

ACLARACIONES Y COMPLEMENTOS AL ARTICULO DEL PROFESOR BRUNS

Escrito, dicho se está, para lectores alemanes, el artículo de BRUNS requiere, al trasplantarse a otro ambiente jurídico, un cierto número de aclaraciones y complementos, que agrupamos bajo dos rúbricas, según que conciernan al texto o a las notas.

A) Texto

a) El libro de SOLUS y PERROT ha sido objeto de dos amplios comentarios en México: el primero, por parte de Ignacio MEDINA, **El derecho judicial privado, según Solus y Perrot** (en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núm. 48, enero-marzo de 1963, pp. 105-36), y el otro, la reseña mía en este "Boletín", 1963, pp. 678-87. Véanse también la reseña de LIEBMAN en la "Revista di diritto processuale", 1962, p. 605, y la de KRALIK, en "Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht", 1964, pp. 341-2, donde confía en que la obra de SOLUS y PERROT contribuya a que la doctrina procesal francesa salga de su estancamiento.

b) Huelga decir que ni en Alemania ni en país alguno, las denominaciones que se aplican a las exposiciones generales de cualquier disciplina tienen un valor

diferenciativo absoluto: el **Handbuch** de WACH se podría llamar muy bien **Lehrbuch**, y al revés, el **Lehrbuch** de ROSENBERG cabría que hubiese aparecido como **Handbuch**, sin que se subvirtiesen las esferas.

e) Bueno será puntualizar que la denominación "**Derecho Judicial**" era conocida mucho antes de ser utilizada por SOLUS y PERROT. Baste recordar, en Italia, la famosa **Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale nelle somme sue ragioni e nel suo ordine naturale con appendici di complemento sui temi principali di tutto il diritto giudiziario** (Torino, 1864, 1865 y 1872), o en España **El derecho judicial español**, en dos tomos (Madrid, 1920 y 1923), de Enrique AGUILERA DE PAZ y Francisco RIVES MARTÍ, sin contar con la "Revista de Derecho Judicial" que en ella viene publicándose desde 1960.

d) La noción de **derecho judicial** se debe fundamentalmente a James GOLDSCHMIDT en su célebre ensayo **Materielles Justizrecht (Rechtsschutzanspruch und Strafrecht)**, sobretiro de la "Testgabe für Hübler" (Berlín, 1905). Traducción castellana por Catalina GROSSMANN, **Derecho judicial material (Pretensión de tutela jurídica y derecho penal)**, en la "Revista de Derecho Procesal" argentina, 1946, I, pp. 1-68.

e) Tanto el **Zivilprozessrecht** de GOLDSCHMIDT, la ed. (Berlín, 1927) como el de SCHÖNKE, 7ª ed. (Karlsruhe, 1951) se encuentran traducidos al castellano: el primero por PRIETO CASTRO, con adiciones de ALCALÁ-ZAMORA, (Barcelona, 1936), y el segundo por PRIETO CASTRO, CABRERA CLAVER y FAIRÉN GUILLEN (Barcelona 1950; a base de la 5ª ed. alemana de 1948).

f) A saber: **Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts** 3ª ed., puesta al día, tras su muerte, por Josef JUNCKER (Tübingen 1928).

g) Véase ALCALÁ-ZAMORA, **Ensayo de diferenciación entre la jurisprudencia y los "usos forenses"**, en el "Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela", extraordinario en honor del profesor RODRÍGUEZ CADARSO, 1933, tomo, I, pp. 45-66; reimpresso después en nuestros "Estudios de Derecho Procesal" (Madrid, 1934), pp. 263-301.

h) Vinculada la primera fundamentalmente con el libro de BÜLOW, **Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen** (Giessen, 1868) —traducción castellana de ROSÁS LICHTSCHEIN, **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales** (Buenos Aires, 1964)— y desenvuelta la segunda por GOLDSCHMIDT en **Der Prozess als Rechtslage: Eine Kritik des prozessualen Denkens** (Berlín, 1925).

i) Tal es el título del impresionante libro de Flavio LÓPEZ DE OSATE, **La certezza del diritto** (Roma, 1942); traducción castellana: Buenos Aires, 1953.

