vigorosa del procesalismo argentino, los códigos de procedimientos penales de su provincia natal, San Luis, y de su provincia de adopción, Buenos Aires.<sup>3</sup> En la biografía que comentamos, el relato, a grandes pinceladas, de su vida y de su actividad legislativa o codificadora, han merecido mayor atención que su labor científica, a la que sólo incidentalmente se alude, acaso por suponerla más conocida o menos ameno su examen como materia de una conferencia.

Por lo mismo que el libro de Sosa Loyola me ha causado la más grata impresión, séame permitido también mostrar en unas cuantas notas mi discrepancia frente a un corto número de afirmaciones harto discutibles,<sup>4</sup> de

<sup>2</sup> A saber, J. Ramiro Podetti, a quien si por razón de residencia hemos calificado de mendocino en la reseña precedente, es puntano por su nacimiento. Véase su folleto *El Dr. Tomás Jofré, fundador del Derecho procesal argentino* (Mendoza, 1937). La misma opinión acerca del papel desempeñado por Jofré se expresa, entre todos, por Alsina (*Tratado*, vol. I, p. 60) y por Sentís Melendo (*La ciencia procesal argentina*, en esta Revista, 1943, 2ª parte, p. 34). Recordemos además que tanto el *Primer Congreso Nacional de Ciencias Procesales*, reunido en Córdoba en 1939, como el también *Primer Congreso Argentino sobre Oralidad en los Juicios*, celebrado en Buenos Aires en 1942, propusieron homenajes a su memoria, que eran otros tantos reconocimientos colectivos de la trascendental misión por él cumplida (cfr. pp. 405 y 37 de los correspondientes volúmenes, impresos, respectivamente, en Córdoba y La Plata, ambos en 1942).

<sup>3</sup> Ambos han estado a punto de ser sustituidos o por lo menos reformados: el de Buenos Aires, en 1943, para ser reemplazado por el texto redactado por los doctores Eusebio Gómez y Rodolfo Moreno (cfr. los volúmenes titulados *Proyecto de Ley: Organización de la Justicia en Materia Penal* y *Proyecto de Ley: Código de Procedimientos en Materia Penal*, La Plata, 1935); y el de San Luis, primero en 1941 y luego en 1944, en virtud de iniciativas de reforma emanadas la una del Gobernador Sr. Mendoza y la otra de la presente Intervención federal (cfr. el folleto editado por el "Colegio de Abogados de San Luis" con el título *Las intervenciones federales no pueden legislar ni reformar códigos*. San Luis, 1944, pp. 9 y 19).

<sup>4</sup> Por ejemplo: la de que la idea del código procesal único (como el de San Luis de 1878) sea una antigualla (cfr. p. 97): bastaría citar el *Retsplejelov* danés (literalmente, ley de asistencia jurídica) de 1916, en vigor desde 1919, que agrupa la organización judicial y el proceso civil y el penal dentro de un conjunto normativo, que ni por su fecha ni por su orientación y técnica merecen el despectivo título del doctor Sosa Loyola, para que su creencia hubiese de ser puesta en tela de juicio. Otro botón de muestra: según el autor, en 1884 la conciencia jurídica argentina en materia procesal era "arraigadamente española y conservadora en cuanto al procedimiento civil, y en lo que respecta al criminal imbuida de una gran corriente liberal anglosajona" (cfr. p. 113); pues bien, o Sosa Loyola y yo tenemos de lo liberal y lo conservador en el terreno procesal conceptos diametralmente opuestos, o me parece que no está en lo cierto al presentar como conservadora a la ley española de 1855 (a la que seguramente alude), cuyo mayor defecto es, a todas luces, su excesivo liberalismo (desbordamiento del principio dispositivo); en cuanto

apreciaciones a mi entender injustas<sup>5</sup> y de olvidos manifiestos,<sup>6</sup> ya que en su mayoría, aunque —lo reconozco— sin propósito deliberado, afectan a instituciones, leyes y autores españoles. Estoy de antemano convencido de que el doctor Sosa Loyola no se molestará ni extrañará de que asuma *ex officio* una defensa tan honrosa.

al influjo de la corriente liberal anglosajona sobre el procedimiento penal argentino, bastaría una tabla de concordancias para demostrar que con excepción del código de Córdoba y de su filial el de Santiago del Estero, que se inspiran en la legislación italiana, todos los demás del país han tomado de las leyes de enjuiciamiento españolas muchísimo más que del derecho inglés o norteamericano, al menos de manera directa. Tampoco creo que la intervención del querellante particular, cuyas ventajas o inconvenientes no me es posible examinar aquí, pueda presentarse como “el sistema de la bárbara *vendetta*” (cfr. p. 174), aunque en este punto el doctor Sosa Loyola no haga sino repetir lo que autores como Finzi, Fontecilla, Rivarola, Vélez Mariconde, etc., han dicho a ese propósito (sobre la cuestión, cfr. Alcalá-Zamora y Castillo y Levene (h.): *Derecho Procesal Penal* —próximo a publicarse—, vol. I, cap. IX, núms. 21-4). Finalmente, en orden al secreto del sumario y al sistema de pruebas legales (cfr. pp. 170-2) me parece, y no es defender ni aquél ni éstas de manera absoluta, que sin duda arrastrado por Voltaire, Anatole France y Dostoievski, el doctor Sosa Loyola ha cargado las tintas con exceso (recordaré tan sólo, que Carnelutti, que no es un literato sino un procesalista, ha puesto de relieve en fecha tan reciente como 1936 —cfr. *Sistema*, núm. 305— la profunda razón de ser de las pruebas legales). *AD.*: Código procesal único lo es también, y de excelente factura, el sueco de 1942-48, comentado por mí en su momento: véase *infra*, reseña 98. *Derecho Procesal Penal* de Alcalá-Zamora y Levene: se publicó, en efecto, en tres tomos, en Buenos Aires, 1945.

<sup>5</sup> Como cuando llama “vetusto tratadista” a D. Manuel Colmeiro (cfr. p. 153) y, sobre todo, cuando en la página 112 estampa el siguiente pasaje: “Ineluctablemente teníamos que oír al viejo Caravantes con su voz engolada, con estilo vestido de negro, creyéndose percibir el roce de una solemne toga de amplios pliegues. Tenían que seguirle los Manresa y los Reus, astros de menor magnitud de aquella constelación de formulistas españoles de mediados y fines del pasado siglo, cuyos dichos y opiniones de larga tirada, han devorado tanto papel sellado en las Curias hispanoamericanas hasta hoy...”

El doctor Sosa Loyola ha hecho en estas líneas una descripción mucho más literaria que histórica: Caravantes fue un hombre modesto, formidable trabajador, que hace cerca de un siglo escribió una obra monumental para su época... y para tanto tiempo después, que no ha sido todavía superada en lengua castellana y que constituye para el práctico, por su estilo, que no tiene nada de fúnebre y por su tono, que no sé dónde ocultará el engolamiento, un inestimable texto de consulta, en el que se resuelven multitud de cuestiones. Alinearlo con Manresa y con Reus, que, esos sí, fueron auténticas calamidades, y cargarle encima la culpa de los abogados que por ineptitud o comodidad prefieren copiar y no extraer las opiniones que invocan, me parece, lo repito, injusticia flagrante.

<sup>6</sup> Por ejemplo: cuando al referirse a la abolición de ciertos “viejos ritos procesales” sostiene que fue “Francia como siempre” quien en 1896 dio el ejemplo de humanización de sus leyes (cfr. p. 173). Dejando aparte, porque sería motivo de enojosa polémica, lo de que haya sido *siempre* Francia quien haya dado los ejemplos de humanización en sus leyes, y haciendo asimismo abstracción de los métodos execrables a que allí con frecuencia se acude para arrancar confesiones a los presuntos culpables (a saber, el interrogatorio extenuante y el brutal apaleo), me basta para mi propósito con recordar al doctor Sosa Loyola que las novedades (?) introducidas en Francia en 1896 se encontraban desde catorce años antes en la ley de enjuiciamiento criminal española de 1882, el código procesal penal más liberal de su época y de otras posteriores. Esto lo sabía perfectamente Jofré, cuyo código de procedimiento penal para la Provincia de Buenos Aires, se inspira, en mayor medida que en cualquier otro texto legal, en la citada ley española, de la que

27) FINZI, Marcelo: *Quiebra culpable y relación de causalidad*. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1944. 37 pp.

*Pp. 190-192*

El antiguo profesor de la Universidad de Módena, hoy acogido a la hospitalidad argentina como secretario del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Córdoba, recoge en este folleto las conclusiones que durante los años 1941 y 1942 expusiera en el "Curso práctico de derecho penal comparado" organizado por el susodicho centro de estudios (cfr. pp. 3-4). El problema que en él se plantea, no es a primera vista procesal, ya que se circunscribe a resolver la cuestión del nexo causal "con respecto a algunos casos de *quiebra culpable*" (cfr. p. 4), aun cuando las enseñanzas de la investigación se extienden asimismo a la de naturaleza *fraudulenta*, objeto de continuas referencias (véanse las pp. 5, 6, 10-18, 20, 22-26, 32-34); pero pese a la invasión desbordante de los mercantilistas,<sup>1</sup> la quiebra es de tal manera una institución predominantemente procesal<sup>2</sup> —y otro tanto ha de afirmarse del curso de acreedores, en los países donde exista dualidad ejecutiva general—, que resulta difícilísimo abordar algún aspecto de ella sin que en seguida surjan repercusiones o derivaciones procesales.

Tal sucede con el tema de este interesantísimo trabajo,<sup>3</sup> que ha obligado incluso ha transplantado literalmente muchísimos preceptos y párrafos. Resulta por ello extraño que por tres veces (cfr. pp. 163, 178 y 180) el doctor Sosa Loyola recoja la frase del doctor Absalón Rojas al calificar a Jofré como el último libertador argentino en el orden jurídico, si con ello se quiere significar que renegara o rompiera con el derecho español. Lo que hizo Jofré fue evitar el gravísimo error de Obarrio al componer el código para la justicia federal, cuando teniendo dos modelos españoles a su disposición, uno malo —ley de 1872— y otro, no ya bueno, sino magnífico (aunque con el tiempo haya sido superado en sistema y técnica, más no en espíritu) —ley de 1882— prefirió inspirarse en el primero. Para mostrar el influjo de la ley de 1882 en el código bonaerense, me bastará mencionar, y con ello suplo además una laguna informativa de mi trabajo *El juicio penal truncado del derecho hispano-cubano* (en "Ensayos de Derecho Procesal", pp. 411-500), que el procedimiento correccional ideado por Jofré (arts. 432-4) es un calco del art. 655 de aquélla. *AD.*: Juicio penal truncado: adicionado y reimpresso como *El allanamiento en el proceso penal* (Buenos Aires, 1962).

<sup>1</sup> Tan profundamente arraigada en Italia, que ni siquiera la redacción del nuevo código de procedimiento civil ha sido ocasión para incluir en él su regulación procesal, que, dicho se está, es la parte normativamente más extensa de la institución (cfr. sobre ello, Alcalá-Zamora y Castillo, *Indicaciones acerca del nuevo código de procedimiento civil italiano*, en la traducción del *Sistema de Carnelutti*, vol. I, Buenos Aires, 1944, núm. 8, pp. 405-6). *AD.*: *Indicaciones nuevo cód. proced. civ. italiano*: reproducidas en mis "Ests. Procs.", *cits.*, pp. 337-65.

<sup>2</sup> Aunque con una parte de derecho privado y otra de derecho penal, lo que puede justificar la existencia de una ley y de una disciplina autónomas como en Alemania (cfr. Kisch, *Grundriss des deutschen Konkursrechts*, 6ª y 7ª eds., Mannheim, 1929, p. 3), pero no que los mercantilistas se apropien el procedimiento de quiebra.

<sup>3</sup> Para resolver el problema del nexo causal con respecto a la quiebra culpable, Finzi toma en consideración, de entre los hechos señalados por la ley como constitutivos de conducta culposa en el fallido, los *gastos excesivos* y las *pérdidas en el juego*, y formula la

a su autor a dilucidar como problema previo, en un "amplio paréntesis" (cfr. p. 32) que abarca la casi totalidad del folleto (pp. 5-32), el de la ley penal que rija la quiebra culpable y, enlazado con él, a ocuparse con extraordinaria sagacidad de algo tan procesal, como el juicio de calificación. Dejando al margen el aspecto meramente penal, aunque no sin antes proclamar que la argumentación de Finzi (cfr. pp. 18-20 y 27-29) en cuanto a la derogación tácita sufrida por el artículo 177 del código penal al entrar en vigor el 169 de la ley de quiebras de 1933 (núm. 11.719) me ha convencido plenamente, me detendré a considerar el singularísimo momento procesal que representa la calificación en los juicios universales de concurso y de quiebra.<sup>4</sup>

Si como afirma el artículo 1300 de la ley española de enjuiciamiento civil, la calificación "se entenderá sólo para los efectos *civiles*" ¿por qué prosigue diciendo que "el juez mandará proceder contra él (el concursado) criminalmente en la misma pieza"?; y si como opina Finzi, y nosotros con él, "la calificación de la quiebra no debe ser obligatoriamente previa a la acción criminal contra el fallido" y si además el juez del crimen no queda ligado a la declaración del juez de comercio (cfr. pp. 14-5) —que sería, agregamos en este sentido, un mero accertamiento y no una condena—, ¿qué finalidad satisface dicho trámite? En otros términos, ¿cuál es el significado de la calificación?

De ser vinculatoria, y evidentemente no lo es, ni en la Argentina ni en España,<sup>5</sup> entonces se produciría, a mi entender, una escisión o reparto de actividad jurisdicente análogo al que se manifestaba entre jueces legos y profesionales dentro del tribunal del jurado de la ley española de 1888: el

siguiente pregunta: "Para aplicar la disposición legislativa ¿es necesario demostrar que media un nexo causal entre los gastos excesivos o las pérdidas en el juego y la quiebra que se realizó? O, a lo menos, la comprobación por hechos ciertos de que dichos gastos o pérdidas no han sido la causa de la quiebra ¿impide la aplicación de la norma legislativa?" La contestación —prosigue—, puede darse conforme al art. 177 cód. pen. o conforme al art. 169 ley de quiebras.

<sup>4</sup> Me refiero a España, donde son objeto de calificación, tanto el concurso (art. 1300 l. e. civil), como la quiebra (arts. 1386 l. e. civ., 1143 del cód. de comercio de 1829 y 895-7 del vigente de 1885), y a la Argentina, donde se rompe en este punto la unidad esencial de ambas instituciones, y se exige tan sólo la calificación para la quiebra (art. 178 de la ley 11.719, y acerca de él, Raymundo L. Fernández, *Fundamentos de la quiebra*, Buenos Aires, 1937, núms. 426-31).

<sup>5</sup> En la Argentina, "el art. 178 de la actual ley de quiebras ha cortado toda discusión, estableciendo que el hecho de que el juez califique la quiebra de *casual*, no impide la formación del proceso ante la justicia represiva, la cual no queda obligada por la calificación de culpable o fraudulenta que haga aquél" (Fernández, *ob. cit.*, núm. 428). En España, véase el art. 897 del cód. com. vigente, en relación con la quiebra *fortuita*.

La calificación tampoco es necesaria, en la Argentina, como "condición objetiva de punibilidad", bastando a tal fin la mera declaración (cfr. Finzi, pp. 35-7). que es la que hoy día funciona como cuestión prejudicial (cfr. arts. 176 cód. penal, en relación con el 1430 cód. com.). En España, en cambio, "en ningún caso, ni a instancia de parte ni de oficio, se procederá, por los delitos de quiebra culpable o fraudulenta, sin que antes el juez o tribunal haya hecho la declaración de quiebra y la de haber méritos para proceder criminalmente" (art. 896 cód. com. de 1885).

juez civil o comercial efectuaría mediante su calificación el pronunciamiento relativo a *culpabilidad*, que haría las veces del *veredicto* de los jurados, mientras que el juez penal resolvería con su *sentencia* acerca de la *penalidad*.<sup>6</sup> Pero, al no ser vinculatoria, y es más: ni siquiera prejudicial hoy día en la Argentina,<sup>7</sup> sólo caben, en mi opinión, dos interpretaciones: a) estimar que la calificación es una *condición necesaria de procedibilidad*, que ha de llenarse para dejar expedito el camino al juez penal, y en tal caso nos encontraríamos ante una diligencia con efectos análogos a la indispensable autorización para enjuiciar a personas amparadas por alguna inmunidad o privilegio, puesto que si bien no envolvería vinculación o prejuizgamiento en cuanto al fondo, sí alzaría un obstáculo procesal, de previa remoción, y b) reputar que a efectos penales tiene tan sólo el valor de un *dictamen*, a la manera de los que tanto en la Argentina como en España ha de emitir con frecuencia el ministerio público<sup>8</sup> en asuntos civiles, y destinado a ser, por un lado, un utilísimo aunque no imprescindible antecedente para el juez penal y, por otro, a funcionar como criba o freno para evitar la apertura de procesos criminales de quiebra faltos de fundamento. Esta es la tesis de Fernández,<sup>9</sup> a la que parece adherir Finzi.<sup>10</sup> Por nuestra parte, creemos que, como solución de *lege ferenda*, cabría llegar, en ésta y en alguna otra hipótesis,<sup>11</sup> a la unificación o refundición del proceso civil y el penal, de tal modo que un solo juzgador, mediante una doble sentencia,<sup>12</sup> decidiese ambas facetas de la quiebra, con lo que el principio de unidad jurisdiccional serviría para evitar dilaciones y pugnas en estos tipos de conflicto mixto, doble o complejo, como quiera llamársele. Y de no ir tan lejos, podría por lo menos conseguirse una simplificación procedimental considerable erigiendo la

<sup>6</sup> Naturalmente, esta solución es contraria a la independencia funcional del juzgador, que se encontraría con su poder jurisdiccional mediatizado; pero tal hipótesis no sería la única en que semejante contingencia se produjese (lo mismo sucede al actuar el Jurado pp. 472-3 del volumen de "Ensayos"). AD.: Véase *supra*, AD. a la nota 6 de la reseña 26.

