

OBSERVACIONES JURÍDICO-COMPARATIVAS ACERCA
DE NUEVOS SISTEMAS EN LA ENSEÑANZA DEL
DERECHO PROCESAL CIVIL.

Mientras en Alemania ha aparecido el excelente *Zivilprozessrecht* (Derecho procesal civil) de Arwed BLOMEYER,¹ en Francia han visto la luz, por un lado, en la serie original de "Thémis", *Procédure Civile* de Gérard CORNU, actual decano de la Facultad de Derecho de Poitiers, y Jean FOYER, profesor en Lille,² y, por otro, en los "TraitéS Sirey", el *Droit Judiciaire Privé* de los profesores parisienses Henry SOLUS y Roger PERROT³ (a). Todas ellas son obras "nuevas", no en el sentido de que cada una prescindiera por completo de la tradición científica y de la masa legislativa de su propio país,⁴ puesto que la nueva impregnación se manifiesta sólo de cuando en cuando y más bien en particulares aspectos que en la sistematización. Por último, habremos de pedir indulgencia por la índole eminentemente subjetiva de este trabajo, que contiene únicamente observaciones acerca de extremos en que se manifiestan discrepancias, ya sea a propósito de la propia tradición, bien frente a las opiniones del país vecino.

1) No es de extrañar que el más reciente tratado o, mejor dicho, manual (b) de la ciencia procesal civil francesa, el de SOLUS y PERROT, muestre, a juzgar por su primer tomo, aparecido en 1961, rasgos más bien tradicionales en la ordenación de la materia. En efecto tras la introducción, la primera parte expone los problemas fundamentales del derecho procesal y.

1 Berlin-Götttingen-Heidelberg: Springer. 1963. XX, 785 pp. Lw. 79. Damos por supuesto que la distribución de la obra, impresa en las pp. IX a XVIII, es conocida del lector (a).

2 Presses Universitaires de France. 1958. 609 pp., más un apéndice de 1960 relativo a la reforma parcial de la justicia efectuada en 1958.

3 Paris: Sirey, tome I, 1961, 1147 pp.

4 Había, por tanto, que resistir la tentación de incluir en el comentario la importante literatura jurídica italiana, que de acuerdo con una opinión difundida en el extranjero, habría superado a la ciencia procesal alemana y marcharía hoy a la cabeza: cfr. CORNU-FOYER, *ob. cit.*, p. 25 (b).

ante todo, el sistema de las acciones; luego los actos de las partes y los plazos y, finalmente, los actos jurisdiccionales. A su vez, la segunda parte se ocupa de la organización judicial. Pero los autores son los primeros en usar un nuevo título: *Droit Judiciaire Privé* (c) (es decir, el derecho judicial —(d)— coordinado al derecho privado). El abandono de la hasta entonces habitual denominación “*Procédure Civile*”, que perdura, en cambio, en el tratado (véase nota b) de CORNU y FOYER,⁵ significa el alejamiento de una concepción más técnica, a la par que la vuelta a un enfoque más científico del proceso civil, tal como el que en Alemania señaló el auge científico de dicha rama jurídica durante el último tercio del pasado siglo. Sin embargo, y a diferencia de Adolf WACH en su *Handbuch* (1885), de HELLWIG en su *System* (1912) y también, aunque sin tanta decisión, de J. GOLDSCHMIDT (1929) y de SCHÖNKE, que dedicaron al derecho procesal civil y sus fuentes un libro primero (e), tanto SOLUS-PERROT como CORNU-FOYER colocan esas doctrinas en la introducción, de acuerdo con una fórmula por lo demás corriente entre nosotros a partir de los *Elementos* (*Grundriss*) de Friedrich STEIN (f). En la literatura francesa encontramos, por cierto, un modo de ver realista: el “*style du Palais*” —conforme al cual, por ejemplo, mientras la institución del “*juge chargé de suivre la procédure*” (con objeto de fiscalizar la actividad de las partes) encontró en Lyon buena acogida, obtuvo escaso éxito en otros sitios— se incluye entre las fuentes no escritas del derecho, y surge entonces la duda de si lo es en rigor,⁶ dado que en el proceso civil el papel del “Pueblo” resulta indirecto en la gestación del derecho consuetudinario (g). Nosotros, descubridores de la relación jurídica procesal y del fenómeno dominante de la situación jurídica en el proceso (h), deberíamos tener lista la respuesta al efecto: disposiciones normativas, como los usos del tráfico, de que habla el § 242 del código civil, pueden producirse entre los participantes en un determinado tipo de relación jurídica, y de ese modo los hábitos de los jueces y abogados de un determinado lugar cabe que creen el proceso en particular. “*Le monde judiciaire est, par excellence, coutumier*”.⁷ De ese modo, además, se confirma que las decisiones judiciales poseen mayor alcance respecto de las cuestiones procesales que a propósito de las de derecho substantivo: la “elaboración”

