Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx www.derecho.unam.mx

TUTELA JURISDICCIONAL Y TECNICA DEL PROCESO (*) (**)

Por el Dr. Tito CARNACINI, Profesor ordinario de la Universidad de Bolonia. Traducción del Lic. Aurelio ROMO.

SUMARIO: 1. Las partes al servicio del proceso y el proceso al servicio de las partes.—2. Consiguiente doble aspecto de la parte.—3. La disposición del derecho en disputa como acto de parte y la entrada en escena del defensor como técnico del proceso.—4. Oportunidad de considerar de modo distinto, no obstante las recíprocas influencias, cuanto se refiere al régimen de tutela del interés material, de todo aquello que atañe, en cambio, al régimen interno del proceso.—5. El origen dogmático de la antitesis *Untersuchungsmaxime* y *Verhandlungsmaxime*. La importancia de este último principio en

---

* Ensayo publicado en los *Studi in onore di Enrico Redenti*, vol. II (Milán, 1950), pp. 695-772, y que se inserta en nuestra Revista con expresa autorización de su insigne autor. La traducción ha sido íntegramente revisada por el profesor Alcalá-Zamora (*Nota de la Dirección Técnica*).

** *Advertencia*: En 1941, por motivos universitarios, publiqué, en poquísimos ejemplares, un ensayo bastante breve titulado *Volontà finale e tecnica della parte nel processo civile* (Bolonia, "Tipografía Parma"), en el que se anticipaban, si bien en forma provisional y demasiado incompleta, algunas de las ideas que ahora desarrollo en el presente trabajo. Aunque dicho ensayo no fué divulgado por mí, llegó a conocimiento de PUGLIESE y de MICHELI, el primero de los cuales tuvo después ocasión de citarlo, mostrándose de acuerdo con la tesis central por mí sentada, en su libro *Studi sull' "iniuria"*, I, Milán, 1941, p. 135, nota 1, aludiendo a él también MICHELI con comentarios para mí lisonjeros, que le agradezco, en los siguientes trabajos: *Profili o presupposti costituzionali del diritto processuale?*, en *Stato e diritto*, 1941, pp. 445 y ss.; *Considerazioni sull' interpretazione evolutiva delle norme processuali*, en *Arch. giur.*, 128 (1942), pp. 3 y ss.; *Amministrazione finanziaria, giustizia tributaria e giurisdizione volontaria*, en *Ann. dir. comp.*, 21 (1946), pp. 10 y ss., especialmente p. 40.

el comienzo y su expansión posterior.—6. Las primeras tentativas de la doctrina alemana encaminadas a distinguir la *Dispositionsmaxime* de la *Verhandlungsmaxime*. Méritos y defectos de dichas tentativas.—7. Ojeada final al resultado a que ha llegado el movimiento de diferenciación alemán y a las críticas que también recientemente le han sido dirigidas.—8. Principio dispositivo y principio inquisitorio en la doctrina italiana anterior al código vigente.—9. Idem en la exposición de motivos ministerial al código de procedimiento civil que entró en vigor en 1942.—10. Idem en la doctrina italiana posterior a la referida entrada en vigor. Datos referentes a la doctrina de lengua española.—11. Superación del movimiento de diferenciación alemán y planteamiento de la solución. La disposición de la tutela jurisdiccional como fenómeno que queda fuera del proceso.—12. Consecuencias que de ello se deducen.—13. Argumentos que confirman la tesis aquí sostenida.—14. La disponibilidad de la tutela jurisdiccional y el ministerio público. Diverso plano en que se mueven, respectivamente, el poder de actuación y el poder de intervención del ministerio público.—15. Cómo no es el caso de hablar de *Dispositionsmaxime* como de un principio autónomo y menos aún de incluirla entre los principios procesales. La disminución del monopolio de la parte en el plano de la tutela jurisdiccional y las consecuencias de ello resultantes con relación al concepto de derecho subjetivo.—16. El reverso de la medalla, esto es, las exigencias técnicas del proceso y las cargas que de ellas derivan para la parte.—17. La antítesis entre principio dispositivo y principio inquisitorio: su alcance y su ubicación.—18. Aplicación, a nuestro vigente ordenamiento, de los resultados sistemáticos alcanzados en el presente trabajo, en particular en el campo de la tutela jurisdiccional y de su disponibilidad.—19. Idem en cuanto a la estructura interna del proceso.