<sup>7</sup> En efecto, el art. 176 cód. penal, en relación con el 1430 del de comercio, ha venido a derogar lo dispuesto por el art. 1104, caso 2º, del cód. civil.

<sup>8</sup> E incluso, en España, el juez alguna vez: cfr. mi *Adición de Derecho Español al número 487 del "Sistema" de Carnelutti*.

<sup>9</sup> *Ob. cit.*, p. 906, nota 124, mencionada por Finzi en la p. 15, nota 10 de su folleto. De las dos interpretaciones en mi opinión posibles, la primera es la adoptada para la quiebra por el antes transcrito art. 896 del cód. com. español (*supra*, nota 5), mientras que la segunda sería la del derecho argentino (cfr. notas 5 y 7).

<sup>10</sup> "...a pesar de que la calificación hecha por el juez de comercio no obliga al juez del crimen (art. 178 ley de quiebras), resulta muy oportuno que sean llevadas a conocimiento del juez penal solamente aquellas quiebras cuya culpa o fraude el juez de comercio haya podido averiguar". P. 31.

<sup>11</sup> Me refiero a los casos de divorcio en virtud de injurias graves, atentados contra la persona, contagio venéreo o bigamia: cfr. mi estudio *El divorcio en Cuba* (en "Ensayos", pp. 141-2). Por otra parte, aunque desde otro ángulo, el ejercicio conjunto de acción penal y acción civil en un mismo proceso sería también un antecedente a retener para la solución que postulamos.

<sup>12</sup> A manera de lo que sucede en el sistema español de casación (por *error in iudicando*) sin reenvío (cfr. arts. 1745 l. c. civil y 902 l. c. criminal).

pieza de calificación en sustitutivo del sumario, de tal manera que se eliminase (salvo alguna diligencia ampliatoria indispensable) la instrucción y se procediese directamente al juzgamiento. Finalmente, partiendo de la distinción que Carnelutti establece entre la ejecución singular, en la que el deudor *puede cumplir pero no quiere*, y la concursuaria, en la que, por el contrario, *quiere pero no puede*,<sup>13</sup> resulta anómalo a más no poder que se requiera el trámite de calificación para ésta siempre y para aquélla nunca, cuando el incumplimiento del obligado puede obedecer a circunstancias fortuitas en la primera y responde con frecuencia a dolo manifiesto en la segunda.

Acaso audaces, quizá equivocadas, tales son algunas de las reflexiones que el folleto de Finzi, pequeño en superficie, grande en profundidad, me ha sugerido.

- 28) BLASCO Y FERNÁNDEZ MOREDA, FRANCISCO: *Tomás Moro, criminalista (Su ideario político-penal)*. Prólogo de Luis Jiménez de Asúa. Editorial "La Ley". Buenos Aires, 1943. 155 pp.

*Pp. 279-281*

Comenzaré por declarar que me une con el autor de *Tomás Moro, criminalista*, una vieja amistad, surgida en las aulas universitarias y resurgida luego durante la fantástica travesía Francia-América que a ambos nos cupo en suerte, o en desgracia, efectuar a todo lo largo del año 1941. Pero ese vínculo afectivo no me ha hecho desviarme lo más mínimo del propósito de ecuanimidad estricta que al encargarme de estas deshilvanadas misceláneas me impuse. Si el libro de Blasco hubiese sido malo o inconsistente, su propio asunto me habría brindado cómodo pretexto para desentenderme de él en una revista procesal; si de él me ocupó, aunque con involuntario retraso,<sup>1</sup> es porque, con absoluta prescindencia del nombre que encabeza la portada, considero que se trata de una obra de elevadísimo valor científico, que consagra una vocación y que a su autor le marca, más que un rumbo, un destino y la obligación de proseguir por la senda emprendida.<sup>2</sup> (AD.: Rindo el más

<sup>13</sup> Cfr. *Sistema*, núm. 437. Digamos, sin embargo, con todo el respeto que nos merece la opinión del eminente procesalista, que su distinción resulta difícilmente referible al quebrado fraudulento.

<sup>1</sup> Porque no obstante haber sido quien primeramente opinó sobre el trabajo de Blasco, que tuvo la deferencia de recabar mi parecer cuando aun se encontraba manuscrito, en 1941, un conjunto de circunstancias adversas ha hecho que hasta fines de agosto de 1944 no haya dispuesto de un ejemplar impreso, que en el estado actual de las comunicaciones postales fue de Buenos Aires a Méjico, para desde allí retornar a estas tierras.

<sup>2</sup> En este sentido, el exilio, que sea cual fuere el signo bajo el que se emprenda es siempre doloroso, le va a permitir a Blasco (y su caso no es único, puesto que aquí mismo, en la Revista, tenemos otro ejemplo: el del doctor Sentís) desenvolver su verdadera



emocionado recuerdo a la memoria de mi viejo y querido condiscípulo, muerto como exiliado en Argentina y que no sólo logró conquistar a pulso prestigio científico como penalista e iusfilósofo, sino que en momentos sumamente difíciles de su vida, a raíz del fallecimiento de su padre siendo él muy joven, supo afrontar la existencia suya y de su familia con un tesón y una dignidad auténticamente impresionantes, trabajando en ocupaciones modestísimas. Véase acerca de él, Manuel de Rivacoba, *Consunción y tránsito de un jurista ejemplar: Francisco Blasco y Fernández de Moreda, 1906-1974*, en "La Ley" —Buenos Aires—, 17 de junio de 1974, pp. 1-6.)

Blasco se ha propuesto estudiar, como el subtítulo del volumen indica, las ideas jurídico-penales del canciller inglés en su famosa *Utopía* (ed. príncipe, Basilea, 1518), frecuentemente comparadas, "en la notoria oposición que las caracteriza" (p. 23), con las del dominico italiano Tomás Campanella, en su no menos célebre libro *La Ciudad del Sol* (Francfort, 1623), hasta el punto de que con poco esfuerzo y escasas modificaciones, la monografía habría podido extenderse a este último.<sup>3</sup> En todo caso, desbrozado ya el camino, confiemos en que Blasco nos brinde en fecha próxima un *Tomás Campanella, criminalista*, que sea digna pareja del estudio ahora dedicado a su tocayo inglés.

Los pasajes de la *Utopía* "en que fundamentalmente se examinan los problemas que engendra el fenómeno de la criminalidad" (p. 27), no son muchos ni muy extensos, pero sí de gran importancia. Por de pronto, su transcripción, que Blasco efectúa en las páginas 28 a 41 del volumen, basta y sobra "para hacer bien patente la equivocación de quienes vieron en él (en Moro) un precursor de los *abolicionistas del derecho penal*" (p. 41).<sup>4</sup> De haberlo sido —agregamos—, habría propugnado asimismo la supresión del derecho procesal penal (dada la naturaleza jurídica y la supeditación teleológica de éste a aquél), o, por lo menos, su tesis habría significado la transformación indispensable del enjuiciamiento criminal para adaptarlo a las exigencias del... *Ersatz* que viniese a reemplazar al *ius puniendi*.

El libro de Blasco, escrito con amenidad cautivadora, analiza el pensamiento de Moro con la natural simpatía<sup>5</sup> de quien lo ha escogido como tema

personalidad, la de penalista y no la que oficialmente revistió en España, de funcionario del ministerio público, aun habiendo ejercido el espinoso cargo con ejemplar dignidad y ponderación durante los dramáticos años de la guerra civil.

<sup>3</sup> Así se lo sugerí, según el autor reconoce y recuerda en la página 23, nota 6; la misma opinión sustenta el prologuista, cuando afirma: "A menudo se refiere a otro gran utopista del Renacimiento: a Campanella, hasta el punto de que sin jactancia pudo considerar su obra como análisis y crítica de las dos *Utopías*" (pp. 8-9).

<sup>4</sup> Y añade: "¡Existe una gran distancia entre Moro, hombre sensible a las desgracias humanas, dotado de un espíritu generoso y humanitario, mas no desligado por completo de su época en muchos extremos (aunque en otros se avance sobre su siglo de modo extraordinario), y León Tolstoy, el padre del "anarquismo cristiano", o nuestro Dorado Montero, soñador de un "Derecho protector de los criminales", como sistema preventivo y represivo contra la delincuencia!" (pp. 41-2).

<sup>5</sup> En cambio, es igualmente visible su escasa simpatía, e incluso su franca antipatía

de investigación, pero sin por ello silenciar las fallas que en la *Utopía* se advierten, cual sucede, por ejemplo, con la tan visible contradicción entre razonamientos y conclusión en torno a la pena de muerte.<sup>6</sup> El ideario político-penal del Gran Canciller aparece así examinado con tanta minuciosidad como penetración, y junto a esos rasgos destaquemos la riqueza informativa del volumen, que si, por un lado, revela la formidable preparación con que Blasco se ha lanzado al palenque de las lides científicas, por otro ha servido para iluminar en todos sus aspectos, hasta los más ocultos o minúsculos, los párrafos en que aquél se condensa.<sup>7</sup>

Y ahora a esperar que Blasco, hoy vinculado al acogedor ambiente universitario de Méjico, nos dé pronto nuevas muestras de su capacidad como penalista. Mientras tanto, a través de estas páginas, vaya hacia el condiscípulo de antaño y amigo de siempre, la más cordial, sincera y merecida enhorabuena.

(tal vez por el sentido teocrático de su *Civitas Solis*), hacia Campanella (cfr. pp. 27. 85-90, 93, 103), y a ella, sin duda, obedece la exclusión a que en la nota 3 aludimos.

<sup>6</sup> “Desdeñando todos los razonamientos expuestos (resumidos por Blasco en las páginas 91-4), hijos de su pluma, con palmaria negación del valor absoluto que en las elocuentes frases con que se presentan parece dárseles, Moro se nos muestra partidario de la pena de muerte, por él tan acerbadamente criticada, y llega a proponer su aplicación en ciertos casos, con desproporción notoria entre su gravedad y la de la falta a que la atribuye” (p. 94).

<sup>7</sup> No quiero dejar de señalar una apreciación de la obra, que me ha llamado poderosamente la atención, por lo mismo que me consta el arraigado patriotismo de Blasco. Me refiero al pasaje (cfr. p. 95) en que califica de “temperamento sádico” al insigne Alonso de Castro y le reprocha haber contribuido, con Sprenger y Martín del Río, a desatar “la orgía de sangre que la Reforma y la Contrarreforma implantaron en Europa”. Que un teólogo español del siglo XVI, es decir, del de la Reforma, se muestre severo frente al crimen acaso más grave desde el punto de vista religioso, el de herejía, objeto de su célebre libro *De Justa Haereticorum Punitioae* (Salamanca, 1547), no creo que deba sorprender hasta el punto de tildarse de sádico, como tampoco me parece justo responsabilizarle por una de esas orgías de sangre que la humanidad parece condenada a soportar en distintas épocas y por diversos móviles. Porque si la leyenda negra ha cargado las tintas sobre la Inquisición española, no se le quedan a la zaga, aun suponiendo ciertos cuantos horrores se la imputan, la *Heilige Vehme* y los procesos contra las brujas en Alemania, el *Terror* de la Revolución francesa, ciertos métodos de la justicia en los pequeños Estados italianos (con sus bocas o buzones de la verdad y sus juicios inquisitivos sumarísimos), o, ya en nuestros días, y no por motivos religiosos, sino políticos, sociales o raciales, los procedimientos de exterminio del adversario empleados en la enloquecida Europa, a partir de 1917. Creo, en cambio, que ese título de “Padre de la ciencia penal”, que Blasco asigna a Beccaria (cfr. p. 74, nota 78), le corresponde con mayores merecimientos a Alonso de Castro por su libro *De potestate legis poenalis* (Salamanca, 1551; traducción castellana del prof. Sánchez Gallego, Madrid, 1933). Destaquemos que en singular contraste con Blasco, el italiano Manzini no sólo califica de *panfleto* la obra de Beccaria, sino que pone en tela de juicio la originalidad y aun la paternidad de la misma (cfr. *Trattato di Diritto Processuale Penale*, vol. I, Turín, 1931, p. 16, nota 17). Acerca del pensamiento de Castro, cfr. Marcial Solana, *Los grandes escolásticos españoles de los siglos XVI y XVII: sus doctrinas filosóficas y su significación en la Historia de la Filosofía* (Madrid, 1928), pp. 70-88. AD.: La traducción del libro de Alonso de Castro apareció bajo el título de *La fuerza de la ley penal*, en Murcia y no en Madrid, como por error, ahora rectificado, sostuve en la primitiva versión.

- 29) MORENO, Artemio: *Concepción moderna del proceso penal*. Disertación leída en la sesión del 17 de mayo en la Sociedad Argentina de Criminología. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1944. 31 pp.

Pp. 281-282

¿Es posible exponer en un folleto de treinta páginas un tema de la amplitud y complejidad del desenvuelto en la conferencia que nos disponemos a reseñar? Creemos francamente que no, aun siendo los primeros en reconocer y proclamar la versación del Dr. Moreno en el campo de las ciencias penales y su habilidad para sortear los escollos de una disertación. Pero es que ésta, por su propia índole —de ahí que reputemos más eficaz un cursillo que una conferencia, aunque la segunda pueda resultar más lucida—, tropieza con un límite de tiempo, que impide alcanzar la profundidad indispensable, sobre todo cuando se trata de materia que, lejos de circunscribirse a un territorio acotado y reducido, se conecta y ramifica por zonas sumamente dispares. Por ello, aun seleccionados por el Dr. Moreno unos cuantos tan sólo de entre los múltiples extremos que habría podido englobar bajo epígrafe tan abarcador como el de su conferencia,<sup>1</sup> no ha podido pasar en su examen de un bosquejo, casi diríamos de unas pinceladas: afirmaciones sueltas, enunciados, sugerencias que nos dejan con la miel en los labios, por la galanura del estilo, pero sin que, en términos del malparado derecho (?) internacional, lleguemos a penetrar en el *Hinterland* del tema. Se vislumbra, eso sí, que el autor siente la preocupación de los grandes problemas procesales (quizás, como en el caso de Fontecilla señalamos en una miscelánea anterior —<sup>2</sup>—, con más enfoque de penalista que de procesalista *stricto sensu*) y que se afana por resolverlos acudiendo a las mejores fuentes o propugnando fórmulas con buena dosis de contenido personal (por ejemplo: a propósito del “derecho de acción penal”; pp. 21-26); pero igualmente se percibe que el insuperable obstáculo de la falta de espacio le ha obligado a refrenar la pluma y a dejar una cuestión, apenas explanada, para saltar a otra. Esta falta de desarrollo suficiente dificulta la valoración crítica del folleto, porque no siempre su brevedad permite colegir las derivaciones a que el autor pretenda llegar ni saber con exactitud cual sea su posición a fin de cuentas.

Como el Dr. Moreno tiene desde hace tiempo en el taller un *Derecho Procesal Penal* (planeado en dos tomos, según los informes indirectos que poseo), cuyo primer volumen acaso se haya publicado cuando estas líneas vean la luz, es muy probable que la conferencia comentada sea anticipo, borrador o fragmento de algún capítulo de dicha obra, no sólo más extenso,

<sup>1</sup> He aquí los epígrafes marginales que componen su índice: “Especialización; Proceso y procedimiento; Actividad procesal; Proceso y moral; Proceso y ciencia; Orden natural y orden social; Integración de la norma; Proceso e infracción; Ordenación del proceso; Principio inquisitorial; La contradicción; Derecho de acción penal; Principio de garantía; Principio de jurisdicción.”

<sup>2</sup> Cfr. “Revista de Derecho Procesal”, 1943, 2ª parte, p. 391, y 1944, 2ª parte, p. 92.

sino sobre todo, encuadrado dentro de una exposición sistemática, con los necesarios enlaces y prolongaciones. Tendré, pues, que esperar a que su tratado llegue a mis manos, tanto para ratificar o rectificar mi precedente conjetura, como, especialmente, para apreciar en todo su alcance<sup>3</sup> el pensamiento del autor en orden a la "concepción moderna del proceso penal". Por mi parte, conociendo la labor científica del Dr. Moreno, estoy convencido de que será mucho, interesante y bueno lo que nos diga, acerca de la mencionada cuestión o de cualquiera otra de las innumerables que comprende el derecho procesal penal de nuestros días. (AD.: Comentario mío acerca del *Derecho Procesal Penal* de Moreno —aparecido con título distinto—, véase *infra*, reseña 58.)

- 30) MERCADER, Amílcar A.: *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico*. Prólogo de David Lascano. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1944. XXII, 178 páginas.

Pp. 282-285

La monografía de Mercader constituye el segundo volumen publicado por la Sección de Derecho Procesal Civil y Comercial de la "Biblioteca Jurídica Depalma", que bajo la certera dirección del profesor Lascano, en esta ocasión prologuista además, continúa la prometedor marcha hace no muchos meses iniciada con las *Instituciones* de Calamandrei (traducción de Sentís Melendo), que reseñamos en su oportunidad.<sup>1</sup>

El libro de Mercader llega a mis manos justamente cuando me encuentro trabajando asimismo sobre la acción, con destino al volumen en honor

<sup>3</sup> Con tanto más motivo cuanto que el texto está salpicado de erratas (así, en la p. 10 se lee *inflación* por *infracción*, en la 13 se ha impreso *Monnsen* y en la 16, dos veces, *Büllow*, en lugar de *Mommsen* y *Bülow*), que en alguna ocasión, de serlo realmente, alterarían, corrigiéndolo, el sentido actual de la frase. Nos referimos al pasaje de la página 27, donde literalmente se lee lo que sigue: "La inobservancia de las formas prescriptas para la sentencia penal, engendra el segundo orden de nulidad: vicio *in judicando*." Es muy probable que se haya querido decir *normas* y no *formas*, puesto que sólo el primero de esos conceptos le daría sentido al vicio *in judicando*, en contraste con el vicio *in procedendo*, líneas antes expuesto, y de acuerdo con el párrafo que figura a continuación del transcripto y que dice así: "La nulidad por vicio *in judicando* afecta al derecho declarado, que revela conciencia del fallo, por lo que produce, a *fortiori* (nueva errata, en lugar de *a fortiori*), la sustitución del magistrado". (No tan *a fortiori*, agregamos, porque en el sistema español de casación sin reenvío, muy superior en este punto al tradicional francés, el tribunal *ad quem* anula la sentencia recurrida y dicta a la par la que haya de sustituirla con arreglo a derecho. Y ese sistema español de casación de fondo sin reenvío, se encuentra consagrado en los códigos procesales de Córdoba: penal de 1939, art. 508, y civil de 1942, en suspenso antes de entrar en vigor, art. 635). AD.: Véase *supra*, AD. a la reseña 8, nota 3 (núm. 2 de Enseñanzas acción).