5 Y que es en él defendida. Objeciones contra el concepto de “*droit judiciaire*”, en *ob. cit.*, pp. 13-14 (c). CORNU y FOYER consideran como el más acertado el concepto alemán de “*Zivilprozessrecht*” (derecho procesal civil).

6 CORNU-FOYER, p. 16. Una lista de ejemplos, en SOLUS-PERROT, pp. 72-3.

7 CORNU-FOYER, *ob. cit.* En tal sentido resulta exacta la construcción de SAVIGNY y de PUCHTA acerca de la representación del Pueblo por el sector de los jurisperitos.

de formas es casi inevitable. Así, cuando el Tribunal Federal admitió que las demandas sobre reconocimiento de hijos extramatrimoniales se tramitasen conforme al procedimiento para las contiendas sobre estado civil, toda polémica acerca de la justificación de dicho procedimiento se hizo superflua, y el legislador no tuvo otro camino que el de sancionar la innovación,⁸ contemplada como aspecto de ese “*droit régulateur*” de que ROUBIER habla.⁹

2) La un tanto optimista caracterización de la *finalidad* de la institución procesal como encaminada de preferencia al “*mantenimiento del orden jurídico*”, tal como se manifiesta en ROSENBERG¹⁰ y en SCHÖNKE,¹¹ está reemplazada en el *Zivilprozessrecht* de ARWED BLOMEYER por un enfoque más frío: hay que arrancar del *particular* (legitimado),¹² y como interés estatal ha de ponerse en primer plano la *certeza del derecho* (*i*).

El tono pesimista (*j*) fundamental de JAMES GOLDSCHMIDT al concebir el proceso como situación jurídica (*k*) —por cierto, amortiguado en beneficio de un activismo práctico—, apenas si se ha dejado sentir desde entonces entre nosotros. CORNU y FOYER¹³ reconocen, en cambio, en el prólogo que no han podido resolver la duda acerca de si el proceso es una pérdida de tiempo o un pasatiempo, una desgracia o un juego (*l*). Se establece así el punto de partida: “*La procédure est donc une voie de droit. L'une des voies de droit*”,¹⁴ es decir, el derecho vive junto al proceso.

3) El sistema de CORNU-FOYER (como también el primer tomo de SOLUS-FERROT) muestra la clásica bipartición francesa introducción, primera y segunda parte. La parte primera lleva un título original: “*Les postulats du procès*”, que podemos traducir en forma aproximada como “*precedentes del proceso*” en sentido fenomenológico y que abarcarían, como en seguida veremos, “*litige*”, “*justice*” y “*action en justice*”. La parte segunda tiene por objeto el proceso civil mismo, dividido en “*Le procès civil type*” y “*Les types de procès*”, y en su libro primero, tras el concepto y los principios rectores, su título 1º contempla los “*elementos*” del proceso, a saber: “*Les parties en cause*”, “*La matière des procès*” y “*Les actes de procé-*

8. § 644 del código procesal civil según la nueva redacción originada en él por la ley de 11 de agosto de 1961 que modificó el derecho familiar.

9. *Théorie générale du droit*, pp. 262 y 264.

10. *Lehrbuch*, 9a. ed., p. 2.

11. *Lehrbuch*, 7a. ed., p. 5.

12. P. 1.

13. P. VI: “... si le procès lui-même est un contretemps ou un passe-temps, un mal ou un jeu”.

14. P. 7.

dure", en tanto que el título 2º se ocupa de su marcha ("*déroulement*"), inclusive los recursos y la revisión (*m*). El libro segundo examina las peculiaridades del proceso ante las jurisdicciones tanto ordinarias como especiales.