1. Si observamos la realidad desde el ángulo visual de quien para sus fines ultra-procesales acude a un tan particular y delicado instrumento como es el proceso civil,[1] podemos comprobar que este último, en la mis-

1 El hecho de que al iniciar el presente trabajo haya observado la realidad desde el ángulo visual de quien recurre al proceso civil para sus fines ultra-procesales, no quiere, por cierto, decir que éste sea para mí el ángulo visual por excelencia. A este propósito comparto en rigor, y no podría ser de otra manera, la opinión que LIEBMAN expresó, cuando ya este trabajo mío estaba en gran parte redactado, en *L'azione nella teoria del processo civile*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 47. Observa LIEBMAN que cada uno de los personajes del drama judicial persigue un fin particular exclusivamente suyo y, por tanto, considera el desenvolvimiento de las actividades en que se concreta el proceso, desde un punto de vista propio, que es distinto del de los demás, con la consecuencia de que "las instituciones del proceso se presentan con un aspecto o un perfil que varía según sean observadas desde uno u otro de esos distintos puntos de vista; porque la parcial deformación que sufren, según la perspectiva pro-

ma proporción que cualquier otro instrumento a disposición del hombre, tiene sus propias exigencias. No aludo aquí a los medios, hombres y cosas, que intervienen y que es preciso predisponer —con una riqueza cada vez mayor— para que de acuerdo con los tiempos, un proceso pueda funcionar eficazmente; y aun cuando el tan debatido problema de la reforma del vigente código de procedimiento civil se reduzca por lo general a una cuestión no de cambio del *modus procedendi,* sino precisamente de equipo en cuanto a personas y a cosas,[2] no es ello a lo que intento referirme. Aludo, por el contrario, a la aportación que en cada caso concreto, el proceso civil, por propia conformación específica, exige de aquéllos que han resuelto servirse de él (para atacar o para defenderse, poco importa) y que, por lo tanto, al intentar alcanzar todo cuanto él puede darles en la esfera de las situaciones del Derecho sustancial, deben adaptarse a su mecanismo y acomodar a él su actividad.

No existe ciertamente instrumento, por sencillo que sea, que, a su vez, no exija algo de quien quiera emplearlo para la consecución de sus propios fines; en particular, no hay ninguno que no exija una determinada conducta, a modelarse conforme a las características peculiares del instrumento mismo, ya que de otro modo, éste no funciona o funciona mal. Por lo demás, cuando el medio a que se acude es un proceso llamado civil (es decir, un proceso por antonomasia),[3] el precedente rasgo, en si

---

pia de cada una de dichas posiciones, cambia cada vez que el observador se desplaza, igual sucede con la forma de una montaña o de un edificio cuando los miramos desde lugares distintos". Y tan verdad es esto, que el propio LIEBMAN añade después (*op. cit.,* p. 51) que el camino a seguir consiste "en superar y conjugar esos distintos puntos de vista en una visión unitaria que considere el proceso objetivamente, según la posición y la función que le corresponden en el orden jurídico".

Por tanto, deseo advertir que si inicialmente he escogido el ángulo visual específico que señalo en el texto, ello se debe a que tal punto de vista me ha parecido el más a propósito para enfocar el fenómeno o los fenómenos que constituyen el objeto de la presente investigación; del mismo modo que, recurriendo nuevamente al parangón del edificio y de la montaña, es solamente desde ciertos lugares determinados desde los que pueden contemplarse aspectos de los mismos o desde los que éstos son más fácilmente apreciables (para ulteriores consideraciones a este propósito, así como inclusive acerca de la relatividad de toda definición, cfr. la nota 23, especialmente al final). Por otra parte, en la prosecución del trabajo he tratado de elevarme poco a poco a una visión objetiva y por lo mismo más completa.

