

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

El libro del doctor Gorostiaga se divide en cinco partes,⁴ de las cuales la tercera y la cuarta tienen muy escaso relieve, y en esta última se habla de Francia (cfr. p. 69) a propósito del recurso de inconstitucionalidad, cuando en ella no existe nada que directamente se le asemeje, mientras que no se dice una palabra de los países —España entre ellos— que a ejemplo de la Constitución austriaca de 1920 establecieron procesos de esa índole, más definidos y mejor perfilados que el de tipo norteamericano.⁵ Por otra parte, los antecedentes aragoneses se relacionan, a mi entender, más con la institución del amparo que con el recurso de inconstitucionalidad (extraordinario en la Argentina), a menos de considerar —tesis defendible, desde luego— que ambos pertenecen al mismo género, puesto que tienden a asegurar la observancia de la Constitución, si bien discrepan en cuanto a la causa determinante de la lesión impugnada, que en el primero es el atropello de una garantía individual y en el segundo la vigencia de una ley ordinaria opuesta a la ley fundamental.

- 43) CHRISTENSEN, Emilio A.: *Nuevos recursos de amparo en la legislación procesal argentina. Los writs de mandamus e injunctio*. "Revista del Colegio de Abogados de Santiago del Estero". Tomo I. Diciembre de 1944, núm. 2, pp. 67-92.

PP. 77-78

El doctor Christensen, que en unión de los doctores Arnedo y Dardo Herrera ha compuesto los actuales códigos de procedimiento civil y de procedimiento penal de Santiago del Estero (respectivamente basados en los de Santa Fe y Córdoba y promulgados en 1941), se ocupa en este artículo, no tanto de los *nuevos recursos* de amparo —puesto que los artículos 22 y 68, inciso 28, de la Constitución santiagueña no alteran en lo más mínimo la unidad conceptual y teleológica de la institución—, como de las *nuevas aplicaciones*¹ de que es objeto en virtud de los citados preceptos.

De las dos partes en que se divide el trabajo del doctor Christensen,² la

⁴ A saber: Derecho público del Reino de Gran Bretaña y de los Estados Unidos de Norte América (pp. 11-38); Derecho público de los Estados Unidos de Norte América (pp. 38-66, que como ya el epígrafe indica, son continuación de la primera parte); El recurso extraordinario ante la Corte Suprema de la Nación Argentina (pp. 66-68); La inconstitucionalidad de las leyes: El recurso extraordinario en Inglaterra, Francia, Estados Unidos de Norte América y Argentina (pp. 68-70), y Los Fueros de los Reinos de Aragón y Navarra (pp. 71-77).

⁵ Cfr. mi *Significado del Tribunal de Garantías*, notas 26 y 30 (véanse pp. 511-3 del volumen de *Ensayos*).

¹ Es decir, las relativas a los mandamientos de *injunctio* y *mandamus*, términos que en el art. 673 del código de procedimiento civil van seguidos de su traducción entre paréntesis, habiéndose interpretado el primero como "prohibición" y el segundo como "ejecución" (cfr. p. 77).

² La primera abarca un solo capítulo ("Los recursos de amparo de los derechos y garantías individuales en nuestra legislación") y la segunda cinco, carentes de epígrafe.

primera (pp. 67-76) recoge los antecedentes históricos y muestra la expansión del recurso de amparo en la Argentina a partir de la Convención reformadora de Santa Fe (año 1920), reproduciéndose literalmente (cfr. pp. 72-6) la declaración de la quinta Conferencia Nacional de Abogados (Santa Fe, año 1940) y el Anteproyecto de ley formulado por la misma para reglamentar el recurso de amparo ante la justicia federal, y que resulta adaptable a las jurisdicciones locales; en la segunda, se transcriben los artículos —del 673 al 685— que tratan de la materia en el código procesal civil (*sic*) de Santiago del Estero (cfr. pp. 77-9), inspirados más de una vez en el mencionado anteproyecto³ y que el autor comenta en los cuatro últimos capítulos del estudio (pp. 79-92).

Aparte alguna deficiencia informativa,⁴ imputable sólo al doctor Christensen-articulista, en la cuenta del doctor Christensen-legislador hay que cargar (aun cuando su responsabilidad en este punto la compartan los doctores Arnedo y Dardo Herrera) el error de sistemática que supone haber llevado los “recursos de amparo de los derechos y garantías individuales” a... un código de procedimiento *civil*, como si fuesen un “juicio de procedimiento especial” (cfr. p. 77). El epígrafe utilizado es, desde luego, muy elástico, pero la naturaleza inequívocamente procesal *constitucional* del amparo de garantías... *constitucionales*, hace que su emplazamiento adecuado sea una ley especial (cfr. nota 3) y no el código canalizador de los litigios de derecho privado, aun cuando sus propias normas sean de derecho público. Si la inclusión del *habeas corpus* en los códigos procesales penales es harto discutible,⁵ no obstante regularse en ellos como medida cautelar la detención, que en sus formas ilegales es la causa determinante de aquél, con mucho más motivo ha de rechazarse que el amparo en su significación actual y desconectado de la protección interdictal, con la que en último extremo enlaza en Roma,⁶ encaje dentro de un código procesal civil. En efecto, cuando una Constitución autoriza los recursos de inconstitucionalidad y de amparo, instaura, con independencia de la *jurisdicción* a que los encomiende y del *pro-*

³ Así, según declaración expresa del Dr. Christensen, los arts. 674, 677, 683 y 685 del código de procedimiento civil, se basan, respectivamente, en los arts. 1º, 2º, 11 y 12 del anteproyecto (cfr. pp. 81, 82, 91 y 92), pero éste tuvo el acierto de situar el amparo en una ley autónoma.

⁴ Como la de que en un trabajo sobre el amparo, en que se menciona el “mandato de segurança” de la Constitución brasileña de 1934, se omita toda referencia al recurso de amparo de la Constitución española de 1931 (regulado luego en la Ley del Tribunal de Garantías de 1933; véanse los arts. 121 de aquélla y 44-53 de ésta) y al régimen del país que le ha dado nombre y la ha desarrollado en mayor escala: Méjico. Por otra parte, en la p. 70 se involucran un poco la Magna Carta y el *Habeas Corpus*, que en su formulación definitiva es muy posterior a aquélla (1215 y 1679).

⁵ Véase lo que decimos a este propósito en *Ensayos*, pp. 322 y 653-4, y en *La reforma del enjuiciamiento penal argentino*, núm. 32. Ténganse además en cuenta las categóricas palabras de Franco Sodi que transcribimos en el núm. 7 de esta *Miscelánea* (ahora, *infra*, reseña 47).

⁶ Cfr. Wenger, *Institutionen des Roemischen Zivilprozessrechts* (München, 1925), pp. 237-45; véase también mi *Significado del Tribunal de Garantías* (en *Ensayos*, pp. 524-5).

cedimiento que para su tramitación se siga, unas instituciones que pertenecen al derecho procesal constitucional,⁷ tan inconfundible con el procesal civil o el procesal penal, como éstos puedan serlo entre sí. Así, pues, el amparo desentona en un código de procedimiento civil en la misma medida que el juicio sobre faltas, o que en un código procesal penal los desahucios, pese a que ambos podrían incluirse en ellos conforme a la acogedora rúbrica de que hace poco hablamos.

La anterior reserva no mengua en nada la eficacia del nuevo instrumental incorporado a la vida jurídica santiagueña, y el doctor Christensen merece muy sinceros plácemes por haberse preocupado, con sus colaboradores Arnedo y Dardo Herrera, de garantizar el respeto constitucional en su Provincia y por el trabajo escrito a manera de interpretación auténtica de los preceptos reguladores del amparo en la misma.

- 44) LINARES, Juan Francisco: *El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina. Razonabilidad de las leyes*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944, XV, 224 pp.

Pp. 79-80

Por una singular coincidencia, las cuatro primeras obras de esta "Miscelánea" presentan zonas de interferencia y puntos de contacto: Constitución, proceso y libertad, son ideas-centrales en las mismas, que habrían permitido asociarlas sin gran dificultad en una sola crítica. Sin embargo, fieles a la pauta que desde la primera reseña bibliográfica hemos adoptado en esta Revista, nos ha parecido preferible analizarlas por separado. Además, el libro del doctor Linares ofrece características especiales, que lo distancian de los otros tres, en mayor medida que cualquiera de estos entre sí.

La expresión "debido proceso" pudiera hacer creer, a los contempladores de portadas, que nos hallamos ante un volumen de derecho procesal. La realidad, sin embargo, es que primordialmente la monografía del doctor Linares pertenece *por razón de la materia* al derecho constitucional y *por razón de la persona* (de su autor) a la filosofía jurídica, sin perjuicio, claro está, de que en ella se consideren los aspectos netamente procesales de la institución.

"Debido proceso legal" es la traducción literal y a la vez más generalizada de la frase, lingüísticamente inglesa y jurídicamente norteamericana,¹ "due process of law" (cfr. enmiendas V y XIV de la Constitución de Estados Unidos). Ahora bien: ¿resulta suficientemente expresiva en castellano? Al formular la pregunta, no lo hago como un reproche al doctor Linares, que la usa —con frecuencia, entrecomillada— como más común y familiar, aun

⁷ Cfr. mis *Ensayos*, pp. 51-3, 511, 533 y 560-5.

¹ Aun cuando en Inglaterra también se emplee, e incluso antes que en los Estados Unidos: cfr. pp. 15-6.

creyendo preferible referirse a "legal y justa aplicación del derecho" (cfr. p. 12), sino como duda acerca de la coincidencia efectiva entre el contenido institucional y su etiqueta. La palabra "proceso", que comienza por ser torturante para los propios procesalistas, de un lado por la retahíla de sinónimos o seudo-sinónimos que en su lugar se emplean² y, de otro, por las dudas acerca de su naturaleza jurídica,³ rebasa con mucho el área procesal e incluso el campo del derecho (se habla, verbigracia, de un proceso químico, biológico o de fabricación industrial). Por tales causas, el término es poco adecuado para aportar precisión en ningún orden de ideas, y menos cuando se trata de verter al lenguaje jurídico de un país, como la Argentina, de derecho continental europeo, salvo en la esfera constitucional, un concepto del derecho inglés y norteamericano, con raíces en el siglo XIII,⁴ y por consiguiente, con la posibilidad de que exista algo más que una diferencia de matiz entre la noción actual y procesalista del proceso, aun distando mucho de ser pacífica, y el sentido tradicional y originario de la frase "due process of law", equiparada por Lord Coke (cfr. p. 15) a "law of the land" (ley de la tierra) en la Magna Carta. En otro sentido, como muy penetrantemente destaca el doctor Linares, "a través de los años la institución del debido proceso evolucionaría en forma tal, que de una garantía procesal de la libertad (*procedural limitation*), que fue al comienzo, terminó siendo una garantía de fondo (*general limitation*)" (cfr. p. 15; véanse asimismo las pp. 25-6, 31, 34, 154-5, 157 y ss., 212). Si el "debido proceso" no hubiese rebasado el cuadro estrictamente procesal, entonces se referiría a la observancia de las garantías mínimas de enjuiciamiento explícita o implícitamente⁵ requeridas por la Constitución, y su precepto más característico sería el artículo 18 de la ley fundamental argentina, acerca de cuyo alcance mi opinión discrepa de la dominante en la doctrina, jurisprudencia y legislación nacionales en el extremo relativo a la contradictoriedad del juicio.⁶ Pero, como acabamos de decir, el "debido proceso" se ha ido extendiendo a cues-

² Cfr. mi *Adición al núm. 14 c del "Sistema de Derecho Procesal Civil" de Carnelutti*, vol. I (Buenos Aires, 1944), pp. 53-4.

³ Cfr. mis *Ensayos*, pp. 660-2.

⁴ En el que se encuentra ya completamente perfilado ese constitucionalismo aragonés de que en el precedente comentario hemos hablado, y en el que probablemente habría encontrado el Dr. Linares datos de interés para su investigación.

⁵ Por ejemplo: en el art. 18 de la Constitución argentina, al que en seguida nos referimos, se dice que "ningún habitante de la Nación puede ser penado sin *juicio* previo", pero no se determina qué haya de entenderse por *juicio*. Importa entonces determinar, para que la garantía no sea ilusoria, cuáles son las exigencias *sine qua non* del juicio. Por lo que hace a los Estados Unidos, el Dr. Linares consigna esos requisitos en la p. 26 de su libro, pero advirtiendo que la Corte Suprema de dicho país "ha admitido ya la no existencia de algunos".

⁶ Cfr. lo que digo en *La reforma del enjuiciamiento penal argentino*, núm. 26. El Dr. Linares, aun cuando no analiza concretamente el problema, parece adherir (cfr. pp. 26 y 212) a la tesis de que discrepamos, quizás bajo el influjo de la jurisprudencia norteamericana, que sigue exigiendo firmemente los requisitos de notificación y audiencia al procesado; pero el artículo 18 argentino ni menciona ni presupone ineludiblemente aquella o ésta.

tiones que sólo dándole a la palabra un significado convencional pueden incluirse en su recinto: por ejemplo, a la materia contributiva, al aprovechamiento de la propiedad, al ejercicio profesional, al emplazamiento de sanatorios, a la libertad de reunión, a las concesiones de servicios públicos o a la expropiación por causa de utilidad pública.⁷

Llegamos, por razones de espacio, al final de nuestro comentario, y resulta que tan sólo hemos abordado uno de los muchos aspectos que en esta tesis doctoral (cfr. pp. V y VIII) tan jugosa, eran acreedores a mención especial: aquel que la índole de esta Revista y mi preferente afición me señalaban de consuno. Utilizaré, sin embargo, los últimos renglones disponibles para destacar: a) la revalorización de que el *derecho natural* es objeto en la obra del doctor Linares: toda la segunda parte del volumen (pp. 43-156), sin la cual la construcción del tema habría quedado reducida a una exposición de antecedentes y a la glosa de algunos fallos de la Corte Suprema argentina, gira alrededor del derecho natural, interpretado con igual simpatía que sagacidad, como factor climatológico, llamémosle así, de influjo decisivo para el florecimiento del "debido proceso", en cuanto "garantía genérica de la libertad" (cfr. p. 131),⁸ y en todo caso, como fuente de consulta indispensable para la *debida* inteligencia de la institución, y b) la nota de *razonabilidad* (cfr. pp. VII-VIII, 29-31, 131-56, 179-82, 184-94, 196, 212), que el autor reputa esencial o definidora del "debido proceso".⁹

45) COUTURE, Eduardo J.: *Medio siglo de Derecho*. Impresora Uruguaya, S. A. Montevideo, 1944. 33 pp.

Pp. 81-82

El profesor Couture, director de *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, de Montevideo, reproduce en este folleto las palabras que pronunciara en el homenaje tributado a la misma con motivo de cumplirse el 15 de septiembre de 1944 el cincuentenario de su fundación.¹

⁷ Cfr. caps. XV a XVII (pp. 162-190).

⁸ El autor caracteriza así al "debido proceso substantivo", pero nada se opone a que tal nota distintiva se extienda al "debido proceso adjetivo" (cfr. p. 15), e incluso —entendemos— acaso aparezca en él más perceptible que en el primero.

⁹ Y quizás, agregaríamos, de *soportabilidad*: que el acreedor cobre hasta el último centavo de su crédito es indudablemente razonable; si se establecen límites al embargo, es porque llevado a sus últimas consecuencias, resultaría insoportable para el deudor. El mismo rasgo descubriríamos en otras direcciones de significado muy distinto: abolición del tormento o prohibición de medidas confiscatorias.

¹ Publicado primero en la citada revista uruguaya, en el número de septiembre de 1944. Con motivo del cincuentenario de dicha publicación, se ha editado además el *Reperitorio General de La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración* (XVI-450 pp.; Montevideo, 1944), reseñado en estas columnas por el Dr. Sentís Melendo (1944, 2ª parte, pp. 287-8).

Medio siglo de derecho, si lo miramos a través del ventanal de una revista dedicada a su cultivo, pero no si nos fijamos en el vendaval de los últimos treinta años del período, que son de retroceso y aun negación jurídicos. Durante ellos, en efecto, la humanidad ha soportado una primera guerra mundial, la de 1914-1918,² de dimensiones que parecían insuperables...; las tres revoluciones totalitarias de Rusia —la más grande, en tamaño, de todas las habidas—, Italia y Alemania, de signo distinto entre sí, pero coincidentes las tres en la brutal regresión política que implican;³ la guerra civil española, omitida por Couture en su recapitulación final (cfr. pp. 29-33), la más cruel de todas las contiendas de su clase, que fue a la vez pugna en España de ideologías exóticas, aplicación de métodos persecutorios inventados de fronteras afuera y ensayo general de la tormenta que a su término estallarí; y como cierre aún abierto de ese obsesionante período, la nueva guerra mundial, más extensa, prolongada y terrible que su antecesora, aunque probablemente menos que el conflicto bélico ya anunciado, casi como natural e inevitable, para dentro de veinticinco años...

Pero apartémonos de ese panorama sombrío, que al espíritu ponderado de Couture le lleva a clausurar su conferencia con preguntas (cfr. p. 33) que apenas disimulan su angustia por lo que todavía nos depare el futuro⁴ —y eso que él, como sudamericano, ha vivido la tragedia de lejos—, y dirijamos la vista a las otras partes del folleto. En ellas expone el autor el recorrido del pensamiento jurídico uruguayo en los tres órdenes que interesaron principalmente a su Revista durante el medio siglo transcurrido desde su fundación, a saber: la doctrina, la legislación y la jurisprudencia (cfr. p. 7). Como figura representativa de *la doctrina* desde 1894 a 1944 o, mejor dicho, a partir de 1920, Couture ha escogido a Kelsen (cfr. pp. 11 y ss.). No discutiré la elección, pero sí la exclusión de otros nombres cuya irradiación ha sido sobremanera intensa y perdurable: ¿necesitaré recordarle, a él, procesalista eminente, el enorme influjo de Chiovenda en América? Y circunscribo la cita a un especialista de nuestra disciplina, de quien, en prueba de imparcialidad, indicaré que no soy incondicional partidario. En el capítulo

² No estoy muy de acuerdo con Couture en que ella enfrentase democracia e imperialismo: hubo muchos *ismos* de ambos lados (revanchismo francés, militarismo alemán, irredentismo italiano y, sobre todo, industrialismo en disputa de hegemonías y mercados). Por otra parte, no resulta fácil, ni para tan fino dialéctico como Couture, alinear entre las democracias al zarismo ruso o al Mikado japonés.

³ Tampoco ha logrado convencerme la estampa que de la Revolución rusa presenta Couture. Sin discutir los avances de carácter social que más fuera que dentro ha provocado, sobre ella recae una inmensa parte de culpa en la situación que la humanidad atraviesa. Pero, en fin, dejemos esto para debate oral y no para alegación escrita.