Como primer libro de la primera parte figura "*Le litige*", o sea la disputa entre las partes, la contienda jurídica,¹⁵ antes de que se plantee ante el juzgador y degenera en proceso. Bajo el concepto de "*lite*" consideró CARNELUTTI en su *Sistema* (1936) un elemento teórico aislado de cualquier proceso, habiendo sido su tesis combatida más tarde por CALAMANDREI (*n*). En Francia, dicho concepto, expresamente dirigido *contra* el proceso, se desarrolló todavía más, a mediados de este siglo en relación con la doctrina sobre la transacción y el arbitraje. A mi entender, su sistematización la efectúan por vez primera CORNU y FOYER si bien no pasan de un esbozo que requiere aún la elaboración monográfica. Considero de máximo interés didáctico la inclusión de ese estadio inicial del proceso civil. Se manifiesta aquí, a propósito del *derecho material*, que el tránsito desde la infracción jurídica a la asistencia jurídica no se produce siempre o, mejor dicho, como regla no se produce nunca, en forma ininterrumpida. Se explica así la poderosa tarea transformadora que en orden al *proceso* corresponde a la abogacía. En todo caso, una parte de los problemas surge antes de dicho momento: "*prétention-contestation*"¹⁶ (*ñ*), con las que CORNU y FOYER estiman que se instaura la contienda, si bien el lado de la "*contestation*" no resulta tan instructivo como el de la "*prétention*".

4) El segundo "postulado" (libro segundo de la parte primera) lo constituye "*La justice*", es decir, la *jurisdicción* desde el doble ángulo de su estructura y de su función. A partir del *Handbuch* de Wach ("Libro segundo: Los sujetos del proceso, sus representantes y auxiliares") es frecuente entre nosotros esa asociación del juzgador y de las partes, que encontramos, por ejemplo, en SCHÖNKE y en LENT y últimamente en Arwed BLOMEYER.¹⁷ La concepción francesa está muy lejos de semejante elaboración, puesto que en ella "*justicier*" y "*justiciable*" no tienen igual rango,¹⁸ mientras que la designación de ambos como "*sujetos*" puede con

15 "*un différend, non pas quelconque, mais d'ordre juridique*" (p. 37) (*d*).

16 "*En schématisant, le différend se décompose en deux prétentions opposées: primus prétend A que lui conteste secundus*": *ob. cit.*

17 En sentido distinto, HELLWIG, STEIN, J. GOLDSCHMIDT, A. NIKISCH; cfr. los correspondientes índices.

18 "*Le justiciable n'est pas l'égal du juge, le justicier lui est supérieur. Etre jugé est une manière d'être soumis, juger, une prérogative de souverain*" (p. 71) (*e*). Con ello no se desconoce la obligación de juzgar (p. 72). BULGARO (citado en la p. 377) ya enseñaba que "*judicium est actus trium personarum, actoris, rei, judicis*" de donde persona no equivale a sujeto (*f*).

facilidad ocultar el contraste. ¿No emana en definitiva la "pretensión de tutela jurídica" de WACH (o) (que presupone la coordinación de sujetos entre sí) de la inseguridad de la conciencia estatal durante la monarquía constitucional, como ha demostrado de modo convincente Dietrich JESCH en *Gesetz und Verwaltung* (Ley y administración) (1961)¹⁹ en otro orden de ideas? Para WACH,²⁰ sujeto de la jurisdicción es lisa y llanamente el Estado; para A. BLOMEYER, a juzgar por el epígrafe del capítulo correspondiente (p. 18), lo son los *tribunales*. En realidad, dentro del proceso civil, los tribunales son titulares de una función, a quienes cabría atribuir, en el sentido de Otto von GIERKE, "personalidad orgánica".²¹ Pero inclusive entonces, los actos jurisdiccionales se encuentran a nivel diferente de los de parte, ya que si no, la sentencia se reduciría a una trivial toma de partido a favor del vencedor.

5) Entre nosotros, la *abogacía* se suele examinar junto a la representación en el proceso,²² mientras que en Francia pertenece al sector de los "*auxiliaires de la justice*", y dentro de ellos, SOLUS y PERROT colocan a los abogados, a causa de su rango, delante de los "officiers ministériels" y, entre éstos, a los "*avoués*"²³ antes que los ejecutores y que los secretarios judiciales²⁴ (p). Si se designa al Estado (juzgador) y a las partes como sujetos del procedimiento, entonces no queda otro remedio que el de adscribir la abogacía al lado del sujeto "parte". A un principiante (y algunos conservan esa impresión toda su vida) le resulta difícil ver en la intervención necesaria de abogados ante los tribunales colegiados (q) algo distinto de una clase de monopolio. Al pensar así, se olvida que aparte las demás funciones relativas a la tramitación del litigio, al abogado se en-

19 *Ob. cit.*, pp. 74 y ss.