<sup>1</sup> Cfr. "Revista de Derecho Procesal", 1943, 2ª parte, pp. 393-7 (*supra*, reseña 16).

del profesor Alsina.<sup>2</sup> Puedo apreciar, por tanto, a través de la propia experiencia y no en virtud de relatos ajenos, las enormes dificultades de la empresa, pese a que mi tentativa —si es que, según la distinción del código penal español, no acaba siendo mi delito frustrado— persigue una finalidad más limitada, cual en su título pretendo reflejar,<sup>3</sup> y se desenvuelve en escala desde luego menor.

La circunstancia mencionada me ha llevado a modificar en este caso mi manera habitual de pergeñar las reseñas que redacto para la "Revista de Derecho Procesal", en las que suelo glosar o apostillar los puntos que más llaman mi atención en las publicaciones que examino. Frente al volumen de Mercader, adoptaré una actitud más descriptiva que crítica, y ello por dos razones: la primera, el deseo de no adelantar nada de mi estudio para el homenaje a Alsina (y no ciertamente por afán de misterio o espíritu de tapujería, sino por atenerme con fidelidad a la pauta, que yo mismo marqué, de contribuir a esa obra con aportaciones inéditas), y la segunda, la de que precisamente en ese trabajo mío la tesis de Mercader sobre la acción será contemplada, dentro de su inconfundible significado y emplazamiento, en el cuadro de la mejor doctrina sudamericana (Alsina, Couture, Loreto, Podetti, Machado Guimaraes, Bartoloni, Lascano, Carlos, etc.) sobre el fundamental, obsesionante y resbaladizo concepto, con unas posibilidades de tiempo y espacio de que hoy y aquí no dispondría. Por otra parte, libro de la jerarquía intelectual del de Mercader, no es de los que se despachan en una nota bibliográfica para no volver más a preocuparse de ellos, sino de los que se consultan con frecuencia y, por tanto, de aquellos para quienes no rige la idea de preclusión referida al comentario crítico.

El cimientto de la construcción de Mercader se encuentra en Kelsen,<sup>4</sup> como muy sagazmente subraya el profesor Lascano en su enjundioso prólogo (cfr. pp. XII y ss.). Es más: Mercader parece compartir la opinión de kelseniano tan conspicuo, como Cossio, de que necesariamente hay que estar "o en pro o en contra" de la teoría pura del derecho.<sup>5</sup> En este punto, y no obstante el respeto que me inspira la doble autoridad de Cossio y Mercader, mi espíritu liberal se rebela contra estas fórmulas de rígido encasillamiento, que rechazan soluciones distintas, situaciones al margen o posiciones intermedias ante un determinado credo o doctrina. Expuesta mi anterior discrepancia con propósito decidido de no polemizar sobre ella, destacaré que como la obra de Kelsen suministra a todas luces más materiales para elaborar el concepto de jurisdicción que el de acción —al menos, de manera directa y sin previas adaptaciones o acomodos—, resulta que la concepción de la

<sup>2</sup> Acerca de este homenaje, véanse "Revista de Derecho Procesal", 1944, 2ª parte, p. 205, y "Jurisprudencia Argentina", núm. 2119 (5-VIII-1944).

<sup>3</sup> Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción.

<sup>4</sup> Especialmente expresivas para la comprobación de nuestro aserto son las pp. 3-28, 106-7, 135-47 y 152, entre otras, del volumen.

<sup>5</sup> Mercader, ob. comentada, p. 11, en relación con Cossio, *La valoración jurídica y la ciencia del derecho* (Santa Fe, 1941), p. 65.

segunda a que Mercader llega es netamente jurisdiccionalista.<sup>6</sup> Consecuencia inmediata de esa visión es que dentro de la que Podetti acaba de bautizar como trilogía procesal<sup>7</sup> —a saber: la jurisdicción, la acción y el proceso—, las afinidades y nexos entre los dos primeros términos aparezcan, en el libro de Mercader, y más acusados que los de cualquiera de ambos con la noción restante. Al expresarme como lo hago, no pretendo significar que Mercader postule una tesis extraprocesal de la acción, ya que su libro está lleno de referencias al proceso y a sus teorías explicativas, sin que en ningún momento se olvide o se oscurezca la contemplación procesalista del tema. Quiero indicar tan sólo que si la trilogía en cuestión la traducimos gráficamente mediante un triángulo, que tan importante papel juega en la geometría procesal, el que refleje la posición de Mercader no será equilátero, sino isósceles, con base constituida por la jurisdicción y la acción, a corta distancia entre sí, y alejado de ellas por altura considerable, en el vértice opuesto, el proceso.

Descendiendo ahora al detalle, estoy en desacuerdo con Mercader en alguna que otra afirmación de su libro. Por ejemplo: en la página 2 se lee que "Goldschmidt, Cernelutti y Calamandrei, en cuanto procesalistas de primer

<sup>6</sup> Sin ocultármeme los riesgos de las transcripciones fragmentarias, copio a continuación algunos de los párrafos que confirman mi parecer: "La jurisprudencia ha substituído a la violencia (p. 157). . . . la acción no funciona al servicio de las relaciones jurídicas sino en cuanto está instituida como una categoría anterior del ordenamiento, cuyo destino es el de poner en marcha las últimas etapas necesarias para esa progresiva individualización de las normas que va descendiendo —a partir de la primera y fundamental— y que es indispensable para que la sentencia —como último tipo de la norma individualizada— descubra y determine, jurisdiccionalmente y con validez, la relación y el modo en que esa norma se enlaza con las consecuencias que la ley general imputa a los hechos determinantes del conflicto de intereses o pretensiones en cuyo torno se produjo el litigio (pp. 161-2). . . . la acción sólo podría ser entendida como un derecho de todos, ubicuo y constante, que nace con el orden jurídico mismo y no se vincula con la existencia de las relaciones personales, porque es anterior y funciona aunque ellas no existan. Además, el derecho del accionante, en una nueva reversión, aparecería siempre compensado por la idea del correlativo deber de recurrir a la jurisdicción para provocar el amparo del orden jurídico. Y, en último caso, ha de observarse que tanto el derecho, como el deber, inciden con absoluta identidad sobre el actor y el demandado, desde que ambos vienen a ser titulares, en igual medida, de las facultades que confiere y de las cargas que impone el fenómeno jurisdiccional (p. 163). . . . La acción funciona. . . en una relación necesaria con la estructura del derecho, que es lo mismo que el Estado, en cuanto éste y aquél no son más que la organización del Poder, o sea de la fuerza coactiva que ha de utilizarse para la ejecución de las relaciones jurídicas (p. 176). . . . La acción es, por lo tanto, una necesidad de la que el legislador no puede prescindir porque, si dejara de ser necesaria, la estructura del derecho —como poder organizado— perdería su eficacia al quedar desprovisto de la razón que legitima el sistema funcional de la jurisdicción instituida para asegurarle y realizarlo (p. 177)." (Los párrafos reproducidos pertenecen todos a la extensa rúbrica de "Conclusiones" —pp. 157-78— con que se cierra el volumen y en la que se sintetiza el pensamiento de la obra.)

<sup>7</sup> En su artículo *Trilogía estructural de la acción del proceso civil* (en "Revista de Derecho Procesal", 1944, 1ª parte, pp. 113-70). También de este trabajo me ocupo en el mío citado en la nota 3. *AD.*: Véase *supra*, *AD.* a la reseña 8, nota 3 (núm. 2 de *Enseñanzas acción*).

rango... han emitido predicados muy próximos a los del gran maestro italiano", es decir, Chioyenda.<sup>8</sup> Pues bien, precisamente en el terreno de la acción, la más despiadada crítica del derecho potestativo acaso sea la de Carnelutti,<sup>9</sup> quien en ese y en otros varios extremos capitales discrepa de Chioyenda. Tampoco encuentro grandes puntos de contacto entre Goldschmidt y Chioyenda: bastará recordar que el primero es el constructor de una teoría que combate y quiere reemplazar a la de la relación jurídica, mientras que el segundo es uno de los más fervientes adeptos de esta última, aunque de ningún modo ella pueda vincularse a su nombre, como más de una vez hemos leído.<sup>10</sup> En cuanto a Calamandrei, si bien es y se proclama discípulo de Chioyenda, lo es más por la devoción afectiva y por el método de investigación, que por la orientación a que sus respectivos trabajos responden, y entre ellos no deja de ser perceptible la divergencia en torno al concepto de acción.<sup>11</sup>

Por el contrario, en lo substancial del ensayo y sobre todo, en los pasajes que resumen o condensan la postura del autor frente a la acción (como es natural, acumulados en su mayoría al final del volumen) descubro coincidencias entre el pensamiento de Mercader y el mío. Huelga decir que las celebro íntimamente, porque siempre es conveniente marchar en buena y grata compañía, sobre todo para quien, como yo, se ha lanzado a la aventura de decir algo acerca del mismo concepto monografiado por Mercader.

Además de los seis capítulos en que se distribuye,<sup>12</sup> el volumen contiene, como ya señalamos, un prólogo del Dr. Lascano, que cumple una utilísima misión, no porque la figura y la obra jurídicas de Mercader (de sobra conocidas, y estimadas por todos en todo su valor) necesiten de ese con frecuencia insípido trámite de presentación, sino porque dada la que denominamos su concepción jurisdiccionalista de la acción, nadie como el ilustre autor de *Jurisdicción y competencia* (Buenos Aires, 1941) podía destacar las cualidades relevantes y fijar la posición exacta de la construcción levantada por aquél.

<sup>8</sup> Sobre Goldschmidt y Carnelutti, pueden verse las notas bio-bibliográficas que les dedico en mis *Ensayos de Derecho Procesal* (Buenos Aires, 1944), XXVI, pp. 691-706, y XXVII, pp. 707-17; la primera de ellas se recoge asimismo como apéndice a su libro póstumo *Problemas generales del Derecho* (Buenos Aires, 1944; pp. 143-66) y la segunda se incluye como preliminar a la recién publicada traducción del *Sistema de Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, 1944; vol. I, pp. VII-XIX).

<sup>9</sup> Cfr. *Sistema* antes citado, núms. 11, 19, 21-2, 122, 137, 147, 159 y, especialmente, 356-8.

<sup>10</sup> Véase lo que en refutación de este error afirmamos en el capítulo XI, número 12, del *Derecho Procesal Penal* que, en colaboración con el doctor Levene (h), se halla actualmente en prensa.

<sup>11</sup> Así lo reconoce procesalista de filiación tan chioyendiana y a la vez discípulo de Calamandrei, como es Sentís (cfr. *Dos producciones de Calamandrei*, en "Revista de Derecho Procesal", 1943, 2ª parte, pp. 82-3).

<sup>12</sup> Cuyos títulos son: "Prolusiones necesarias; Curso histórico de la acción y de sus conceptos; Multiplicidad de los conceptos de la acción; Examen crítico y problemas conexos; Los problemas conexos; Las soluciones necesarias."

A todo lo largo del volumen campea el inconfundible estilo de su autor. Pero el estilo de Mercader no es sólo *forma*, sino acaso en mayor medida *fondo*. Fondo, constituido por una feliz amalgama de experiencia práctica e inquietud investigadora, de cultura humanista y de nobleza ideológica, de amor al derecho como ciencia y como sentimiento. Fruto de esa conjunción de factores son las bellas páginas de su libro, dignas de incluirse en cualquier antología del pensamiento procesal americano que se intente.

- 31) ZAVALA LOAIZA, Carlos: *Sinopsis histórica de la legislación penal del Perú*. Librería e Imprenta Gil, S. A. Lima, 1941. 88 pp.

Pp. 401-402

Por un olvido mío realmente inexplicable,<sup>1</sup> este folleto, que debiera haber sido comentado en uno de los primeros números de la "Revista de Derecho Procesal", va a serlo en el último de su segundo año de existencia. Pero, en fin, más vale tarde que nunca, con tanto mayor motivo cuanto que por su carácter histórico, el presente trabajo del profesor Zavala no es de actualidad momentánea, sino de interés permanente.

La *Sinopsis* fue escrita por el Dr. Zavala a requerimiento de los organizadores del "Segundo Congreso de Criminología" reunido en Santiago de Chile en 1941, quienes tuvieron la feliz ocurrencia de proponer, si los antecedentes a reunir resultaban "numerosos e importantes", la publicación de una *Historia americana de las instituciones y organizaciones en materia penal* (cfr. pp. 82-3), cuya trascendencia parece ocioso subrayar. Ignoro si tan sugestivo proyecto subsistirá o se habrá esfumado, como por desgracia sucede a menudo con tantas iniciativas generosas; pero al menos, como indicio de lo que puede o pudo ser, nos queda la información relativa al Perú, recopilada por uno de sus más calificados jurisconsultos, el Dr. Carlos Zavala Loaiza, catedrático principal de derecho procesal penal en la Universidad Mayor de San Marcos (Lima), vocal (ha sido también Presidente) de la Corte Suprema de Justicia y autor del anteproyecto de código de procedimientos penales, base del promulgado como ley en 1939.<sup>2</sup>

El número de libros y folletos que hemos de reseñar en esta "Miscelánea", nos impide dedicar a la *Sinopsis* la extensión que merece. Destacaremos, sin embargo, que a diferencia de otras tituladas investigaciones históricas, que se contentan con acumular datos, el Dr. Zavala, poseedor de una muy só-

<sup>1</sup> Puesto que no se trata de libro que me pasase inadvertido, como lo demuestra el hecho de haberlo utilizado al actualizar, para incluirlo en mis *Ensayos de Derecho Procesal* (Buenos Aires, 1944; cfr. pp. 305 y 306), el trabajo que se cita en la nota siguiente.

<sup>2</sup> Para su estudio, cfr. nuestro artículo *La reforma procesal penal en el Perú: El Anteproyecto Zavala* (publicado primero en "La Revista del Foro", de Lima, núms. de julio-diciembre de 1939, pp. 329-424; reproducido luego, y ampliado con referencias al nuevo código, en mis citados *Ensayos*, pp. 295-409).



lida formación filosófica y, dentro de ella, especialmente influido por Kant, nos brinda en su ensayo algo más que un repertorio de codificadores y de fechas, a saber: un cuadro de extraordinaria vivacidad acerca del momento en que nació cada uno de los códigos —penales y procesales— que han regido en el Perú,<sup>3</sup> así como de las corrientes ideológicas y fuentes de inspiración institucional que en ellos se recogen. En este sentido, el folleto de Zavala podría haberse titulado *Genealogía*, en vez de *Sinopsis*.

Dentro del volumen se ha intercalado<sup>4</sup> un capítulo (pp. 52-7) de carácter polémico acerca del Jurado. Zavala es antijuradista, y aunque no suscribo todos sus argumentos en contra,<sup>5</sup> mi parecer es también irreductiblemente adverso a una institución que, pese a la creencia de sus cada día más escasos partidarios, representa un método de juzgar tan irracional como antiliberal.<sup>6</sup>

La obra de Zavala —nos referimos ahora al conjunto de su producción— se caracteriza por su gran ecuanimidad. Por lo mismo, son más de lamentar un par de afirmaciones antiespañolas que, sin necesidad alguna, se han deslizado en las primeras páginas de su *Sinopsis*<sup>7</sup> y que estoy plenamente persuadido de que no reflejan los verdaderos sentimientos de quien lleva dos apellidos españoles, y por añadidura, uno de ellos tan cervantino, como Loaiza.

<sup>3</sup> A saber: Código Penal y Código de Enjuiciamientos en Materia Penal de 1863; Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920; Código Penal de 1924 (vigente) y Código de Procedimientos Penales de 1940 (vigente). (Las fechas son todas, las de entrada en vigor). Para completar esta sinopsis de la *Sinopsis*, agregaremos que en 1828 presentó D. Manuel Lorenzo Vidaurte un Proyecto de Código Penal (cfr. ob. com., pp. 7-21), y que durante el corto período de la Confederación del Perú y Bolivia se promulgaron los códigos de Santa Cruz, derogados al cesar aquélla (cfr. p. 6).

<sup>4</sup> Decimos que se ha intercalado, porque las páginas de la *Sinopsis* relativas al tribunal popular carecen de contenido histórico, ya que en el Perú no se pasó de una tentativa de implantarlo, que, además, se expone al referir la gestación del código procesal de 1920 (cfr. p. 47).

<sup>5</sup> Por ejemplo: el relativo a la *imposibilidad* (sic) de separar el hecho y el derecho (cfr. pp. 52-4), que nosotros no reputamos dificultad insalvable (cfr. nuestro *Derecho Procesal Penal*, en colaboración con el Dr. Levene (h.) —actualmente en prensa—, cap. V, núm. 14).

<sup>6</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, *Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba* (conferencia dada al Colegio de Procuradores de San Nicolás, el 16-XI-1944., núm. 5, ap. 3. *AD.: Sistemas apreciación prueba*: impreso en "La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración" (Montevideo), febrero de 1945, pp. 33-42; reproducido en mis "Estudios de Derecho Probatorio" (Concepción, Chile, 1965), pp. 29-52.