j) Por asociación de ideas, no estará de más recordar la división que entre **optimistas** (SCHÖNKE, Friburgo; SCHIMA, Viena; FURNO, Perusa, y ALCALÁ-ZAMORA, México) y **pesimistas** del proceso (SATTA, Génova; CARNELUTTI, Roma, y GUASP, Madrid) se produjo en el **Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil** (o sea el de Florencia, 1950): véase la información así titulada que redactamos para la "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", núm. 47-48, julio-diciembre de 1950, pp. 509-11 (también en este "Boletín", núm. 9, pp. 226-8), o bien las intervenciones de los citados profesores en las pp. 109-18, 123-6, 165-7 y 349-60 del volumen **Atti del Congresso Interna-**

zionale di Diritto Processuale Civile: 30 Settembre-3 Ottobre 1950 (Padova, 1953).

k) Perseguido por el nazismo, GOLDSCHMIDT, tras pasar temporadas en España e Inglaterra, falleció en Montevideo en 1940. Esa circunstancia hizo que su obra no repercutiese durante algunos años en el pensamiento procesal de su patria, mientras que, en cambio, trascendía en el de Hispanoamérica a través de la citada traducción de su **Derecho procesal civil** (*supra*, nota e) y de sus libros escritos en castellano: a saber: **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal** (Barcelona, 1935) y **Teoría general del proceso** (Barcelona, 1936). Ello explica el homenaje que en el décimo aniversario de su muerte le rindió la "Revista de Derecho Procesal" argentina, consagrándole dos tomos de "Estudios en memoria de James Goldschmidt" (Buenos Aires, 1951; 415 y 400 pp. respectivamente), en los que colaboraron 33 procesalistas de **Alemania** (Grossmann, Heinitz, Rosenberg, Schmidt y Schönke), **Argentina** (Alsina, Carlos, Juárez Echegaray, Lascano, Levene, Núñez, Podetti, Reimundín y Vélez Mariconde), **Brasil** (Buzaid), **Chile** (Urrutia Salas), **España** (Alcalá-Zamora, Fairén Guillén, Guasp, López-Rey, Prieto Castro, Sentís Melendo), **Estados Unidos** (Millar), **Italia** (Allorio, Calamandrei, Carnelutti, Finzi, Liebman), **Uruguay** (Couture, Arlas, Barrios de Angelis, Gelsi Bidart) y **Venezuela** (Loreto). Ocho de esos trabajos (los de Alcalá-Zamora, Calamandrei, Heinitz, Juárez Echegaray, Liebman, Podetti, Schmidt y Schönke) versaron sobre diferentes aspectos del pensamiento del maestro.

l) Véase CALAMANDREI, **Il proceso come giuoco**, en "Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti", vol. II (Padova, 1950), pp. 485-511, así como mi referencia al mismo en **Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso**, en "Revista de Derecho Procesal" argentina, 1952, I (pp. 212-77), pp. 272-3.

m) La revisión a que BRUNS se refiere aquí, nada tiene que ver con la llamada "revisión de oficio" de artículos como el 716 cód. proc. civ. D. F. Aquella es un medio impugnativo excepcional frente a sentencias firmes (con autoridad de cosa juzgada) y ésta es sólo una modalidad de apelación (véase BUZOID, **Da apelação ex officio no sistema do processo civil** —São Paulo, 1951—; reseña nuestra, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núm. 1-2, enero-junio de 1951, pp. 321-2), emparentada con la anaerónica consulta. Ello no es obstáculo para que la verdadera revisión se conozca en México, en materia penal con el inadecuado nombre de "indulto necesario" (véase María Antonieta VILLAREAL, **La institución del indulto en la legislación mexicana** —México, 1954—, pp. 33-45), y en algunos códigos procesales civiles (Sonora, art. 357; Morelos, art. 336) como "juicio ordinario de nulidad" (contra la cosa juzgada). Véase, además, *infra*, nota s.

n) El concepto de **lite** lo elabora CARNELUTTI por primera vez no en el **Sistema** (1936), sino en las **Lezioni di diritto processuale civile**, a cuyo volumen I (Padova, 1919) pertenece el número 44 en que desenvuelve la idea. Sobre ella torna en diferentes artículos de la "Rivista di diritto processuale civile" durante los años 1927-28 y en la misma se asienta su **Progetto del codice di procedura civile** (Padova, 1926; dos fascículos, uno para el proceso de conocimiento y otro para el de ejecución). En cuanto a la crítica de CALAMANDREI, también

es anterior a 1936, puesto que cristaliza en dos artículos impresos en la citada "Rivista" bajo el común denominador de **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti**: I, **Lite e giurisdizione** (1928, I pp. 3-22) y II, **Lite e processo** (1928, I, pp. 89-99), luego reproducidos en sus "Studi sul processo civile", vol. II (Padova, 1930), pp. 359-79. Finalmente, el comentario de PAOLI, **La nozione de lite nel processo penale**, ve la luz asimismo antes de 1936, o sea en "Rivista" citada, 1930, I, pp. 63-77.