20 *Ob. cit.*, p. 309.

21 En su libro *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887, p. 683. La cuestión no ha sido todavía suficientemente investigada.

22 Así, STEIN, J. GOLDSCHMIDT, A. NIKISCH, A. BLOMEYER; en sentido distinto, en cambio, HELLWIG, ROSENBERG y también SCHÖNKE: véanse los índices respectivos.

23 "*à la fois, mandataire salarié et officier ministériel... Officier ministériel, il puise dans son titre, non seulement une certaine liberté à l'égard de son client, mais encore des pouvoirs, déterminés à l'avance par la loi...*": CORNU-FOYER, p. 258. Entre nosotros, los raros casos de representación en una instancia por no profesionales en los procesos entre partes (§ 79 cód. proc. civ.) permiten tan sólo, a propósito de la regulación legal del poder procesal, una formulación pálida: "razonabilidad objetiva" (WACH, *Handbuch*, p. 578) o bien "interés del tráfico procesal!" (STEIN-JUNCKER, p. 125) o, en fin, "interés en la tramitación expedita del proceso" (ROSENBERG, p. 226). A. BLOMEYER, por su parte, se contenta aquí con la mera referencia a la ley (p. 55).

24 Mientras que CORNU-FOYER, que se muestran muy versados, subdividen, decir, contraponen la asistencia prestada a las partes y la ayuda al juez en el desempeño de su función jurisdiccional: cfr., el índice de materias de la obra.



comienda la transformación del “agravio jurídico” (r) en afirmación del derecho, la determinación de la asistencia jurídica, y que la interposición de la demanda, en cuanto primer presupuesto de la jurisdicción (s) y, por tanto, de cualquier actividad jurídica judicial, entraña, por lo mismo, función de administrar justicia. No menos evidente resulta que quien acude a un proceso, sea o no conocedor del derecho, depende por igual, a propósito de las probabilidades de éxito de su derecho (suponiendo que lo posea), de la capacidad del abogado (por él elegido) y de la cualidad del juzgador (no escogido por él) (t).

6) Tercero y último “postulado”: “*L’action en justice*”, que, como vimos, cubre en SOLUS y PERROT el libro primero de la primera parte, donde en algo más de doscientas páginas se expone el sistema de las acciones en su conjunto.²⁵ La circunstancia de intentar la construcción de tal concepto conforme al derecho justicial material, en el sentido de TH. KIPP y de J. GOLDSCHMIDT, quizás demasiado influidos por la teoría de los imperativos —Arwed BLOMEYER²⁶ lo reputa fundado, por lo menos en parte—, determina que pese a los eruditos datos de literatura extranjera aportados por SOLUS y PERROT,²⁷ la cuestión de su pertenencia al derecho público o al privado quede en la penumbra.²⁸ Por “*action*” se entiende la facultad de recabar del juzgador una decisión acerca del fundamento de una pretensión jurídica, aunque desemboque en un resultado negativo.²⁹ Si prescindimos de la inclusión del interés de tutela jurídica³⁰ en el concepto de “*action*”, la “perspectiva” de una sentencia de fondo, conforme a la ter-

25 Que, sin embargo, no se distingue menos del sistema de acciones del derecho romano que nuestro derecho moderno. De manera breve y muy clara, CORNU-FOYER, p. 284, quienes tratan, precisamente, el sistema de pretensiones atribuido al derecho material (público) entre las “*matières à litige*” (pp. 34 y ss.).

26 PP. 3, 5 y s.

27 PP. 93 y ss.

28 “*S’il existe un droit public de la procédure, l’esprit lui vient du droit substantiel*” (CORNU-FOYER, p. 11) (g).

29 “*En dépit de liens l’unissant à la demande, qui en est l’exercice, et au droit substantiel, dont elle est, le plus souvent, la sanction, l’action ne se confond ni avec l’une parce qu’elle est un pouvoir, non un acte, ni avec l’autre parce qu’elle est un pouvoir spécial, non le droit déduit en justice. On peut donc proposer de l’action la définition suivante: le pouvoir d’être entendu du juge dans sa prétention, et d’obtenir de lui une décision sur le fond de cette prétention (décision de bien fondé ou de débouté); l’action sera, selon les cas, le droit d’avoir raison ou le droit d’avoir tort. Calamandrei*”: p. 275 (h).