2 Cfr. cuanto a propósito de esto escribí, hace ahora tres años, en *Circa la riforma del codice di procedura civile,* Módena, 1947, especialmente en las pp. 15 y 93.

3 Ya SATTA, *Introduzione allo studio del diritto processuale civile,* Milán, 1939, pp. 31 y s. (reeditado en *Teoria e pratica del proceso,* Roma, 1940, p. 207, mientras que

mismo bastante claro, aumenta su importancia extraordinariamente, ya que tal medio,[4] a diferencia, por ejemplo, de los procesos naturales o de los mecánicos y de acuerdo, en cambio, con cualquier otro procedimiento predispuesto para obtener efectos jurídicos,[5] se desarrolla en el mundo del Derecho y por ello toma cuerpo solamente a través de la actividad humana que se conforme con las *regulae iuris;*[6] más exactamente: que se conforme con aquellas reglas que, en consideración a su propio objeto,

---

el capítulo de que he tomado la referencia, apareció también en *Riv. dir. comm.*, 1940, 1, p. 259, con el título *Considerazioni sul processo civile*), ha observado que al proceso civil se le ha atribuído ahora el nombre por antonomasia, sin hacer referencia al resultado que por él se persigue (cfr. también CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano,*[3] I, Roma, 1942, n. 1, p. 3; así como el propio SATTA, *Diritto processuale civile,*[2] Padua, 1950, n. 84, pp. 126 y ss.) Por otra parte, lo mismo puede decirse no solamente respecto del proceso civil, sino, en general, cuando menos respecto de todos los procesos jurisdiccionales: conformes, SANDULLI, *Il procedimiento amministrativo,* Milán, 1940, p. 15; GRISPIGNI, *Diritto processuale penale,* I, Roma, s. f. (pero de 1945), p. 89.

4 Sobre el proceso como medio, y más exactamente como el medio jurídico a través del cual se desenvuelve la función jurisdiccional, cfr. especialmente, PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale,* Milán, 1935, p. 3; v. también SATTA *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo,* en *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, p. 35 (reedit. en *Teoria e pratica* etc., cit. p. 151), si bien para este autor el proceso sería más precisamente "el medio y el modo con los cuales se tutela el interés por el que se ha ejercitado la acción" (v. además el texto y la nota 22).

Del proceso como de un conjunto de medios habla BETTI, *Diritto processuale civile italiano,*[2] Roma, 1935, n. 4, p. 12.

5 Como se deduce también del hecho de haber hablado yo de "procedimiento" en un sentido mucho más amplio que el judicial, no he tratado en el texto de tomar posición respecto a la debatida relación entre proceso y procedimiento (cfr., a este propósito, CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile,* III, Padua, 1939, n. 614, p. 45; SANDULLI, *op. cit.*, p. 18, texto y nota 7, y los autores allí citados; así como, sucesivamente, de nuevo, CARNELUTTI, *Istituzioni,* cit., I, n. 279, pp. 263 y ss.; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile,*[2] I, Padua, 1943, p. 156, nota 2; REDENTI, *Diritto processuale civile,* I, Milán, 1946, n. 23, pp. 57 y ss.; y, finalmente. FOSCHINI, *Natura giuridica del processo,* en *Riv. dir. proc.*, 1948, I, pp. 110 y ss., y en particular, *La complessione del processo,* en la misma rev., 1949, I, pp. 18 y ss.; y también FURNO, *Nullità e rinnovazione degli atti processuali,* n. 2, public. en esta misma colección, I, p. 409), si bien para otra no incurrir en una repetición he empleado la palabra "procedimiento" como equivalente de "proceso", pero con sentido limitado al ámbito de las acciones humanas (cfr. acerca de esta limitada equivalencia, de nuevo SANDULLI, *op. cit.*, p. 6, nota 11).