ñ) Ni la **contestation** francesa ni la **contestazione** italiana se pueden trasladar al castellano, en sentido procesal, por **contestación**, sino por **discusión**: cfr. nuestra **Advertencia del traductor a la versión española de "La prova civile" de Carnelutti** (Buenos Aires, 1955), p. XXVIII (reimpresión como trabajo **Número XI** en nuestros "Estudios de Derecho Probatorio" —Concepción, 1965—, pp. 188-9).

o) Bajo el título de **La pretensión de declaración: Un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho** fue traducida al castellano, por el Doctor SEMON (Buenos Aires, 1962), la clásica monografía de WACH **Der Feststellungsanspruch** (sobretiro: Leipzig, 1889). Pero ese trabajo no ha de confundirse con **Der Rechtsschutzanspruch**, que es al que sin duda alude BRUNS y que apareció en la "Zeitschrift für deutschen Zivilprozess", en el tomo 32. El viejo tema resurgió hace unos años y originó una polémica entre SCHÖNKE y ALLORIO, integrada por: a) **Das Rechtsschutzbedürfnis: Studien zu einem zivilprozessualen Grundbegriff** (Detmold, 1950) de aquél, y b) **Bisogno di tutela giuridica**, de éste, en "Jus", 1954, pp. 547-61 (traducción y notas complementarias nuestras, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núm. 14 abril-junio de 1954, pp. 87-114: **Necesidad de tutela jurídica**).

p) A diferencia de Alemania, donde el **Rechtsanwalt** acumula las funciones de representación y asistencia, en Francia se desdoblán entre el **avoué** y el **avocat**, de la misma manera que en España entre el **procurador** y el **abogado**, aun cuando **avoué** y **procurador** no lleguen a identificarse por completo. Véase DUBOSC, **Évolution comparée des professions d'avocat et d'avoué** (Montargis, 1960).

q) E inclusive ante juzgadores monocráticos: cfr. verbigracia, los artículos 3º y 4º de la ley de enjuiciamiento civil española. En el extremo opuesto, la peligrosísima libertad de defensa de preceptos como el artículo 393 céd. proc. civ. o cual el 69 céd. proc. pen., ambos del Distrito Federal mexicano. Para la crítica de semejante pseudo libertad, es decir, a favor de la carga del patrocinio, véanse las palabras de COUTURE en su folleto **De la organización judicial y del régimen procesal** (Montevideo, 1945), p. 45.

r) Recordemos en la terminología procesal hispánica la frase **expresión de agravios** a propósito del escrito en que se fundamenta la apelación (cfr., verbigracia, artículos 704-6 céd. proc. civ. D. F.).

s) Enunciada en otros términos, la idea aquí recogida coincide con el pensamiento de CALAMANDREI cuando presenta "la acción como la condición para el ejercicio de la jurisdicción": cfr. sus **Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice**, 2ª ed., vol. I (Padova, 1943), pp. 101-3. La regla sufre un par de derogaciones en el derecho mexicano: cfr. artículo 716 céd. proc. civ. D. F. (revisión de oficio en pleitos sobre estado civil; véase *supra*, nota m) y 5 y 419 de la ley de quiebras de 1942 (declaración de la misma de oficio).

t) Frente a la doble perspectiva que BRUNS muestra (abogado elegido; juzgador no escogido), se dan a veces las respectivas contrafiguras: a) la de abogado no elegido, en los casos de patrocinio gratuito de litigantes pobres, y b) la de juzgador escogido, al menos dentro de ciertos límites, en los supuestos de competencia prorrogada o de designación de árbitros.

u) Véase TARZIA, *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno al oggetto del processo*, en "Jus", 1956, pp. 266-76 (reseña nuestra en este "Boletín", núm. 28, enero-abril de 1957, p. 335).

v) En el mismo sentido, el código civil español (artículos 1251-2) y el procesal civil mexicano del Distrito (artículo 422).