30 A título de curiosidad destacaremos que desde 1937 las decisiones de los tribunales superiores han acogido al efecto la fórmula de IHERING del “*intérêt légitime juridiquement protégé*”, pese a la fuerte y comprensible oposición de la doctrina: CORNU-FOYER, pp. 296 y ss.

minología de J. GOLDSCHMIDT,³¹ aparece estrechamente emparentada con nuestra noción del derecho (pretensión) de conducción procesal. Juntamente con el sistema de la pretensión de derecho material se resuelven varios de los problemas esenciales relativos a la teoría del objeto del litigio (*u*), que constituye uno de los núcleos de nuestro esfuerzo científico en torno al proceso civil, y otro tanto sucede con la propia doctrina de las partes, que llega a superar³² los criterios subjetivos del “*droit d'action*”.³³ Semejante deslinde de conceptos permite cotejar, desde el punto de vista del instrumental del proceso civil, la esencia de sus posibilidades abstractas y sus coordinaciones previas (*ordre préétabli, agencement*), así como sus realizaciones mediante actos *hic et nunc* (*activité juridique*), sobre las cuales recae, al ser valoradas, la red de tales relaciones prefijadas.³⁴

De ese modo, se evita en la doctrina francesa el deslinde entre proceso civil y derecho privado, que no obstante el abandono de la “pretensión de tutela jurídica”,^{34 a} predomina todavía en la actual ciencia procesal alemana, pese a fuertes corrientes en contra (véase también A. BLOMEYER, pp. 201 y ss).

7) De manera sorprendentemente corta, en sólo algunas páginas, tratan CORNU y FOYER la cuestión de la *cosa juzgada* material (*autorité de la chose jugée*),³⁵ que, en cambio, Arwed BLOMEYER examina a lo largo de más de sesenta páginas.³⁶ Pero, por un lado, la doctrina francesa enlaza con el texto terminante del artículo 1350 del código civil, que incluye la cosa juzgada entre las presunciones legales (*v*), con la consecuencia de que tradicionalmente su examen haya quedado para la exposición del derecho civil, y, por otro, el deslinde subjetivo de la cosa juzgada (en el

31 O “posibilidad” de obtener una sentencia de fondo: ROSENBERG, p. 194.

32 La idea se proyecta sobre las excepciones procesales y los recursos. Aquí, sin embargo, nuestro método abstractivo parece considerar todas las solicitudes como actos de obtención (*i*) y someterlas al doble pronunciamiento sobre admisibilidad-inadmisibilidad (*recevoir-non recevoir*), por un lado, y sobre fundabilidad-infundabilidad (*examen du fond*), por el otro: cfr. A. BLOMEYER, pp. 134 y ss.

33 Como confirmación del punto de partida, la monografía de W. HENCKEL, *Parteilchre und Streitgegenstand im Zivilprozess*, 1961, cuyos resultados son ampliamente compartidos por A. BLOMEYER.

34 Cfr. de nuevo en contra PHOLE, en *Stein-Jonas*, 19a. ed., Introducción, E, personas determinadas mediante el acto de la interposición de la demanda (conforme a nuestro concepto “formal” de parte; “*notion procédurale*” para los procesalistas franceses), CORNU-FOYER, p. 380. Que luego esas partes, activa y pasiva, sean o no las “verdaderas”, dependerá, a nuestro entender, de que sean también “*sujets de l'action*”. Y de ese modo, “*la matière du procès*” es elemento del actual proceso.

34a Cfr., de nuevo en contra PHOLE, en *Stein-Jonas*, 19a. ed., Introducción, E, 3; A. BLOMEYER, pp. 4 y ss.

35 En SOLIUS-PERROT reservado para el segundo tomo.

36 Pp. 440-506.

artículo 1351 del código civil) resulta tan sobremanera intrincado en la práctica y en la teoría,³⁷ a causa del entrecruzamiento de *autorité de chose jugée* y de *terce opposition* (*w*), que se ha convertido en campo de batalla de audaces construcciones en tesis doctorales, aun cuando las mismas apenas aporten algo para la enseñanza del derecho y menos todavía para la comparación jurídica. No parece sino que en Francia —como también, aunque por motivos distintos, en Inglaterra— la tendencia de las partes a la repetición de los procesos se manifieste en mayor medida que entre nosotros. A causa de la bipartición del patrocinio (*x*), las costas procesales comienzan por ser elevadas, y una parte considerable de ellas corre a cargo del vencedor, ya que su imposición al vencido, cuando esté legalmente prescrita, se basa todavía en la costumbre y la equidad³⁸ y no, como entre nosotros, a título de resarcimiento de daños independiente de la culpa.³⁹ De ahí que la práctica francesa se muestre más propicia que la nuestra a desestimar la "*eadem quaestio*" en los casos extremos que, no obstante, se susciten de nuevo ante los tribunales.