⁴ Después de haber presenciado la violación escandalosa de las más solemnes promesas y tratados, el fusilamiento de rehenes, la destrucción sistemática de ciudades, el abandono de las alianzas; la conculcación de todas las leyes de la guerra, la intervención descarada de unos países en la vida y conflictos de otros, las persecuciones de tipo político, racial y religioso, los exilios en escala desconocida, etc., ya se vislumbran imperialismos desmedidos, zonas de influencia y Estados-marionetas, pueblos sometidos a esclavitud, etc. La inquietud de Couture está justificada. Ojalá que nos equivoquemos.

relativo a la legislación, Couture se ocupa casi exclusivamente (cfr. pp. 16-22) de las enmiendas sufridas durante esos cincuenta años por el código civil, el mejor, en su opinión, de los códigos uruguayos, que no obstante ello, y merced a aquéllas, ha acabado por perder su fisonomía primitiva, para poder satisfacer nuevas exigencias y acomodarse a nuevos rumbos, principalmente de carácter social. Por último, la *jurisprudencia*, que durante los primeros años de la Revista tenía muy escasa significación en sus columnas, ha adquirido cada vez mayor importancia, acaso —apuntamos— bajo el influjo combinado de tres corrientes jurisprudencialistas muy distintas: la anglosajona, la francesa y la argentina,⁵ hasta el punto de que si su avance prosigue a igual ritmo, puede llegar a suplantar la ley y a asfixiar la ciencia del derecho.⁶

46) COUTURE, Eduardo J.: *De la organización judicial y del régimen procesal*. Imprenta "El Siglo Ilustrado". Montevideo, 1945. 76 pp.

Pp. 82-85

Como en el subtítulo se indica, este folleto contiene la "Relación oficial del tema I, para la Primera Convención Nacional de Abogados del Uruguay, celebrada en Montevideo, los días 21, 22 y 23 de septiembre de 1944". Dicho tema, relativo a "Organización judicial", abarcaba cuatro puntos: nombramiento y promoción de magistrados, especialización en la administración de justicia, defensa letrada obligatoria, y reformas al proceso civil y al penal (cfr. pp. 5 y 71). Esos cuatro "puntos" se han dividido a su vez en "cuestiones", hasta un total de nueve, desenvueltas por el relator o ponente en forma de preguntas, seguidas de la conclusión sustentada frente a cada una de ellas y de los motivos aducidos en su apoyo. De las nueve conclusiones formuladas por Couture, la Comisión Informante aprobó ocho por unanimidad y una, la referente al restablecimiento o no de la jurisdicción comercial, por mayoría (cfr. pp. 30-2 y 71-2).

Las cuestiones de menor interés para el jurista no uruguayo, son evidentemente las integrantes del punto segundo (especialización de la administración de justicia), como ligadas a factores muy variables de país a país, sin

⁵ De esas tres corrientes, la más conforme a las peculiaridades jurídicas del Uruguay me parece la francesa, o mejor dicho, la técnica de sus *arretistas*, más sobria que la de los jurisprudencialistas argentinos, autores de trabajos espléndidos, pero con el defecto que en otra dirección he señalado a los adicionadores de obras traducidas, o sea, el de alejarse con frecuencia del texto base (cfr. lo que al efecto digo en la p. XXVI, vol. I, del *Sistema de Carnelutti*). En cuanto al *case system*, ya se le tome directamente de Inglaterra, ya de los Estados Unidos, no creo que tenga que hacer gran cosa en un país de derecho continental europeo y de estructura política unitaria, donde, por consiguiente, su Corte Suprema se encuentra respecto de la de Washington en situación muy distinta que la de Buenos Aires.

⁶ Cfr. nuestra *Miscelánea* correspondiente al 4º número de 1944, 2ª parte, p. 419, nota 20 (ahora, *supra*, reseña 40).

contar con que dos de ellas más pertenecen al derecho administrativo que al procesal: nos limitaremos por ello a algún comentario por vía de nota.¹ De los otros tres puntos, el tercero, que envuelve una sola cuestión, plantea como problema uno que sin la derogación de la ley de 23 de julio de 1853, víctima de los "pequeños intereses que afectaba" (p. 41), no habría debido serlo en el Uruguay: la defensa letrada obligatoria, cuyo restablecimiento propugna Couture con argumentación elocuentísima,² y de la que serían "complementos indispensables" el arancel de honorarios profesionales y la organización de la "Orden de los Abogados", con poderes disciplinarios sobre sus miembros" (cfr. pp. 45-6). Por mi parte, reputo mucho más indispensable el segundo de esos complementos, es decir, la colegiación,³ que juntamente con la oralidad, son las dos columnas sobre las que se alza el prestigio de las grandes abogacías europeas; en cuanto al arancel, soy partidario de él para aquellas actuaciones más mecánicas y uniformes, mientras que los escritos polémicos fundamentales, la conducción de la prueba y los informes forenses debieran ser objeto de retribución libre, sujeta a eventual impugnación,⁴ o bien de un arancel sumamente elástico, para evitar que su rigidez haga surgir a su espalda pactos de *quota-litis* clandestinos.⁵ Dentro del cuar-

¹ Las dos cuestiones que reputamos de índole administrativa, se refieren a la separación entre la actividad estrictamente procesal de los jueces de paz y sus funciones como encargados del registro civil, y a la reorganización de los registros de comercio. En ambos casos estamos de acuerdo con las conclusiones del relator, que se traducen en que los tribunales queden desligados de cometidos que no les son consubstanciales. Coincidimos también con Couture en cuanto a la inconveniencia de restablecer la jurisdicción comercial: en España la hubo hasta 1868, y aunque de vez en cuando alguien remueve el asunto, tan desprovisto se halla de ambiente, que en las Constituyentes de 1931 fueron dos diputados catedráticos de derecho mercantil quienes se opusieron a que se restaurara (cfr. mis *Ensayos*, pp. 553-4, nota 22). El dato es harto elocuente, sin contar con los argumentos aducidos por Couture (cfr. pp. 31-3) acerca de la complicación que en orden a la competencia supondría restablecerla y del valor atribuible a la jurisprudencia comercial en los países con tribunales especializados. En cuanto a la primera cuestión —división de los tribunales de apelación en salas por razón de la materia—, es fundamentalmente un problema de estadística judicial, y puesto que las cifras indican el exceso de trabajo que sobre dichos tribunales pesa, parece natural que el aumento de éstos se aproveche para implantar la especialización.

² "Sostener que la defensa por sí mismo debe admitirse como un homenaje a la libertad individual, sería el más hermoso de todos los postulados, si en el juicio no existiera más interesado que el que quiere defenderse a sí mismo. Pero esa idea, olvida que los protagonistas del proceso son varios: en primer término, además del defensor de sí mismo, el adversario, que no tiene por qué padecer los efectos de la inexperiencia de su contendor; en segundo término, el juez, que debe cumplir su misión altísima de dispensar la justicia, sin que sea lógico reclamar una amplia parte de su esfuerzo para reparar errores de la impericia ajena; y en último término, el propio servicio de justicia, que reclama el mayor rendimiento con el menor esfuerzo posible. Y es tiempo y esfuerzo irremediablemente perdido el que se invierte en enmendar, subsanar y perdonar los errores de las partes" (ob. cit., p. 45).

³ Cfr. nuestra *Miscelánea* correspondiente al núm. 4 de 1944, 2ª parte, pp. 405-6.

⁴ Que podría llevarse, para prevenir o evitar la intervención judicial, más lenta y enojosa, ante el propio Colegio, tal como se halla establecido en los Estatutos del de Madrid: cfr. mi artículo *La ética profesional y el régimen jurídico de las corporaciones*

to punto se examinan las cuestiones relativas a la reforma del proceso civil y del penal: por lo que concierne al primero, Couture, que dirige desde 1943 la Comisión encargada de redactar el nuevo código uruguayo, anuncia como próxima la aparición del proyecto preliminar (cfr. p. 53) y anticipa las "Bases", ya aprobadas, a que ha de acomodarse (cfr. pp. 54-64). Como dada la trascendencia de dicho documento, la "Revista de Derecho Procesal" se ocupará seguramente de él con amplitud, y en ella o fuera de ella, algo habré de decir por mi cuenta tan pronto se publique, me bastará por ahora con destacar que la reforma ha sido puesta en las mejores manos, encarada con profundidad y planeada como labor de años (cfr. p. 54), porque sólo así —*piano piano si va lontano*— alcanzarán remedio los males presentes de la justicia uruguaya.⁶ En cuanto a la reforma del proceso penal, Couture, tras subrayar los defectos del vigente código de instrucción criminal de su patria (ya el nombre, calcado del francés de 1808, es índice de insuficiencia), elogia, hasta sugerirlo como modelo, el código de procedimiento penal compuesto para Córdoba por los profesores Vélez Mariconde y Soler y que, convertido en proyecto para la Capital Federal, es objeto de un estudio mío en la primera parte de este número.⁷ Ha quedado para el final el primer punto: sobre nombramiento y promoción de magistrados. En orden a la designación, Couture se coloca *en apariencia* en una posición contradictoria (cfr. p. 7), al propugnar, por un lado, que se mantenga el sistema uruguayo de nombramiento por la Suprema Corte, que en principio se me antoja tan malo como encomendarlo sin cortapisas al Ejecutivo o al Legislativo,⁸ y entender, por otro, indispensable que se establezca un procedimiento de selec-

forenses (en "Revista de los Tribunales", Madrid, 22-X-1932; reproducido en mis *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1934, cfr. pp. 128-33), y determinar una especie de jurisprudencia en materia de honorarios, más flexible y evolutiva que el arancel.

⁵ Podría establecerse al efecto un máximo y un mínimo en la respectiva partida arancelaria, y dentro de esos límites se combinarían estos tres factores: a) cuantía o complejidad del asunto; b) categoría profesional del abogado, determinada por su clasificación en la matrícula, si ésta se halla dividida en grados, o bien por los ingresos percibidos durante un cierto período de tiempo (el último año, promedio de un quinquenio, por ejemplo), y c) resultado final obtenido por el patrocinador, ya que la disposición de ánimo para el pago no puede ser la misma en el cliente vencedor que en estado de vencido.

⁶ Las bases técnicas de la reforma (cfr. pp. 54-5) concuerdan con las que repetidamente ha expuesto. Precisamente en "La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", que dirige Couture, se reprodujo bajo el título *Método para la reforma del Código de Procedimiento civil* (abril de 1943, pp. 97-101) la parte oportuna de mis *Orientaciones para una reforma del enjuiciamiento civil cubano* (publicadas primero en "Revista del Colegio de Abogados de La Habana", enero-julio de 1942; insertas luego en *Ensayos*, pp. 95-138).

⁷ *La reforma del enjuiciamiento penal argentino*, pp. 1-63.

⁸ Quizás por pertenecer a un país que tanto ha padecido bajo un determinado espíritu de casta, le tengo verdadero miedo a las profesiones cerradas. Con independencia de la reglamentación a que el concurso o la oposición se sometan, entiendo que el tribunal, junta o comisión calificadora que se instituya, debe ser de nombramiento en todo o en gran parte automático. Podría presidirlo el Presidente de la Corte Suprema, con uno o dos magistrados más, designados previo sorteo; dos o tres abogados elegidos en igual

ción. Creo, sin embargo, que esa contradicción no existe: el relator rinde una especie de homenaje jubilariorio a la primera de esas fórmulas y se inclina decididamente hacia la segunda. El todo estriba ahora en organizar el concurso o la oposición de manera eficiente.⁹ Finalmente, la promoción y los traslados: aquí Couture sienta una conclusión demasiado absoluta, cuando considera "evidente que no se puede establecer el concurso de oposición para las promociones de la magistratura" (p. 20): me permitiría rogarle a mi colega que leyese el anteproyecto que precisamente sobre ascensos y traslados en la judicatura y ministerio fiscal redactamos en España en 1933, y vería que la posibilidad existe desde luego, aunque, eso sí, su regulación habría de ser distinta de la que se instaurase para el ingreso.¹⁰

Tales son, expuestas a grandes trazos, algunas de las ideas que acerca de la reforma judicial y procesal sustenta uno de los hombres mejor capacitados en toda América para llevarla a cabo y a quien su país ha tenido el acierto de encomendar la redacción de su nuevo código de procedimiento civil, destinado, sin duda, a ejercer poderoso influjo fuera de las fronteras de su patria. (*AD.*: Al proyecto Couture de código de procedimiento civil —Montevideo, 1945— he dedicado tres estudios: uno se reproduce en el tomo I de esta "Miscelánea Procesal" —México, 1972—, pp. 17-31, y los otros dos en mis "Estudios Procesales" —Madrid, 1975—, pp. 379-83 y 384-409, respectivamente.)

forma de entre los de mayor prestigio, y dos o tres profesores de derecho, con prohibición de volver a ser vocal en futuros concursos, en cuanto la categoría respectiva permita excluirlos en sorteos ulteriores. No creo, en cambio, que el Legislativo tenga por qué nombrar nada menos que tres delegados para ese tribunal (fórmula del Dr. Aristides Delle Piane: cfr. ob. cit., p. 13, nota 7).

⁹ En la oposición, sistema típicamente español, que conozco como opositor (por seguirse también allí para la provisión de cátedras) y como juzgador (por haber sido vocal del tribunal que calificó las de Judicatura del año 1934, a las que concurren más de mil aspirantes para cien plazas, de las que sólo se cubrieron 56), hay que diferenciar el principio y su regulación. Esta ha sido con frecuencia mala, de tipo memorístico, con programas redactados no por especialistas, sino por anónimos burócratas del Ministerio de Justicia, pero aquél ofrece dos garantías indiscutibles: el libre acceso a cuantos posean las cualidades habilitantes para participar en ellas, y la publicidad de su desarrollo. Puedo asegurar, además, que los tribunales calificadores actuaban con una independencia absoluta y con un respeto total por parte del Ejecutivo. Naturalmente, la oposición no asegura que el candidato triunfante en ella posea todas las cualidades necesarias para el buen desempeño de su función (por ejemplo, las de índole moral), pero nada impide su combinación con métodos que llenen este otro cometido; cfr., por ejemplo, Eduardo B. Carlos, *Para la designación de magistrados judiciales es necesario instituir medios de selección tan indispensables como la adscripción a la magistratura y el concurso* (en "Revista de ciencias jurídicas y sociales", Santa Fe, 1940, núm. 28, pp. 73-9).

¹⁰ Me refiero al anteproyecto que acerca de la materia indicada redactó la Comisión Jurídica Asesora en junio de 1932, y que recoge entre el dictamen y los votos particulares, diversas soluciones. Se halla impreso en las pp. 149-71 del volumen *Anteproyectos de Ley e Informes presentados al Gobierno por la Comisión Jurídica Asesora* (Madrid, 1933), y la parte de la exposición de motivos (que redacté con el Dr. Carsi) relativa al empleo de la oposición para proveer a los ascensos, se reproduce en las pp. 24-5, nota g, de mis *Ensayos*.

- 47) FRANCO SODI, Carlos: *El Procedimiento Penal Mexicano*. Prólogo de Francisco González de la Vega. Segunda edición, aumentada. Ediciones Porrúa. México, 1939. XIII, 487 pp.

Pp. 85-88

La "Revista de Derecho Procesal" realiza, dentro de su esfera de acción, auténtica labor de acercamiento interamericano. Dígalo, si no, el envío hecho por el profesor Franco Sodi¹ al doctor Alsina, en noviembre de 1944, del volumen que pasamos a reseñar y cuya primera edición se publicó en 1937. Esperemos que en lo sucesivo, roto el aislamiento, la literatura procesal mejicana nos llegue en mayor cantidad y con menor retardo.²

Para enjuiciar debidamente el libro del procesalista mejicano, han de tenerse muy presentes la fecha de su redacción y la finalidad perseguida por su autor. Por razón de la fecha, ya hemos dicho que la primera edición de la obra es de 1937: han transcurrido desde entonces cerca de ocho años, que corresponden justamente a los de más intensa renovación del procesalismo americano, por lo menos en los países atlánticos del hemisferio Sur (Argentina, Brasil y Uruguay), y nada de particular tiene, por tanto, que el volumen de Franco Sodi, no obstante representar poderoso avance respecto de la situación precedente, se encuentre algo rezagado si se le compara con libros de data posterior. Ha de valorársele, pues, colocándonos idealmente en 1937 o 1939 y no en 1945, y como trabajo de esos años es acreedor a los mayores elogios por haber sabido emprender el buen camino. En cuanto a la finalidad perseguida, el autor se ha cuidado de advertir que su "obra, dedicada a los estudiantes, no pretende ser un tratado completo de derecho procesal penal" y añade: "Modesta, en todos sentidos, confórmase con servir de guía durante el curso a aquellos a quienes se consagra: los alumnos de la Facultad" (cfr. p. V). Nos hallamos, por consiguiente, ante un libro didáctico, en manera alguno modesto, aunque así lo estime la modestia del autor, sino de cualidades excelentes como texto para la enseñanza, tanto por su tono y extensión como por la sobriedad del plan a que responde. En tal sentido, sólo podrían dirigírsele tres ligeros reproches: a) no haber reproducido en el lugar oportuno de cada capítulo los epígrafes del sumario respectivo, que se consigna en una especie de portadilla previa;

¹ Titular de Procedimientos Penales en la Universidad Nacional de México y autor del estudio *La teoría de la acción penal y su realización en la ley mexicana*, publicado en el número anterior de esta Revista (1944, 1ª parte, pp. 427-444).

² Quien revise la sección bibliográfica de la Revista, comprobará que aparte este libro, de fecha atrasada, y los trabajos de los Dres. Pina y Blasco, impresos en Méjico pero de autores españoles, sólo se ha recibido en ella un exponente de auténtico procesalismo mejicano: el *Derecho procesal del trabajo*, de ALBERTO TRUEBA URBINA (cfr. año 1944, II, pp. 100-1 y 204). Es también muy significativo que después de dos años de trabajos preparatorios para organizar el Instituto Internacional de Derecho Procesal, sea Méjico uno de los escasos países de América de donde aún no he recibido respuesta, pese a haberme dirigido a sus procesalistas en repetidas ocasiones y por diferentes conductos.

b) la falta de puntualización en las citas, que dado el reducido número de obras invocadas, habría requerido sólo unas líneas más, ni siquiera unas páginas, en el conjunto de la obra, y c) alguna desviación declamatoria, que no era indispensable y que no resulta conveniente (cfr., v. gr., p. 251, y con más extensión, las pp. 293-301, al tratar de la prueba penal, aun cuando en ellas el autor marche de la mano de Gabriel Tarde y de Mittermaier).