6 Esta relación que recíprocamente media entre lo que cada instrumento jurídico puede ofrecer al interesado y la actividad que este último está obligado, en caso

se distinguen en su conjunto con el nombre de Derecho procesal civil;[7] hasta el punto de que aquél que se sirve del proceso civil, se convierte en uno de los sujetos del mismo, en una "parte" del propio medio, concurriendo primeramente a infundirle vida legítima.[8] Pero si el instrumento en cuestión se exterioriza y toma cuerpo solamente gracias a actos,

---

necesario, a desarrollar conforme a las reglas del Derecho, no quiere decir que no se encuentre aun después de agotado el procedimiento para dar vida a tal instrumento. Así, por ejemplo, en el caso de que se constituya una sociedad, una persona jurídica una empresa, y, en general, un ente dotado de una cierta autonomía, no basta haberlos creado, sino que, para servirse más tarde válidamente de ellos, es necesario llevar puntualmente a cabo todas las actividades que la ley exige para mantenerlos con vida.

7 En cuanto a la nota diferencial entre el proceso civil y los otros modos o medios con los que se consigue un fin o se produce un efecto, pueden confrontarse, entre otras, las indicaciones de ROCCO AL., *La sentenza civile*, Turín, 1906, p. 24; de CHIOVENDA, *Del sistema negli studi del processo civile*, en *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, p. 230, n. 2; de REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*,[2] Milán, 1938, n. 84, p. 126, y, más recientemente, *Dir. proc. civ.*, cit., I, n. 23, p. 57; de SATTA, *Introduzione* etc., cit. p. 31; de SANDULLI, *loc. cit.*; de CALAMANDREI, *op. cit.*, I, p. 156; de ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*,[4] Milán, 1946, n. 61, p. 61; etc.

8 La parte concurre, en realidad, no sólo a desarrollar la actividad necesaria para que el proceso pueda nacer y desenvolverse, sino antes todavía a hacer que el proceso exista, y ello por el simple hecho de comparecer en juicio. Con otras palabras, esto significa que es "parte" del todo, tanto desde el punto de vista dinámico como desde el estático.

El primero de estos dos aspectos ha sido dilucidado por CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padua, 1936, n. 132, pp. 358 y ss., y, especialmente, *Istituzioni*, cit., I, nn. 100-101, pp. 99-100, cuando después de haber considerado a la parte como elemento subjetivo del proceso, y tras de haber dado de la misma la que él llama la noción pasiva, en virtud de la cual la parte estaría sujeta al proceso (es decir, a los efectos del proceso), se detiene un momento a estudiar la noción activa, mediante la cual sería al mismo tiempo una de las personas que hacen el proceso (v. además, del mismo autor, *Arte del diritto*, Padua, 1949, sobre todo p. 69). Sobre el mismo punto de vista dinámico, cfr., además, la reciente y acertada consideración de LIEBMAN, *op. cit.*, p. 53, para quien el proceso "no es en manera alguna un instrumento inanimado que el interesado pueda manejar a su capricho, sino que, por el contrario, resulta de la actividad combinada de varios hombres...".

En cuanto a la terminología de sujetos del proceso aplicada también a las partes, cfr., últimamente, REDENTI, *Dir. proc. civ.* cit., I, nn. 38 y ss., pp. 107 y ss.; ZANZUCCHI, *op. cit.*, I, p. 197; JAEGER, *Diritto processuale civile*,[2] Turín, 1943, pp. 260 ss., quien para distinguirlas de los otros sujetos como los jueces y sus auxiliares, les llama "sujetos parciales".

entre los cuales los hay y no puede menos de haberlos también de la parte, de ello se deduce que la actividad que exige de quien haya decidido recurrir a él, constituye una aportación imprescindible y fundamental para su propia realización en cada uno de los casos concretos, y paralelamente —dado que esta aportación para ser eficaz debe ser conforme a las reglas jurídicas—, que no es menos destacada la necesidad para la parte de adaptar su propia conducta a las características del instrumento.