La doctrina de A. BLOMEYER acerca de la cosa juzgada se desenvuelve esencialmente dentro de la tradición: por un lado, moderando con prudencia las exageraciones de la teoría de BÖTTICHER y de ROSENBERG acerca del "*ne bis in idem*", hasta retroceder a la línea de STEIN y de HELLWIG,⁴⁰ y, por otro, mostrando como factible la fórmula de POHLE de aproximación al derecho material.⁴¹ Paréceme, sin embargo, erróneo que la divergencia entre la teoría "procesal" y la "material" de la cosa juzgada pueda reducirse⁴² al contraste entre una norma decisoria y una norma de conducta. La explicación requeriría más bien (en el sentido de aclaración fenomenológica de los hechos jurídicos) atender al momento de la *constitución* mediante la sentencia, puesto que mientras las demandas relativas a un *certum* (cuya situación jurídica extraprocesal se encuentra suficientemente fijada) representan una fracción insignificante en el conjunto de litigios deducidos ante los tribunales, en las que versan sobre un *incertum* (verbigracia, cualquier reclamación de daños), la sentencia contiene siempre, como ya lo sabían los romanos, una proyección constitutiva, aun cuando

37 "*crux juris*": CORNU-FOYER, p. 491; cfr. H. ROLAND, *Chose jugée et terce opposition*, 1958.

38 CORNU-FOYER, p. 387.

39 A causa de la "antijuricidad procesal objetiva", HELLWIG, *System*, I, p. 709; más prudente, ROSENBERG, §§ 78 y ss., pp. 357 y ss.; A. BLOMEYER, pp. 730 y ss., 738.

40 P. 443.

41 P. 444; implícitamente, su doctrina del objeto de la sentencia va aún más allá a propósito de las sentencias de fondo: pp. 450 y ss.

42 Pp. 442 y 444.

en todo momento se temiese también que la actividad judicial encaminada al “conocimiento” se tomase como orientada hacia la constitución.⁴³ Esta función constitutiva de la sentencia (*y*) no escapó en manera alguna a la penetrante mirada de J. GOLDSCHMIDT, pero la trasplantó al campo del derecho justicial material,⁴⁴ y de ahí que su teoría “procesal” de la cosa juzgada haya de entenderse en sentido muy distinto a la de STEIN y HELLWIG (*x*). Por otra parte, si se mira el *derecho material* más bien como un *método* de búsqueda jurídica⁴⁵ respecto de un concreto estado de cosas (ello, por supuesto, fuera del concurso de más de dos normas), y si se consideran los recursos jurídicos inclusive como una mediatización de las infracciones jurídicas, cabría pensar en una nueva formulación de la teoría de la cosa juzgada, que podría también interesar en otros ordenamientos jurídicos.

8) Arwed BLOMEYER expone con especial detenimiento la teoría general del *derecho probatorio*.

Desde la célebre monografía *Das private Wissen des Richters* (1893), muy difundida asimismo en el extranjero, con la que Friedrich STEIN reivindicó para el juzgador la zona intermedia constituida por las máximas de experiencia⁴⁶ (*a'*) —en las que se basa el fomento de la preparación universal del juez—, no han cesado en Alemania los esfuerzos en torno a los fenómenos probatorios desde ambos lados de la relación perceptiva: aportación de la prueba ante el juez y recepción de la misma por él. Arwed BLOMEYER les ha prestado atención hasta las publicaciones más recientes.