Examinemos ahora algunos aspectos del libro. La exposición de Franco Sodi contiene en la segunda mitad de su capítulo I (pp. 6-15) una "narración de la actividad procesal penal", que desde el punto de vista didáctico supone un gran acierto: ateniéndose al código del Distrito Federal, el autor muestra al alumno, en una visión introductiva, la marcha del proceso penal desde que se comete un delito hasta que se dicta la sentencia, a través de las distintas dependencias por donde ha de pasar, conforme a los dos tipos de procedimiento que por mandato constitucional³ deben aplicarse según que se haya aprehendido al delincuente *in fraganti* o que sólo se reciba la denuncia del hecho. En el capítulo II, uno de los fundamentales de la obra, el tema de la acción penal (pp. 20 y ss.) ha sido, bajo el directo influjo de Massari (cfr. pp. 25-6), muy inteligentemente abordado y la diferencia entre ella y la pretensión punitiva aparece con toda nitidez; siento, en cambio, discrepar de Franco Sodi en su manera de concebir la querrela y la acción civil, pero como nada nuevo he de agregar a lo que acerca de uno y otro extremo tengo manifestado, a lo ya dicho me remito.⁴ Disiento asi-

³ La Constitución mejicana adopta tales precauciones en favor del inculpado, que no sólo rebasan el área estrictamente constitucional para penetrar en materia propia del código de enjuiciamiento penal y crearle a éste serias dificultades, sino que producen la impresión de que allí el peligro lo representan los jueces y no los delinquentes. Cuando se llega a tales extremos, la desembocadura es fatal: o se incumple la Constitución (cfr. ob. com., p. 79), lo que es muy grave, o el mecanismo represivo funciona mal, que acaso sea lo que ocurre en Méjico, a juzgar por esas impresionantes crónicas de sucesos que aparecen en su prensa diaria. En general, el procedimiento penal mejicano, a través de la descripción que de él contiene el libro de Franco Sodi, presenta grandes deficiencias (es, por ejemplo, incomprensible que para acordar una aprehensión hayan de informar cuatro abogados del Departamento de Investigaciones e intervenir el Juez y el Ministerio Público: cfr. p. 75), aunque contenga algún acierto aislado, como la composición de los tribunales para menores (con un médico, un abogado y un educador especializados en cuestiones relacionadas con la delincuencia infantil: cfr. p. 95).

⁴ Cfr. *La reforma del enjuiciamiento penal argentino*, núm. 36, y las indicaciones que allí se hacen. El propio Dr. Franco Sodi se hace cargo del peligro que representa confiar el monopolio de la acción penal al ministerio público, que podría dejar de ejercitarla siendo procedente o, viceversa, y para remediar tal contingencia pasa revista a diferentes sistemas de "control", incliniéndose por dos que no considero satisfactorios: uno, que el tribunal, a instancia de parte, ordene al ministerio público ejercitar la acción, fórmula que puede incurrir en prejujuicio, que confunde esferas de actuación y que puede provocar rozamientos y resistencias, y otro, acudir al amparo, que, por lo visto, es en Méjico una especie de *sinalotodo*, para que como resultado suyo el ministerio público tenga que actuar, con los inconvenientes ya señalados. La solución no puede provenir más que de la intervención (principal o subsidiaria) del ofendido, cuya cualidad de "parte" o por lo menos de "sujeto procesal" se ve obligado a reconocer el propio Franco Sodi (cfr. pp. 123 y 374).

mismo del autor en algunas otras cuestiones, que con brevedad enunciaré: a) no me parece convincente su argumentación (cfr. p. 110) de que el procedimiento penal mejicano sea enteramente acusatorio; ⁵ b) no es cierto que los sistemas de apreciación de la prueba sean sólo los tres (en rigor, dos) que Franco Sodi acepta (libre, legal y mixto: cfr. pp. 328-9) adhiriendo a la opinión del procesalista español Pina, que se olvidó precisamente de aquel que además de ser el más perfecto, vino al mundo en España: el de la sana crítica; ⁶ c) tampoco creo que la causa de que los defensores renuncien a las audiencias cada vez en mayor proporción, dependa exclusivamente de desidia profesional (cfr. pp. 431): existe un motivo más hondo, que consiste en la falta de concentración del procedimiento penal mejicano, en el que la prueba corresponde a la instrucción, quedando para la audiencia o juicio tan sólo su valoración (cfr. pp. 419-23).⁷ En cambio, estoy por completo de acuerdo con el profesor mejicano en que la omisión de la denuncia constituye acto de encubrimiento y en que, por tanto, aquélla debe ser obligatoria respecto de delitos públicos (cfr. p. 164),⁸ y en su exacta concepción del amparo, que por provenir de un procesalista penal del país que más ha desenvuelto la institución, transcribimos literalmente, porque ella ratifica lo que en varias ocasiones⁹ hemos sostenido: "El amparo —afirma—, tanto en materia penal, como civil, administrativa o industrial, es un juicio constitucional que, viciosamente, se utiliza y considera como un recurso. En el amparo no se ventila, ni se discute el mismo asunto que fue objeto de un juicio ante los tribunales competentes; en otras palabras, el tema del amparo es distinto al del otro juicio, pues en él se debate un acto de autoridad que, según afirmación del interesado, es violatorio de sus garantías constitucionales" (cfr. p. 481).

⁵ Según quiere que sea la Constitución, que al implantarlo no se ha dado cuenta de que el sistema inquisitivo (no a la manera tradicional) se acomoda mejor que el acusatorio a los postulados de esa Escuela Penal Positiva que en Méjico tantos adeptos cuenta y bajo cuyo signo se colocó (en forma más o menos lograda) el código penal de 1929 (cfr. p. 277). Ahora bien: cuando Franco Sodi sostiene que la averiguación practicada por el ministerio público en el Departamento de Investigaciones no forma parte del proceso penal judicial (cfr. pp. 109-10) y, por tanto, que respeta el carácter acusatorio del mismo, se vale de un razonamiento sofístico, puesto que lo que se ha hecho es convertir en procedimiento policial, lo que desde el primer momento debió ser, en atención a su finalidad, procedimiento judicial. Y si ese expediente ha surgido para soslayar la dificultad inherente a la exigencia constitucional mencionada, tendremos una prueba más de cuán inconveniente es que una Constitución regule aspectos que deben quedar para los códigos y leyes ordinarias.

⁶ Cfr. obras citadas en la nota 79 de mi trabajo sobre *La reforma del enjuiciamiento penal argentino*.

⁷ En esas condiciones, puede muy bien creer el defensor "que el caso ya va fallado le antemano", como Franco Sodi reconoce que ocurre en parte (cfr. p. 431). De todos modos, esa actitud profesional debiera merecer la aplicación de enérgicas sanciones disciplinarias.

⁸ La solución del derecho mejicano es opuesta en este punto a la por nosotros criticada en el núm. 33 de *La reforma del enjuiciamiento penal argentino*.

⁹ Véase la nota 5 del trabajo núm. 3 de esta *Miscelánea*.

El libro de Franco Sodi, donde el influjo de Florian, lealmente proclamado (cfr. pp. 84 y 303), ha dejado profunda y beneficiosa huella, no sólo llena con creces el propósito que el autor se marcó, sino que nos descubre una vocación y una capacidad indiscutibles para el cultivo del derecho procesal penal.¹⁰

- 48) CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.: *Competencia Penal en la República Argentina. Doctrina - Legislación - Jurisprudencia*. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1945. XXVI, 324 pp.

Pp. 192-195

Durante los dos años y medio que llevo redactando esta sección de *Miscelánea*, muy pocos libros me han producido tan grata impresión como el de Clariá Olmedo. Y no por la brillantez del estilo, aun siendo en todo momento diáfano y correcto, como corresponde a la verdadera producción científica, sino por las cualidades de auténtico investigador mostradas por su autor en éste que, por ser tesis doctoral, hay que suponer sea el primero o uno de los primeros trabajos jurídicos salidos de su pluma.

¿En qué consiste el mérito destacado de este libro? Ante todo, en haber logrado éxito en una cuestión previa y fundamental, donde preocupados por

¹⁰ *Apéndice*: Inmediatamente a continuación de la reseña 47, en la página 88, figuraba una *Rectificación Solicitada*, que por provenir de mí y referirse también a Franco Sodi, he preferido incluir en este tomo de *Miscelánea Procesal* y no en el IV. He aquí su texto, que ahora se transcribe como nota.

En el artículo del ilustre profesor mejicano doctor Carlos Franco Sodi aparecido en el número anterior de esta Revista (1944, 1ª parte, pp. 427-444), bajo el título *La teoría de la acción penal y su realización en la ley mexicana*, se atribuye al señor García Valdés (cfr. p. 439) un pasaje que en realidad pertenece a nuestro colaborador doctor Alcalá-Zamora y Castillo. En efecto, según ha referido éste en sus *Ensayos de Derecho Procesal* (Buenos Aires, 1944; véase la nota 12 de la p. 10), en 1935 le fue encargado por una editorial madrileña un *Derecho Procesal Criminal*, del cual al estallar la guerra civil se habían publicado —como es natural, con su nombre— 223 páginas, correspondiendo a esa tanda la cita que hace el doctor Franco Sodi, que se localiza en las páginas 32 y 33. Por causas que en la mencionada nota de los *Ensayos* se exponen, en 1940 se reanudó la publicación de dicha obra, pero se le cambió la portada con que se inició en 1935, en la que sólo aparecía el nombre del doctor Alcalá-Zamora, y se la sustituyó por una en que figuraban como autores, en primero y destacado lugar don Rafael García Valdés, que sólo lo es desde la página 224 en adelante, y en borroso segundo plano “Un redactor de la Revista de Legislación y Jurisprudencia”, seudónimo que sin conocimiento y sin consentimiento de aquél tuvo a bien endosarle la desaprensiva editorial. Sin embargo, aunque casi imperceptible, al final del índice (cfr. p. 519), la editorial declaraba que el señor García Valdés era sólo autor de los temas 17 a 40, y perteneciendo la transcripción del doctor Franco Sodi al tema 2º, es evidente que no podía ser de la persona a quien se la atribuye. De todos modos, el doctor Alcalá-Zamora y Castillo es el primero en reconocer la buena fe del doctor Franco Sodi, sorprendido en la suya por métodos editoriales des acostumbrados.

acumular materiales y dar la sensación de profundidad y erudición, suelen fracasar los principiantes muchas veces, a saber: en la selección y acotamiento del tema. Clariá Olmedo ha rehuído la tentación de escoger para su doctorado o doctoración uno de esos asuntos raros, estrafalarios, mínimos o recónditos, que agigantados al verlos a través del microscopio, producen la engañosa sensación de que el grano de arena se ha convertido en ombligo del mundo. Ha buscado, por el contrario, dentro del panorama procesal argentino, con su pluralidad de códigos de enjuiciamiento (aunque su exposición se circunscriba a los dos de mayor interés, el de la justicia federal, por razón de su jerarquía nacional, y el de Córdoba, por su valor científico y... por ser cordobés el autor del volumen) y su dualidad jurisdiccional, el tema acaso de más vastas dimensiones, aumentadas —es decir, agravadas en cuanto a las dificultades de su desarrollo— por esa cordillera andina en movimiento y crecimiento continuos que forma la jurisprudencia de su patria. Ha sabido, en segundo lugar, delimitar la materia a explanar, con una seguridad y una exactitud realmente admirables: ni comienza en Adán y Eva, ni concluye en el juicio final: comienza fijando con sobriedad unas "ideas [efectivamente] fundamentales" (pp. 1-32),¹ y en seguida, sin desviaciones ni divagaciones, se entra de lleno en el examen de la competencia, expuesta conforme a un plan tan metódico como completo,² y se concluye el libro cuando el propósito perseguido por el autor ha sido plenamente alcanzado, dentro de una escala que llega a un desenvolvimiento exhaustivo, sin producir fatiga ni agotar la paciencia del lector.

El autor ha conseguido asimismo sustraerse a un peligro señalado hace algunos meses por Couture: el de "la abundancia casi enfermiza de las citas", en virtud de la cual ciertas obras no son más que "el resumen o la transcripción de otros libros".³ En *Competencia penal* hay, desde luego, citas (485, salvo error u omisión, de las que más de la mitad —273— son de jurisprudencia y cerca de un centenar —91— de legislación), pero ellas no son la base, sino el complemento del libro, y representan la indispensable confrontación de las ideas propias con las ajenas. Es más: como la crítica ha

¹ A saber: acerca de la función represiva del Estado, de los conceptos de jurisdicción y competencia penal, de los principios sentados en la legislación argentina y del método expositivo.

² Que abarca un capítulo preliminar, de "Ideas fundamentales" (cuyo contenido se indica en la nota anterior), y dos Partes, la primera relativa a la "Competencia Penal Ordinaria", dividida en cinco capítulos (Nociones comunes; Determinación por razón del territorio; Determinación por razón de la materia; Determinación por razón de la función y del grado; La competencia por conexión), que en total ocupan desde la página 35 a la 150, y la segunda referente a la "Competencia Penal Federal", también distribuida en cinco capítulos (Principios generales; Determinación por razón de la materia; Determinación por razón de la investidura del sujeto; Determinación por razón del lugar; Competencia federal en los delitos cometidos por medio de la prensa), que se extienden desde la página 153 a la 292. El libro comprende, además, cuatro índices: de legislación, de jurisprudencia, de autores citados y alfabético-analítico.

³ Cfr. su nota bibliográfica a mis *Ensayos de Derecho Procesal* (Buenos Aires, 1944) en "La Ley" de 8 de diciembre de 1944, p. 2, col. 2ª.

de subrayar por igual aciertos y defectos, declaro que el lado bibliográfico es el que menos me ha gustado del volumen: la literatura empleada (véase su lista en las pp. 309-312) tiene muy desigual valor, y pese a la índole del tema, son escasos los libros específicamente procesales tenidos en cuenta para su redacción.⁴

En definitiva, esta obra, que por las peculiaridades mencionadas en el apartado segundo, tiene más rasgos de *tratado* que de *monografía*, posee en grado envidiable los dos que, a mi entender, deben ser requisitos esenciales en las producciones del expresado género: *línea* y *proporción*. Línea, o sea, observancia de un plan constructivo rectilíneo; proporción, o sea, respeto a la importancia efectiva, tanto del asunto escogido dentro del conjunto de la disciplina, como de las partes o elementos del mismo dentro de la investigación a realizar. La frecuente deformación subjetivista de enfoque y dimensiones, ha sido, pues, cuidadosamente evitada por Clariá Olmedo.

Pasando al desarrollo de la obra, hay, junto a otros en que la discrepancia es menor, dos extremos en que estoy en pleno desacuerdo con el autor. El primero concierne al "carácter administrativo" que Clariá Olmedo asigna a la "competencia militar" (cfr. pp. 22-23). Al sustentar semejante opinión, el autor adhiere a la tesis postulada con anterioridad por Fautrier (*Jurisdicción militar* —Buenos Aires, 1936—), Riso Domínguez (*La justicia militar* —Buenos Aires, 1939—, y Lascano (*Jurisdicción y competencia* —Buenos Aires, 1941—) —aunque a este último no lo nombra en las citadas páginas— y casi al mismo tiempo por Gondra (*Jurisdicción federal* —Buenos Aires, 1944—). Marcha, pues, acompañado por fuerte escolta. Sin embargo, por razones que en parte enuncié en la *Miscelánea* anterior, precisamente al reseñar el libro de Gondra,⁵ y que en su momento expondré con mayor amplitud, la interpretación administrativista de la jurisdicción militar no sólo no ha logrado convencerme, sino que la considero un expediente a la vez habilidoso y expuestísimo, mediante el que podría contornearse la categórica prohibición de los artículos 23 y 95 de la Constitución nacional, sin más que darle preferencia frente a ellos a la muy discutible proyección de los incisos 1, 15 y 19 de su artículo 86 sobre el código de justicia militar.⁶

⁴ En efecto, de una lista de 64 títulos (cfr. pp. 309-12), sólo nueve corresponden a derecho procesal penal (en su mayoría obras generales) y otras dos (Fautrier y Riso) a justicia militar. Dos omisiones destacan muy especialmente: una, la del fundamental *Trattato* de Manzini y otra la del *Derecho Procesal Penal* de Beling, editado y traducido precisamente en Córdoba por profesores de su Universidad (Roberto Goldschmidt y Ricardo C. Núñez) en 1943 y que bien pudo haberse registrado en una obra que si aparece cerrada por su autor en agosto de 1942 (cfr. "Advertencia" de la p. XXV), lleva en su colofón la fecha 27 de febrero de 1945.

⁵ Cfr. en esta Revista, 1945, 2ª parte, p. 75, nota 6.

⁶ En virtud de la pretendida indisolubilidad del mando y la jurisdicción en los dominios militares, con olvido de que el uno exige esencialmente la obediencia y la otra se basa en la independencia y de que, en cualquier orden procesal, sólo debe juzgar quién haya conocido de la causa. Por otra parte, erigido el Presidente del Ejecutivo en engranaje de la jurisdicción militar (cfr. arts. 6, 14, 19, 23, 30, 61, 67, 70, 72, 89, 129, 466, 472 y 476 del código de justicia militar), y no existiendo precepto alguno de la Consti-

Los prejuicios, resistencias y confusiones que en torno al enjuiciamiento militar subsisten, son, desde luego, difíciles de vencer, pero aun rindiéndoles pleito homenaje, no sirven para destruir la naturaleza jurisdiccional de aquél.

El otro punto a que se contrae mi divergencia es de menor trascendencia y se localiza en la página 127, donde Clariá Olmedo afirma que el establecimiento de la instancia única en los códigos procesales penales de Buenos Aires (como optativa) y de Córdoba (en forma obligatoria) se inspira en la legislación italiana (*sic*). ¿No habrá querido decir el autor en la española? Porque mientras en España, los delitos se juzgan en régimen de única instancia, Italia es, lo mismo en lo civil que en lo penal, uno de los países más apegados a la apelación, según es fácil comprobar con sólo cotejar los respectivos códigos.⁷

El libro reseñado se inicia con un prólogo del profesor Soler (pp. VII-IX). Si, como suponemos, Clariá Olmedo figura en la nómina de sus discípulos, ambos pueden sentirse legítimamente satisfechos con la publicación de este volumen: el uno al comprobar en qué medida han fructificado sus enseñanzas, y el otro al verificar todo el provecho que ha extraído de las lecciones recibidas.

Y ahora, el aldabonazo final: en Clariá Olmedo hay madera de gran jurista, que podría malograrse si envanecido por su primer triunfo, cree conquistada esa meta que en la investigación científica no se alcanza jamás. Por eso, con la experiencia del hombre obligado a escribir dónde, cuándo y cómo las circunstancias se lo imponen, me permito aconsejarle, como en otra ocasión lo hice con otro promisorio valor,⁸ que rehuya la producción en serie, es decir, que no sienta la impaciencia de lanzar pronto un nuevo libro y sí sólo la preocupación de darnos, tras la preparación indispensable, uno que supere los méritos del que hoy nos ha cabido en suerte comentar.

49) SARTORIO, José: *De la prueba de testigos en el procedimiento federal*. Edición de Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires, 1945. 272 pp.

Pp. 195-197

El nombre de Sartorio como procesalista se asocia indisolublemente a su fundamental libro sobre *La Ley 50 y sus complementarias del procedimiento federal* (Buenos Aires, 1938), o sea, hecha la aclaración para los numerosos

tación que a modo de barrera acote los delitos privativos del código penal común y los peculiares del de justicia militar, cabe, mediante un traspaso de aquél a éste, eludir las terminantes prohibiciones de los citados arts. 23 y 95 de la ley fundamental, que no debieran ser objeto de excepción en ningún orden del enjuiciamiento.

⁷ Cfr. nota 154 de nuestro trabajo *La reforma del enjuiciamiento penal argentino* (separado de esta Revista; Buenos Aires, 1945), así como los arts. 339-59 del nuevo código de procedimiento civil italiano de 1940.