No hace mucho se ha observado acertadamente, desde el punto de vista de la experiencia jurídica, que "si la voluntad de cada uno depende de la voluntad objetiva de la ley, porque sólo adecuándose a ella adquiere valor, puede decirse que la voluntad objetiva depende de la voluntad de cada uno, ya que debe necesariamente entrar, para ser ella misma, en la voluntad de cada uno: debe convertirse en voluntad de cada uno". [9] Está, pues, claro que en ello encontramos la confirmación, o mejor aún, la generalización de lo que he venido observando, aunque haya iniciado el movimiento no desde la posición preeminente de la voluntad objetiva, sino, al revés, desde la particular voluntad de cada uno que recurra al instrumento proceso civil y que, bien que utilizándolo, debe adaptarse a él; no en vano el orden de los factores no altera el producto, con tal que en uno y otro caso el cálculo sea exacto. Además, es igualmente evidente que, si las leyes son, en general, planos o diseños que se ejecutan por el individuo operante, [10] las procesales, especialmente, como normas de organización y de funcionamiento, [11] despliegan toda su eficacia constriñendo a los sujetos del proceso, y no solamente al juez, [12] a marchar por el

9 Así CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto,* Milán, 1937, p. 112; cfr. también las pp. 71 y ss., 113, 130 y 227 y ss.

10 Cfr. la conocida definición de CROCE, *Filosofía della pratica. Economica ed etica,*[4] Bari, 1932, p. 336 al final.

11 Sobre las normas procesales como normas de organización y de funcionamiento, cfr. las interesantes consideraciones de GRISPIGNI, *op. cit.,* pp. 103 y ss. y 114 y ss., especialmente en lo que se refiere a la falta de preexistencia de un mínimo ético, así como por lo que concierne a la idoneidad de tales normas para tener como objeto propio un procedimiento.

12 Me parece, en realidad, excesiva, al menos respecto del proceso civil, la opinión de GRISPIGNI, *op. cit.,* pp. 96 y s., según el cual el proceso sería del juez y no de las partes, y el Derecho procesal se nos presentaría como un sistema de deberes para el juez. De otro modo, ¿en qué consistiría la cualidad de sujetos del proceso que he atribuído, y no ciertamente por primera vez, a las partes?

camino señalado, de manera que la aportación de cada uno de ellos, en forma de actos, esté coordinada con la de cualquiera de los demás, concurriendo a dar vida a lo que, una vez reducido a unidad, constituye cada procedimiento en concreto.

Bajo el perfil de la relación que se determina entre el que recurre a un determinado medio y el propio medio, puede, por tanto, precisarse que, si, por un lado, es la parte la que acude al proceso civil para obtener la tutela jurisdiccional y a través de ella la consecución de los fines propios ultra-procesales, por otro lado es el proceso el que, a su vez, exige de la parte misma una contribución esencial y que, para que sea apropiada, debe ante todo manifestarse en las formas peculiares al tipo de procedimiento de antemano escogido. En este específico sentido, y a este efecto concreto, resulta de nuevo oportuno afirmar, conciliando de este modo dos extremos ya discutidos y contrapuestos en otro plano, que si el proceso sirve a las partes, éstas a su vez sirven al proceso.

Además, el reconocimiento de esa doble y recíproca relación no debe o no debería sorprender a todos aquéllos que están habituados a tratar o a ver tratada la cuestión de si se ha de ver en el proceso civil un servicio que el Estado rinde al ciudadano, proporcionándole el medio para que ejercite su derecho subjetivo, o más bien un servicio que el ciudadano presta al Estado, dándole ocasión para ejercitar el Derecho objetivo;[13] y