w) La interferencia se da también alguna vez en el derecho español: cfr. artículo 1543 de la ley de enjuiciamiento civil, que en relación con el 919 de la misma, convierte la tercería (nombre que por su expresividad no vaciló CARNELUTTI en italianizar —*terzeria*—: cfr. "Rivista di diritto processuale", 1950, I, pp. 90-1) en medio excepcional de atacar sentencias firmes, junto a los recursos de revisión (*supra*, nota m) y de audiencia al rebelde (artículos 773-89 de la mencionada ley española).

x) Es decir, de la intervención del *avoué* y del *avocat* (*supra*, nota p).

y) Que no ha de confundirse con las sentencias de naturaleza constitutiva, cuya índole, a su vez, se sumamente controvertida: véanse indicaciones al respecto en nuestro ensayo **El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas**, en "Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei", vol. II (Padova, 1958), p. 37 y notas 127 y 128, así como últimamente BÖTTICHER, **Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungs-klagerecht**, en la obra "Vom Deutschen nach Europäischen Recht. Festschrift für Hans Dölle", tomo I (Tübingen, 1963), pp. 41-77, especialmente 59-62.

z) Las cuales, a su vez, se contraponen a las teorías materiales, cuyo principal expositor fue PAGENSTECHE (Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft; Berlin, 1905), de la misma manera que en la corriente procesal ese título corresponde a HELLWIG (**Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft**; Leipzig, 1901).

a') Mostradas por él como definiciones o juicios hipotéticos, suministrados por la experiencia y que si bien son ajenos en sí al caso concreto del proceso y a los hechos que lo integran, le son aplicables, como deducidos de la observación de otros casos: **Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse** (Leipzig, 1893), p. 21, y **Grundriss**, 3ª ed., cit., p. 242.

b') Entre los autores que incluyen al perito como auxiliar del juez destaca CARNELUTTI, ya desde **La prova civile** (1ª ed., Roma, 1915; 2ª, 1947; trad., cit., 1955), núm. 16 y 17, y las **Lezioni**, cit., vol. III (Padova, 1930), pp. 52-62 y 216-8. Para la crítica de su posición, véase mi **Derecho procesal penal** (en colaboración con LEVENE H.), tomo III, (Buenos Aires, 1945) pp. 120-1, donde destaco, al igual que BRUNS, que también el testigo ayuda al juez.

c') El abogado podrá ser mirado como un **servidor** de la justicia (y conforme a tal enfoque lo sería asimismo el juzgador, el ministro público, etcétera, dentro de sus respectivos cometidos), pero no es un **auxiliar**, porque su función es esencialmente distinta de la del juez, que sólo podrá llamarle al orden o imponerle correcciones disciplinarias cuando se extralimite en su ejercicio, pero en manera

alguna imponerle pautas o marcarle derroteros conforme a los cuales haya de desenvolver el patrocinio.

d) “Ersatz”, en el original. CARNELUTTI habla al respecto de **surrogato** (cfr. *Prova civile*, cit., *passim*), término que nosotros, a la vez, hemos trasladado por **sucedáneo**, en atención a los motivos expuestos en el número 9 de nuestra **Advertencia** acerca de la traducción de dicho libro (*supra*, nota **ñ**).

e) “Justizfunktion”, en el original, mientras que en seguida se habla de “**richterliche Tätigkeit**”, o sea de **actividad judicial**, y de ahí la traducción empleada.

f) Ejemplos de ellos lo serían, entre otros, el diligenciamiento de exhortos por las propias partes (léase, por sus patrocinadores) (cfr. artículos 291 ley enjto. civ. española y 109 eód. proc. civ. D. F.), la notificación de abogado a abogado (o entre procuradores), etcétera.

g) Es decir, entre **clase o índole** de la ayuda prestada.

h) En principio, aunque luego en la práctica las cosas sucedan de otro modo, esa eventualidad está proserita en el derecho hispánico por artículos tan explícitos, como el 650 y el 652 de la ley de enjuiciamiento civil española o como el 360 y el 365 del código procesal civil del Distrito.

i) Explicaciones recabadas por el juez a los testigos: cfr. arts. 652 ley enjto. civ. española y 366 eód. proc. civ. D. F.