<sup>7</sup> Afirmar (cfr. p. 7) que la monarquía española dejó en América "la semilla del caudillaje militar y de la anarquía revolucionaria", es sustentar una tesis excesivamente simplista: una y otra responden a causas más profundas (geográficas, demográficas, etc.), y no deja de ser significativo que el caudillaje militar se inicie en España a raíz de las guerras de independización americana. Tampoco es justo el Dr. Zavala al exhumar una frase de Markham relativa a la muerte de Tupac Amaru (cfr. pp. 8-9), acto de crueldad indudable, pero como, por desgracia, se encuentran en la historia de todos los países. En fin, no me detengo a rebatir la opinión del Dr. Rojas (reproducida por Zavala en las pp. 49-50) acerca de la obra de independización procesal efectuada por Jofré, porque ya me he ocupado del asunto en estas columnas (cfr. año 1944, núm. II, 2ª parte, pp. 189-190, nota 6). ¿No cree el Dr. Zavala, entre otras cosas profesor de la Universidad de San

32) SAMMARTINO, Ermete A., y TRISTÁN ROSSI, Francisco: *Legislación rural de emergencia*. Edición de los autores. S. I., 1944, 289 pp.

*Pp. 402-403*

La parte central y más extensa del volumen, o sea, el capítulo III, que abarca las páginas 77 a 257, contiene el "estudio analítico del articulado del decreto-ley núm. 14001 y su reglamentación".<sup>1</sup> Va precedido por dos capítulos, uno de antecedentes (nacionales y extranjeros) del citado texto (páginas 9-35) y otro acerca de su constitucionalidad (pp. 37-75), aspecto éste que los autores examinan detenida y documentadamente, para llegar a una conclusión negativa (cfr. especialmente las pp. 71 y 74-5). El libro se cierra con un "capítulo" (en realidad, un apéndice) en el que se transcriben las disposiciones legales objeto del trabajo o relacionadas con él.

Desde el punto de vista procesal, interesan los comentarios a parciales extremos de los artículos 8 (suspensión de los juicios de desalojo: pp. 154-6), 10 (utilización de juicio sumario por el arrendador a fin de obtener la transformación de la forma de pago, de especie a dinero: pp. 167-73), 17 (excepción a la rebaja de arrendamiento, y comisión que substanciará tal pedido: pp. 214-8), 18 (procedimiento para hacer efectiva la transformación de arrendamiento, la excepción de rebaja, y para la aplicación de multas, y recursos contra la imposición de éstas: pp. 219-23) y 23 (que es repetición del 18 en orden al procedimiento para la imposición de multas: pp. 239-41). En los mencionados preceptos se manifiesta muy claro el propósito de eliminar de tales menesteres a los tribunales de justicia, reemplazados en gran parte<sup>2</sup> por organismos administrativos y paritarios.<sup>3</sup> Semejante tendencia dista mucho de ser merecedora de aplauso. Lo es, en cambio, y sin regateos, el libro de los Dres. Sammartino y Tristán Rossi, obligados por razón de la materia a escribir una obra de derecho, accesible también, y acaso en primer término, a los no juristas (es decir, a los arrendadores y arrendatarios, a quienes directamente afecta el decreto-ley), y que han logrado vencer esa dificultad mediante una exposición, sobria, ordenada, llena de buen sentido, y de fácil, rápida y provechosa consulta.

Marcos, que España ha dejado en América algo más que el caudillaje y la anarquía? ¿Tendremos necesidad de recordarle a él, peruano, que por donde pasó España quedaron miles y millones de hombres de la raza de Tupac Amaru, mientras donde estuvieron los compatriotas de Markham, quedan las... novelas de Fenimore Cooper?

<sup>1</sup> Decreto-ley núm. 14.001 de 12 de noviembre de 1943 sobre rebaja de los precios de arrendamientos agrícolas y decreto núm. 15.707 de 7 de diciembre de 1943 que reglamenta el anterior.

<sup>2</sup> Véanse los arts. 9, 12, 13, 14, 17, 18 y 23 del decreto-ley. Intervención judicial *procesal* encontramos tan sólo en el art. 10 y judicial *administrativa*, en el 13. El mismo desequilibrio se advierte en el decreto reglamentario.

<sup>3</sup> Si se puede llamar paritaria a la comisión prevista por el art. 17 del decreto-ley, en la que el representante de los propietarios y el de los arrendatarios son designados por el Poder Ejecutivo.

- 33) AYARRAGARAY, Carlos A.: *Enjuiciamiento penal y función notarial*. Ed. "Revista del Notariado". Buenos Aires, 1944. 24 pp.

Pp. 403-405

Me encuentro en deuda, desde hace mucho tiempo, con el profesor Ayarragaray, como lo estoy también con el Dr. Manuel Ibáñez Frocham, autores de dos magníficos volúmenes, que hubiese querido comentar a su hora,<sup>1</sup> pero que mi abrumador trabajo de este año me ha impedido reseñar en alguna revista argentina. Por fortuna, hoy se me presenta la ocasión, no de saldar la deuda con el primero de ellos, pero sí de no aumentarla con el silencio acerca de un nuevo estudio suyo.

*Enjuiciamiento penal y función notarial* reproduce el dictamen emitido por el Dr. Ayarragaray, a petición del Colegio de Escribanos, acerca del alcance atribuible al artículo 181 de la ley de organización de los tribunales, que establece quiénes *no pueden* ser escribanos. Dicho dictamen se fracciona en cuatro preguntas,<sup>2</sup> pero todas ellas, aunque en mayor medida la primera y esencial (por lo mismo, la de respuesta más extensa: pp. 7-18), giran alrededor de la voz *encausado*, que utiliza la ley de organización judicial y que, en cambio, se halla ausente del código de procedimientos en lo criminal, no obstante su variedad, o imprecisión, terminológica, puesta de relieve por Ayarragaray tras un meticuloso recorrido del articulado.<sup>3</sup> Contribuye de ese modo el presente folleto a hacer la luz acerca de un extremo que el Dr. Obarrio, cuando compuso el código para la Capital, dejó montado en el aire, pese a haberse inspirado en una ley española que, como luego la vigente, hacía del mismo una de sus piedras angulares:<sup>4</sup> nos referimos al

<sup>1</sup> Me refiero a los libros *Introducción a la ejecución de sentencia* (Buenos Aires, 1943), de Ayarragaray, y *Los recursos en el proceso civil* (Bs. Aires, 1943), de Ibáñez Frocham, ambos examinados en estas columnas por el Dr. Sentís (1943, 2ª parte, pp. 378-84), privándome de la ocasión de analizarlos en mi sección de *Miscelánea*.

<sup>2</sup> Que dicen así: 1ª, Si es "encausado" de acuerdo al precepto legal transcripto precedentemente (art. 181, ley 1893) el escribano a quien se querrela criminalmente y desde el momento mismo de promoverse la querrela; 2ª, Si es encausado aquel a quien se "imputa" la comisión de un delito, por simple denuncia; 3ª, Si debe entenderse que un escribano es "encausado" sólo cuando se halle consentido el auto de prisión preventiva o bien finalmente, si lo es recién cuando el sumario se eleva a plenario; 4ª, Si en el momento actual, frente a las sucesivas modificaciones del código penal, el término "encausado", empleado en el art. 181 de la ley 1893 tiene el mismo alcance y significado que el que tenía en el año 1886.

<sup>3</sup> Aclaremos: del proyecto Obarrio, que por su fecha —1882— es anterior a la ley de organización de los tribunales —1886—, a la que pertenece el artículo objeto de la consulta, mientras que el código es posterior —1888—; pero con poco esfuerzo pudo el Dr. Ayarragaray haber consignado asimismo las referencias al segundo de dichos textos. Aun cuando ni el código ni su proyecto emplean la palabra "encausado", el Dr. Obarrio se vale de ella —eso sí, sin la menor fijeza— en la nota explicativa remitida al Ministro de Justicia en 1882 (cfr. ob. com., pp. 10-11).

<sup>4</sup> Acerca del error fundamental del Dr. Obarrio como codificador, o sea, el de ha-

*procesamiento*. Pero como no hay mal que cien años dure, el fundamental concepto mencionado, que ni puede ni debe confundirse con la prisión preventiva,<sup>5</sup> ha logrado, al fin, atraer la atención de dos procesalistas penales de la talla del argentino Vélez Mariconde (quien ya en el código de Córdoba se preocupó de perfilar la institución: cfr. arts. 336 y ss.) y del chileno Fontecilla, y ambos han compuesto, con destino al homenaje a Alsina, dos interesantísimos ensayos sobre el procesamiento,<sup>6</sup> llamados, sin duda, a ejercer beneficioso influjo en la jurisprudencia oportuna, hasta ahora muy dejada de la mano de Dios. Junto a esos dos trabajos, aunque con finalidad y límites más restringidos, debemos colocar el dictamen de Ayarragaray, excelente en la información, salvo algún ligero reparo,<sup>7</sup> y brillante en la argumentación, aunque de ella discrepe en orden al significado que asigna al verbo *encausar*,<sup>8</sup> impulsado probablemente por el deseo de interpretar en forma restrictiva el precepto que le fue consultado.<sup>9</sup>

berse basado en la ley de enjuiciamiento española de 1872 y no en la de 1882, véase Jofré, *Manual de Procedimiento (Civil y Penal)*, t. II, 5ª ed. (Buenos Aires, 1941), pp. 24-5.

<sup>5</sup> Esencialmente, el procesamiento se funda en indicios de criminalidad, mientras que la prisión preventiva, en el temor de que el presunto culpable se sustraiga a la acción de la justicia. Siendo, por consiguiente, su causa distinta, pueden marchar por separado, como lo demuestra el hecho de que haya procesados en libertad. En otro sentido, mientras la prisión es una medida en contra de una persona, el procesamiento crea —me refiero al derecho español, que es donde se encuentra perfilado— toda una serie de derechos a favor del procesado. Naturalmente, ello no excluye que entre ambas figuras se den interferencias, puesto que la concurrencia de indicios de criminalidad puede impulsar al sospechoso a constituirse en rebeldía; pero digamos también, que en España se admite, por diferentes leyes, el juzgamiento de procesados en rebeldía (cfr. mis *Ensayos*, pp. 271. nota *k*, y 381, nota 240).

<sup>6</sup> Titulados, el del primero, *El procesamiento del imputado, y el del segundo, Interpretación judicial de las leyes de procedimiento penal y especialmente en torno de los vocablos "inculpado", "reo" y "procesado"*. AD.: Impresos, respectivamente, en las pp. 721-58 y 259-313 de los "Estudios en honor de Alsina", *cits.*

<sup>7</sup> Por ejemplo, cuando hablando de las leyes orgánicas españolas en cuanto posible antecedente del precepto consultado, sostiene que "ambas (¿cuáles, preguntamos: la de 1870 y su adicional de 1882, o bien aquélla y el reglamento de 1835? Probablemente, la primera combinación, pero la ley adicional es posterior a la ley argentina núm. 1144 de 1881, de cuyo art. 172 proviene el 193 de la ley núm. 1893 de 1886) son insuficientes en su contenido", porque dedicadas casi exclusivamente a la organización de la jurisdicción, poco o nada dicen acerca de los escribanos (cfr. *ob. com.*, p. 8). Es natural que así sucediese, ya que habiéndose separado en España la fe pública judicial y la extrajudicial al instituirse el notariado por ley de 28 de mayo de 1862, la ley de organización judicial de 1870 no tenía por qué ocuparse de los que, en contraste con el significado subsistente en España hasta 1911 (o sea, el de secretarios judiciales), se llaman aquí escribanos y allí notarios.

<sup>8</sup> Que no puede ser el de "detener en prisión" (cfr. pp. 20 y 22), sino el más directo y literal que el propio Ayarragaray recoge en la p. 12, o sea el de someter a alguien a causa criminal, entendida la palabra *causa* como sinónimo, *lato sensu*, de juicio o proceso; de donde encausado equivaldría a enjuiciado o procesado. Dos textos podemos aducir en apoyo de nuestra tesis: en el terreno doctrinal, el parecer del cubano Dolz, cuando equipara *enjuiciamiento* y *encausamiento* (cfr. *Programa de Derecho Procesal* —Havana, 1896—, p. 308), y en el ámbito legal, el decreto español de 23 de febrero de 1936,

- 34) LUCIANO, Juan: *Caja Mutual Forense. Hacia la dignificación profesional*. San Nicolás de los Arroyos, 1944. 31 pp.

Pp. 405-406

Este folleto se compone, como indica su título, aunque en orden inverso, de dos partes: en la primera (pp. 3-14), se recoge la conferencia con que el Dr. Luciano inauguró "el ciclo de disertaciones de extensión jurídica, organizado por el Colegio de Procuradores de San Nicolás" para el año aún en curso; en la segunda (pp. 15-31), se reproducen los "Estatutos de la Caja Mutual Forense". Pero estas dos partes se hallan íntimamente ligadas, porque la conferencia del Dr. Luciano, Presidente de dicha Caja, presenta en cierto modo, los caracteres de exposición de motivos, por un lado, y de interpretación auténtica, por otro, respecto de los Estatutos en cuestión, gracias a los cuales se ha convertido en realidad una aspiración nobilísima de los procuradores y abogados nicoleños. En efecto, merced a esa Caja Mutual Forense, en la que las dos profesiones actúan unidas, no sólo se evitarán dolorosas situaciones familiares, como la que el Dr. Luciano refiere (cfr. p. 12), sino que se impedirán deslealtades y bajezas en el ejercicio profesional, que no por ser individuales como actos, dejan de repercutir sobre el honor corporativo, salpicado por aquéllas cuando, en vez de sancionaras, las tolera. Resulta, por ello, sorprendente que de cuando en cuando se alcen voces, no muy documentadas, para en nombre de una mal entendida libertad clamar contra la colegiación forense obligatoria,<sup>1</sup> a la que las grandes abogacías europeas le deben un porcentaje elevadísimo de su prestigio excepcional.

al contraponer, en orden a la amnistía, los delitos juzgados y los simplemente encausados. Por otra parte, en esa ley orgánica de 1870, a que nos hemos referido en la nota anterior, existe un artículo 110, cuya analogía con el examinado por el Dr. Ayarragaray no puede ser mayor en este aspecto, y que dice así: "No podrán ser nombrados jueces ni magistrados: ...2º, Los que estuviesen procesados por cualquier delito". Es más: en la propia legislación notarial española encontramos preceptos que expresamente mencionan el procesamiento como impedimento para el ingreso en la profesión: véase, por ejemplo, el art. 2, núm. 4, del reglamento de oposiciones de 1909.

<sup>9</sup> De acuerdo con Ayarragaray en que "todo ciudadano tiene derecho, frente a la mala fe de terceros, a la ligereza de una acusación fiscal y aun a la precipitación de un juez, a su libertad y a no considerarse menospreciado por estar encausado" (cfr. p. 24), entiendo que la solución al caso de la consulta no es posible obtenerla mediante interpretaciones más o menos hábiles del precepto vigente (art. 181, inc. 1º, ley 1893) —so pena de vulnerarlo abiertamente—, sino en vía de reforma. Para ello, habrá de tenerse en cuenta la índole del encausamiento, al cual, por representar una situación provisional —hasta tanto se sobreesa o dicte sentencia— no se le deben atribuir efectos definitivos perjudiciales para el encausado. La solución habrá, pues, de buscarse en una substanciación rápida de la causa y en atribuirle al procesamiento el carácter de condición *suspensiva*, pero no *impeditiva* del nombramiento.

<sup>1</sup> Que no pasaría de ser un requisito para el ejercicio profesional, como la posesión del título universitario o la inscripción en la matrícula, contra los que no se han formulado reservas, mientras que, en cambio, las ha suscitado aquélla, con olvido de que constituye la mejor salvaguardia de la ética corporativa.

Y aun cuando una tradición no se improvisa,<sup>2</sup> bueno es comenzar para alcanzarla.

Las razones expuestas hacen que el folleto editado por la Caja Mutual Forense de San Nicolás merezca amplia difusión y constituya modelo digno de ser seguido.

35) *Revista de Criminología*. Año I, julio-agosto, núm. 1. Montevideo, 1944. 154 pp.

*Pp. 406-407*

Patrocinada por la "Dirección general de Institutos penales", a cuyo frente se halla Don Juan Carlos Gómez Folle, y como órgano del "Instituto de Criminología" que dirige el profesor de derecho penal Dr. Carlos Salvagno Campos, ha comenzado a publicarse en Montevideo, bajo la dirección inmediata de Don Leonardo Tuso, la revista de que en esta nota damos cuenta.

Haremos su presentación comenzando por afirmar que su aspecto externo es muy modesto y que quienes la editan deberán preocuparse de mejorarlo en números sucesivos, si quieren que la revista arraigue, porque nada hay que tanto retraiga al lector, como una impresión poco grata. Su distribución y contenido son, en cambio, excelentes, y sería lamentable que resultasen víctimas de aquél.

La "Revista de Criminología" (al menos, su primer número, único llegado a nuestras manos) se divide en cinco secciones: Colaboraciones, La actividad científica extranjera, Jurisprudencia, Crónica, y Bibliografía. Aun cuando, como es natural dado su título, se trata de una publicación que se fija más en el delincuente o peligroso que en la norma jurídica (penal o procesal), no faltan en ella estudios, datos e informaciones de interés para el procesalista. Tal sucede, en el número que comentamos, con texto de tan superlativa importancia, como la Exposición de motivos redactada por el ilustre profesor José Irureta Goyena para el llamado "Código Penal Militar" (cfr. pp. 7-34), que en realidad lo es de Justicia Militar, según la denominación más generalizada y comprensiva, puesto que abarca asimismo la organización de los tribunales castrenses y el enjuiciamiento ante los mismos. Pues bien: dentro de ese documento se abordan no sólo las cuestiones penales, sino también los más candentes aspectos procesales relacionados con la discutida jurisdicción.<sup>1</sup> Desearía disponer de tiempo y de espacio para

<sup>2</sup> Baste indicar que, por ejemplo, el Colegio de Abogados de Madrid cumplirá pronto, si tomamos como punto de partida la Congregación de carácter religioso instituida por los abogados madrileños en 1596. su trescientos cincuenta aniversario.