⁸ Al comentar en esta misma sección de la Revista (1943, 2ª parte, cfr. p. 190) el libro del Dr. Carlos J. Colombo, *La Corte Nacional de Casación* (Buenos Aires, 1943).

lectores no argentinos de la Revista, a su exposición acerca del código procesal civil¹ aplicable ante los tribunales nacionales. (*AD.*: La Ley 50, objeto del volumen de Sartorio, quedó derogada, en la parte subsistente de ella, por el artículo 820 del vigente código procesal civil y comercial de la nación, de 1967.) Al cabo de siete años, el doctor Sartorio vuelve a ocuparse de la Ley 50, pero no en conjunto, sino concretamente en la parte relativa a la prueba testifical, para brindarnos a propósito de ella un imprescindible instrumento de trabajo, tanto por su riqueza informativa, condensada en un apéndice (pp. 197-246), que constituye uno de los grandes aciertos del volumen,² como por el examen tan minucioso y penetrante que de los preceptos pertinentes efectúa a todo lo largo de su libro.

Por razón de su técnica constructiva, la obra de Sartorio se encuentra en el tránsito de la exégesis al sistema. El primer capítulo da la sensación de que el autor se ha lanzado a la corriente con ánimo de franquear el Rubicón; pero a partir del segundo, se advierte que la orilla exegética le atraca con mayor fuerza que la opuesta. Al expresarme así, no está en mi mente formular un reproche (puesto que métodos y escuelas tienen sólo un valor relativo), y sí únicamente reflejar el emplazamiento doctrinal de la obra. Tan no envuelven mis palabras censura, que, a mi entender, si algo sobra en el libro son los números uno a cuatro (pp. 11-21) del primer capítulo, que a lo sumo pudieron haber figurado como introducción o como prólogo, ya que su nexa con el tema central resulta remoto,³ y donde encontramos una nota 1^a que, por su imprecisión, más parece, eco de rumores lejanos que fruto de información directa.⁴ En cambio, desde el número 5 hasta el

¹ Puesto que aunque promulgada también para la esfera procesal penal (cfr. su título XXX, arts. 352-72), en dicho orden quedó derogada al sancionarse el código de procedimiento criminal de 1888.

² En él, al pie de cada artículo se consignan sus fuentes (es decir, el código ginebrino y el reglamento español de que luego hablamos), las disposiciones concordantes de los códigos provinciales y de los antiguos cuerpos legales españoles (*Fuero Juzgo, Partidas, Recopilaciones, etc.*), las leyes supletorias en lo adaptable, la bibliografía nacional localizada —por decirlo así— frente a cada punto concreto, y la jurisprudencia correspondiente.

³ Los epígrafes a que aludimos dicen así: "1. Dificultades de un acuerdo en la teoría procesal, por el uso de expresiones unívocas. 2. Significado con que emplearemos las voces de jurisdicción, acción, proceso. 3. Carácter público del derecho procesal. 4. Poderes del juez y de las partes." Esos cuatro enunciados, cuyo interés no discutimos, no son indispensables para tratar la prueba testifical, y con iguales títulos podrían acoplarse a infinidad de temas procesales.

⁴ Aparte de un superfluo *Feu* referido a P. F. Bellot (cfr. p. y nota 23) —ya que es natural pertenezca al mundo de los difuntos el autor de un código promulgado en 1819—, que sin duda obedece a la mecánica transcripción de algún libro francés, puntualizaremos el alcance de otra nota de este capítulo I, que acaso por omisión de alguna línea, puede interpretarse en sentido distinto del que en realidad debe tener. Se trata de la nota 26, en la que el autor asocia las opiniones de Prieto Castro y Caravantes acerca de la *Instrucción del procedimiento civil* de 1853 debida al Marqués de Gerona; pero el enlace de sus pareceres aparece efectuado en tal forma, que no es fácil saber a qué atenderse. Como con anterioridad nosotros (cfr. mis *Adiciones al Goldschmidt*, Barcelona, 1936, p. 70), la opinión de Prieto (*Exposición*, I, p. 29) es laudatoria para dicho texto, mien-

122, en que se cierra la exposición propiamente tal (a la que siguen el mencionado apéndice y los índices bibliográfico y alfabético), el autor camina con paso firme, y todos los aspectos de la prueba testifical según la Ley 50, desde los más importantes, como la capacidad para testimoniar (núms. 12-16) o la valoración de las declaraciones (núms. 114-122), a los más secundarios, cual los requisitos del acta (núms. 87-89), son objeto de análisis detenido y certero. Naturalmente, este reconocimiento no implica por mi parte conformidad con todas y cada una de las afirmaciones o apreciaciones sustentadas por el doctor Sartorio: por ejemplo, sin ser yo un fetichista de la psicología del testimonio, que, al menos hoy por hoy, no puede erigirse en una matemática,⁵ se me antoja excesivo el desdén que hacia ella se advierte en este libro (cfr. pp. 187-191) y que fue ya señalado por Couture.⁶ Tampoco creo que la libertad política (cfr. p. 25, nota 26) sea un factor decisivo para el progreso de la técnica legislativa: nueve años de exilio me dan autoridad para decir, sin que se me pueda tachar de reaccionario, que el mejor conjunto de códigos de nuestros días lo constituyen los promulgados en Italia bajo el régimen de Mussolini, mientras que países tan amantes de la libertad, como los pueblos anglosajones, viven bajo sistemas jurídicos incomparablemente menos elaborados. En cambio, si estoy plenamente de acuerdo con el doctor Sartorio en su juicio reiteradamente adverso hacia el Proyecto Nazar Anchorena (cfr. pp. 41, nota 10; 63, nota 7; 96, nota 7; 128, nota 5; 140, nota 33; 149, nota 3), cuya promulgación como código, que por fortuna no parece probable, supondría la frustración de una mejor justicia en la Argentina.

Uno de los aspectos más interesantes de este libro ha sido la cuidadosa fijación de los antecedentes de la ley 50 en orden a la prueba testifical. La transcripción literal, en el idioma respectivo (cfr. pp. 197-239), de los artículos correspondientes de la ley de procedimiento civil del cantón de Ginebra (1819) y del "reglamento sobre el modo de proceder en los negocios contenciosos de la Administración que se ventilan en el Consejo Real" (España, 1846), demuestra la manera inequívoca que las disposiciones pertinentes de la ley 50 proceden del mencionado código suizo. Ahora bien: en contra de lo que Sartorio indica o insinúa (cfr. pp. 22-24), el influjo del texto ginebrino no debió llegar directamente a la ley argentina, sino por intermedio del reglamento español. Podríamos decir que la ley 50 es, en este punto, *nieta* del código suizo e *hija* del reglamento español. Nuestra

tras que Caravantes, pese a su autoridad, no supo sustraerse al ofuscado ambiente contemporáneo, y el que califica (*Tratado*, I, pp. 88-9) de "notable informe" del Colegio de Abogados de Madrid (publicado —agregamos— en el "Boletín" de éste en 1934, núm. 27, pp. 161-5), es una protesta destemplada y falta de esa auténtica visión del futuro que tuvo el Marqués de Gerona.

⁵ Que, de ser posible, supondría el retorno a una prueba tasada, ya que el juez sería sólo un autómatas comprobador de los datos y requisitos prefijados por la psicología del testimonio.

⁶ Al comentar este libro en *Jurisprudencia Argentina* del 4 de mayo de 1945 (cfr. p. 1, col. 2, ap. III).

opinión se basa en dos razonamientos: 1º, que Bellot y su obra legislativa gozaron de gran predicamento en España, tanto entre los procedimentalistas inmediatos, como en el terreno del derecho positivo, según lo revela precisamente el citado reglamento, que más es una traducción que una adaptación, mientras que la influencia de aquél sobre la ley 50, nadie la había señalado hasta ahora en la Argentina (cfr. ob. com., p. 23, nota 22), y 2º, que cuando el reglamento español se separa de la ley ginebrina en extremo tan fundamental como el de la apreciación de la prueba, para implantar el sistema de la sana crítica, con antecedentes en las *Partidas*,⁷ la ley 50 sigue su derrotero, en lugar de adoptar el criterio marcado por aquélla.⁸ Además, desde el punto de vista no jurídico, sino literario, la compulsión de los tres textos revela, sin la menor duda, que la ley 50 es, en esta parte, una mera *transcripción*, con ligeras variantes, de la *traducción* que el reglamento español llevó a cabo respecto del código ginebrino. En todo caso, el señalamiento de ese olvidado e indiscutible, aunque no directo antecedente, es mérito que nadie regateará al doctor Sartorio, como tampoco el de haber rectificado un descuido cronológico en que primero Couture en su magistral estudio sobre el tema y después yo en una modesta conferencia, hemos incurrido: ⁹ el de afirmar que el concepto de sana crítica se incorpora al derecho argentino a partir del proyecto Domínguez de 1868, siendo así que éste lo tomó del artículo 124 de la ley 50, promulgada en 1863 (cfr. ob. com., p. 183, nota 7).

En resumen: salvadas con toda sinceridad mis discrepancias, la impresión de conjunto que el libro de Sartorio deja, no puede ser más favorable. En él encontrará el lector más exigente cuanto necesite para el estudio o apli-

⁷ No estará de más recordar que el antecedente constituido por la ley 118, título XVIII, de la *Partida III*, no fue olvidado por los autores españoles del siglo XIX: cfr., v. gr., Paso y Delgado, *Exposición histórico-exegética de la teoría de los procedimientos contencioso-administrativos de España y sus posesiones de Ultramar* (Madrid, 1889), pp. 177-8.

⁸ En apoyo de nuestra tesis copiamos, tal como figuran en las pp. 210-1 del libro de Sartorio, pero alterando el orden con que aparecen en las mismas (a saber: ley 50, cód. ginebrino, regl. español), los tres preceptos que aquí nos interesan.

Art. 190 cód. gin.: "Toutes les autres personnes seront admises comme témoins, sauf aux parties à articuler et aux Juges à apprécier les diverses circonstances corroboratives et infirmatives du témoignage".

Art. 148 regl. esp.: "Las demás personas serán examinadas como testigos, sin perjuicio de que las partes puedan proponer acerca de ellas, y el Consejo calificar según reglas de sana crítica, las circunstancias conducentes a corroborar o disminuir la fuerza probatoria de sus declaraciones."

Art. 124 l. 50: "Las partes pueden proponer y probar acerca de los testigos, dentro del mismo término de prueba y el juez calificarlas según las reglas de la sana crítica, las circunstancias y tachas conducentes a corroborar o disminuir la fuerza de sus declaraciones."

⁹ A saber: Couture en *Las "reglas de la sana crítica" en la apreciación de la prueba testimonial* (Montevideo, 1941), p. 9, y nosotros en *Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba* (separado de "La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", febrero de 1945), núm. 6, trabajo el nuestro al que no se ha podido referir el Dr. SARTORIO, por haberse publicado durante la impresión de su libro. *AD.*: Véase *supra*, *AD.* a la rescña 31, nota 6.

cación de la ley 50 frente a la más falible de las pruebas: antecedentes (cfr. nota 2), concordancias con los demás códigos procesales argentinos, jurisprudencia, bibliografía,¹⁰ doctrina, crítica, comentario.

50) APODACA Y OSUNA, FRANCISCO: *Presupuestos de la quiebra*. Editorial Stylo. México, D. F., 1945. 332 pp.

Pp. 198-201

He aquí otro libro de principiante, que me ha producido magnífica impresión. El autor ha compuesto su trabajo en el Seminario de Derecho Privado de la Universidad de México, bajo la dirección del profesor Joaquín Rodríguez y Rodríguez, uno de los mejores mercantilistas españoles, que en el exilio viene realizando un magisterio de ejemplar eficacia.¹ La influencia del maestro la advertimos en dos direcciones principales: en la admiración, tan entusiasta como merecida, y el detenimiento con que se expone la que José L. de Benito llamó *la doctrina española de la quiebra*,² y en la distribución de materias, en la que se refleja esa perfecta combinación de la lógica con la simetría, que constituye una de las cualidades sobresalientes en la obra toda de Rodríguez y Rodríguez.

Según Apodaca, "solamente hay dos presupuestos del estado de quiebra: *comerciante y cesación de pagos*" (p. 11); pero como su adecuado examen requiere "dar solución previa a un problema de conocimiento", o sea, el de dilucidar "qué es la quiebra, para saber cuáles son sus presupuestos", su investigación se divide en tres títulos (cfr. p. 13), el primero referente al "Estado de Quiebra" (pp. 19-171), el segundo relativo al "Comerciante" (pp. 175-257) y el tercero a la "Cesación de Pagos" (pp. 261-310).

Para el procesalista, el título de mayor interés resulta, desde luego, el primero —el más extenso, por añadidura—, aunque en los otros dos se consignen desarrollos muy a tener en cuenta por él, como los atinentes a las partes de la quiebra o a la naturaleza de la sentencia que declare dicho estado (cfr. pp. 184-191, del tít. II) o bien a la declaración judicial de la insolvencia del deudor (cfr. pp. 290-2, del tít. III).

Dentro del título I, he leído con la más viva satisfacción el capítulo III

¹⁰ Además de la nacional clasificada al pie de los artículos en el apéndice (cfr. nota 2), a todo lo largo del volumen se ha utilizado abundante literatura argentina y extranjera, inventariada en los dos índices de las pp. 246-255.

¹ En el "Boletín" que en el número 4 reseñamos, se informa (cfr. p. 263) de otros tres trabajos de Seminario realizados bajo la dirección del citado profesor. *AD.*: Según advertí en el tomo I de la presente "Miscelánea Procesal" (cfr. su p. 14, nota *), sería en éste donde incluyese el comentario acerca del libro de Apodaca, por haberse redactado con destino a la "Rev. Der. Proc." argentina, de la que lo tomaron luego las dos que lo reprodujeron en México, a saber: "Jus", enero de 1946, pp. 27-33, y "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", abril-junio de 1946, pp. 310-3.

² En su libro así titulado, Madrid, 1931.

("Indagación histórica y de derecho comparado sobre los presupuestos de la quiebra"; pp. 40-99), porque significa la demostración irrefutable de algo que ya en España, De Benito desde las filas de los mercantilistas³ y yo desde el frente de los procesalistas,⁴ habíamos afirmado: la excepcional importancia del derecho español sobre la quiebra, que "puede y debe considerarse como un derecho autóctono, con un desarrollo original y completamente castizo". Tan peculiar e inconfundible, que como el propio Apodaca proclama a renglón seguido, "*la concepción de interés público de la quiebra, es una creación puramente española, y se levanta, enérgicamente frente a la concepción de interés privado, característica de la doctrina italiana...*" (p. 61). Resulta por ello completamente falsa la afirmación de quienes como "Rocco, Percerou, Brunetti, Alexander", etc., sostienen que "el derecho estatutario italiano sobre la quiebra pasó a *España*, Inglaterra, Francia, Alemania, llegando a constituir, por su perfección, el fundamento (*sic*) del derecho de quiebra en todo el mundo, a partir del siglo xvi" (pp. 62-3). Entre las razones que se pueden aducir en contra de tesis tan temeraria, mencionaremos sólo tres: a) que cuando se dictaron las *Partidas*, "la reglamentación de la quiebra en el derecho estatutario estaba también en pañales, y mal podría servir tal reglamentación balbuciente, cruel e injusta, de inspiración en la construcción sistemática que, en forma equitativa y humana, realiza este código en el capítulo relativo" (ob. com., p. 60, nota 32, en relación con el título XV de la *Partida V*); b) que no es posible reabsorber el sistema español, basado en el principio de oficialidad, dentro del italiano, que descansa en el principio dispositivo o de autonomía de los acreedores;⁵ c) que precisamente la máxima expansión del derecho concursario español se produce durante los siglos xvii a xix en Alemania, y a través de ella en otros países, incluso Inglaterra (cfr. ob. com., pp. 83-86), merced sobre todo al célebre *Labyrinthus creditorum* (Valladolid, 1646) de Salgado de Somoza, que constituye la primera obra sistemática sobre la quiebra escrita hasta entonces⁶ y en la cual se da "forma y concreción a la concepción publicística de la quiebra, de auténtica extracción hispánica" (ob. com., pp. 70 y 72). Todavía, junto a las *Partidas* y a Salgado hemos de colocar, como momentos culminantes en la evolución del derecho concursario español, las *Ordenanzas de Bilbao de 1737*, donde la regulación de la quiebra logra

³ En el trabajo a que se refiere la nota anterior y en estos otros dos: *La quiebra en el código de comercio de 1829* (en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", enero de 1930) y *El derecho mercantil español en el siglo xvii* (Madrid, 1935).

⁴ En mi folleto [*Un español mal comprendido*] Salgado de Somoza, en la *literatura alemana sobre concurso de acreedores* (Madrid, 1932), reproducido con algunas notas suplementarias y el título modificado —*Salgado de Somoza y los concursualistas alemanes*— en las pp. 63-94 de mis *Ensayos de Derecho Procesal* (Buenos Aires, 1944).

⁵ Cfr. estudio antes citado, núm. 27 (p. 85 del vol. de *Ensayos*).

⁶ Cfr. nuestro trabajo sobre Salgado, núms. 3, 22 y 34 (en *Ensayos*, pp. 65, 80 y 89), y Apodaca, ob. com., p. 70 ("... España se coloca a la cabeza del mundo entero en materia de quiebra, al lograrse además, durante este tiempo, la primera sistematización doctrinaria de la institución concursal").

“un grado de desarrollo que no llegó a alcanzar el código francés, confeccionado con muchos más elementos constitutivos, entre ellos las propias Ordenanzas españolas, que no supieron aprovechar”,⁷ y el *Código de comercio de 1829*, redactado por D. Pedro Sáinz de Andino, “que constituye sin duda alguna el mejor código de comercio que ha habido en el mundo, y que resumía en forma magistral, en su parte relativa, la doctrina española de la quiebra, pero sin ignorar, además, la doctrina extranjera de su tiempo sobre el particular” (p. 92).

Siempre dentro del título I, tienen la mayor importancia los capítulos IV (pp. 100-118) y V (pp. 119-171) en que se estudia la naturaleza de la quiebra. El autor, influido por el italiano Carlos D'Avack, en su libro *La natura giurídica del fallimento* (Padova, 1940),⁸ se inclina, tras pasar revista a las diferentes teorías (concepción de la quiebra como proceso ejecutivo, como proceso *sui generis*, como negocio de jurisdicción voluntaria), a considerarla cual un “procedimiento preponderantemente administrativo” (cfr. pp. 101, 111 y 150). Aclaremos que cuando Apodaca habla de procedimiento administrativo, no se refiere a que en él se realicen actos de administración procesal (que no por ello dejan de ser procesales y que además se conocen en el ámbito de los juicios singulares), sino a que pertenece al derecho administrativo. Consideraciones doctrinales (acentuar su separación respecto del derecho civil) y económicas han contribuido, desde luego, a que el derecho mercantil (especialmente algunas de sus ramas, como el bancario o el marítimo) aparezca como un derecho privado fuertemente administrativado; pero ello no se me antoja motivo bastante para estimar que la quiebra sea una institución de derecho administrativo, como tampoco puede basarse su adscripción a tal campo desde el punto de vista del interés público que satisface, puesto que con raras y atrasadas excepciones, ya nadie discute que el proceso civil, incluso el arbitraje,⁹ deje de ser otra cosa que derecho público. Apodaca, tan entusiasta del derecho español, parece haber olvidado en este punto que la quiebra es tan sólo una variante mercantil del concurso, que en distintos países es una realidad viviente,¹⁰ difícil de

⁷ De Benito, *La doctrina española de la quiebra*, p. 100, citado por Apodaca, *ob. com.*, p. 74.