Pero no todo lo nuevo merece acogida. Así, BLOMEYER, siguiendo a SCHMIDHAUSER⁴⁷ y a algunos comentarios críticos anteriores, combate la concepción tradicional de los peritos: “Todavía se suele designar al perito como ‘auxiliar’ del juez, cuando no lo es en mayor ni en menor medida que el testigo, que ‘ayuda’ en la fijación de los hechos (*b'*), o que el abo-

43 Formulado con claridad cristalina por REGELSBERGER, *Pandekten*, 1893, vol. I, p. 699.

44 *Prozess als Rechtslage*, 1925. Para él, la concepción “estática” del ordenamiento jurídico, formulada dentro de la teoría de los imperativos, conservó su vigencia idealista al lado de ésta, mientras que para nosotros lo “estático” en derecho constituye sólo el *caso extremo* frente a lo “dinámico”.

45 Ello sin perjuicio de las posibles fijaciones fuera del proceso mediante documentos, libros públicos, etcétera, que garanticen la necesaria seguridad jurídica.

46 Que cuando haya de actuar como testigo, el juez no deba juzgar (*j*), sino deponer como testigo, quedando excluido como juzgador a partir de su declaración —cuestión acerca de la que con frecuencia se cita a STEIN—, era entonces convicción jurídica arraigada, mientras que para STEIN significó sólo un punto de arranque de su estudio.

47 Cód. proc. civ. 72 (1959), 365 y ss. (377 y ss.).

gado que presta 'ayuda' ⁴⁸ durante toda la tramitación del proceso (*c'*). El perito únicamente actúa allí donde el juez, de estar mejor preparado, podría juzgar por sí mismo; tal sucede en el campo de las máximas de experiencia (inclusive la mayoría de las veces para efectuar la subsunción relativa al caso concreto), cuya pertenencia esencial ("en sí"), según demostró de modo categórico Friedrich STEIN, corresponde al juzgador. No obstante su adscripción a un conjunto funcional, en el que constituye un sucedáneo (*d'*), aunque también *per definitionem* se pueda tomar por un cuerpo extraño, sigue siendo una "prótesis", que cabe poner, quitar o cambiar. De ahí que, sin vacilar, CORNU y FOYER coloquen a los expertos entre los "*auxiliaires de la justice*"; y afirmen que "*l'expert est un conseiller* ⁴⁹ *technique*". Pero también acabamos de indicar que asimismo a los abogados pueden computarse funciones judiciales (*e'*). Mientras unos y otros (es decir, peritos y abogados) *pueden* sustituir la actividad judicial (*f'*), tal perspectiva queda totalmente cerrada a los testigos. Una elaboración conceptual realista tendría que distinguir aquí entre "ayuda" y "ayuda" (*g'*).

Por otra parte, el derecho probatorio francés ofrece para nosotros menos interés que otros sectores de su derecho procesal. Sólo a partir de la nueva legislación de 1958 ⁵⁰ comenzó a desligarse el procedimiento probatorio de la escolástica y de la casi inobservancia de la prueba testifical. En la audición de los testigos, ya no se encuentra el juez tan ligado a la letra del tema probatorio, como antes. Cierto que todavía el testigo acude a la audiencia provisto de una declaración escrita (*h'*) (cuyos inconvenientes son realmente distintos de los de las actas nuestras, donde se transcriben sus deposiciones como emitidas en primera persona, aunque las haya dictado el juez), pero queda a disposición del juzgador para complementos inquisitorios respecto del producto fabricado ⁵¹ (*i'*). Mientras nosotros estamos acostumbrados a contemplar al testigo como "persona informante", ⁵² en Francia se le mira en la reforma como una "pelota" (*jouet*) de un sistema que frente a los extraños (*neutres*) carece un poco del cuidado.

48 P. 393, núm. 3.

49 *Terminus technicus*; título que se da al miembro de un tribunal colegiado (*k*), valiéndonos de una denominación aproximada; *ob. cit.*, p. 254.

50 Que, por lo demás, dio también un paso importante para reconducir las jurisdicciones especiales (singularmente la laboral) dentro de la vía judicial común, al establecer que los *Oberlandesgerichte* (*Cours d'appel*) (*l*) serán la única instancia de alzada respecto de todas las jurisdicciones especiales.

51 CORNU-FOYER, Apéndice, p. 79.

52 Hellwig, *System*, p. 707; desde entonces se formula con más cuidado.

de la cortesía, en una palabra: del modo de vida (*civilité*) adecuado en esa atmósfera punitiva (*ambiance répressive*).⁵³

Ojalá que nosotros, empeñados en implantar la democracia en numerosas comarcas, podamos reanimar el espíritu de la "*civilité*" vidente, incluso en otras zonas de la vida pública, frente al espíritu de "objetividad" ciega, tanto respecto del sujeto como del ambiente, que se nos atribuye con razón o sin ella, y en el que la "persona informante" queda, dicho se está, detrás del resultado informativo.