<sup>1</sup> Así, los relativos a determinación del delito militar; sumisión de paisanos a la jurisdicción militar; unidad de código para el Ejército y la Armada (en España, no sólo existe dualidad, sino que se ha creado una jurisdicción aérea, y hasta es posible que se establezca una para los submarinos y otra para los minadores); texto único para la época

examinar las soluciones sustentadas en la referida Exposición, con las que no siempre estoy de acuerdo,<sup>2</sup> aun siendo el primero en reconocer que se han formulado después de meditado estudio y en términos de ejemplar elevación y serenidad.<sup>3</sup>

En fin, si en los números venideros la nueva revista borra la mala impresión que su mala impresión produce, es indudable que llenará ampliamente la fe puesta en su aparición y prestará magníficos servicios al progreso de los estudios criminológicos en la República Oriental.

- 36) SÍVORI, Alfredo R.: *La criminalidad en los menores. Valoración de los factores biológicos y sociales* (Obra laureada con el primer premio Mitre). Prólogo del profesor Luis Jiménez de Asúa. Editorial "La Ley". Buenos Aires, 1944. 185 pp.

Pp. 407-408

"Muy pocos aspectos de la criminalidad preocupan tan hondamente y alcanzan tanta importancia, como el referente a la delincuencia en los menores": con ésta a un tiempo exacta y dolorosa afirmación inicia el autor su penetrante ensayo. ¿No hemos conocido en España, antes y sobre todo a partir de la guerra civil, pistoleros y *paseantes* (en la trágica acepción que entonces alcanzó la plácida palabra) de quince y dieciséis años, algunos de ellos pertenecientes a familias acomodadas? ¿No acaban de llegar informaciones de Francia relativas a cuadrillas de atracadores compuestas por niños hasta de nueve años, hijos de padres muertos, prisioneros o ausentes? ¿Y no se ha hablado también de bandas numerosas de muchachos abandonados en las naciones donde el hambre y la destrucción han hecho más terribles estragos? Por fortuna suya, las circunstancias de la Argentina son muy distintas de las que dominan en la desventurada Europa, pero no por ello dejan de manifestarse aquí factores inquietantes: <sup>1</sup> el capítulo con que el Dr. Sívori cierra

de paz y para la de guerra; diferencia entre el enjuiciamiento de los delitos, objeto del código, y el de las faltas, encomendado a los reglamentos militares. AD.: A partir de 1945 hay ya en España un solo código de justicia militar (a un tiempo orgánico, penal sustantivo y de enjuiciamiento militar) para todas las fuerzas armadas de tierra, mar y aire.

<sup>2</sup> No es ciertamente el exceso de *civilismo*, como más de una vez se lee en la Exposición, la cualidad saliente del código uruguayo; al contrario, en extremos tan fundamentales como los dos primeros, el cuarto (en cuanto a las facultades de los "Comandos" en tiempo de guerra) y el quinto (al abandonar totalmente la materia de faltas a los reglamentos) de la nota anterior, fácilmente se advierte que se han impuesto prejuicios y tendencias de dirección opuesta a la enunciada.

<sup>3</sup> Que contrastan, por ejemplo, con el tono agresivo y destemplado de los textos por nosotros citados en las pp. 278, nota o, y 280, nota r, de nuestros *Ensayos de Derecho Procesal*.

<sup>1</sup> Alguno tan paradójico, como el de que en una nación donde existen territorios inmensos des poblados, la gente se hacine en *conventillos*, contra los cuales, por motivos de moral, seguridad e higiene públicas debiera emprenderse, por todos los medios, una

su libro (cfr. pp. 159-74), titulado "Ante la realidad argentina", escrito sin recargar las tintas, pero sin ocultar tampoco la dura verdad, revela la magnitud nacional del problema y la imperiosa necesidad de aplicarle rápido, enérgico y eficaz remedio.<sup>2</sup> (AD.: En 1944, la situación de bonanza de Argentina era, sin duda, mucho mejor que la de "la desventurada Europa", todavía en plena guerra mundial. Hoy, en cambio, con *montoneros* —véase *infra*, suplemento de la reseña 40, nota 1—, *triple A*, inconcebible ex-presidenta, peronismo en descomposición, luchas intestinas, desastre económico, régimen *gorillesco* dedicado al asesinato de nacionales y de refugiados extranjeros, etcétera, las tornas han variado. Acerca de los inconvenientes que el exceso de paternalismo puede acarrear en orden al enjuiciamiento de menores, véase *infra*, C, núm. 12, nota 11).

En el libro del Dr. Sivori, donde tantas cuestiones se examinan,<sup>3</sup> se ha silenciado toda referencia al aspecto que desde el ángulo de nuestra Revista más podría interesarnos: el de los tribunales de menores o, si la infantil animosidad de algunos especialistas lo prefiere, de los organismos encargados de aplicar a la juventud delincuente las medidas de corrección adecuadas.<sup>4</sup> Sin embargo, en la lucha contra la criminalidad de los menores no basta con la labor preventiva encaminada a suprimir o reducir sus causas —aun cuando sea de ella de la que quepa esperar mayores y mejores frutos—, sino que ha de ponerse especial cuidado en el reclutamiento y actuación del personal a quien se encomiende la delicadísima y esencial tarea de proveer a la reforma del menor. Por desgracia —una desgracia de muchos países—, en los organismos tutelares de toda especie abundan todavía los *aficionados*: damas y caballeros respetabilísimos, que, a impulsos de un sentimentalismo trasnochado, en algunos casos, o de una vanidad pueril, con más frecuencia, asumen cargos y funciones para los que carecen de la preparación mínima indispensable o bien ésta no pasa de unos conocimientos intermedios entre el reportaje y el cursillo. Con ese *instrumental*, no se va a ninguna parte, y por lo mismo, ha sido una lástima que el Dr. Sivori, en un libro que tiene mucho de angustiado llamamiento, haya pasado por alto un extremo de tanta trascendencia.

campana tan enérgica como la que antes de iniciarse esta guerra se había acometido en Francia contra el *taudis*.

Un factor de criminalidad infantil cuyo examen nos ha sorprendido que no efectúe el doctor Sivori, es el deporte, o mejor dicho, las derivaciones malsanas, excitantes o ineducadoras de varias de sus más populares manifestaciones.

<sup>2</sup> Si bien para ello constituye una dificultad el federalismo (cfr. ob. com., nota 178), por la necesidad de coordinar iniciativas y acuerdos de autoridades nacionales y provinciales; pero con buena voluntad, que no puede faltar ante un problema de la gravedad del que plantea la infancia abandonada y delincuente, tal obstáculo debe dejar de serlo.

<sup>3</sup> Agrupadas en los tres capítulos siguientes: "El factor individual en el fenómeno criminológico; Valor de los factores sociales; Ante la realidad argentina".

<sup>4</sup> El epígrafe "Jurisdicción médico-pedagógica" del capítulo I, no guarda relación con los tribunales tutelares y sí únicamente con el tratamiento de anormales. La palabra "jurisdicción" no se ha empleado, pues, en sentido estricto, sino en el de esfera de acción o competencia.



- 37) GOLDSCHMIDT, James: *Contribución a la doctrina de la estafa de crédito*. Imprenta de la Universidad. Córdoba (R. A.), 1944. 35 pp.

*Pp. 408-409*

El "Instituto de Derecho Comparado" de la Universidad de Córdoba da a conocer mediante este folleto (Serie B, núm. 16, de la lista de sus publicaciones) la traducción de un artículo escrito por el insigne James Goldschmidt para la "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" con el título de *Beiträge zur Lehre vom Kreditbetrug*. La versión castellana ha sido hecha, con filial devoción y acabado dominio de idioma y terminología, por el Dr. Roberto Goldschmidt, que en los azares del destino ha venido a ser miembro del mencionado Instituto cordobés.

Aun cuando se trata de un estudio de estricto derecho penal, haremos un resumen de él, en recuerdo, siempre vivo, del eminente procesalista que fue su autor.

"Por estafa de crédito se debe entender la estafa que se comete al tomar un préstamo, al retirar una mercadería con aplazamiento de pago del precio de compra o al hacerse conceder un plazo para el pago de la deuda" (pp. 7-8). Esa estafa "presupone las mismas características típicas legales que la estafa en general", o sea, por el lado objetivo, un acto de engaño frente a un tercero, un error del tercero causado por ese acto, una disposición patrimonial del tercero causada por ese error, y un daño patrimonial causado por esa disposición patrimonial, y por el lado subjetivo, dolo en relación con las características objetivas señaladas e intención del autor de lograr una ventaja patrimonial antijurídica para sí o para un tercero (cfr. p. 9). A lo largo de su artículo, Goldschmidt va dilucidando sucesivamente las dudas originadas por las características enunciadas, y analiza con especial detenimiento las relativas al acto de engaño (pp. 9-19) y al daño patrimonial (pp. 24-30).

Dentro de su brevedad, este folleto ofrece el interés de presentarnos un sector de la producción goldschmidtiana poco conocido fuera de su patria:<sup>1</sup> su labor como penalista,<sup>2</sup> oscurecida por su magna obra de procesalista, pero igualmente acreedora a la más alta estima.

<sup>1</sup> Otros dos trabajos penales de GOLDSCHMIDT han sido dados a conocer en castellano: *Metodología jurídico-penal*, escrito directamente en nuestro idioma (separado de la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" —Madrid, enero de 1935—) y *Normativer Schuldbegriff* (en "Festgabe für Frank", t. I, pp. 428 y ss.), traducido por su viuda, doña Margarita Goldschmidt, y el profesor Ricardo C. Núñez con el título *La concepción normativa de la culpabilidad* (Buenos Aires, 1943).

<sup>2</sup> Es interesante destacar que a diferencia de la generalidad de los procesalistas, que, o son esencialmente procesalistas civiles, o bien penalistas que se ocupan del proceso penal, Goldschmidt comienza dedicando su atención preferente al derecho penal, para terminar consagrándose al derecho procesal, no sólo criminal, sino en mayor medida al procesal civil y a la teoría general del proceso. La clave de esa singular posición acaso se encuentre en su célebre estudio *Materielles Justizrecht (Rechtsschutzanspruch und Strafrecht)* (en "Festgabe für Hübler", Berlín, 1905), acerca de cuyo exacto alcance acaba de redac-

- 38) TAVARES HIJO, F.: *Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano*. Volumen I: La ley procesal. Organización judicial. Actos y plazos procesales. La acción en justicia. Editora Montalvo. Ciudad Trujillo, R. D., 1944. XIX, 281 pp.

Pp. 409-412

Antes de comentar este libro, de capital importancia en la bibliografía procesal de su país, donde llena un inmenso vacío, conviene recordar la singularísima posición que el código de procedimiento civil dominicano ocupa en el conjunto de los de Hispanoamérica. Mientras la mayoría de éstos se inspiran en la ley de enjuiciamiento civil española de 1855,<sup>1</sup> y en tanto las *Partidas*, base a su vez del texto mencionado, siguen invocándose aún en Estados de la Unión norteamericana,<sup>2</sup> en una isla que se denominó la Española y que históricamente representa la más estrecha vinculación con la metrópoli<sup>3</sup> rige, en virtud del decreto de 17 de abril de 1884, "una adaptación o localización del código de procedimiento civil francés de 1806" (cfr. p. 5), como herencia de los años en que la actual República Dominicana estuvo unida o dominada por Haití.<sup>4</sup> Se da así el hecho curioso de que pese al notorio y con frecuencia trágico antagonismo entre la parte blanca y española y la zona negra y francesa de la Isla, en la primera continúe aplicándose la legislación, no sólo procesal, sino también civil, penal y mercantil, que a través de la segunda le llegó de Francia. Es más: el derecho francés ha arraigado de tal modo en la Dominicana, que muchísimos años después de la separación de Haití, producida en 1844, se siguen promulgando leyes especiales cuyo modelo continúa buscándose en Francia, cual sucede, por ejemplo, con la de casación de 12 de abril de 1911 (cfr. p. 48), para la que habría sido ventajoso en extremo dirigir la mirada a otros países.<sup>5</sup> Además, bueno

tar su hijo, el Dr. Roberto Goldschmidt, un magnífico trabajo —*Derecho justicial material civil*— con destino al volumen en honor de Alsina. *AD.*: El trabajo de Roberto Goldschmidt se halla en las pp. 315-52 de los cit. "Estudios en honor de Alsina"; y en cuanto al de su padre que lo determinó, se encuentra traducido por Catalina Grossmann en la "Rev. Der. Proc." argentina, 1946, pp. 1-68, como *Derecho justicial material (Pretensión de tutela jurídica y derecho penal)*.

1 Cfr. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, 1942), pp. 78 y 297. Además, en Cuba rige, salvo escasas modificaciones, la ley española de 1881, en ella vigente desde 1886, que también deriva de la de 1855.

2 Cfr. Couture, *ob. cit.*, p. 78, y Malagón, *El distrito de la Audiencia de Santo Domingo en los siglos XVI a XIX* (Ciudad Trujillo, 1942), p. 80 (véase *supra*, reseña 7).

3 Puesto que como ha dicho Malagón (*ob. cit.*, pp. 78-9), "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". Además, Santo Domingo volvió a unirse a España desde 1861 a 1865.

4 Es decir, durante el período 1822 a 1844, sin contar con que antes, o sea, desde el tratado de Basilea de 1795 hasta 1809, estuvo bajo la dominación francesa.

5 Especialmente a España, cuyo sistema de casación de fondo sin reenvío es muy superior al francés.

será advertir que la "localización" del código francés, como la denomina el profesor Tavares, se llevó a cabo mediante una traducción tan servil y tan llena de galicismos,<sup>6</sup> que da la sensación de haberse redactado en una especie de *papiamento*<sup>7</sup> jurídico. Por otra parte, llevada de la mano por la legislación, penetró y se adueñó del pensamiento jurídico dominicano la doctrina francesa, que en materia procesal, salvo algunos recientes trabajos de Vizioz y algún tímido avance de Morel, marcha con enorme retraso respecto de las otras naciones europeas (Alemania e Italia, sobre todo, y España desde hace veinte o veinticinco años), hasta el extremo de que, en realidad, no ha superado la fase procedimentalista en la evolución de nuestra ciencia.<sup>8</sup> En síntesis: la legislación procesal dominicana, si bien conserva nombres e instituciones de raíz hispánica,<sup>9</sup> pertenece, junto con las de Haití y el Canadá francés,<sup>10</sup> al grupo que deriva del código napoleónico de 1806 y, por tanto, se aparta de las de los otros Estados americanos de origen español, que se basaron en la ley isabelina de 1855.<sup>11</sup>

Como es natural, el Dr. Tavares, catedrático de la disciplina en la Universidad de Santo Domingo, no ha podido volverse de espaldas a la realidad legislativa de su patria, y su libro se encuentra influido, en primer término,

<sup>6</sup> Se habla así de "alcaldes de comunes" (en lugar de municipios, o en todo caso comunas, o bien comunes en masculino, como en algunas leyes recopiladas, pero no en femenino —la común—, cual se lee en leyes dominicanas), "a cargo de apelación" (francés "à charge d'appel"; cfr. art. 7 code de procédure civile), "en último recurso" (francés "en dernier ressort"), "sentencias en defecto" (francés "jugements par défaut", que debió ser traducido por rebeldía o contumacia), "informativos" (por "enquête"), "perención" (por "peremption", en vez de caducidad), "relato" (por "rapport", en vez de relación o ponencia), "parte intimada" (por "intimé" —cfr. art. 462 cód. francés—, en vez de parte recurrida), etc., etc. (Cfr. *Código de procedimiento civil y leyes que lo completan* —edición preparada por F. Tavares—, Ciudad Trujillo, 1940, *passim*). Además, "no obstante ser el español o castellano... el idioma oficial de la República, en muchas ocasiones se han empleado... expresiones extranjeras: se ha hablado, por ej., de pronunciar un *défaut congé*, o de decidir el *défaut profit joint*, o de que un *avenir* intervino en el curso del procedimiento (esto lo hace también el legislador en la l. 362 de 1932), o de que se trataba de relaciones entre un mandante y su *preposé*" (Tavares, *Elementos*, p. 137, nota 1).

<sup>7</sup> Como es sabido, mezcla de español, holandés, inglés y caribe hablada en Curazao.

<sup>8</sup> Cfr. las indicaciones que consigno a este propósito en las pp. 641, nota 10, 652, nota 5, 656, nota 17, y 663, nota 36, de mis *Ensayos de Derecho Procesal*.

<sup>9</sup> Así, en la Constitución y en la ley de organización judicial de 1927 se habla de *alcaldías* y de  *juzgados de primera instancia*; pero a la vez se dice *corte de apelación* (Cour d'appel), en lugar de haber conservado nombre tan tradicional y glorioso en Santo Domingo, como el de *audiencia* (cfr. *supra*, nota 3).

<sup>10</sup> Véase en esta revista (1944, 1ª parte, pp. 213-51) el artículo, inspirado en la más definida corriente procedimentalista francesa, del profesor Genest, *El procedimiento civil en la provincia de Québec*.