⁸ Destaquemos que sea un autor de Italia, cuna de la quiebra de tipo dispositivo, quien postule esta interpretación netamente publicista de la institución, y lo que es más significativo todavía: que la ley italiana de quiebras de 1930 se incline “hacia la concepción española, sin duda bajo el influjo de la ciencia concursal alemana” (cfr. Apodaca, *ob. com.*, pp. 88-9). En cambio, en España, el código de comercio de 1885 y la ley de enjuiciamiento civil de 1881, reguladora de los “juicios universales” de concurso y quiebra, tuvieron la ocurrencia de adoptar en gran parte el modelo italiano.

⁹ Aun cuando el extremo relacionado con el arbitraje se discuta entre quienes sustentan la tesis contractualista de Mattiolo y Chioventa y la jurisdiccionalista de Mortara, a la que sin vacilar adherimos: acerca de la cuestión, véase Ottolenghi, *Conceptos fundamentales para una construcción del instituto arbitral* (en “Revista de Derecho Procesal”, 1943, 1ª parte, pp. 154-204).

¹⁰ Por ejemplo, aquí en la Argentina. Bien es verdad que la obra de Apodaca, no obstante hablar en varias ocasiones de derecho concursal, se ha escrito muy de espaldas

encajar dentro del derecho administrativo. La quiebra en un sentido, como el proceso laboral colectivo en otra dirección, han sido víctimas en Italia —o sea, en el país que en los tiempos modernos ha producido quizá la mejor y, en todo caso, la más difundida doctrina acerca de ambos temas— de un inexplicable abandono por parte de los procesalistas,¹¹ pese a encontrarse en mejores condiciones que nadie para explicar la parte procesal de una institución que, como acabamos de recordar, no es exclusivamente mercantil. Así las cosas, las ventajas que resulten de complicar el litigio entre mercantilistas y procesalistas acerca de la quiebra, insertando en él una tercería, que no sabemos si sería de dominio o de mejor derecho, por parte de los administrativistas, me parecen harto problemáticas, sin que tampoco se justifique la injerencia de éstos al socaire de la jurisdicción voluntaria, porque además de ser sobremanera discutible que el derecho concursario pertenezca a ella,¹² quizá la misma constituya un *ens medium* entre jurisdicción en estricto sentido y administración.¹³ Por mi parte estimo, como insinué hace una decena de años,¹⁴ que el enigma de la quiebra tal vez se descifre mediante una interpretación no patrimonial, sino procesalista de la universalidad¹⁵ y —agrego ahora— prestando por lo menos igual atención al análisis de su fase declarativa que a la de ejecución, ya que si el interés económico y social radica en ésta, la clave jurídica para su inteligencia (incluso en orden a su influencia prejudicial penal)¹⁶ se encuentra en aquélla.

Este libro, que muchos profesores serían incapaces de escribir, se ha redactado sin la menor sombra de petulancia. Al contrario: con una modestia que en tiempos como los que vivimos, de engrimamientos y vanidades insostenibles, merece ser destacada por su altísimo valor moral.¹⁷ Y para cerrar

al concurso civil, como lo revela el hecho de que en la p. 90, al dividir las legislaciones concursuales en dos grandes grupos, según que limiten el procedimiento de quiebra (*recellus*, de concurso) a comerciantes sólo o a ellos y a civiles, incluye a España en el primer sector.

11 Últimamente, al redactarse el nuevo código de procedimiento civil italiano, según hemos señalado en las *Indicaciones* que preceden a su traducción, que acompaña a la del *Sistema* de Carnelutti (cfr. vol. I, Buenos Aires, 1944, pp. 407-8).

12 Véase lo que acerca de esta concepción sostengo en las pp. 124-5 de mis *Ensayos*.

13 Cfr. *Ensayos*, pp. 647-8, nota 27, y especialmente, p. 603, nota suplementaria b.

14 En un cursillo sobre *Ejecución procesal civil* dado en la Universidad de Santiago, en abril de 1935. En el mismo sentido, véase mi primera *Miscelánea de libros procesales* (en esta Revista, 1943, 2ª parte), p. 194, nota 4 (ahora, *supra*, reseña 5).

15 Que tendría su base en Salgado, definidor del concurso como juicio universal, aunque en sentido patrimonial: "*Sunt etenim creditores in hoc iudicio concursus partes formales, cum in eo agatur de quodam iudicio universali, & quasi divisorio universi patrimonii debitoris communis, ut inter creditores omnes dividatur, & distribuatur pro rata juxta uniuscujusque quantitatem, privilegium, & praerogativam*" (*Labyrinthus creditorum concurrentium*, ed. consultada, Venecia, 1701, Pars, I, Cap. I, núm. 28).

16 Ya se circunscribe a la declaración en estricto sentido, ya a la calificación: véase en esta misma sección de la Revista (1944, 2ª parte, pp. 190-2) nuestro comentario al folleto de Finzi, *Quiebra culpable y relación de causalidad* (Buenos Aires, 1944) (ahora, *supra*, reseña 27).

17 "Dada la complejidad de la materia de la quiebra y la vaguedad e imprecisión de

este comentario, vaya hacia el licenciado mejicano la más honda expresión de gratitud española. Por fortuna, cada día en mayor medida, y en esta América que con frecuencia ha sido injusta, se va reconociendo que España no es la leyenda negra, ni la españolada, ni la noche plurisecular, como ha llegado a decirse de un país que fundó en este continente más universidades que en la metrópoli, y antes y en mayor cantidad que otra cualquiera de las naciones colonizadoras.

51) *Boletín del Instituto de Legislación Comparada y Derecho Internacional*. Núm. 1: julio-diciembre 1944. Panamá, 1945. 310 pp.

Pp. 201-202

La Universidad Interamericana de la capital panameña, ha encomendado al eminente civilista español doctor Demófilo de Buen, que actualmente se encuentra en ella al frente del "Instituto de Legislación Comparada y Derecho Internacional", la dirección del *Boletín* cuyo primer número acabamos de recibir. Como no se incluye en él ningún trabajo específicamente procesal, nos limitaremos a dar cuenta de sus más importantes artículos e informaciones.

En la sección "Galería de Jurisconsultos Americanos" se rinde homenaje a un gran jurista colombiano, nacido en Panamá antes de la separación de ambos países: el doctor Justo Arosemena. En la de "Artículos doctrinales" destaca el magnífico *Ensayo sobre el concepto del contrato* (pp. 53-79), debido al profesor De Buen, del cual se publica tan sólo la primera parte (*Problemática del concepto*), bastante, sin embargo, para formarse idea de la excepcional preparación con que su autor ha emprendido la reelaboración de una figura, que constituye una de las piedras angulares del edificio jurídico, con manifestaciones o 'proyecciones en todas las disciplinas que lo integran y, como es natural, en la nuestra también, donde si ya nadie acepta la explicación contractualista de la naturaleza del proceso,¹ sí se reconoce —lo que es muy distinto— la existencia de contratos y acuerdos procesales.²

algunos de los aspectos tratados... no creemos haber alcanzado una estructuración satisfactoria del tema estudiado. En muchas ocasiones, quizás, no hemos captado el verdadero sentido de la cuestión tratada; en algunas, no logramos llegar al fondo del asunto; en otras, en fin, habremos enfocado equivocadamente el problema. Para lograr una verdadera y adecuada sistematización en cualquiera de los aspectos de la quiebra, se precisa de la agilidad mental, experiencia y conocimientos de un jurista consagrado, y no de un principiante como nosotros. Quede pues, en este caso, el anhelo intenso, el desco grande y sincero de alcanzar una noción, una explicación siquiera aproximada del fenómeno económico-social de la quiebra: anhelo que pudiera justificar nuestra audacia al abordar tema tan difícil" (pp. 15-6 del prefacio).

¹ Cfr. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, 1942), pp. 62-4.

² Véanse más *Adiciones* a los tratados de *Derecho Procesal Civil* de Goldschmidt (pp. 228-9) y de Carnelutti (vol. III, pp. 144-5).

En la sección "Codificación", mencionaremos la *Síntesis histórica de la codificación civil panameña* (pp. 89-156), trabajo debido al licenciado Jorge S. Illueca, y en el que se informa acerca del proyecto de código civil, en cuya gestación y revisión ha desempeñado papel importantísimo el profesor De Buen.³ En la sección "Documentos jurídicos" encontramos lanzado ya a las lizas investigadoras a un Felipe Sánchez-Román y Correa, que con entusiasmo juvenil parece decidido a ser el tercer representante de esa dinastía de insignes civilistas españoles encabezada por su abuelo, don Felipe Sánchez-Román, y continuada desde hace una treintena de años por su padre, de igual nombre y apellido. El Boletín se cierra con una sección de "Bibliografía", que es índice elocuente del drama universitario español,⁴ y con otra de "Notas informativas", en la que el licenciado Barria consigna una extensa *Reseña de la Tercera Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados* (pp. 267-310).

En resumidas cuentas: una gran revista jurídica, cuya presentación material ganaría bastante con un formato menos reducido y con el reemplazo, en títulos y nombres, de la letra mayúscula por bastardilla y versalita.

52) TAVARES (hijo), F.: *Notas de Derecho Procesal Civil* (en "Anales de la Universidad de Santo Domingo", año VII, 1943, pp. 9-25).

P. 275

El profesor Tavares, de cuyo excelente libro *Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano* dimos cuenta en esta sección hace algún tiempo (1944, II, pp. 409-12), viene publicando en los 'Anales de la Universidad dominicana' una serie de artículos, que modestamente presenta como *Notas*, sobre temas de derecho procesal civil. El último llegado a nuestro poder lleva el subtítulo *Los auxiliares de la justicia y de las partes: los abogados*, y en él se exponen con claridad y concisión las atribuciones, deberes, organización y responsabilidad de la abogacía en el derecho dominicano. Como objeciones, formularemos sólo dos: una, la de que el abogado no es un auxiliar, o al menos, no lo es en la acepción estricta que al vocablo se asig-

³ Destaquemos que debido a influencia suya (cfr. su artículo *La reforma del Código Civil de la República de Panamá y el Problema del Plan del nuevo Código*, en la Revista "Jus", de México, abril de 1943, pp. 259-276) se ha abandonado el plan romano-francés y se ha adoptado el del código suizo, con dos cambios: el aditamento de una "Parte General" y la sustitución del epígrafe "Derechos reales" por "Derechos sobre los bienes" como denominador del libro IV (cfr. pp. 150-1 del "Boletín").

⁴ Puesto que en sus páginas encontramos, como reseñadores o como autores de los libros comentados, los nombres de cinco o seis profesores españoles, en Méjico unos, en Panamá otros, en Colombia alguno. Y ellos representan sólo una cifra reducidísima del total de universitarios exiliados.

¹ Véanse los números correspondientes a abril-junio de 1940, pp. 193 y ss., y julio-diciembre del propio año, pp. 382 y ss.

na en los dominios procesales (v. gr., para designar al secretario, al alguacil e incluso al procurador), ya que en sentido amplio, auxiliares de la justicia lo serían incluso los propios tribunales. Insistimos en lo que ya desde estas columnas hemos manifestado: ² la intervención del abogado es tan importante como la del juez y, en ciertos aspectos, la supera en relieve. La otra discrepancia es la de que no se puede denominar sistema francés (cfr. pp. 10-11) al que encomienda la asistencia y representación procesales de las partes a dos órganos distintos —abogado y procurador—, puesto que, por ejemplo, dicha dualidad, con antecedentes en el derecho romano,³ aparece ya consagrada en los códigos medievales españoles (contraste entre el vocero y el personero) con independencia de cualquier influjo francés. La gravitación de las instituciones y literatura jurídicas francesas en la República Dominicana explican, hasta cierto punto, la caracterización de que disintimos.

- 53) FINZI, Marcelo: *Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Córdoba. Con un Prefacio, la indicación alfabética de las fuentes del Código y un extenso "Índice Alfabético de Materias", redactados por el Prof.* —. Editorial Assandri. Córdoba, 1944. 300 pp.

Pp. 276-277

El profesor Finzi ha dado una nueva muestra de su actividad con esta edición del código procesal penal de Córdoba, destinada a ser instrumento indispensable para cuantos tengan que manejar o deseen conocer a fondo el texto legislativo con tanto acierto redactado por Vélez Mariconde y Soler. Efectivamente, "un código sin índice alfabético constituye la desesperación y el tormento de quienes lo consultan" (p. XIII), y para evitar ese doble suplicio, Finzi ha compuesto dos índices, uno por materias, que "cuenta con 1880 indicaciones" (o sea, agregamos, con un promedio de algo más de tres fichas o referencias por cada uno de los 590 artículos de la ley inventariada), y otro relativo a las fuentes del código, es decir, a las anotadas al pie de los artículos respectivos por los autores del proyecto. Ambos índices son completísimos: el segundo, de realización mucho más fácil, ha clasificado la totalidad de los preceptos citados como antecedentes; en cuanto al primero, si bien, como el propio Finzi declara, no es exhaustivo —en realidad, es punto menos que imposible alcanzar ese límite en este género de trabajos, por la diversidad de enfoques, matices, denominaciones o enlaces que un mismo concepto ofrece—, no cabe duda de que con él se puede localizar

² Cfr. *Miscelánea de libros procesales*, 1943, II, p. 315.

³ Cfr., por ejemplo, Arias Ramos, *La representación procesal en el derecho romano* (en el "Boletín de la Universidad de Santiago" —España—, abril-junio de 1936, pp. 41-91). AD.: Véase mi *Reseña del artículo de José Arias Ramos "La representación procesal en el derecho romano"*, en mis cits. "Ensayos", pp. 635-6.

rápida y exactamente cualquier norma o institución de las recogidas en el código.

Un solo punto de discrepancia con el autor, y es aquel en que muy explícitamente arrastrado por su cualidad de italiano, el profesor Finzi pondera el influjo ejercido sobre el de Córdoba por el código de su patria y... considera de escasa importancia el aporte de la legislación española.¹ No será yo, que desde uno de mis primeros trabajos encomié las excelencias del código de procedimiento penal italiano de 1930² y que luego he reconocido y proclamado su influencia sobre el de Córdoba,³ quien intente discutir su intensa y benéfica impresión sobre éste; pero tampoco me parece posible minimizar la repercusión española en la forma que lo hace Finzi. Porque, como recientemente hemos dicho, "la influencia española no se circunscribe a los preceptos que en las notas de pie de página aparecen acompañados de referencias a la vigente ley de enjuiciamiento criminal de 1882 —y que son, añadimos, los únicos computados por Finzi—, sino que ha penetrado principalmente a través de los numerosos artículos del antiguo código cordobés incorporados o tenidos en cuenta en el nuevo, de no pocos del de la Capital, de algunos del de Buenos Aires e incluso de los de ciertos proyectos, asimismo tomados en consideración, y en todos los cuales la huella del enjuiciamiento español es tan indiscutible como profunda".⁴ Además, mientras las concordancias italianas han sido cuidadosamente registradas por Vélez Mariconde y Soler, las españolas no lo han sido con igual esmero, según hemos señalado, entre otras, respecto de figuras de tanto relieve, como el allanamiento o la casación sin reenvío, ambas procedentes de España, aunque se haya silenciado su ascendencia.⁵ Por otra parte, como resulta bien fácil comprobar, la terminología es esencialmente española. En definitiva, aquí latados los dos influjos, el italiano acaso sea más extenso en superficie (sobre todo, en técnica legislativa), pero quizás también menos intenso en profundidad.

¹ "Y ya a simple vista podrá darse cuenta [el estudioso] de que entre los códigos procesales, aquel que ha dado la mayor contribución ha sido el código italiano en vigencia del año 1930 y, a cierta distancia, el código anterior de 1913; mientras que poco importante ha sido la influencia del código español..." (pp. XIII-XIV).

² En el artículo *En torno al "Codice di procedura penale italiano* (publicado primero en "Revista de Derecho Público", julio-agosto de 1932, y luego reproducido en mis "Estudios de Derecho Procesal" —Madrid, 1934—, pp. 79-116).

³ Primero en *Ensayos de Derecho Procesal* (Buenos Aires, 1944), p. 653, y después en *La reforma del enjuiciamiento penal argentino* (en esta Revista, 1945, I), núm. 28. *AD.*: Véase *supra*, *AD.* a la reseña 41, nota 8.

⁴ *La reforma del enjuiciamiento penal argentino*, núm. 28, al comentar el Proyecto Vélez Mariconde-Soler para la Capital, que salvo escasas y secundarias variantes, es un calco del código de Córdoba.

⁵ Cfr. ob. y lug. cit. en la nota anterior.

- 54) BERNALDO DE QUIRÓS, Conancio: *Lecciones de legislación penal comparada*. Publicaciones de la Universidad de Santo Domingo. Volumen XVII. Ediciones del Centenario de la República. Editora Montalvo, Ciudad Trujillo, 1944. 345 pp.

Pp. 277-278

Bernaldo de Quirós es hoy día el decano de los penalistas españoles, o de los criminalistas, según él mismo prefiere etiquetarse (cfr. p. XI), sin duda porque pocos en la medida suya han profundizado dentro de España en el conocimiento de la criminalidad y sus zonas limítrofes. *Las nuevas teorías de la criminalidad* (Madrid, 1898, 2ª ed., 1908), obra traducida al inglés y parcialmente al húngaro; *La mala vida en Madrid* (en colaboración con Llanas Aguinaliedo, Madrid, 1901), traducida al alemán; *El alcoholismo* (Barcelona, 1901); *Criminología de los delitos de sangre en España* (Madrid, 1903); *La picota* (Crímenes y castigos en Castilla en los tiempos medios, Madrid, 1908); *El doble suicidio por amor* (Madrid, 1910); *Una supervivencia paleolítica en la psicología criminal de la mujer* (Madrid, 1916); *Criminología del campo andaluz: el bandolerismo* (en colaboración con Ardila, Madrid, 1934), etc., así como un gran número de artículos (principalmente las voces de materia penal de la "Enciclopedia Jurídica Española"), traducciones y prólogos son, entre otros trabajos, prueba elocuente de su extraordinario dominio en las investigaciones relativas al delito y al delincuente, en un país que ha producido como cultivadores de tales disciplinas a una Concepción Arenal, fallecida pocos años antes de que Bernaldo de Quirós se iniciase como criminalista, a un Rafael Salillas o a un Pedro Dorado Montero, por citar sólo las tres cumbres de entre los que murieron. (AD.: Véase *infra*, reseña 148, mi comentario acerca del libro de Bernaldo de Quirós y de Ardila sobre el bandolerismo.) Pero Bernaldo de Quirós, cuya vocación era la Criminología, del mismo modo que su pasión han sido las montañas (principalmente esa Sierra de Guadarrama que desde aquí evoco con nostalgia de madrileño), se apartó casi por completo durante una larga época de sus estudios predilectos, para consagrarse, como funcionario del Ministerio del Trabajo, principalmente a la Política social agraria. Y a ella habría continuado dedicado si no hubiese sido por la guerra civil, que al arriarlo como exiliado en la República Dominicana le ha permitido reanudar —no hay mal que por bien no venga— sus investigaciones criminológicas en el ambiente más propicio para su desenvolvimiento: el de la cátedra universitaria.