B) Notas

a) No hemos podido hacernos aún del libro de BLOMEYER para dar cuenta de su estructura al lector mexicano, y tampoco lo encontramos reseñado en los fascículos de la “*Zeitschrift für Zivilprozess*” últimamente llegados a nuestras manos.

b) En 1928, MENDELSSOHN-BARTHOLDY, recordado con orgullo por CARNELUTTI, afirmaba en Viena que el cetro de la disciplina había pasado desde Alemania a Italia. Y después, ese mismo juicio se le repetido. Y sin embargo, una cosa es que por efecto de acontecimientos resentidos por Alemania con muchísima más intensidad que Italia, su producción descendiese en ocasiones, o bien que ciertos temas hayan sido tratados más a fondo por la doctrina italiana, y otra totalmente distinta que tomadas ambas literaturas en su conjunto, o sea desde BÜLOW a la fecha, se pueda privar del primer puesto a la alemana. Naturalmente, si la comparación se realiza lanzando por la borda las obras alemanas anteriores a 1933, o bien enfrentando los mejores decenios italianos —desde 1920 en adelante— con el peor momento de la ciencia alemana, el del letargo hitleriano, la segunda guerra mundial y su postguerra, entonces todas las conclusiones son posibles. Ello a su vez no se opone a que si los procesalistas alemanes siguen **sesteando**, como vienen haciéndolo con frecuencia desde 1950, **acaben por perder el primer lugar**. ALCALÁ-ZAMORA, **Wilhelm Kisch** (necrología, en “*Revista de Derecho Procesal*” argentina, 1953, I), p. 1, nota 1, y **Momentos, figuras, preocupaciones y tendencias del procesalismo italiano**, en el folleto “*X Aniversario Generación de Abogados 1948-1953 Universidad de Guadalajara*” —México, 1963—, pp. 156-7.

c) Véanse, además, las que por mi parte formulo en **Derecho proc. pen. cit.**, tomo I, p. 32.

d) En el mismo sentido, yo al presentar el litigio como "conflicto jurídicamente trascendente y susceptible de solución, asimismo jurídica": **Proceso, auto-composición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)**, (México, 1947), p. 12.

e) Idea ya aceptada por la ley 1ª, título I del **Fuero Viejo de Castilla** (1356-?), al colocar a la cabeza de las atribuciones propias del monarca la de administrar justicia.

f) Acerca del transcrito pasaje de BULGARO, véase la intervención de FURNO en el Congreso de Derecho Procesal de Florencia, en **Acti**, cit., pp. 109-14.

g) La afirmación transcrita no se tiene en pie respecto de las ramas procesales, como precisamente la civil, cuyo objeto está constituido por relaciones substantivas de derecho privado. Sólo de la jurisdicción (actividad o función estatal en nuestros tiempos) puede emanar ese espíritu de derecho público, que CORNU y FOYER perciben, pero sin discernir su procedencia.

h) El pasaje de **Calamandrei** a que se alude, corresponde a sus **Istituzioni**, ed. y vol. cits., pp. 111-2.

i) "**Erwirkungshandlungen**" en el original, de acuerdo con la terminología de GOLDSCHMIDT en **Der Prozess als Rechtslage**, cit., pp. 364 y ss. La traducción como "actos de obtención" la encontramos en su **Teoría general del proceso**, cit., pp. 101-7, aunque, a nuestro entender, sería preferible llamarles **actos de convencimiento**, dada su finalidad, o, en todo caso, **actos tendientes a la obtención de una resolución judicial**: cfr. nuestro artículo **Los actos procesales en la doctrina de Goldschmidt**, en "Revista de Derecho Procesal" argentina, 1951 (pp. 49-76), p. 65.

j) No siempre semejante incompatibilidad de funciones ha sido reconocida: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, **Instituciones judiciales y procesales del Fuero de Cuenca**, en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", núm. 47-48, julio-diciembre de 1950, pp. 329-30.

k) De la misma manera que en los ordenamientos hispanoamericanos se le suele llamar **magistrado**, en tanto se reserva el nombre de juez para el adscrito a un órgano jurisdicente monoocrático (**juzgado**): cfr. ALCALÁ-ZAMORA, **Actos terminológicos e institucionales del derecho procesal hispánico**, en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", núm. 38, abril-junio de 1948, pp. 59-60.

l) Como su nombre indica, órganos jurisdiccionales superiores a los **Landgerichte**, tribunales de primera instancia, y de ahí que su competencia principal se relacione con la apelación.

Niceto ALCALÁ-ZAMORA

Investigador Titular del
Instituto de Derecho Comparado