<sup>11</sup> Téngase en cuenta, sin embargo, las recientes modificaciones introducidas en el procedimiento civil dominicano, que al orientarlo hacia la escritura, acortan las distancias respecto de los códigos americanos que en ella descansan. Acerca de dichas reformas, cfr. F. Tavares, *Oralidad del proceso en la República Dominicana* (en esta revista, 1944, 1ª parte, pp. 106-11), donde se muestra contrario a la rectificación operada en su patria.

por la producción francesa.<sup>12</sup> Esa gravitación se percibe en diferentes lugares de la obra, y como más significativos destacaremos estos dos: a) el autor considera útil, aunque le formula algún reparo y en definitiva no la acepta,<sup>13</sup> la clasificación de las leyes procesales en de organización judicial, de competencia y de procedimiento *stricto sensu* (cfr. pp. 3 y 13), tan característica de la literatura francesa, y que debe estimarse superada, ya que resulta a la vez excesiva e insuficiente;<sup>14</sup> b) aun cuando a título informativo se consigne una referencia a la división de las acciones en de condena, de declaración y constitutivas (cfr. pp. 253-4), las dieciséis líneas en que se condensa, poco o nada representan en un libro, como el IV, que dedica desde la página 196 a la 290 a la exposición de "La acción en justicia", efectuada por completo según la vieja concepción iusprivatista dominante en la doctrina francesa.<sup>15</sup>

Sin embargo, el profesor Tavares, que no se ha limitado a la consulta de la bibliografía francesa, sino que ha acudido con provecho a las traducciones castellanas de los tratados y manuales de los alemanes Kisch y Goldschmidt y de los italianos Chiovenda (*Principios e Instituciones*) y Rocco (efectuado en Méjico) (cfr. p. VI), se muestra independiente de aquélla en otros pasajes de su libro, por ejemplo: cuando reputa la denominación *derecho procesal* más adecuada que *procedimiento* (cfr. pp. 25-6), es decir, que ese vocablo *procédure* tan arraigado en códigos, libros y planes de enseñanza de Francia, o bien al adscribir el libro III (pp. 135-93) al análisis de los "Actos y plazos procesales", aunque dejaríamos de ser sinceros si ocultásemos las deficiencias que en el mismo se observan.<sup>16</sup> Sin ánimo de formar una lista exhaustiva, anotaremos algunos otros aciertos del volumen: su exacta apreciación en cuanto a la necesidad y a los límites que deben encuadrar el formalismo procesal (cfr. pp. 13-5); su creencia de que "la separación de poderes no es un dogma absolutamente rígido e intangible" (cfr. p. 30), si bien, y esto lo decimos nosotros, el margen interpretativo no puede llegar al extremo de suponer que exista división de poderes, allí donde falte la

<sup>12</sup> Baste decir que las 243 notas que lleva el libro, 167 consignan referencias a la doctrina, legislación o jurisprudencia francesas, y de ellas 75 contienen citas de Glasson y Tissier.

<sup>13</sup> El primer tomo de los *Elementos* se divide en cuatro libros, que sucesivamente tratan de la ley procesal (pp. 1-27); La organización judicial (pp. 29-134); Actos y plazos procesales (pp. 135-193) y la acción en justicia (pp. 195-290).

<sup>14</sup> Excesiva, porque una crecidísima cifra de las normas que figuran en las leyes de organización judicial no son de naturaleza procesal, sino administrativa; insuficiente, porque ni la jurisdicción se puede incluir dentro de la organización judicial, como hace Tavares (cfr. libro II, cap. I), ni el estudio de la relación jurídica, de los sujetos y de los actos procesales cabría efectuarlo en el procedimiento.

<sup>15</sup> Y si bien dentro de la expresada serie de páginas sometidas al influjo francés (especialmente intenso en el capítulo referente al *interés*) encontramos algunos pasajes en que la acción se contempla con criterio procesal (cfr. pp. 197-9 y 208), ellos representan sólo unos pocos granos de sal diluidos en gran recipiente de agua dulce.

<sup>16</sup> Por ejemplo: no figura rúbrica relativa a los actos de parte y sí tan sólo tres páginas (158-60) dedicadas a los del abogado; los actos del alguacil se analizan con mayor extensión (pp. 138-58) que los del juez (pp. 163-4); no se estudian como actos procesales ni la demanda ni la sentencia, etc.

doble y efectiva independencia de la función y del funcionario judiciales; su parecer favorable a la concepción administrativa de la llamada jurisdicción voluntaria, para la que propone el nombre de "atribuciones no jurisdiccionales de los órganos del Poder judicial" (cfr. pp. 38-9); el planteamiento, quizás ecléctico, pero desde luego ponderado, del discutido tema referente a la "unipersonalidad o colegialidad" de los tribunales (cfr. pp. 67-8); en fin, la distribución de materias, hecha, en líneas generales, de una manera sobria y ordenada, aunque no exenta de lunares.<sup>17</sup>

Pero muy por encima de los aciertos diseminados a lo largo del volumen, lo que merece el aplauso entusiasta es el formidable esfuerzo que el autor ha debido realizar para dar a luz una obra científica en circunstancias en extremo desfavorables. Porque Tavares, profesor de un pequeño país con una sola Universidad, aislado del mundo jurídico hispano por la singularidad antes señalada de su legislación procesal, obligado a causa de ésta a beber principalmente en una bibliografía atrasada, y sin que prácticamente contase con literatura nacional anterior,<sup>18</sup> ha tenido que trabajar a la vez como arquitecto y albañil. Sin intentar establecer comparaciones siempre odiosas, entre obras además de amigos dilectos y de características muy distintas, el *Tratado* de Alsina, por ejemplo, es la culminación de una trayectoria que avanza desde Manuel Antonio de Castro y Esteves Sagú o Jofré y Máximo Castro (por no remontarnos a los prácticos de la época colonial); los *Fundamentos* de Couture, aun siendo únicos en su género en la literatura americana, han ido precedidos por los atisbos geniales de Pablo de María y por la inquietud investigadora (o averiguadora) de Gallinal; pero los *Elementos* de Tavares, que no pretendemos colocar a la altura de aquéllos, carecen de antecedentes nacionales, a menos que otorguemos ciudadanía dominicana a Glasson, a Tissier y a Garsonnet. De ahí que esta obra deba ser acogida por cuantos valoren lo que el ambiente pesa en la investigación científica, con la más cordial simpatía y alentado su autor a proseguirla y terminarla con esa laboriosidad y esa vocación que ha demostrado en el primer volumen de la misma.

- 39) BARTOLONI FERRO, Abraham: *El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales (Acción, jurisdicción, proceso)*. Ediciones Castellví. Santa Fe, 1944. 422 pp.

Pp. 412-414

Aun cuando el Dr. Bartoloni presenta (cfr. p. 7) su *nuevo libro* como *segunda edición* del que en 1942 publicó, ello significa tan sólo una prueba suya de modestia, como al comentarlo en "Jurisprudencia Argentina" he señalado (véase ahora, *infra*, reseña 60). Si fuese, en efecto, una simple se-

<sup>17</sup> Cfr. notas 13, 14 y 16.

<sup>18</sup> Hasta el extremo de que Tavares no cita en su libro una sola obra de derecho procesal dominicano.

gunda edición, más o menos actualizada, poco tendría que agregar a la nota bibliográfica que el Dr. Sentís consagró a la primera en estas mismas columnas.<sup>1</sup> Pero al no serlo, mi reseña ha de estar en consonancia, aunque sólo sea en extensión, con la categoría del volumen.

Para demostrar, como hemos sostenido, que nos hallamos ante un libro nuevo, basta con indicar que la llamada segunda edición duplica con holgura el número de páginas de la primera (422 frente a 183), siendo en ambas idéntico el formato y la caja. Esa diferencia no se ha cubierto mediante ampliaciones en el texto primitivo —reproducido, salvo en una ocasión,<sup>2</sup> sin cambios importantes—, sino que obedece al aditamento de nuevos capítulos, a saber: los cuatro primeros, que suman la mitad casi exacta de la obra y que se ocupan de materias tan fundamentales, como las relativas a la acción penal,<sup>3</sup> a la acción civil que emerge del delito, a las cuestiones prejudiciales, y a la jurisdicción.<sup>4</sup> El subepígrafe que como consecuencia en parte de los nuevos capítulos ha creído necesario agregar el autor —es decir, *Acción, jurisdicción, proceso*—, ratifica nuestro punto de vista, puesto que siendo esos tres los conceptos capitales de nuestra disciplina,<sup>5</sup> es evidente que no pueden cobijarse bajo la noción a todas luces más secundaria de *acto procesal*, y en tal sentido, aquél tiene carácter francamente *subversivo*, al trastocar la jerarquía establecida por la dogmática procesal. Naturalmente, éste no ha sido el propósito del doctor Bartoloni, sino sólo el de puntualizar el contenido efectivo del volumen. Pero con ese objeto, bien pudo haber elegido otro título, más comprensivo (por ejemplo: *Estudios sobre el proceso penal* o, incluso, *Introducción al Derecho procesal penal*) o más descriptivo (verbigracia: *Acción, jurisdicción, proceso y actos procesales penales*).

Hasta aquí, por ser preámbulo obligado, mi reseña para la “Revista de Derecho Procesal” coincide en el fondo, aunque con variantes en la forma, con la redactada para “Jurisprudencia Argentina”. De ahora en adelante, a fin de brindar por mi parte también un nuevo comentario y no una segunda edición, me ocuparé de extremos no abordados en el diario jurídico citado.<sup>6</sup> Realizaré así suma y no repetición.

<sup>1</sup> Año 1943, 2ª parte, pp. 68-70.

<sup>2</sup> A saber, en el capítulo V (antes I), que ahora consta de doce números, de los cuales los siete primeros se corresponden por completo con los de la primera edición, así como el 8 y 12 actuales con el 10 y 11 antiguos, mientras que los tres restantes (núms. 9-11) son nuevos y se ocupan, respectivamente, del concepto de parte en lo penal, del juicio acerca de delitos privados y del fin del proceso. En cuanto a los números 8 y 9 primitivos, se han incorporado, como números 9 y 10, al nuevo capítulo sobre la acción civil.

<sup>3</sup> El Dr. Bartoloni ha compuesto, además, un interesantísimo trabajo sobre la acción civil, publicado en esta revista con el título *Unidad de la acción* (1943, 1ª parte, páginas 334-45).

<sup>4</sup> Datos tomados del “Prefacio de la Segunda Edición” (ob. com., p. 7).

<sup>5</sup> Cfr. Podetti, *Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil* (en esta revista, 1944, 1ª parte), pp. 113-4, donde menciona los autores que sustentan semejante opinión.

<sup>6</sup> A saber: el del influjo de la doctrina italiana en la producción del Dr. Bartoloni; el de la unidad o dualidad de la ciencia procesal, y el de la intervención del ofendido en el proceso penal.

El capítulo relativo a la acción es uno de los mejores del volumen, y lo he tenido muy en cuenta al redactar mi contribución para el homenaje a Alsina (*Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*). No suscribo, sin embargo, todas sus conclusiones, y muy especialmente discrepo de las que sienta el profesor del Litoral en el epígrafe "Inconstitucionalidad de las disposiciones de los códigos provinciales que confieren el ejercicio de la acción a la víctima y asignan a la acción determinados caracteres" (pp. 28-40). Prescindo de que el código penal no debió hablar —y además, no tenía necesidad alguna de ello— de acción (concepto netamente procesal, como reconoce el Dr. Bartoloni: cfr. pp. 9 y 37-8) y sí sólo de delitos (públicos, privados, dependientes de instancia privada) y de pretensión punitiva, y me fijo tan sólo en la expresión "de oficio" de que se vale su artículo 71 y a la que la jurisprudencia de algunos tribunales<sup>7</sup> y el Dr. Bartoloni dan un sentido que lamentamos no compartir. En nuestra opinión, el artículo 71 (y otro tanto sucede con el 72, que habla de "acusación", en lugar de hacerlo de "querella") no es un modelo de precisión terminológica. En efecto, si las palabras "de oficio" las entendemos literalmente, hasta podría sostenerse que dicho precepto consagra el sistema inquisitivo. "El verdadero sentido del artículo es, sin embargo, muy distinto y sólo por antipatía hacia la querella ha podido entenderse en la forma que criticamos. Ese sentido es, simplemente, el de imponer una obligación a los funcionarios estatales encargados de la persecución procesal de los delitos, de tal modo que cuando sean públicos, y *haya o no querellante articular*, deberán promover *ex officio* las actuaciones tendientes a su averiguación y castigo".<sup>8</sup> Pero además, si su finalidad hubiese sido la de suprimir en toda la Argentina la intervención del querellante, primero y del acusador, después,<sup>9</sup> tenía que haberlo proclamado expresa y categóricamente, ya que no es posible admitir que reforma de tanta trascendencia (privativa de derechos y modificadora de la fisonomía de los códigos procesales) derive de una interpretación discutible en torno a una frase de dudoso alcance.

Capítulo de gran interés asimismo, dentro de los que integran la primera mitad de la obra,<sup>10</sup> es el relativo a las cuestiones prejudiciales. Aquí sí estoy plenamente conforme con el profesor Bartoloni en cuanto a la necesidad imprescindible de coordinar los códigos civil, penal y procesales (cfr. pp. 167-

<sup>7</sup> Como las Cámaras Federales de La Plata y Paraná, la Suprema Corte de San Juan y la Cámara de Apelaciones de Dolores, en los fallos registrados por el Dr. Halperín en sus adiciones a Jofré, *Manual de Procedimiento*, t. II (5ª ed.), Buenos Aires, 1941, p. 81.

<sup>8</sup> Cfr. nuestro *Derecho Procesal Penal* —en colaboración con el Dr. Levene (h.) y actualmente en prensa—, cap. XV, nota 42.

<sup>9</sup> Acerca de las ventajas e inconvenientes de tal supresión, véase mi otra reseña bibliográfica sobre este libro (escrita para "Jurisprudencia Argentina", núm. 2267, ap. 4), y con más amplitud, la obra citada en la nota anterior, cap. IX, núms. 20-5, y XV, núms. 11 y 19-20. *AD.*: Véase *supra*, *AD.* a la reseña 26, nota 4.

<sup>10</sup> Única de la que me he ocupado, tanto en "Jurisprudencia Argentina" (cfr. nota 9) como aquí, por haber sido objeto la segunda mitad, o sea, la integrante de la primera edición, del comentario redactado por el Dr. Sentís (cfr. nota 1).

70). Por desgracia, quienes fabrican las leyes, olvidan con frecuencia que el conjunto legislativo de un país constituye o debe constituir un sistema orgánico y no un agregado de compartimentos estancos. Estimo, por otra parte, y así lo he manifestado en varias ocasiones,<sup>11</sup> que la unidad de jurisdicción debiera llevar en ciertos casos a la fusión del proceso civil y del penal, con ventajas indiscutibles desde el triple punto de vista de la economía, de la rapidez y de la congruencia procesales. Por último, en un orden de cosas más limitado, creo que el medio más expedito y racional de eliminar la cuestión prejudicial inherente al adulterio, consiste en borrar del código penal el correspondiente delito y dejarlo sólo como causa de divorcio.<sup>12</sup>

Un solo libro, o mejor dicho, su primera parte, nos ha dado materia para dos comentarios distintos (cfr. nota 10), y en el tintero hemos dejado multitud de cuestiones sin tocar. Como exponente del interés suscitado por su lectura, el mencionado dato significa por nuestra parte la mejor recomendación del volumen.

40) MÉNDEZ CALZADA, LUIS: *La función judicial en las primeras épocas de la Independencia. Estudio sobre la formación evolutiva del Poder judicial argentino*. Editorial Losada, S. A. Buenos Aires (1944). 496 pp.

Pp. 414-420

Acaso no sea yo la persona más indicada para comentar este libro, y ello por dos razones: la primera, a causa del intrincado período a que se extiende—desde Mayo a Caseros—, lleno de entrantes y salientes, de luces y de sombras, de estadistas y de *montoneras*,<sup>1</sup> de anarquía y de reacción, que reclama un conocimiento histórico muy superior al que poseo del mismo, y la segunda, a causa de la nacionalidad del autor, que aun cuando formado en “esta tierra” y ligado a ella por toda clase de vínculos,<sup>2</sup> vino al mundo en

<sup>11</sup> Cfr. en relación con el divorcio, mis *Ensayos de Derecho Procesal*, pp. 141-2, y en relación con la quiebra, la *Miscelánea de libros procesales* publicada en el 2º número de este año, 2ª parte, p. 192, nota 11 (ahora, *supra*, reseña 27).

<sup>12</sup> Cfr. mis citados *Ensayos*, p. 143.

<sup>1</sup> Para el lector no argentino, conviene aclarar que la palabra *montonera* sirvió para designar a las fuerzas irregulares, principalmente de Santa Fe, que actuaron durante los años de la anarquía argentina. En las pp. 340-1 de su libro, Méndez Calzada recoge la descripción que de esas tropas, de caballería en su mayor parte, hace Manuel M. Cervera en su *Historia de la Ciudad y Provincia de Santa Fe. AD.*: Los *montoneras* se han convertido en *montoneros* (véase *supra*, AD. a la reseña 36), al menos en las informaciones de la prensa mexicana.

<sup>2</sup> “De esta tierra, que llamamos nuestra, porque el posesivo surge de nuestra alma con la persistente fluidez de una absoluta identificación espiritual” (ob. com., p. 484). Efectivamente, Méndez Calzada ha vivido aquí muchísimos más años que en España; aquí ha cursado sus estudios; hasta hace poco ha sido profesor titular de derecho privado profundizado en la Universidad de La Plata, y toda su familia más próxima es argentina, nativa o naturalizada.



Asturias y conserva cual venerada reliquia la ciudadanía española y hasta como inseparable secuela y distintivo nacional el interés apasionado por *nuestras* contiendas políticas.

De esos dos obstáculos, considero de menor magnitud el segundo, no ya por ser más fácil mostrarse ecuánime que improvisar cultura, sino porque al referirse a España ha extremado de tal modo el Dr. Méndez Calzada la nota de imparcialidad, que quizás haya pecado por exceso en alguna ocasión.<sup>3</sup> Quiere decir ello que mientras de plumas argentinas sólo podrán brotar palabras de encomio y gratitud para su libro, tal vez desde la orilla española se le pueda dirigir algún reproche, originado a la vez por el prurito hace un instante expuesto y —¿por qué no decirlo?— por ciertos prejuicios ideológicos de que casi nunca logran desasirse los liberales españoles, ni siquiera aquellos temperamentalmente tan moderados y ponderados, como Méndez Calzada.<sup>4</sup> Pero, en fin, metidos en la empresa, dejémonos de exordio y vayamos al grano.