Estas *Lecciones*, a las que precedió un *Cursillo de Criminología y Derecho Penal* (Ciudad Trujillo, 1940), ofrecen en numerosas páginas interés para el procesalista penal (por ejemplo, en las relativas a la venganza de la sangre, al enjuiciamiento de los delitos contra el honor o la honestidad, o en los capítulos destinados a la jurisdicción protectora de menores); mas por encima de él e incluso del que, como es natural, en mayor medida presenta para el penalista, destaca en este libro su método expositivo y sus cua-

lidades didácticas. Sin una sola nota de pie de página que desvíe la atención del lector, Bernaldo de Quirós ha compuesto una obra cuajada de datos y episodios, en que la riqueza y la exactitud informativas se combinan de modo insuperable con la amenidad del relato. Ha conseguido así que sus *Lecciones*, a la vez que ilustran como el mejor tratado, interesen como la más apasionante novela. Y junto a la enseñanza escrita de sus *Lecciones*, señalemos la enseñanza vivida de su conducta: la *lección* ejemplar de un hombre que con medio siglo de labor científica no se deja doblegar por la adversidad, y desde el exilio, con entusiasmo y energías de montañero, sigue produciendo libros plenos de ciencia, de fe en el ideal, de espíritu creador.

- 55) AYARRAGARAY, Carlos A.: *El destino del derecho procesal al término de la guerra*. Librería Jurídica Valerio Abeledo. Editor. Buenos Aires, 1945. 36 pp.

P. 278

Me limitaré a registrar la aparición de este folleto, y no porque no requiera comentario extenso, sino porque su lectura me ha decidido al fin a escribir un trabajo, hace ya varios años en proyecto,¹ sobre *Liberalismo y autoritarismo en el proceso*, que destino a la "Revista del Colegio de Abogados de Rosario", y en el que sin propósito de polémica ni carácter de glosa, me enfrento con algunos de los problemas y preocupaciones que han conturbado, hasta llenarlo de inquietud y de alarma, el ánimo del profesor Ayarragaray. (AD.: *Liberalismo y autoritarismo en el proceso*: publicado, por fin, en el "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", 1968, pp. 559-600, y en los "Studi in onore di Santoro Passarelli", vol. I —Nápoli, 1972—, pp. 1-58, y reproducido en mis "Estudios de Teoría General e Historia del Proceso", tomo II —México, 1974—, pp. 245-90.) El tema, que más que clase universitaria inaugural (para alumnos, por tanto, sin capacidad receptora adecuada), debió haber sido objeto de debate entre procesalistas (y no es necesario ser profeta para vaticinar que la discusión habría sido sumamente animada), es, desde luego, sugestivo a más no poder; en cuanto a las conclusiones, cálculos y temores del autor, ...reservo mi opinión para el anunciado artículo en la revista rosarina. Pero no puedo pasar en silencio, porque supondría asentimiento, un pasaje del folleto (cfr. p. 23) en el cual los traductores de Carnelutti aparecemos como sirviendo no sé qué ocultos y maquiavélicos planes de conquista científica sentidos por aquél respecto de la "América Latina". No creo que semejantes propósitos hayan existido jamás en la mente del procesalista de Milán; pero lo que sí le aseguro al Dr. Ayarragaray es que ni D. Ángel Ossorio, ni el Dr. Sentís Melendo ni yo.

¹ Cfr. la nota 9 de mi trabajo *Algunas "páginas menores" del profesor Eduardo J. Couture* (publicado en "La Ley" de 26 de junio de 1940 y reproducido en "Ensayos", pp. 637-49).

los tres traductores de Carnelutti precisamente durante nuestro largo exilio antifascista, somos tan inconscientes como para haber cooperado en dicha maniobra sin percatarnos de sus móviles, ni tan desleales con el país que nos ha brindado generosa hospitalidad, como para desempeñar en él el triste papel de quintacolumnistas. Y ruego al querido colega que no vea en la viveza de esta réplica un reproche contra una acusación que sé muy bien no estuvo en su ánimo dirigirnos y sí sólo defensa necesaria frente a unos párrafos que se prestan a torcidas interpretaciones.

- 56) *Encuesta sobre Derecho rural y Códigos rurales*. Publicación miscelánea núm. 189 de la Dirección de Política Social Agraria del Ministerio de Agricultura. Buenos Aires, 1945. 47 pp.

P. 279

El interés procesal de este folleto (que además de un estudio del Dr. Enrique Martínez Paz sobre *La personalidad jurídica del derecho rural*, pp. 7-10, incluye el *Anteproyecto de código rural para la provincia de Córdoba*, pp. 23-46, precedido por una "Nota introductiva", en la que, como en aquél, han colaborado asimismo los Dres. Roberto Goldschmidt y Ricardo C. Núñez), estriba en la utilización del concepto de *derecho justicial material*, elaborado por James Goldschmidt en uno de sus fundamentales trabajos,¹ para diferenciar, con referencia al valor probatorio atribuible a las marcas y señales del ganado, las normas de jurisdicción nacional y el derecho procesal de jurisdicción provincial, aspecto de tanta importancia en la Argentina.²

- 57) *Revista Peruana de Ciencias Jurídicas*. Año I, núm. I, mayo-junio-julio de 1945. Huancayo (Perú). 121 pp.

Pp. 279-280

El Dr. Percy Mac Lean Estenós es un hombre de un dinamismo extraordinario. En el tiempo libre que le dejan sus funciones como Fiscal de la

¹ El titulado *Materielles Justizrecht (Rechtsschutzanspruch und Strafrecht)*, separado de la "Festgabe für Hübler" (Berlín, 1905). Para la mejor comprensión del concepto, véase Roberto Goldschmidt, *Derecho justicial material civil*, en el "Homenaje a Alsina" (actualmente en prensa). AD.: Véase *supra*, AD. a la reseña 37, nota 2.

² "Disposiciones de esa índole —aunque no representen normas de derecho civil, por no regir la conducta de los particulares— están al margen del derecho procesal de jurisdicción provincial, que debe limitarse a determinar cómo el juez debe proceder. Esas normas participan de la naturaleza del llamado derecho justicial material civil, que al prescribir cómo el juez debe decidir, no representa otra cosa que el derecho privado considerado desde el punto de vista del derecho público, por lo que debe considerarse de jurisdicción nacional" (ob. com., p. 21).

Corte Superior de Junín, ha encontrado el modo y los medios de poner en pie, primero el "Instituto Peruano de Derecho Procesal", creación a la que si fuese vanidoso no me consideraría del todo ajeno,¹ y poco después, como órgano suyo, esta "Revista Peruana de Ciencias Jurídicas", cuyo primer número nos disponemos a reseñar y cuya aparición saludamos con alborozo, porque si no exclusiva, sí preferentemente va a ser una nueva publicación al servicio de nuestra disciplina y porque se halla unida a cuantos hacemos esta otra de la costa atlántica, por los más fuertes vínculos.

Tras un editorial en que se exponen los fines a que responde la Revista, encontramos un artículo del Dr. Mac Lean —*Historia del Derecho Procesal en el Perú*—, excelente trabajo informativo que nuestros lectores ya conocen por haberse publicado simultáneamente en estas páginas (1945, I, pp. 239-268); se transcriben a continuación dos documentos relativos al "Instituto Peruano de Derecho Procesal", a saber: el acta de fundación y los estatutos por los cuales se rige; siguen, bajo el epígrafe *Necesidad de reforma en la legislación procesal civil peruana*, los conceptos emitidos a ese propósito por los doctores Carlos Zavala Loaiza (el ilustre autor del código procesal penal de su país) y Germán Arenas, cuando ejercieron la Presidencia de la Corte Suprema en su Patria; se reproduce luego el trabajo del venezolano Loreto sobre *Sentencia extranjera de divorcio y solicitud de exequatur*, comentado por Sentís desde estas columnas (1944, II, p. 292), a raíz de su aparición en "Cultura Jurídica" de Caracas; se inicia después la publicación de un trabajo del uruguayo Antonio Camaño Rosa sobre *Querrela e instancia de parte*, excesivamente apegado al derecho positivo; pasando por alto unas páginas de crónica procesal, llegamos a un artículo, interesante, como todos los suyos, del Dr. Reimundín, sobre *Entable y rectificación de partidas parroquiales y la ley del registro del estado civil*; finalmente, se publican las declaraciones aprobadas por el Instituto peruano en relación con la reforma del código procesal civil² y se reproduce la intervención que acerca de la oralidad en los juicios tuvo el profesor Couture ante el Congreso de Ciencias Procesales de Córdoba de 1939. El número se cierra con las secciones de jurisprudencia (en la que figuran tres casos de divorcio resueltos por los tribunales del Perú, Venezuela y Uruguay) y de

¹ Véanse las palabras del Dr. Mac Lean Estenós en su artículo *Cooperación jurídica internacional*, en "Jurisprudencia Argentina" de 1º de agosto de 1945 o, en la propia revista, la información relativa a la fundación del "Instituto Peruano de Derecho Procesal" aparecida en el número de 11 de marzo del corriente año.

² Se refieren: a la inclusión, entre los títulos ejecutivos, de los créditos o remuneraciones derivados de relaciones de trabajo; a la implantación del juicio oral en lo civil; a la sustitución del juez moroso en dictar sentencia, por su suplente; al establecimiento de la conciliación obligatoria; a la producción del abandono de la instancia por el mero transcurso del tiempo; a la supresión del interdicto de adquirir; al pronunciamiento de las providencias de mero trámite por el secretario, y al aumento de los poderes del juez en cuanto a la dirección del proceso. De esas ocho declaraciones, habría que formular más de una reserva a las que ocupan los lugares 3º, 4º, 6º y 7º; pero, por desgracia, no disponemos de tiempo para ello.

bibliografía (en la que el Dr. Mac Lean comenta libros y folletos de Podetti, Loreto, Couture y Camaño Rosa).³

El sumario de que hemos dado cuenta y la lista de colaboradores que en las páginas I-V se inserta, revelan dos grandes aciertos en la dirección de la Revista: uno, el carácter interamericano que incluso en la sección, que, como regla, suele ser más típicamente nacional, la de jurisprudencia, se manifiesta en ella, y otro, la cuidadosa selección de colaboradores, escogidos entre los nombres más prestigiosos del procesalismo americano. En materia científica, el régimen de puerto franco da desastrosos resultados, y en las plácidas aguas de la ramplonería y la improvisación es donde mayores naufragios se producen. Esos dos rasgos bastarían para demostrar la capacidad directiva del Dr. Mac Lean, y ella unida a su fervoroso entusiasmo por la causa, son garantía de que la nueva revista cumplirá a plena satisfacción los fines que persigue.

58) MORENO, Artemio: *Doctrina y práctica del procedimiento penal*. Buenos Aires, 1943, tomo I, y 1945, tomo II. 409 y 555 pp.

Pp. 280-283

Comenzaremos por advertir que no existe errata ni error en las fechas de aparición de los dos tomos de esta obra: el primero se imprimió, en efecto, en 1943, aunque sin duda por el deseo de presentar la obra completa, no se haya puesto a la venta, con el segundo, hasta 1945. De ahí que no hayamos podido comentar antes un libro de cuya existencia tuvimos noticia hace bastante tiempo, pero de cuyo texto no hemos tenido conocimiento sino hace pocos meses, cuando vino al mundo el segundo de los hermanos, menor en edad, pero mayor en extensión.

Hecha la precedente aclaración, no he de ocultar que dudé mucho si debía ser yo quien comentase el libro del Dr. Moreno, y ello por un motivo de delicadeza: cuando esta nota bibliográfica vea la luz, habrán salido, al fin, los tres volúmenes del *Derecho Procesal Penal* por mí redactados en colaboración con el Dr. Levene (h.). Entonces, dada la identidad de materia, cualquier objeción o reserva que formulase a la obra del Dr. Moreno podría interpretarse, por los espíritus suspicaces o mal intencionados, no como expresión sincera de crítica imparcial, sino como avieso ataque de antagonista, más impulsado por la competencia mercantil que inspirado en cri-

³ A saber, de Podetti, *Teoría y técnica del proceso civil*, reseñada por Sentís en estas páginas (1943, II, 40-1, 45-6 y 64-66); Loreto, *La concepción democrática y totalitaria de la vida* (Caracas, 1944); Couture, *Medio siglo de derecho*, comentado por nosotros en la Revista (1945, II, 81-2; ahora, *supra*, reseña 45); Camaño Rosa, *Código penal anotado* (Montevideo, 1944). *AD.*: El libro de Podetti fue examinado por mí en "Jurisprudencia Argentina" del 24 de diciembre de 1942, y el comentario que le consagré se reproduce en mis cits. "Ensayos", pp. 669-79.

terios científicos. Ciertamente que podría haber eludido el escollo mediante una de esas reseñas que en algunos diarios permiten a un anónimo y desparpajado crítico enfrentarse con libros de las más distintas materias, desde literatura a técnica industrial y desde teología a deporte, acudiendo al sencillo recurso de exponer el contenido de la obra, de la misma manera que el colega encargado de la sección teatral cree cumplir su misión cuando relata el argumento de la pieza estrenada; pero en una revista especializada, no es posible practicar la crítica de esa manera. Cerrados, por consiguiente, ambos caminos, opté en definitiva por una solución intermedia: la de señalar sólo los caracteres más salientes del libro analizado.

El primero de esos rasgos, perceptible desde el título mismo, es el que el Dr. Moreno no se ha propuesto escribir una exposición sistemática: las dos notas que, sea cual fuere la escala utilizada, definen las obras generales, a saber: la rigurosa ordenación de materias y el desarrollo de los temas en proporción a su importancia dentro del conjunto a que pertenezcan, están reemplazadas aquí por un plan en extremo libre, que pasa de una cuestión a otra conforme a una visión personalísima,¹ y por un desenvolvimiento en que el autor ha prescindido adrede de atenerse a medidas prefijadas.² Además, si bien los materiales, valiosísimos, reunidos por el Dr. Moreno permitirían, una vez distribuidos convenientemente y establecida entre ellos la proporcionalidad indispensable, cubrir, a manera de piezas de un *puzzle*, gran parte de la superficie de un tratado de derecho procesal penal, es también evidente que zonas importantísimas de éste —por ejemplo: el enorme territorio de los actos procesales³ o la teoría del procedimiento (pese al rótulo, donde, dicho sea de paso, debió haberse hablado de *proceso* y no de él) — han sido por completo omitidas y que otras tan fundamentales, como la naturaleza jurídica del proceso o la doctrina de la acción, apenas si han atraído

¹ Veamos algunas sucesiones de epígrafes en dos de los capítulos de la obra: I del t. I (*El procedimiento penal en sus orígenes*): "...Legislación comercial — El esclavo — Derechos intelectuales — La propiedad literaria en la República Argentina — La personalidad — El Derecho penal — La penalidad en Roma — Antropomorfismo — Responsabilidad colectiva — La persona jurídica — El judío — El negro — Fundamentos — Venganza privada — Vindicta pública — La evolución de la pena — La Justicia — Procedimiento y soberanía — Beccaria..."

I del t. II (*El proceso penal en sus principios*): "...Proceso y ciencia — El factor histórico — El orden natural y el orden social — Constitución de la norma — El espíritu normativo — La acción penal — Goldschmidt — La legislación procesal argentina — Obstáculos, extinción e inexistencia de la acción penal — Jus puniendi judicial — El juramento — El careo — Imperativo estático e imperativo dinámico — Relación jurídica..."

² Por ejemplo, mientras al jurado, pese a ser institución, carente de actualidad en la Argentina se le consagran cincuenta páginas (80-129, ambas inclusive, del vol. I), al ministerio público, que es una de las piedras angulares del enjuiciamiento criminal, se le dedican poco más de cinco páginas (45-50 y 129 del vol. II).

³ Al que, verbigracia, Manzini y Carnelutti destinan volúmenes enteros (aquél, el III de su *Trattato* con 559 pp. y éste el II de su *Sistema* —III en la traducción española— con 679 pp.) y al que Goldschmidt reserva las pp. 362-516 de su monumental obra *Der Prozess als Rechtslage* (Berlín, 1925).

la atención del autor.⁴ El relieve extraordinario de los temas e instituciones mencionados, que no pueden pasar inadvertidos (máxime para quien con tan sólida preparación ha realizado la empresa), demuestra hasta la saciedad que en el ánimo del Dr. Moreno no entró ocuparse de todo el proceso penal, sino que prefirió fijarse únicamente en determinados sectores o aspectos del mismo. ¿De cuáles? El autor no lo dice, pero resulta fácil descubrirlos sin más que fijarse en la segunda característica esencial de su obra: el enfoque mucho más penal que procesal de la misma.

Con raras excepciones, como las de Vélez Mariconde y Bartoloni Ferro en la Argentina, la no muy abundante literatura procesal penal carece de expositores exclusivamente adscritos a su cultivo, que según los países es atendido por los penalistas o por los procesalistas (es decir, por los vinculados con preferencia o simultaneidad al proceso civil), con mayor o menor asiduidad en ambos bandos. Aunque no siempre, esa distinta procedencia se suele reflejar en el planteamiento y tendencias de la obra acometida. Sin ir más lejos, ya en estas columnas (1943, II, 391-2) hubimos de referirnos al *Derecho Procesal Penal* del chileno Fontecilla, libro de grandísimo mérito, como lo es igualmente el de Moreno (si bien el primero se acerca más al género *Tratado* y el segundo a una serie de *Ensayos*), y también, como éste, concebido bajo el signo y proyección del derecho penal sustantivo. Semejante enfoque, que es ajeno a la debatida cuestión de la unidad del derecho procesal (como la prueba que dos de los más acérrimos defensores de la dualidad, Florian y Manzini, por añadidura penalistas, hayan compuesto el uno sus *Principii* y el otro su *Trattato* con criterio estrictamente procesalístico), se manifiesta a lo largo de los dos tomos, donde figura un buen número de cuestiones predominante y aun exclusivamente de índole penal sustantiva,⁵ mientras que fuera de ellos han quedado zonas de tanta trascendencia, como las hace poco señaladas. Es también muy significativo que entre los autores mayor número de veces citados por Moreno (cfr. el índice correspondiente, en las pp. 539-549 del vol. II) ocupen lugar preferente los penalistas y, a la cabeza de ellos, los dos nombres máximos de las escuelas clásica y positivista, Francisco Carrara y Enrique Ferri, cuya contribución a la dogmática procesal penal fue, sin embargo, muy escasa.⁶

Una tercera cualidad del libro de Moreno, no obstante lo que el título dé a entender en contrario, es su acentuada tendencia doctrinal; aunque lo mismo que Alsina en su *Tratado* —y acaso los dos para no asustar a los

⁴ De una y de otra se habla sólo en páginas aisladas del cap. I del vol. II (21-26, 37-43, 44-45, 50-55, 56-57).

⁵ Por ejemplo, las muy interesantes consideraciones acerca de la analogía en Rusia, Dinamarca y Alemania se refieren (cfr. vol. I, pp. 167-177) a la legislación penal sustantiva y no a la procesal; otro tanto sucede con las indicaciones relativas a los estudios de Criminología, Criminalística, Medicina legal, etc. (cfr. vol. I, pp. 251-277), que en sí son ajenos al derecho procesal penal.