13 Tales son, como es sabido, los términos del dilema en el que CALAMANDREI, *La relatività del concetto d'azione*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, pp. 22 y ss., (reimpreso en *Studi sul processo civile*, V, Padua, 1947, pp. 1 y ss.) ha resumido la polémica en torno a las llamadas orientaciones publicísticas de la ciencia del proceso (cfr. la bibliografía allí citada, sobre todo la referente a los trabajos de los dos mayores artífices de la polémica, SATTA y el malogrado CRISTOFOLINI; bibliografía a la que debe añadirse, como crítica a SATTA, el trabajo de ALLORIO, *Limiti d'efficacia del patto "solve et repete"*, en *Riv. dir. comm.*, 1937, II, pp. 327 y ss.; véase posteriormente, del mismo CALAMANDREI, *Istituzioni* cit., I, especialmente el § 36, pp. 115 y ss.). Por lo demás, el problema del fin o de los fines del proceso cuenta con una copiosa bibliografía, a propósito de la cual cfr., además de los numerosos escritos mencionados en las notas 14 y 22, ROCCO AL., *op. cit.*, pp. 27 y s.; CHIOVENDA *Principii di diritto processuale civile*,[2] I, Nápoles, 1923, pp. 66 y ss., y los autores allí citados, así como *Istituzioni di diritto processuale civile*,[2] I, Nápoles, 1935, nn. 11 y ss., pp. 32 y ss.; BETTI, *op. cit.*, pp. 4 y ss.; JAEGER, *op. cit.*, pp. 3-111 (con amplio examen de las doctrinas más conocidas); PROVINCIALI, *Sistema delle impugnazioni civili*, Padua, 1943, pp. 7 y ss. (con abundante bibliografía, aunque sin diferenciar); finalmente SCHÖNKE, *Il bisogno di tutela giuridica*, en *Riv. dir. proc.*, 1948, I, pp. 133 y ss., y en *Archiv für die civil. Praxis*, 150 (1949), pp. 216 y ss. (reedit. recientemente en la más amplia monografía con el mismo título *Das Rechtschutzbedürfnis*, Detmold, 1950, pp. 11 y ss.), para quien la

tampoco debe o debería sorprender a los decididos y sistemáticos propugnadores de esta última solución, los cuales han solido precisamente sintetizar su opinión en la fórmula de que "no es el proceso el que sirve a las partes, sino las partes al proceso".[14] Si se prescinde de las dudas que pueden legítimamente alimentarse respecto de una solución tan breve y concisa, y antes aún respecto del modo cómo la doctrina procesal viene planteándose la cuestión indicada,[15] es evidente que cuando hablo, como aquí lo hago, de parte que sirve al proceso, me refiero únicamente a la aportación de hecho que la parte está obligada a dar al proceso —aunque, en rigor, es proceso ella misma— y en virtud de la cual el instrumento y sólo él se eleva a destinatario del servicio.[16] Y ciertamente no me refiero —aunque me guarde mucho de negarla— a la que, fuera de la

---

finalidad del proceso como institución sería no sólo la realización del derecho mediante la prestación de la tutela jurídica, como enseña la escuela clásica del Derecho procesal, sino que sería también el mantenimiento de la paz jurídica (en el mismo sentido, también ahora STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*,[17] puesto al día por el propio SCHÖNKE, I, Tübingen, 1949, introducción *sub* C-D; así como de este último autor, *Zivilprozessrecht*,[6] Karlsruhe, 1949, § 1, VI; cfr. también, *El proceso como institución*, de COUTURE, n. 19, en esta colección, I, pp. 364 y ss.).

14 Así CARNELUTTI, *Sistema*, cit., I, n. 76, *a*, p. 216, así como cuando con motivo de la promulgación del vigente código de procedimiento civil, reconoció en la afirmación arriba mencionada la quintaesencia del principio publicístico y sostuvo que en ella se había inspirado el legislador de 1940: v. *Carattere del nuovo processo civile italiano*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, I, n. 3, p. 38 y *Nuovo processo civile italiano*, en *Foro it.*, 1941, IV, c. 265. Cfr. también del mismo autor, aunque en términos menos tajantes que los consignados en el texto, *Istituzioni*, cit., I, n. 26, pp. 25 y ss. y n. 57, p. 57.

La fórmula carneluttiana ha sido acogida por MICHELI, *Considerazioni* etc., cit., p. 18, texto y notas, pero a beneficio de inventario, en el sentido de que la hace suya siempre que mediante ella se entienda que "el interés público halla su satisfacción cuando quede satisfecho el interés privado, encaminado a la satisfacción de las pretensiones en cuanto éstas correspondan al Derecho objetivo". Sobre ello v., además, nota 22 al final.

15 A este propósito, cfr. TOZZI, *La concezione pubblicistica del processo civile*, en *Arch. studi corporativi*, 1940, pp. 605 y ss.; una indicación también en ANDRIOLI, *Il principio del "ne bis in idem" e la dottrina del processo*, en *Ann triestini di diritto economia e politica*, 12 (1941), n. 1, pp. 255 y ss. Para una crítica a la afirmación de CARNELUTTI consignada en el texto, v. también FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padua, 1940, n. 34, pp. 141 y ss.