Existe un punto acerca del cual, estoy seguro, argentinos y españoles, y lectores de otro cualquier país, estaremos de acuerdo, y es que nos encontramos ante un volumen de máxima jerarquía científica y de atrayente y amenísima lectura. Méndez Calzada ha cumplido una investigación histórico-jurídica que se puede presentar como modelo: asentada sobre una documentación muy copiosa y, al mismo tiempo, dosificada en tal forma que las transcripciones jamás ahogan el texto;<sup>5</sup> animada por el propósito de iluminar una época tan agitada como interesante, y tan argentina,<sup>6</sup> en todo

<sup>3</sup> Por ejemplo, al enfrentarse con dos episodios igualmente condenables (por lo menos, en cuanto a la forma indiscutiblemente arbitraria en ambos casos), cual los fusilamientos de Liniers y Dorrego. Acerca del segundo, dice Méndez Calzada: "Un caso recordado siempre con dolor, como ausencia de todo elemento sumarial, fue el del infortunado Coronel Dorrego, contra quien se dictó una simple orden verbal de ejecución" (p. 231, nota 1); en cambio, refiriéndose al primero exclama: "No hay por qué entrar al fondo del asunto: el criterio histórico está hecho. Fue una dolorosa necesidad de la Revolución; y este argumento justifica todo posible exceso" (p. 183). Sentimos discrepar de las líneas transcritas: el exceso, sea cual fuere su causante o su víctima, no debe encontrar justificación en un jurista, máxime para quien a renglón seguido reconoce "el compromiso de gratitud que los pueblos del Río de la Plata tenían hacia la prestigiosa figura del que fuera jefe militar de la Reconquista y de la Defensa de Buenos Aires, frente al ataque de Inglaterra".

<sup>4</sup> Que, por ejemplo, no es del todo injusto con Felipe II (cfr. pp. 30-1), como tampoco con los jueces y abogados de la colonia, (cfr. pp. 72-3 y 93); pero que, como contrapartida, en no pocos lugares de la obra (v.gr. pp. 83-5, 176-8, 195, 204, 211, 236-7, 270, 424, 427, 439-42), perfectamente suprimibles los más, presenta las cosas de España (instituciones, hombres, métodos e ideas) bajo un cariz tan poco favorable... que evidentemente las ha escrito un español, porque en eso de tirar piedras contra nuestro tejado somos los amos. Y perdóneme mi compatriota que con tanta sinceridad como sentimiento le diga lo que pienso.

<sup>5</sup> Únicamente en el cap. XVIII (pp. 444-53) se reproduce un crecido número de sentencias y acuerdos, bajo la rúbrica "Constancias documentales de nuestros archivos", que habría sido preferible recluir en un apéndice o condensar en el texto.

<sup>6</sup> Los pueblos que, como la Argentina, tienen mucha geografía y poca historia (puesto que siglo y medio es casi nada en la vida del mundo), lejos de reducir la segunda, nece-

caso, como la que sigue a la Constitución de 1853; efectuada a base de las mejores y más directas fuentes informativas, con exclusión de las siempre peligrosas y casi siempre innominadas o imprecisas citas de segunda o ulterior mano,<sup>7</sup> que son algo así como el estigma de bastardía de muchas producciones. Huelga decir que ese resultado no es el fruto de una improvisación afortunada, sino la culminación de una labor perseverante. Méndez Calzada, además de volcar en su libro la ciencia y la experiencia de su larga vida de jurista, le ha dedicado años enteros de trabajo. Dos valiosísimos anticipos, ambos publicados en los "Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata",<sup>8</sup> corroboran la precedente afirmación: el primero de ellos, con el título *Los fundamentos de las sentencias*,<sup>9</sup> vio en efecto, la luz en 1941 y abarca, con ligeras variantes,<sup>10</sup> los capítulos XVII, XVIII y XIX de ahora (pp. 423-65); el segundo, bajo el epígrafe *La jurisdicción fiscal y contencioso fiscal en la primera época de la Independencia*, apareció en 1943<sup>11</sup> y coincide substancialmente<sup>12</sup> con el actual capítulo XI (pp. 255-85).

sitan ampliarla, no sólo a la época colonial y a lo que se conozca de la época precolombiana, sino a la de España y a la de aquellos países europeos que con sus corrientes migratorias e ideológicas más hayan contribuido a forjar su nacionalidad.

<sup>7</sup> Si fuese posible reconstruir la cadena completa, se comprobaría que, por ejemplo, entre las Leyes del Manú o el Código Hammurabi y algunos de los que cual si los hubiesen consultado directamente invocan sus preceptos, se interponen seis o siete intermedios, como si se tratase de descargar ladrillos para una construcción. En cuanto al riesgo, me bastará recordar, aunque sin dar su nombre, el libro de un profesor europeo en que se atribuía a Blunschtlí, si no recuerdo mal, la definición de la ley dada por Santo Tomás...

<sup>8</sup> Y luego como separado por "Editorial Jurídica Argentina" (Buenos Aires).

<sup>9</sup> Y el subtítulo *Ensayo sobre la evolución de la vida judicial argentina*. 50 pp.

<sup>10</sup> Son nuevas las notas únicas de las pp. 424, 442 y 448, la nota 1ª de la p. 461, y la nota 2ª de la p. 458. Se han añadido: una línea en la p. 428 (la última del epígrafe III del capítulo XVII); los once últimos apartados (pp. 431-3, relativas al debate en torno al art. 171 de la Constitución de 1826) del epígrafe IV del propio capítulo; los catorce últimos apartados del epígrafe V, siempre de igual capítulo (pp. 434-6, referentes a la abolición de los recursos extraordinarios de nulidad y de injusticia notoria, que, por cierto, el doctor Méndez Calzada condena, no diremos que con el título del segundo de ellos, pero sí, desde luego, con un tanto de precipitación, ya que ambos son antecedentes, toscos si se quiere, de esa casación por la que hoy suspiran muchos en la Argentina); un párrafo relativo a las providencias reales de las Chancillerías de Valladolid y Granada, en la p. 443; el apartado final de la p. 461, sobre fundamentación de fallos en Chile y El Salvador. Además, se han refundido párrafos consecutivos del folleto, en las actuales pp. 430 y 455; han sufrido modificación dos epígrafes (los de las pp. 453 y 462), y la nota única de la p. 464 reproduce el texto del epígrafe XIV del folleto ("El rápido avance en la técnica judicial de las sentencias después de Caseros").

<sup>11</sup> En un folleto de 44 pp., del que oportunamente dimos cuenta en esta sección de la Revista (1944, 2ª parte, p. 186; ahora, *supra*, reseña 23). Como según anunciamos entonces, la crítica la aplazábamos hasta la publicación íntegra de la obra, llamaremos ahora la atención acerca de dos extremos del actual capítulo XI, que requieren alguna aclaración. La primera concierne a la equiparación que entre lo contencioso-fiscal y lo contencioso-administrativo establece el Dr. Méndez Calzada (cfr., especialmente, las pp. 262-9) a base de textos y autores españoles, que no han sido muy rectamente interpre-

Merece destacarse muy especialmente el método expositivo de la obra. En lugar de trazar un frío cuadro institucional a lo largo de una línea recta, Méndez Calzada ha preferido reflejar en una serie de episodios, la trayectoria quebrada del mecanismo judicial argentino hasta alcanzar cimiento y estabilidad en la ya casi centenaria Constitución vigente. El criterio adoptado hace que en contra de lo que reza el título, el libro analizado contenga más bien una historia de la *actuación* que no de la *función* judicial argentina durante la primera mitad del siglo XIX. En otro sentido, esa recopilación de episodios determina que el trabajo de Méndez Calzada se aproxime, no por el estilo narrativo, muy distinto, ni por el aparato documental, que en la segunda no existe, pero sí por la frecuente utilización de aquéllos como materia constructiva, a una de las más curiosas obras de literatura judicial (no procesal) de que tengo noticia: la *Historia de los jueces de Córdoba*, de la Córdoba musulmana española, escrita en el siglo X por Aljoxani.<sup>13</sup> No son tanto los textos legales —en más de una ocasión reemplazados de hecho por órdenes francamente ilegales—, como la aplicación de que fueron objeto o las deformaciones y suplantaciones de que fueron víctima, lo que Méndez Calzada proyecta ante nosotros en esa admirable película que integra su libro. Ejemplos insuperables de conciencia profesional y de arraigadas convicciones, como el del magistrado Castellanos renunciando a la investi-

tidos, puesto que en España existen tres distintos órdenes de tribunales que conviene no involucrar, a saber: a) el Tribunal de Cuentas, órgano único y supremo de fiscalización económica; b) los tribunales económico-administrativos (con dos grados, provinciales y central), fundados “en la facultad jurisdiccional de la Administración” (*sic*) y cuyas resoluciones son reclamables en vía contencioso-administrativa (cfr. arts. 2 y 110 regl. de 1924), y c) los tribunales contencioso-administrativos, también de doble grado, adscritos a las Audiencias y al Tribunal Supremo, de índole netamente jurisdiccional, y que conocen de múltiples reclamaciones que no son de carácter fiscal. Y todavía podríamos añadir: d) las Juntas administrativas de Hacienda, en cuanto al enjuiciamiento de las faltas en materia de contrabando y defraudación (cfr. arts. 77 y 90 y ss. ley de 1929). Quizá la circunstancia de que la Dirección general de lo Contencioso y el cuerpo de Abogados del Estado dependan en España del Ministerio de Hacienda y no del de Justicia, como sería lo natural, explique la confusión padecida por el Dr. Méndez Calzada. La segunda aclaración que hemos de hacer es la de que en contra de lo que el autor supone (cfr. pp. 266-7), el art. 95 de la Constitución española de 1931 no unificó “todas las jurisdicciones existentes”, ya que la propia ley fundamental consagra dos jurisdicciones desconectadas de las que confluyen en el Supremo, es decir, la de los Tribunales de Cuentas y de Garantías Constitucionales, y además, fuera de ella, se crearon, con diferentes nombres, diversos organismos, parajudiciales cuando menos. (Para más datos, véanse los trabajos I, XIII y XVI de nuestros *Ensayos de Derecho Procesal*.)

<sup>12</sup> Se han modificado los epígrafes en las pp. 255 y 278 y se han añadido los dos primeros apartados del epígrafe II, el apartado final del epígrafe VI (cfr. pp. 262 y 285) y la referencia al código de lo contencioso administrativo de Córdoba, en la nota 1ª de la p. 264. Además, los tres últimos apartados del folleto (p. 44) se han diluido en diversos lugares del texto definitivo, principalmente en la p. 296.

<sup>13</sup> Texto árabe, y traducción castellana del insigne arabista Julián Ribera, autor, además, del interesantísimo prólogo (pp. VII-XLVI) que precede a la edición patrocinada por el Centro de Estudios Históricos (Madrid, 1914). *AD.*: Acerca del libro de Aljoxani, véanse mis *Estampas procesales de la literatura española* (Buenos Aires, 1961), pp. 49-51.

dura parlamentaria a fin de no conculcar por su parte el principio de la división de poderes (cfr. pp. 342-4); actos de perfidia sombría, como la encerrona que condujo al fusilamiento del Sargento Mayor Monteros (cfr. pp. 382-3); notas pintorescas, como la de "váyase la Cámara enhoramala, que su autoridad ha caducado, porque estamos en anarquía" (cfr. p. 338); arrepentimientos tardíos, como el del Dr. Esteves Sagui<sup>14</sup> (cfr. pp. 415-6); muestras de "justicia directa" —*pascos*, se habría dicho en la España de la guerra civil—, como la ejecución de Liniers y sus compañeros, por un lado (cfr. pp. 182-7), o la de Dorrego, por otro (cfr. p. 231, nota 1), o de "justicia paternal" (*sic*), como la administrada personalmente por Rosas desde su quinta de Palermo (cfr. p. 259), etc., todo eso y mucho más se recoge en el volumen de Méndez Calzada, que posee así color y calor de cosa vivida. Cierta que esa manera de redactar el libro rompe más de una vez con la sistemática que hubiera debido presidirlo, en el plan de conjunto<sup>15</sup> e incluso en la distribución de cada uno de sus capítulos; pero difícilmente una ordenación más rigurosa habría logrado mantener alerta la atención y la curiosidad del lector, en la medida que la de este libro, pese a las desviaciones y hasta a los saltos que en su actual desarrollo se advierten.

Hemos insinuado antes que nos hallamos ante una obra más de literatura *judicial* que *procesal* y en la que, agregamos ahora, la *historia* predomina con mucho sobre la *dogmática*. Pero sería erróneo deducir de tales premisas una conclusión contraria a su utilidad para la elaboración de la *dogmática procesal*, por lo mismo que esta no puede ser un producto obtenido por destilación exclusivamente teórica y con abstracción absoluta del medio ambiente a que está destinada. En este sentido, el libro de Méndez Calzada, en cuano descubre facetas y peculiaridades de la actuación judicial en el *pasado*, presta un inestimable servicio a quienes en el *presente* se ocupan y preocupan de lo que debe ser en un *futuro* próximo la justicia argentina. Pero con independencia de la utilísima lección que brinda, al mostrar la ruta a seguir y los escollos a evitar, esta obra cuenta con numerosos pasajes de interés directo, por decirlo así, para el procesalista. Tal sucede, por ejemplo y en rápida hojeada, con los referentes a la primera "tentativa de un código de procedimientos", a un tiempo orgánico, civil y criminal, entregado a Rivadavia en 1822 por su autor el Dr. Manuel Antonio de Castro (cfr.

<sup>14</sup> Decimos tardío, porque entre los primeros pliegos de su *Tratado elemental de los Procedimientos Civiles*, en que se lo al Gobernador de la época (1850), y los últimos, en que se produce la retractación, en 1852, ha tenido lugar Caseros, es decir, que, como afirma Méndez Calzada, "entre ambas fechas se había producido el magno acontecimiento para las libertades argentinas" (cfr. p. 416).

<sup>15</sup> Por ejemplo, el cap. XI (al que nos referimos antes en la también nota 11) y el XII ("La comisión o juzgado de bienes extraños en funciones") abren, por razón de su contenido, un paréntesis en el desarrollo de la obra, en la que habrían debido quedar para el final; a su vez, los caps. XVII-XIX, sobre fundamentación de sentencias, enlazan un tanto violentamente con el XVI, que se ocupa de la "simultaneidad de la categoría judicial con otras funciones".

pp. 135-6);<sup>16</sup> con la exposición de las principales directivas de los *Reglamentos de institución y administración de justicia* de 1812 y 1813 (cfr. pp. 140-5);<sup>17</sup> con los párrafos relativos a la “fundación de la Academia teórico-práctica de Jurisprudencia” (pp. 148-50), presentada por Méndez Calzada como “preludio de la respectiva Facultad universitaria que surgiría algunos años más tarde”, pero que por su método de enseñanza<sup>18</sup> entendemos que entronca más bien con los actuales Institutos de Enseñanza Práctica de las Facultades de Derecho argentinas, cuyo nexa, aunque no identificación,<sup>19</sup> con el derecho procesal reputamos innecesario subrayar; con los capítulos (pp. 423-65) sobre motivación de la sentencia —a mi parecer, excesivos, dada la extensión total del volumen<sup>20</sup>— y, dentro de ellos, con las páginas dedi-

<sup>16</sup> Se titulaba *Ley de Establecimiento de las Magistraturas, forma y orden de la Administración de Justicia*. Era “un verdadero código de procedimientos, especialmente desde el art. 57 al 112” (ob. y lug. cit.).

<sup>17</sup> Uno y otro acentuadamente oralistas, en contraste con la tendencia que todavía sigue predominando en la gran mayoría de los códigos procesales argentinos. Discrepaban, en cambio, ambos reglamentos en cuanto a la defensa en juicio: el de Rivadavia instauró la más amplia libertad a ese respecto, mientras que el de 1813 impuso la carga del patrocinio (cfr. ob. com., pp. 140, 142 y 144).

<sup>18</sup> La Academia, cuyos Estatutos fueron redactados por Castro, se inspiró en la que con el nombre de *Real Carolina Academia de Practicantes Juristas* funcionaba en Charcas. A partir de su creación, “era obligatorio para todo doctor o bachiller en derecho oír práctica en los estrados de la Cámara de Apelaciones; tenía que ingresar en la Academia en calidad de socio practicante; debía cumplir el tiempo de tres años de asistencia continua a las Juntas o reuniones ordinarias semanales, donde se hacían ejercicios de materias teóricas (comentarios de leyes, examen de glosadores o tratadistas, problemas especiales de derecho que se planteaban), y ejercicios prácticos sobre la forma de llevar los trámites procesales. El aspirante, después de haberse sometido, en una Junta o reunión extraordinaria, a la prueba de ingreso, acerca de temas de la *Instituta* de Justiniano; luego de haber cursado los tres años de práctica y teoría que acabamos de indicar, tenía finalmente que aprobar, siempre ante la misma Academia, un examen de egreso, que abarcaba las leyes de fondo, y la práctica forense, extractando un expediente judicial en curso y proponiendo la sentencia” (ob. com. p. 149).

<sup>19</sup> Puesto que la Práctica procesal o forense constituye sólo una parte de la Práctica jurídica y además tiene función y caracteres esencialmente distintos del verdadero derecho procesal. Acerca de estas dos afirmaciones, me remito a mi libro *Concepto y Enseñanza del Derecho Procesal*, que espero publicar dentro de poco.

<sup>20</sup> Aun descontadas las páginas que, según indicamos en la nota 5, debieron haberse llevado a una apéndice.