⁶ Sólo en una cuestión más de política que de técnica procesal es considerable la aportación de ambos maestros, especialmente la del segundo: nos referimos al Jurado, defendido por Carrara y triturado por Ferri.

trogloditas—, haya deslizado la idea de *práctica* a manera de obligado tributo, escudo protector o permiso de tránsito. Pero como arrojar la cara importa, que el espejo no hay por qué, es ya hora, ante el avance del procesalismo argentino, aceptado por la inmensa mayoría de los prácticos, de acabar con equívocos que a nada conducen, puesto que la utilidad de las obras de Alsina y de Moreno no perdería un ápice si de ellas se borrara una caracterización reñida con su jerarquía científica y con su naturaleza netamente teórica. En bien de todos, deslindemos los campos, porque la involucración de derecho procesal y práctica forense resulta dañina para uno y para otra.

En dirección distinta, merece destacarse, con el mayor elogio, que Moreno, funcionario judicial, haya sabido desprenderse de la terrible carga representada por la jurisprudencia en la Argentina, no por su calidad, en la que hay de todo, sino por su número y dispersión. *Doctrina y práctica del procedimiento penal* contiene, claro está, citas de fallos, pero en una proporción por completo alejada de las frecuentes e interminables retahilas de sentencias, que dejan al lector mareado y jadeante. Ojalá que el derrotero seguido en este punto por el Dr. Moreno haga escuela, porque sólo así se evitará que la jurisprudencia sea la losa de plomo que aplaste a la ciencia jurídica argentina.

El último de los rasgos que vamos a destacar es el juradismo del Dr. Moreno (cfr. vol. I, pp. 88-95, aunque con reservas y rectificaciones en las inmediatas siguientes), que se alinea así junto a Jofré y a Castro, y que resulta tanto más extraño cuanto que proviene de un magistrado profesional, en casi todas partes muy poco entusiastas del llamado tribunal popular. Fiel a la pauta trazada, no he de combatir su posición (aunque tampoco he de callar que siendo tan liberal como el que más, soy a la vez antijuradista cien por cien), pero sí mostraré una contradicción que a este propósito se observa en el Dr. Moreno. La institución del jurado implica que cualquiera en posesión de los requisitos mínimos habilitantes, está capacitado para administrar la justicia penal; en cambio, esos estudios de criminología, criminalística, antropología y antropometría, medicina legal, etc., que el autor estima, con toda razón, indispensables para la mejor actuación del juzgador frente al delincuente y el delito (cfr. vol. I, pp. 251-277), significan que ni siquiera los conocimientos del juez profesional jurista se reputan bastantes para obtener un rendimiento satisfactorio de los tribunales punitivos. ¿Cómo conciliar entonces esa necesidad y el veredicto de jueces legos, con preparación y experiencia muy inferiores a las de los magistrados de carrera? La fórmula del jurado técnico, postulada por Samuel Sterne y hacia la que Moreno se inclina (cfr. vol. I, pp. 113-4), podrá ser una solución, pero no encierra conciliación, porque nada puede ser más contrario al jurado popular, o sea, al que lo es por antonomasia, que un tribunal de especialistas meticulosamente escogidos.

Doctrina y práctica del procedimiento penal, que por la sinuosidad de su plan expositivo habría requerido un buen índice alfabético de materias para su más fácil consulta, representa un gran esfuerzo por parte de su

autor, que ha sabido colocarse a la altura impuesta por la vigorosa renovación del procesalismo argentino; contiene un sinnúmero de datos; brinda solución para multitud de problemas; está escrito en estilo sobremanera brillante y por un hombre de amplísima cultura, y pertenece, en definitiva, a la categoría de libros a un tiempo útiles y buenos, que el jurista, sea práctico o investigador, debe tener al alcance de la mano.

b) *Jurisprudencia Argentina* *

1944

- 59) MALAVER, Alberto M.: *Acción de jactancia y acción declarativa (Legislación, doctrina, jurisprudencia)*. Prólogo del Dr. Osvaldo Rocha. Buenos Aires, "Editorial Depalma", 1944. XVI, 186 pp.

"D.J.A.", núm. 2241. 5-XII-1944. Pp. 1-3

1) Nunca tan cierto como en mis relaciones con la acción, aquello de que el hombre propone y Dios dispone. Durante mis ya bastantes años de actividad como procesalista, había rehuido una y otra vez, salvo incidentales alusiones, enfrentarme con un tema atrayente y peligroso a un tiempo: algo así como las mitológicas sirenas o como la Lorelei renana inmortalizada por Heine. Y he aquí que cuando me decido, no a escribir una monografía, ya que sería pretencioso catalogar así un trabajo que no rebasa la jerarquía de artículo, sino a fijar unas cuantas ideas acerca de la acción, con destino al volumen en homenaje a Alsina,¹ me salen al encuentro dos magníficos libros argentinos sobre la materia: el de Amílcar A. Mercader, *La acción: Su naturaleza dentro del orden jurídico* (Buenos Aires, 1944), y muy poco después el de Alberto M. Malaver, objeto de la presente nota. Y de nuevo, es decir, como al comentar el de Mercader en la "Revista de Derecho Procesal" (año II, número III, 2ª parte, pp. 282-5; *supra*, reseña 30), vuelvo a ser víctima de la mitología, ahora representada por Scila y Caribdis, porque, por un lado, son muchas e importantes las consideraciones que sugieren obras tan densas, como las mencionadas, y por otro, debo reservar mi pensamiento para los expresados Estudios en honor de Alsina. Pero mis dificultades para atravesar por entre el abismo y el escollo han sido, frente al libro de Malaver, mayores que las de Ulises, no sólo por la diferencia de talla entre el héroe griego y un principiante, como yo, en aventuras...

* Véanse *supra*, el número 4 y la nota 2 del Prólogo. Las siglas "D.J.A." significan *Diario de Jurisprudencia Argentina*.

¹ Véase la información relativa al mismo publicada en "D.J.A.", núm. 2119 (5-VIII-1944). Aprovecho la ocasión para indicar que con posterioridad a la mencionada fecha, se han recibido nuevos trabajos, faltando ya tan sólo dos o tres de los comprometidos, para totalizar el volumen. *AD.*: Véase *infra*, *AD.* a la nota 6.

procesales, sino porque al personaje homérico le quedaba, al fin y al cabo, libre la salida, mientras que a mí me la han cerrado, o poco menos, con sus excelentes comentarios bibliográficos, los doctores Mercader y Sentís Melendo,² quienes me han dejado escasísimo terreno libre, dentro de la ya reducida franja en que, por las razones expuestas, había de desenvolver mi crítica.

Ese conjunto de circunstancias adversas hace que mi reseña, lejos de ser, como hubiese deseado, un análisis de conjunto, con trabazón orgánica, tenga que reducirse a una serie de observaciones sueltas, a menos de componer una de esas insípidas informaciones descriptivas, que pugnan por completo con el genuino cometido de la crítica.

2) Iniciaré mi recorrido con una declaración testifical, que unida a la espontánea confesión de Sentís,³ disipará en absoluto las dudas suscitadas por un pasaje de la reseña de Mercader, en cuanto al influjo que el artículo de aquél acerca de *El juicio de jactancia*⁴ haya ejercido sobre el libro de Malaver.⁵ Puedo asegurar que bastante antes de que apareciese el mencionado trabajo de Sentís, el Dr. Malaver se encontraba laborando en el suyo, y por si mi cualidad de amigo y compatriota del primero no fuese garantía suficiente en este caso, invocaré como testigo de abono al propio director de "Jurisprudencia Argentina", Dr. Juan Agustín Moyano, que por entonces se hallaba asimismo al frente de la Biblioteca de la Facultad de Derecho y que acudió a mí con objeto de que facilitase a Malaver el libro del malogrado profesor español Francisco Becña, *Magistratura y Justicia* (Madrid, 1928), difícil de encontrar en Buenos Aires. Por consiguiente, las coincidencias entre ambos trabajos deben atribuirse a la identidad del tema, no obstante las divergencias en los títulos,⁶ y a la circunstancia de que ambos

² El del primero, en "D.J.A.", núm. 2198 (23-X-1944), y el del segundo, en "Revista de Derecho Procesal", 1944, núm. III, 2ª parte, pp. 288-90.

³ "Probablemente, no soy yo el más indicado para comentar este libro, a través del cual se ha formado una relación de amistad con su autor, a quien conocí en andanzas por salas de biblioteca en busca de materiales para trabajos preparatorios que él destinaba a la obra que hoy nos ofrece, y yo a un modesto estudio que, sobre *El juicio de jactancia*, apareció hace poco más de un año en esta Revista. El trato tan afectuoso con que el doctor Malaver recoge mi producción, cuyo menor alcance hizo que se adelantara a la suya, podría dar lugar a la sospecha de una correspondencia con merma de la imparcialidad. Diré que si la coincidencia de puntos de vista y de apreciación de los problemas derivados del interesante tema de estudio, es natural que determine mi conformidad con la labor del doctor Malaver, ésta es de propósitos muy superiores a los de la que yo llevé a cabo..." Comentario citado en la nota anterior, p. 288.

⁴ Publicado en "Revista de Derecho Procesal" (año 1943, núm. II, 2ª parte, pp. 113-72) con el subtítulo de *Ensayo de sistematización bibliográfica y jurisprudencial*.

⁵ He aquí los párrafos del Dr. Mercader a que mi aclaración se contrae: "No se trata, desde luego, de un trabajo del todo original (¿Es que existe alguno que lo sea en absoluto —me permito preguntarle a mi admirado amigo—?). Sin perjuicio de la bibliografía, ciertamente caudalosa que se ha acumulado, bueno es recordar que la distribución y el desarrollo se asemejan, en cuanto a la jactancia se refiere, con los de la magnífica monografía de Santiago Sentís Melendo" ("D.J.A.", núm. 2198, p. 2, col. 1).

⁶ Más nominal que efectiva, puesto que, en rigor, Malaver se ocupa en primer término de la acción de jactancia y, sólo en virtud de sus derivaciones y concomitancias, de

autores hayan utilizado materiales constructivos extraídos en su mayoría de las mismas canteras.⁷

3) *Acción de jactancia y acción declarativa* constituye, ante todo, —nótese que no decimos *sobre todo*— un magnífico trabajo informativo, en el que Malaver ha sabido vencer el obstáculo representado por la pluralidad de literaturas procesales que del asunto se han ocupado. En efecto, a diferencia de otros muchos temas (la inmensa mayoría acaso), donde sólo las contribuciones alemana e italiana son dignas de tenerse en cuenta e incluso las únicas existentes, la llamada acción declarativa (cfr. *infra*, núm. 6) dispone de valiosísimos estudios debidos a españoles,⁸ norteamericanos,⁹ brasileños,¹⁰ hispanoamericanos¹¹ y hasta franceses,¹² cuya sola mención revela el interés

la declarativa, a la cual en igual forma se refiere Sentís. En cuanto al empleo por Malaver de la voz “acción” y por Sentís de la palabra “juicio”, no tiene mayor trascendencia, ya que se circunscribe al momento procesal contemplado por cada uno de ellos y no a la esencia de la institución. Lo que sí se le podría preguntar a uno y otro es si no sería más correcto hablar de “pretensión” y de “jurisdicción”, que no de “acción” y de “juicio”; pero quede esto para nuestro antes aludido trabajo en honor de Alsina: *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*. AD.: Publicado en las pp. 759-820 de los “Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina” (Buenos Aires, 1946) y reproducido en mis “Estudios de Teoría General e Historia del Proceso”, tomo I (México, 1974), pp. 317-73

7 La bibliografía mencionada por Malaver reproduce, salvo error u omisión (cfr. pp. 179-86), cincuenta y siete de los sesenta y cuatro títulos que figuran en la de Sentís (*ob. y rev. cit.*, pp. 114-6). La diferencia hasta ciento treinta y dos (inclusive los repertorios citados con nombre de autor o editor) a favor de Malaver la componen, o se descomponen en tres sectores: a) literatura anglosajona, principalmente norteamericana, no tenida en cuenta por Sentís; b) obras procesales de carácter general, doctrinales o legales; c) trabajos posteriores o simultáneos al de Sentís, que, como es natural, éste no pudo recoger en el suyo (notas, artículos o folletos de Etkin, Buzaid, Fraga Iribarne, Roberto Goldschmidt).

8 No sólo en los trabajos contemporáneos de Beceña, Prieto Castro —cuyos dos artículos relativos a la acción (a saber: el publicado en el “Boletín de la Universidad de Granada” en 1931 [AD.: Reproducido en la “Revista General de Derecho y Jurisprudencia” —México, 1933—, pp. 39-70], y el inserto en la “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, en 1932) enfrentan la posición jurisprudencial respecto de la acción de jactancia con opuesto criterio—, Fraga Iribarne (*infra*, nota 22), Sentís y algún otro de menor importancia, sino también en los libros de varios de los grandes juristas de los siglos XVI y XVII. AD.: Añado: Capfn Martínez, *La acción de jactancia* (México, 1954).

9 Además de las indicaciones recogidas por Malaver, véase el magnífico estudio crítico de Roberto Goldschmidt sobre el libro de Borchard, *Declaratory Judgments* (2ª ed., Cleveland, 1941), publicado en la “Revista de Derecho Procesal” bajo el título de *La sentencia declarativa* (1943, I, pp. 380-404).

10 Como el volumen de Buzaid, *A ação declaratória no direito brasileiro* (São Paulo, 1943), tan elogiosamente reseñado por Sentís en “Revista de Derecho Procesal”, 1943, II, pp. 373-8. AD.: Reseña mía, en “Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia”, núm. 34, abril-junio de 1946, pp. 174-6, y ahora en esta “Miscelánea Procesal”, tomo I (México, 1972), pp. 93-5.

11 Aun cuando tanto en la información bibliográfica de Malaver como en la de Sentís se advierta en este punto algún inexplicable olvido, como el del folleto de Couture sobre *La acción declarativa de la prescripción* (sobretiro de la revista “La Ley” —Buenos Aires, 1936—). AD.: Reseña mía, en *Algunas “páginas menores” del profesor Eduardo J.*

de una materia que ha logrado arrancar de su sopor al menos inquieto y más rezagado de los grandes procesalismos europeos. Por lo mismo que Malaver ha triunfado tan ampliamente en su gran esfuerzo informativo, me permitirá que le formule dos o tres observaciones, con tanto más motivo cuanto que todas ellas gozan de atenuante.

La primera de mis reservas, atañe a la parte de legislación extranjera del capítulo tercero. Las incursiones de ese tipo, a las que quizás se propenda con exceso en América, presentan dos riesgos: uno, señalado por Roberto Goldschmidt, o sea, el de que se olvide la verdadera finalidad que una exposición de derecho comparado está llamada a satisfacer,¹³ y otro, el de la inexactitud o insuficiencia de los datos recopilados. Este último defecto llega a manifestarse incluso en las referencias a algo tan próximo (puesto que el idioma es el mismo) y tan vinculado a la Argentina (puesto que el cuadro institucional es, en líneas generales, común), como el derecho procesal español.¹⁴ Calcúlese entonces lo que sucederá a medida que aumente la distancia lingüística y jurídica, sin que la práctica, recomendable desde luego, de acudir en consulta a un especialista del respectivo país, logre conjurar siempre el peligro indicado.¹⁵ a De ahí que nada hubiese perdido el libro de

Couture, en "La Ley" de 26 de junio de 1940; reproducida en mis "Ensayos de Derecho Procesal" (Buenos Aires, 1944; pp. 637-49), pp. 643-9.

¹² Como el viejo y excelente artículo de Valabrègue (1888), exhumado por Sentís y utilzado por Malaver, o como el más moderno de Maynard (1932).

¹³ "... muchos autores, entre los que hay algunos muy estudiosos, piensan hoy todavía haber escrito una monografía de derecho comparado siempre que han acumulado, sobre un argumento cualquiera, un abundante material relativo a varios derechos. Estos derechos se tratan uno después de otro, y el material consiste muchas veces en un conglomerado de citas de autores, tomadas, en gran parte, de segunda mano. Conclusiones propias sobre los derechos extranjeros faltan, en general, y donde hay una conclusión al respecto, ella se basa en la sola autoridad de uno de los autores citados. Por supuesto, en esos libros falta también una verdadera comparación entre los diversos derechos". *Los estudios de derecho comparado y el derecho de la economía* (sobretiro del "Boletín de la Facultad de Derecho", Córdoba, Argentina, 1943, p. 5; véanse también las páginas siguientes, hasta la 11).

¹⁴ Por aquello de que se cuenta el pecado, pero no se menciona el pecador, prescindiendo de puntualizaciones que serían enojosas, aunque puedo asegurar que es rara la obra procesal argentina, inclusive las más modernas, serias y documentadas, donde los datos de derecho español sean inobjectables (errores en los nombres, citas equivocadas, reformas no tenidas en cuenta, transcripciones insuficientes, información atrasada, etc.). Naturalmente, no se trata de una deficiencia específica, sino común en todos los países y a casi todas las exploraciones de derecho comparado. Como dato muy expresivo acerca de las dificultades que a este tipo de investigaciones se oponen, citaré el caso del "Institut de Droit Comparé" de la Universidad de París, que tuvo ocasión de frecuentar durante los años 1936-37, y que si bien poseía libros y textos legales de numerosos países, integraban un fondo tan dispar y pobre para la inmensa mayoría de ellos, que nada útil se hubiese podido construir con los mismos.

¹⁵ Porque se corre el riesgo de que el consultado no cumplimente bien la petición del consultante o, por el contrario, el de que éste no sepa interpretar y manejar los datos que aquél le facilite, sin contar con que en el viaje de ida o en el de vuelta no se incurra en errores de traducción lingüística o institucional.

a A partir de la llamada 15, el texto apareció alterado en "Jurisprudencia Argentina".

Malaver si sobreponiéndose un poco al prurito por la legislación extranjera,¹⁶ hubiese suprimido la página y cuarto relativa a China y, sobre todo, las dos e intrascendentes líneas dedicadas al Japón (*ob. com.*, pp. 66-7).

4) La segunda objeción se refiere a la exposición de la doctrina alemana dentro del capítulo cuarto. Con raras excepciones, como las de Loreto en Venezuela, Couture en Uruguay o Fontecilla (respecto del proceso penal) en Chile,¹⁷ los procesalistas americanos se muestran injustos con la ciencia alemana, que no pocos reducen a ser el San Juan Bautista del procesalismo italiano, cuando, puestos en plan de metáforas bíblicas, más exacto sería afirmar, aun sin serlo tampoco, que los cultivadores del segundo han actuado como Apóstoles de la primera. La muy previsible agravación del colapso experimentado por la ciencia jurídica alemana desde 1933, contribuirá, sin duda (aun cuando también Italia se resentirá de la guerra), a que esa errónea creencia persista y se acentúe, y, por tanto, para quienes por encima de un irreductible y bien probado antagonismo a las ideas totalitarias, profesamos la admiración que se merece a la doctrina procesal germánica, constituye un deber llamar la atención, cuantas veces se presente el caso, acerca de la valorización minimizada de que con frecuencia es objeto o, mejor dicho, víctima. Y si bien el Dr. Malaver se ha documentado acerca de la doctrina alemana más y mejor que otros autores —¡son tantos los que acerca de ella exhiben un paradisíaco desnudismo!—, no es menos cierto que su exposición, hecha a base de las traducciones de Goldschmidt y de Kisch, suministra una visión muy reducida de la efectiva y primordial aportación de aquélla al estudio de la acción declarativa. Es más: aun sin acudir directamente a fuentes alemanas y sí sólo con los datos consignados en la literatura italiana o en la monografía española de Prieto Castro, el panorama facilitado pudo ser bastante más completo. Conviene destacar a este propósito, que de los dos autores principalmente utilizados por Malaver, uno, Goldschmidt, no es, pese a su ingente labor como procesalista, un especializado en la acción declarativa, y el otro, Kisch, sí lo es, pero no en el manual consultado por Malaver, sino en una monografía anterior¹⁸ y, sobre todo, en su espléndida comunicación al Congreso de Derecho Comparado

y se me hizo decir lo siguiente: "De ahí que nada hubiese perdido el libro de Malaver si se hubiese sobrepuesto al prurito por la legislación extranjera"; o sea, fueron eliminadas las palabras posteriores a la llamada 16.