En cuanto al problema de la prueba, habría, ante todo, que liberarlo en Francia, lo mismo en teoría que en la práctica, de la veneración hacia el "resultado probatorio" incorporado al acta escrita —determinante de una aparente unidad estructural de todas las especies de prueba—, antes de intentar establecer distinciones tan importantes para la instrucción, como la de los hechos históricos "objetivos" y la de su recuerdo⁵⁴.

9) Por último, algunas observaciones breves acerca del estilo docente de las obras reseñadas. El libro de SOLUS y PERROT tiene todas las ventajas de un manual: exposición literariamente cuidadosa de todos los problemas, con aportación de la bibliografía en su conjunto, en que la propia opinión no se oculta, sino que se desliza en el corro. Arwed BLOMEYER muestra la casi intangible formulación de algunos textos, que sólo el conoedor de la materia descubre, y que permite comprobar cuántas soluciones brindan a veces ciertas decisiones y también a veces cuántas descartan. A menudo, escondidas en las notas de pie de página encontramos un *hallazgo*, como el del tiempo en que nació el término "hecho",⁵⁵ o bien una *crítica*, como la apaciguadora toma de posición en la polémica entre F. v. HIPPEL y J. GOLDSCHMIDT⁵⁶, o, en fin, una decisión formulada como reconocimiento, cual la desestimación de la demanda de revisión contra una sentencia de divorcio tras el segundo matrimonio de quien la promovió⁵⁷.

La exposición de CORNU y FOYER es siempre personal y aguda, y la acertada distribución de materia en el texto asegura la unidad de la obra, mientras que en los apéndices que llevan la rúbrica "*Etat des Questions*" se recoge una abundante bibliografía y se abordan multitud de cuestiones teóricas, prácticas, históricas, sociológicas e incluso a veces comparativas y de política jurídica. Esos comentarios críticos, singularmente animados, se refieren a veces tan sólo a la teoría, otras, en cambio, a la práctica, o

53 CORNU-FOYER, *lug. cit.*

54 A. BLOMEYER, p. 358; R. BRUNS, "Juristenzeitung" 57, 489 y ss.

55 P. 331, núm. 1.

56 P. 145, núm. 4.

57 P. 602, núm. 4.

bien contienen incursiones por la literatura general, hasta llegar a la Biblia, como sucede con la leyenda incorporada como apéndice a la introducción. Exposiciones llenas de espíritu, donde la ironía, junto a la libertad y al orgullo, afirma el sentido de la justicia y de la injusticia, frente a las realidades despiadadamente contempladas⁵⁸.

Por el Dr. RUDOLF BRUNS,
Profesor de la Universidad de Marburgo.

Traducción de Miguel LUBAN
y de Niceto ALCALÁ-ZAMORA.

58 Acerca de la inamovilidad judicial, p. 248: "... *La Révolution conserve l'inamovibilité des juges élus (elle en guillotine quelques-uns, Thouret). Depuis lors, elle est de principe, quelquefois constitutionnel (1814, 1848, 1946), au moins pour la durée du régime sinon du souverain (Rousselet). Tout régime nouveau la suspend, épure, la rétablit. Principe pour temps calme, les tempêtes s'en rient ouvertement (la suspension), hypocritement (imposition d'un serment politique, abaissement de la limite d'âge...).* Chaque régime a son tableau: 1807, élimination du personnel laissé par la Révolution: 162 victimes; 1815-1818, le personnel impérial est sacrifié: 1964 victimes; 1830, Dupin sauve le principe, mais Louis-Philippe impose un serment, que 153 légitimistes refusent; 1848, la République n'est pas cruelle: 24 victimes; 1862, institution de la limite d'âge: 132 admissions à la retraite; 1871, 15 éliminations, mais bientôt rapportées; 1883, le républicains entrent dans les places, chassant 614 conservateurs; 1940-1944, Vichy pourchasse les libéraux, les juifs, les dignitaires maçonniques: 221 victimes; 1944-1945: réintégration des victimes de Vichy mais épuration des collaborateurs et vichyssois: 363 éliminations (mais le Garde des Sceaux commet, par maladresse, tant de vices de forme que beaucoup de ses arrêtés son annulés par le C. E. —Conseil d'Etat—). A terme, la profession est dangereuse".