Si bien coincidimos con Méndez Calzada en lo esencial de estos capítulos, o sea, en que la motivación de las sentencias significa una de las garantías primordiales de un buen enjuiciamiento, y en tal sentido hemos criticado tanto el sistema de anticipar el fallo con respecto a los fundamentos (cfr. art. 472 cód. proc. pen. italiano y, por influjo suyo, al 427 del código de Córdoba, véase para su crítica, nuestra *Adición al núm. 475 b del “Sistema de Derecho Procesal Civil” de Carnelutti*, vol. III, Buenos Aires, 1944), como las respuestas monosilábicas que expresan el veredicto de los jurados (cfr. mi conferencia *Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba*, núm. 5) —suponemos que por tal causa Méndez Calzada, aun siendo liberal, será antijuradista—, bueno será precaverse contra dos contingencias: a) la pseudo-motivación (el juzgador no razona por su cuenta, sino que reproduce alegatos y argumentos de las partes), y b) la motivación elefantiásica (la sentencia se toma como un pretexto para todo género de digresiones). Por otro lado,

cadás a los dos tratadistas más representativos de la época estudiada en el volumen, o sea, a los doctores Castro y Esteves Sagui<sup>21</sup> (cfr. pp. 455-60), etc.

Méndez Calzada siente por la doctrina de la división de poderes un entusiasmo que, viniendo de él, no me atrevería a calificar de ingenuo, pero que, desde luego, conceptúo exagerado. Y conste, para disipar cualquier sospecha, que soy partidario entusiasta de la independencia judicial, tanto de la función como del funcionario; pero lo que no hago es atribuirle efecto mágico a una simple etiqueta. Cuando Méndez Calzada pondera la "suerte insigne" de Montesquieu —"que tuvo como nadie en el mundo... la gloria de que sus ideas se hubiesen convertido en normas rectoras de la vida institucional de todas las naciones modernas" (cfr. p. 21)—, es indudable que se vuelve de espaldas a la realidad, a menos que se refiera tan sólo al éxito meramente tipográfico de que las palabras "Poder Judicial" se hayan estampado en numerosas Constituciones, donde no pasan de ser un decorativo mascarón de proa, al que con mayor motivo que a varias de las Leyes de Indias podría aplicarse la sacramental frase de "se obedece pero no se cumple". La doctrina de Montesquieu, que comienza por no regir en Francia (una de las naciones con judicatura más sumisa) y que, con propósito deliberado o sin él, suministra un panorama o una interpretación de las instituciones inglesas notoriamente inexacto, supone una etapa, pero no puede constituir una meta. Es natural que frente a la concentración absolutista del poder en manos del soberano se mirase como un avance y una garantía la separación de atribuciones entre diferentes órganos o ramas; pero no es ya tan natural reducir esa división a tres miembros, ni atribuirle a los tres idéntica consideración de Poderes, ni, sobre todo, imaginar sus relaciones como un sistema de contrapesos y de frenos y como una consagración de desconfianzas y celos. Más en consonancia con los fines del Estado moderno resulta concebir el mismo como una coordinación de funciones, ligadas por una suprema unidad teleológica y de tal modo delimitadas y combinadas entre sí, que el roce o conflicto se contemplen como contingencias anómalas y no como previsiones normales. Bueno será puntualizar, además, que la verdadera independencia jurisdiccional no consiste en actitudes de rebeldía, incompreensión o sabotaje por parte del Judicial con respecto a los otros Poderes, cuya obra ha de merecerle estricto, leal y comprensivo acatamiento (naturalmente, siempre que no se salgan de la esfera que les sea propia), sino en la no injerencia del Legislativo y del Ejecutivo en los menesteres que a aquél competen, o sea, esencialmente, en la conducción y decisión de los procesos y,

si bien es cierto que la motivación ha dado lugar al inconfundible fenómeno jurisprudencial argentino (con su secuela de los *diarios* jurídicos y de los insuperables jurisprudencialistas que en ellos colaboran), no es menos cierto que si esa mole imponente no se contiene y encauza —mediante un Tribunal Nacional de Casación o en virtud de otra fórmula—, llegará un momento en que consuma por completo la actividad del jurista argentino y frustre en absoluto todo propósito de superación en el orden científico.

21 Ninguno de los dos es un *procesalista* en el sentido actual de la palabra: Castro (cfr. notas 16 y 18) fue un *práctico* y Esteves Sagui (cfr. nota 14) un *procedimentalista*. (Para la distinción conceptual, cfr. mi *Adición al núm. 1 del "Sistema" de Carnelutti*.)

en su caso, en la ejecución de sus resoluciones. Finalmente, el decantado principio no garantiza, en manera alguna, por sí sólo, la selección cuidadosa del personal judicial, que es, a no dudarlo, el factor número uno para conseguir una buena justicia en cualquier rincón del planeta.

Desearíamos continuar ocupándonos del libro de Méndez Calzada. A estas alturas de nuestra reseña nos quedan todavía alrededor de cuarenta acotaciones y señales en diferentes páginas de la obra, a las que aun no hemos tenido ocasión de referirnos. Pero incluso agrupadas varias de ellas por su conexión manifiesta, necesitaríamos duplicar y acaso triplicar la extensión de esta nota, si nos dispusiésemos a examinarlas todas, como habría sido nuestro propósito. La fatalidad, sin embargo, ha hecho que en los dos años que llevo componiendo *Miscelánea de libros procesales*, la más recargada de volúmenes a comentar sea la presente.<sup>22</sup> Teníamos, por consiguiente, que optar entre dejar la crítica para el primer número del año venidero o reducirla, para incorporarla al último de éste. Y como en una revista trimestral el aplazamiento no resultaba aconsejable, y además no garantizaba contra una nueva acumulación de libros para la *Miscelánea* próxima, escogimos sin vacilar la otra salida. En todo caso, con más páginas o con menos, nuestro juicio sobre el libro sería el mismo: Méndez Calzada ha escrito una obra tan por encima del nivel medio, que entra de lleno en la categoría privilegiada y máxima de acontecimiento editorial, más aún: de los que de tarde en tarde se producen.

## 1945

- 41) GONDRA (Jorge M.): *Jurisdicción Federal. La Justicia Federal en los Estados Unidos y Proyecto de Ley sobre Organización de los Tribunales Nacionales*. Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, S. A. Buenos Aires, 1944. 629 pp.

Pp. 74-76

Como ya su título revela, el volumen del doctor Gondra se compone de tres partes, muy desiguales en extensión; la primera abarca desde la página 18 a la 480, la segunda desde la 481 a la 526, y la tercera desde la 527 a la 575.<sup>1</sup> Las dos últimas, a su vez, constituyen *apéndices* en el conjunto de la obra.

<sup>22</sup> Que se extiende a diez obras, mientras que las seis precedentes han abarcado, sucesivamente, ocho, tres, cinco, cuatro, seis y tres.

<sup>1</sup> Las páginas anteriores a la 18 recogen el Prefacio y el Índice, y las posteriores a la 575, la Bibliografía, el Índice de Sentencias (de la Corte Suprema y algunos otros tribunales argentinos, y de la Suprema Corte norteamericana) y el Índice Alfabético de Materias. *AD.*: En mayor o menor medida, sobre esta reseña y las tres siguientes (núms. 42, 43 y 44) se proyecta el artículo mío que menciono en el texto de la reseña 55 (véase *infra*, *AD.* a la misma).

Si tuviésemos que caracterizar la parte primera y fundamental del libro, la presentaríamos como un repertorio sistemático<sup>2</sup> y crítico de jurisprudencia federal argentina, frecuentemente confrontada con decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos, tomada como modelo de la ley nacional núm. 48. Al expresarnos en esa forma, no queremos significar que el volumen del doctor Gondra sea ajeno a preocupaciones dogmáticas, que afloran en diversos lugares,<sup>3</sup> sino tan sólo que los rasgos señalados son los más salientes del trabajo. Dentro de esa orientación intencionalmente perseguida desde el primer momento, el autor muestra, con arreglo a un plan expositivo tan rectilíneo como sobrio, la postura de la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema argentina frente a una crecida cifra de leyes, instituciones y problemas; consigna, cuando el caso lo exige, los antecedentes necesarios, y va jalonando con objeciones de su propia cosecha el camino que en definitiva conduce al Proyecto de Ley objeto del apéndice II, que acaso por razón de continuidad hubiese debido ser primero. Las conclusiones que el doctor Gondra sustenta o suscribe a lo largo de esta primera parte, no siempre han logrado convencerme: por ejemplo, cuando presenta (cfr. p. 21, nota 5) el recurso de fuerza en el modo de proceder<sup>4</sup> como una "apelación", con olvido de que sus afinidades son muchísimo mayores con la casación en virtud de *error in procedendo*,<sup>5</sup> o cuando entiende que la jurisdicción militar "no constituye en realidad el ejercicio de una función de carácter judicial" (cfr. p. 257), dejándose arrastrar por una argumentación interesada, estrecha y poco convincente.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> La obra se divide en los diez capítulos siguientes, y en ellos se agrupa la jurisprudencia respectiva: Principios generales — *Razón de la materia* — Instituciones nacionales — La Nación en juicio — Almirantazgo y jurisdicción marítima — *Razón de la persona* — Jurisdicción penal — *Razón del lugar* — Jurisdicción originaria de la Corte Suprema — Cuestiones de competencia. Hemos subrayado los tres títulos determinantes de la competencia federal adoptados por el doctor Gondra como base de su sistematización.

<sup>3</sup> Por ejemplo, en el capítulo I al estudiar los conceptos de jurisdicción y competencia.

<sup>4</sup> En el texto se lee "en el modo de conocer", pero se trata de errata o lapsus fácilmente explicable, por haberse referido el autor, en la línea anterior, al recurso de fuerza en conocer, una de las tres especies del mismo: cfr., v. gr., ley XVII, título II, libro II, de la *Novísima Recopilación*.

<sup>5</sup> Cfr. nuestra *Miscelánea de libros procesales* correspondiente al 4º número de 1943 (2ª parte, pp. 386-7).

<sup>6</sup> Aun cuando no lo cita para nada, la concepción disciplinaria de la jurisdicción militar es también la de Lascano en el libro que más adelante mencionamos (cfr. sus pp. 143-7); pero cuando comenzando por el código de justicia militar se habla, a partir de su art. 1º, de jurisdicción, jueces y tribunales, de sentencias definitivas y firmes (cfr. sus arts. 427 y 438), se adopta un procedimiento inequívocamente procesal y se someten a él, no meras infracciones disciplinarias (que son objeto de atención especial en el reglamento de 25 de diciembre de 1905), sino auténticos delitos (cfr. art. 503), sancionados con la consubstancial severidad de las leyes castrenses, supone evidentemente subvertir los términos reducir la jurisdicción penal, que es más, al poder disciplinario, que es menos. La jurisdicción penal es, pues, una jurisdicción especial, pero no una facultad disciplinaria, y nada digamos en aquellos países en que por motivos que no es del caso comentar, la jurisdicción militar ha invadido zonas muy extensas de la jurisdicción ordinaria. La posición, por tanto, del Dr. Risso Domínguez, a quien en otra ocasión hemos elogiado



De los dos apéndices, el primero contiene un resumen metódico de la justicia federal en los Estados Unidos, que puede servir para la mejor comprensión de la de igual orden en la Argentina, y el segundo reproduce el proyecto de ley redactado por el doctor Gondra y cuya promulgación supondría la derogación, entre otras, de las vigentes leyes números 27, 48 y 4055 (con excepción de su artículo 12)<sup>7</sup> (cfr. p. 575, art. 129). Sin espacio para efectuar la crítica de este proyecto, que al pie de cada artículo lleva concordancias legislativas, notas de jurisprudencia o remisiones a la primera parte del volumen, nos contentaremos con destacar que el doctor Gondra no se ha decidido a reabsorber en el texto que brinda, el sector más estrictamente procesal de la legislación relativa a la justicia federal, hoy repartido entre la ley núm. 50, cuyos 375 artículos no tienen razón alguna de ser, y el código de procedimientos en lo criminal de 1888, en el que se involucran dos órdenes jurisdiccionales muy distintos.<sup>8</sup>

Hemos dejado para el final un detalle que nos ha llamado poderosamente la atención. Quien recorra con detenimiento el libro del doctor Gondra o, simplemente, quien examine la lista de "obras y autores citados" que figura en las páginas 577 a 579, comprobará que en una obra argentina sobre jurisdicción federal, donde se ha anotado y utilizado una abundante bibliografía norteamericana, no se mencionan para nada tres libros argentinos que acaso guarden alguna relación con el expresado tema: nos referimos a *La justicia federal* (Buenos Aires, 1931), de Hugo Alsina; al *Derecho procesal federal* (3 vols.; Córdoba, 1936), de Luis Juárez Echegaray, y a *Jurisdicción y competencia* (Buenos Aires, 1941), de David Lascano, los tres profesores y los tres figuras bien notorias del procesalismo argentino. Si en la investigación el disentimiento no sólo es lícito, sino que hasta puede resultar conveniente, el silencio respecto de obras nacionales que por su importancia no cabe ignorar (ni en su existencia ni en su contenido), difícilmente encontrará justificante.

sin reservas (cfr. nuestros *Ensayos de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1944, p. 337), y que ha influido considerablemente en el ánimo del Dr. Gondra, resulta a nuestro entender inaceptable (cfr. su libro *La Justicia Militar. Conceptos fundamentales*, Buenos Aires, 1939, p. 37, mencionado por Gondra, ob. y lug. cit.).

<sup>7</sup> No me explico por qué este artículo, relativo a la circunscripción de las Cámaras Federales de Apelación y modificado por diversas leyes, no puede incorporarse al texto proyectado por el Dr. Gondra y ha de quedar vagando como el alma de Garibay.

<sup>8</sup> Véase lo que a propósito de esta cuestión decimos en el artículo sobre *La reforma del enjuiciamiento penal argentino* que figura en la 1ª parte de este mismo número (cfr. pasaje del núm. 10 comprendido entre las notas 57 y 59). AD.: *La reforma del enjuiciamiento penal argentino (Con motivo del Proyecto Vélez Mariconde-Soler de código para la Capital)*, en "Rev. Der. Proc." argentina, 1945, I, pp. 1-63; reproducido en mis "Estudios Procesales" (Madrid, 1975), pp. 115-66.

- 42) GOROSTIAGA, Norberto: *Recurso Extraordinario ante la Corte Suprema de la Nación. Orígenes históricos*. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1944. 89 pp.

Pp. 76-77

Este folleto se abre con unas "consideraciones generales", que en realidad son resumen de conclusiones. Conforme a ellas, la investigación en cuanto a los orígenes del recurso llamado extraordinario instituido por el artículo 14 de la ley núm. 48, "demuestra que lo que nuestros legisladores encontraron elaborado en los países sajones, no era sino el desenvolvimiento de reglas firmemente establecidas en los fueros españoles, especialmente en los Reinos de Aragón y Navarra" (cfr. p. 9). El reconocimiento del doctor Gorostiaga,<sup>1</sup> que contrasta con el silencio de tantos otros libros en que el tema se aborda, se encuentra respaldado por una documentación concienzuda de las fuentes anglosajonas y españolas y por un prurito manifiesto en la fidelidad transcritiva de textos y opiniones, aunque los datos de Aragón y Navarra (cfr. pp. 71-7) bien merecían, por su importancia y por lo desconocido que en general son, la reserva de algún mayor espacio. Desde el punto de vista español, la circunstancia de no serlo el autor y los testimonios que invoca del inglés Hallam<sup>2</sup> y del argentino Bielsa,<sup>3</sup> hacen que su antes mencionada conclusión esté libre de toda sospecha de parcialidad patriótica.

<sup>1</sup> Tanto más significativo cuanto si bien en su obra se mencionan fuentes y testimonios de historiadores españoles (Zurita, Mariana), no se ha utilizado para nada la moderna bibliografía española sobre el tema (véase acerca de ella mi *Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*, Madrid, 1933, *passim*; reproducido en *Ensayos*, pp. 503-36, o bien Rodolfo Reyes, *La defensa constitucional: Recursos de inconstitucionalidad y amparo*, Madrid, 1934, pp. 397-9, libro que aunque de autor mejicano, estudia la materia desde el ángulo del derecho español). Tampoco el Dr. Gorostiaga se ha servido de algunos precedentes artículos publicados en la Argentina sobre el Justiciazo aragonés, como el del profesor español Dr. Mariano Gómez, *El Justicia Mayor de Aragón y los sistemas modernos de amparo judicial* (en "La Ley" de 31-XII-1940), y el del Dr. Héctor Rodolfo Orlandi, *El Justicia mayor de Aragón y las libertades forales* (en "Revista del Colegio de Procuradores de la Ciudad de Buenos Aires", núm. de octubre-diciembre de 1942). *AD.*: Con posterioridad, entre otros trabajos suyos sobre el tema, el artículo de Fairén Guillén, *El proceso aragonés de "manifestación" y el británico de "habeas corpus"*, en "Temas del ordenamiento procesal", tomo I (Madrid, 1969), pp. 131-70.

<sup>2</sup> "Después de diversas contiendas con la corona en el reino de Jaime I, para no remontarnos a tiempos más remotos, ellos compelieron a Pedro III en 1283 a concederles una ley, llamada Privilegio General, la Magna Charta de Aragón, quizás con bases más completas y satisfactorias para la libertad civil, que la nuestra" (Hallam —citado por Gorostiaga, pp. 71-2—, *View of the State of Europe during the Middle Age*, vol. II, p. 68 de la edición de Nueva York, 1898; la primera se publicó en Londres, 1818).

<sup>3</sup> "Vale la pena recordar, para honor y gloria de las instituciones de la madre patria, la existencia de una jurisdicción establecida como baluarte protector de los derechos personales, frente a la arbitrariedad y a la injusticia, en la institución del Justicia de Aragón" (Bielsa, *La protección constitucional y el recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1936, p. 125, nota 1ª, citado por Gorostiaga, p. 72).