¹⁶ Aun sin ser tan acentuado como el que en otra ocasión señalé: cfr. mi *Miscelánea de libros procesales*, en "Revista de Derecho Procesal", 1943, II, p. 198 (véase ahora, *supra*, reseña 6).

¹⁷ Por motivos de fácil comprensión, no hago distinciones entre los autores argentinos, pero sin que ello quiera significar que no existan, y varios, que puedan alinearse con los que acabo de nombrar.

¹⁸ A saber: sus *Beiträge zur Urteilslehre* (Leipzig, 1903), donde desde el punto de vista de la sentencia (como es natural, referible a la acción), y tras clasificarlas en dos grandes sectores, según que su objeto o finalidad sea jurídico-civil o jurídico-procesal, examina reunidas, como especies del género "sentencias declarativas" (*deklarativen Urteile*) la propiamente declarativa y la de condena o prestación (*Feststellungs- und Leistungsurteile*): cfr. pp. 13-4.

reunido en La Haya en agosto de 1932,¹⁹ que representa uno de los trabajos más característicos de mi insigne Maestro, además de ser probablemente la más nítida investigación sobre la materia. Tampoco es posible silenciar la incidental y borrosa mención de Wach,²⁰ a quien, sin embargo, se debe el más clásico y fundamental ensayo sobre el tema.²¹

5) Una omisión importante, por el motivo que en seguida diremos, pero cuya culpa, al menos en primer término, no es imputable a Malaver, sino a la doctrina española, desde Beceña a Sentís,²² es la relativa al momento inicial de la acción de jactancia en el derecho castellano. La generalidad de los autores (cfr. *ob. com.*, pp. 25-8) lo suele situar en las leyes 46 y 47, título II, de la *Partida III*. No obstante, la verdad es que dicha acción se encuentra regulada años antes en un texto de tan excepcional relieve, como la ley II, título XIV, libro I, de las *Flores del Derecho* del Maestro Jacobo, obra que fue probablemente el borrador de la *Partida III*; que puede reputarse el punto de arranque de la literatura procesal española y que resulta perfectamente accesible al investigador de nuestros días, ya que se encuentra impresa en edición de 1924, sin contar con que dicho antecedente fue señalado por nosotros hace más de diez años,²³ siendo extraño, por tanto, que ni Sentís ni Ma-

¹⁹ Publicada en el volumen *Deutsche Landesreferate zum Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung im Haag* (1932) (apéndice de la "Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht", 1932). De él contiene un extenso resumen la ponencia general de Chiovenda ante el propio Congreso, reproducida en la "Rivista di Diritto Processuale Civile", con el título *Azione e sentenze di mero accertamento* (1933, 1ª parte, pp. 3-31): cfr. pp. 9-12.

²⁰ Reducida a decir que "Degenkolb, Wetzell, Wach, etc., han ahondado el estudio de la historia y filosofía de la acción declarativa" (cfr. p. 72). Bueno será advertir, por otra parte, que aun cuando el *System* de Wetzeil se redite ya en plena época del procesalismo científico, el autor y su obra, pese a su gran importancia, pertenecen en realidad a la fase de los precursores, mientras que Degenkolb y Wach se encuentran por completo dentro de aquella otra.

²¹ Simplemente mencionado en la bibliografía (cfr. p. 185), donde, por cierto, la cita contiene dos erratas: una relativa al artículo, que no es el neutro *das* sino el masculino *der*, y otra a la fecha, puesto que el ensayo de Wach se publicó inicialmente en el homenaje a Windscheid en 1888. Así pues, la referencia del Dr. Malaver, que actualmente dice "*Das Feststellungsanspruch*, 1899", debe leerse como si dijese "*Der Feststellungsanspruch*, 1888" (o a lo sumo, 1889, en que se imprime aparte).

²² No he tenido ocasión de consultar el reciente trabajo de Fraga Iribarne —*La acción de jactancia* (en "Revista de la Facultad de Derecho", de Madrid, enero-junio de 1943; pp. 79-109)—, pero a juzgar por lo que de él transcribe Malaver (cfr. pp. 22, 51, 80, 85-6), debe haberse olvidado también del Maestro Jacobo. Y puesto que acabamos de citar la página 80 de Malaver, rectifiquemos un error cronológico que en ella figura: "en 1766 —se lee— el doctor Alonso de Villadiego apoya decididamente el remedio procesal..." Mal pudo apoyar nada en la segunda mitad del siglo XVIII, un jurisconsulto que murió en la primera mitad del XVII. La fecha 1766 corresponde a una de las varias ediciones que de su *Instrucción política y práctica judicial* (ed. príncipe, Madrid, 1612) se hicieron.

²³ A saber, en la extensa nota 38 de nuestro artículo *Notas para la reforma de la ley de enjuiciamiento civil*, publicado primero en la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", junio de 1943 (cfr. pp. 694-5) y reproducido luego en nuestros "Estudios de Derecho Procesal" (Madrid, 1934): cfr. pp. 187-8. Bueno será aclarar que pese a divi-

laver se hayan hecho eco de él. Huelga advertir que al recordar ese precedente no lo hacemos por un alarde de eruditomanía (tan fácil como modesto en este caso), sino porque siendo según las máximas probabilidades el Maestro Jacobo un jurista de origen italiano,²⁴ el citado pasaje de las Flores sería el eslabón que permitiría enlazar el derecho medieval de Italia con las *Partidas* (cuyo contenido procesal debió redactarse por aquél), y de ese modo se reconstruiría íntegra la cadena evolutiva de la institución que nos ocupa.

6) Aun cuando el libro de Malaver trata más de la jactancia que de la acción declarativa, no hubiese estado de más que se plantease a sí mismo dos dudas: la de si no ha llegado el momento de que dejemos de llamarle acción a la pretensión²⁵ y la de si la habitual traducción de *Feststellung* y *accertamento* es realmente... acertada. Dejo en pie la primera cuestión, a la que ya he aludido alguna vez,²⁶ por ser extremo de los que abordo en mi contribución para el homenaje a Alsina. En cuanto a la segunda, ha sido recientemente puesta en tela de juicio por Sentís²⁷ y por mí,²⁸ y es objeto

dirse en *leyes*, las Flores del Maestro Jacobo no constituyen un cuerpo legal, sino una exposición doctrinal

²⁴ "...de los documentos relativos al enterramiento del Maestro Jacobo en la catedral de Murcia, resulta que se llamaba *Jacobo de Junta*, y que, probablemente, por lo tanto, era oriundo de Italia, donde la familia de los *Giunti* (en veneciano, *Zonta*) era bien conocida..." / "El apellido *Junta*, parece corroborado por la dedicatoria del *Doctrinal*, donde Maestro Jacobo declara haber "ayuntado" tal libro, para que su hijo *Bona-junta* lo lea y decore. *Bonagiunta*, es igualmente, como *Bonagionta*, italiano legítimo." Párrafos tomados de la "Introducción" redactada por los ilustres profesores Rafael de Ureña y Adolfo Bonilla para la edición del volumen *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes, juriconsulto del siglo XIII* (Madrid, MCMXXIV), pp. VI-VII.

²⁵ No deja de ser sintomático que mientras Weismann habla en 1879 de acción declarativa (así se titula su obra: *Die Feststellungsklage*), Wach lo haga de pretensión (*Anspruch*) en el ensayo citado en la nota 21. Y ya que Weismann ha salido a relucir, digamos que, en plan de referencia de segunda mano, preferible es que en la página 34 de su obra, Malaver lo hubiese invocado a través de la inmaculada honestidad y autoridad científica de Chiovenda que no por intermedio de De la Plaza, que ha saqueado al insigne profesor de Roma, como también a Carnelutti y a otros varios, con una despreocupación inusitada.

²⁶ Cfr. mis *Ensayos de Derecho Procesal* (Buenos Aires, 1944), V, p. 170, y XXIII, pp. 665-6. Véase también el capítulo X del *Derecho Procesal Penal* que acabo de redactar con el Dr. Levene (h.) y que se halla actualmente en prensa. *AD.*: Publicado en 1945 (Buenos Aires): véase tomo II, pp. 59-99.

²⁷ Cfr. *El juicio de jactancia*, núm. 23 (rev. cit., pp. 139-41) y la traducción de las *Instituciones de Derecho Procesal Civil* de Calamandrei (Buenos Aires, 1943), p. 215. Sentís traduce "accertamento" por *declaración de mera certeza*. Acerca de dicha traducción, véanse el prólogo de Alsina a la citada obra (pp. XVIII-XIX), mi nota crítica sobre el volumen (en *Miscelánea de libros procesales*, en "Rev. Der. Proc.", 1943, II, pp. 396-7) —ahora, *supra*, reseña 17— y, especialmente, el trabajo de Loreto que en la nota 29 se menciona.

²⁸ Cfr. mi *Adición a los núms. 45 y 46 del "Sistema de Derecho Procesal Civil" de Carnelutti* (vol. I, Buenos Aires, 1944, p. 181), donde después de tanteos y exclusiones opto por *acertamiento*. *AD.*: Acerca de la cuestión últimamente, mis *Cuestiones de Terminología Procesal* (México, 1972), pp. 37-9.

de una magistral indagación, como suya, por el venezolano Loreto en el trabajo que acaba de remitir para los mencionados Estudios en honor de Alsina.²⁹ Como el *segreto del sumario* me impide adelantar nada acerca del contenido de dicho ensayo, me limito a llamar la atención acerca de este extremo, que no ha pasado inadvertido al Dr. Malaver (cfr. pp. 174-5), pero en el que no ha estimado necesario detenerse para manifestar su parecer.

7) En cambio, sí se ha fijado el autor, en el capítulo primero, que por su clara y ordenada síntesis introductiva es de los mejores del volumen, en un aspecto que presenta singular interés: el de las relaciones entre la jactancia, por un lado, y la calumnia y la injuria, o mejor dicho, los respectivos procesos, por otro (cfr. pp. 3 y 4). Para mí, unitarista acérrimo del derecho procesal, el tránsito gradual entre las dos más importantes zonas del proceso no se produce en una sola dirección, sino en ambas: los procesos civiles de tipo inquisitorio³⁰ avanzan al encuentro del proceso penal, y viceversa, los procesos penales motivados por los delitos que se denominan privados (o perseguibles a instancia de parte), se hallan bajo el signo del proceso civil.^b De ahí el nexo que históricamente medió entre jactancia, injuria, y calumnia, así como el carácter implícita e indirectamente provocatorio que el enjuiciamiento penal de las dos últimas conserva todavía en ocasiones, aunque no en orden al ejercicio de la acción y sí a la prueba de la imputación determinante de la querrela o acusación.³¹

8) Saltando ahora del capítulo inicial al de conclusiones, estoy conforme con Malaver en que el juicio de jactancia debe eliminarse de los códigos procesales argentinos³² y ceder su puesto a la adopción de esa que, siguiendo al autor, continuaremos llamando acción declarativa (cfr. p. 177), pero sin que, pese al precedente del famoso párrafo 256 de la *Zivilprozessordnung* alemana creamos indispensable incorporar expresamente aquella a la "legislación de forma", por lo mismo que, como hemos sostenido en otra ocasión, quizá no nos hallemos ante un problema "de contenido de la

²⁹ Se titula *La sentencia de "declaración de simple o de mera certeza"*. AD.: Insetta en las pp. 409-38 del indicado volumen (Buenos Aires, 1946).

³⁰ Cfr. Calamandrei, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio* (publicado primero en los "Studi" en honor de Chiovenda —Padova, 1927— y luego reproducido en las pp. 321-58 del vol. II de sus "Studi sul processo civile" —Padova, 1930—).

^b Véase la reseña doble que dedico al trabajo de Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale* (1955): *infra*, sub f, núms. 224-225.

³¹ Cfr. los arts. 111 cód. penal argentino y 450 y 455 del español. En cuanto al código penal italiano, si bien excluye la prueba liberatoria en orden a la injuria y a la difamación, permite que ofensor y ofendido encomienden a un jurado de honor el juicio acerca de la verdad del hecho atribuido (cfr. art. 596).

³² Resulta incomprensible que códigos de fecha reciente, como el de Santa Fe (arts. 519-22) y el de Córdoba (arts. 541-44), el segundo en suspenso por acuerdo de la intervención federal, continúen regulando el juicio de jactancia. Para la crítica de esta errónea supervivencia, me remito a las penetrantes consideraciones que en relación con el de Santa Fe formula el profesor Eduardo B. Carlos en su trabajo *El nuevo código de procedimientos en lo civil y comercial* (en "Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales" de la Universidad del Litoral, 1941, núm. 32), pp. 24-8.

acción", sino "de fines de la jurisdicción",³³ cuyo señalamiento tal vez no encajase muy bien en un código estrictamente procesal y acaso no exigiese reforma alguna dentro de una fórmula elástica de concebir aquélla.³⁴

9) Las razones expuestas al principio nos han obligado a efectuar una crítica detallista, a caza de minucias, luego ampliadas mediante el microscopio de la glosa. Entiendo, sin embargo, que no por ello el libro del Dr. Malaver ha sido víctima del gusano que, según Voltaire, era capaz de roer las más grandes creaciones: el detalle. Y es que cuando la construcción muestra la solidez de la que hemos examinado, las mandíbulas del gusano detallista, lejos de hacer mella en la misma, sirven para acreditar su fortaleza. Además, el mayor daño que a quien se lanza con auténtica vocación a las lides investigadoras se le puede ocasionar, es dedicarle media docena de triviales y adormecedores elogios, que le arrastren a pensar que ha alcanzado la cumbre en la primera tentativa de escalarla y que maten, por tanto, el estímulo de superación, que es la cualidad esencial del verdadero hombre de ciencia. Malaver lo es indudablemente; su libro de ahora, que en conjunto produce la más grata impresión en cuanto a documentación y desarrollo, constituye la demostración categórica de ello; debemos esperar, por consiguiente, que su próxima obra sea todavía mejor que la presente.

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

"D.J.A.", núm. 2267. 31-XII-1944. Pp. 1-3

1) El profesor Bartoloni Ferro es un hombre de excepcional modestia. Bastaría para acreditarlo, en el caso de que la demostración se impusiese, la presentación de su *nuevo libro* como mera *segunda edición* (cfr. p. 7) del que con igual título (aunque sin el subtítulo de ahora) publicó hace dos años. Porque si bien el concepto de ulterior edición no se halla fijado de manera rígida y permanente, y desde luego en el volumen que nos disponemos a comentar se reproduce íntegra¹ la parte aparecido en 1942, es lo

³³ Cfr. *Miscelánea de libros procesales*, en "Rev. Der. Proc.", cit., 1944, II, p. 96. AD.: Véase ahora, *supra*, reseña 21.

³⁴ Como la que a partir del artículo 245 de la de Cádiz de 1812 ha predominado en las sucesivas Constituciones españolas y persiste en el artículo 2 de la ley de organización judicial de 1870: "Los tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar (y cuando se pronuncia sobre una acción declarativa, es evidente que se juzga) y hacer que se ejecute lo juzgado (aquí pudieron haberse intercalado las palabras "en su caso", que habrían puntualizado con toda exactitud el alcance del precepto).

¹ Sin más variante perceptible que la de haber adoptado la numeración consecutiva y no por página para las notas de cada capítulo. Hasta tal punto se ha conservado el texto primitivo, que el Dr. Bartoloni no ha creído necesario agregar nada a la nota 4 de la página 215 (antes 2 de la página 11), pese a que dicho pasaje motivó una obser-

cierto que el libro actual representa en extensión algo más del doble que la supuesta primera edición (a saber, 422 páginas, frente a 183 tan sólo), y el aumento registrado no obedece a que se hayan amplificado los temas ya objeto del primitivo texto —que salvo en una ocasión no ha sufrido alteración alguna²— y sí, en cambio, el aditamento de nuevos capítulos (los cuatro primeros, que suman casi la mitad de la obra),³ acerca de materias tan fundamentales, como las referentes “a la acción penal, cuestiones con ella relacionadas; a la acción civil, que emerge del delito y que puede ser promovida en el proceso penal; a las cuestiones prejudiciales, en cuanto constituyen un obstáculo al desenvolvimiento de la primera, y a la jurisdicción, contemplada especialmente con referencia a la capacidad objetiva del juez, como uno de los sujetos esenciales que es de la relación jurídica procesal penal, que se genera y desenvuelve en el proceso, considerado éste en su íntimo contenido”.⁴

Las líneas transcritas ratifican que estamos ante un libro nuevo, como lo revela, además, el subepígrafe *Acción, jurisdicción, proceso*, que bien podríamos calificar de *subversivo*, puesto que siendo esos tres los conceptos capitales de nuestra disciplina,⁵ es evidente que no pueden cobijarse bajo la noción más secundaria de acto procesal. Naturalmente, esto lo sabe de sobra el Dr. Bartoloni, y dicha rúbrica figura en la portada de su libro no con ningún propósito de revolucionar la dogmática procesal y sí tan sólo con la pretensión de puntualizar el contenido efectivo del volumen. Claro que para satisfacer esta finalidad, habría sido preferible dotarle de otro título, más comprensivo (por ejemplo: *Estudios sobre el proceso penal* o *Introducción al derecho procesal penal*) o más enunciativo (verbigracia: *Acción, jurisdicción, proceso y actos procesales penales*).

vación mía (en el núm. 1529 de “Jurisprudencia Argentina”, al comentar la *Teoría y técnica del proceso civil* del Dr. Podetti —AD.: ahora, en mis “Ensayos de Derecho Procesal” (Buenos Aires, 1944), pp. 669-79—), una réplica suya (también en la revista citada, núm. 1567) bajo el título de *Sobre relación procesal y situación jurídica: una necesaria aclaración*, y una réplica mía (en mis cits. “Ensayos”, pp. 673-4), las tres en torno a la ideología del insigne procesalista alemán James Goldschmidt.

² 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 el 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.

³ La segunda edición se compone de los once capítulos siguientes: La acción penal; Acción civil; Cuestiones prejudiciales; La jurisdicción; El proceso; Las formas y los principios; Hechos jurídicos penales y procesales; Actos jurídicos procesales; La realidad del acto procesal; Clasificación de los actos; Actos procesales de prueba. En la primera edición, los capítulos carecían de epígrafe.

⁴ Del “Prefacio de la Segunda Edición”: *ob. com.*, p. 7.

⁵ Cfr. Podetti, *Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil* (en “Revista de Derecho Procesal”, 1944, I, pp. 113-4), donde menciona los autores que sustentan semejante opinión.