16 Estimo que se me perdonará el empleo de la palabra "destinatario" refiriéndome no a una persona, como suele hacerse, sino a un fenómeno.

relación de que me ocupo, es la función, de ordinario inconsciente,[17] que la parte sostiene respecto del ordenamiento jurídico y del interés público para que el Derecho objetivo sea observado o reintegrado.[18] En cambio, cuando afirmo que el proceso sirve a la parte, entonces me coloco en la posición de esta última y considero el fin objetivo de la tutela jurisdiccional desde el ángulo visual de quien, atacando o defendiéndose, recurre a él y, por lo mismo, utiliza el medio único (proceso) que puede asegurarle tal tutela, si a ella tiene derecho.

Que el proceso civil sea un instrumento *in se* y *per se* público, predispuesto para el ejercicio de la función igualmente pública que es la función jurisdiccional, me parece que no puede siquiera ponerse en duda.[19] Pero ello no excluye que junto al servicio objetivo y general, que él presta así como medio de reintegración del ordenamiento jurídico violado o que se considera violado, y junto a la importancia que, como hace poco

17 De ordinario inconsciente, menos cuando se trate del ministerio público que ejercite la acción civil o respecto del cual dicha acción sea ejercitada (arts. 69 y 70, n. 1, cód. proc. civ.); a este propósito cfr., asimismo, el n. 14.

18 Este del ordenamiento jurídico y del interés público en que el Derecho objetivo sea observado y reintegrado, es, en cambio, el punto de referencia, mejor dicho: el único punto de referencia, adoptado por CARNELUTTI y, en general, por todos los que con él ven la parte al servicio del proceso y no viceversa también. Tan cierto es ello, que el mismo CARNELUTTI, *Sistema*, cit., I, n. 158, p. 409, ha sentido la necesidad de aclarar que la fórmula, según la cual "el proceso necesita de la parte", no es más que un modo de expresar elípticamente que "el orden jurídico necesita que la parte haga funcionar el proceso para la composición de la litis". Por tanto, debería estar claro que, refiriéndome en el presente trabajo exclusivamente a los dos términos "parte" y "proceso" y a sus recíprocas y mutuas relaciones, y no saliendo de este campo para asumir como punto de referencia el ordenamiento jurídico, sea para mí totalmente distinto el significado de la afirmación según la que la parte sirve al proceso, y cómo, al emplearla no pretenda tomar posición respecto al problema suscitado por CARNELUTTI (de todos modos, véase en seguida el texto y las notas 22 y 23).

19 Esta premisa sobre el carácter publicístico del proceso y antes todavía de la función jurisdiccional, aun cuando obvia, no está del todo fuera de lugar, ya que no quisiera que los resultados a los que llego en el presente trabajo pudiesen alarmar, aunque sin motivo, a quienes ven ya un retorno a doctrinas procesales superadas, sea por el hecho de que un grupo orgánico de normas concernientes a la tutela jurisdiccional haya sido incluído en el código civil (arts. 2907 y ss.), sea, sobre todo, por el tenor de la correspondiente exposición de motivos: así SEGNI, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, en el *Commentario del codice civile* al cuidado de SCIALOJA-BRANCA, Bolonia-Roma, introducción (en prensa). Como es sabido, la inserción de estas normas procesales en el código civil ha sido criticada no hace mucho por LIEBMAN, *Norme processuali nel codice*, en *Riv. dir. proc.*, 1948, I, pp. 154 y ss.

se ha visto, tienen por consiguiente también los sujetos entre sí en conflicto (precisamente si se consideran como "parte" del todo), puede someterse a examen, desde cualquier otro ángulo visual, lo que el proceso civil significa para la parte que a él acude y que constituye, entre otras cosas, su móvil. Efectivamente, si el proceso encuentra origen y desarrollo "a través de la actividad de las partes", [20] y si esta actividad que determina su propia duración aparece como manifestación no de una obligación, sino de una libre elección, [21] quiere decir que la parte, a su vez, tiene el poder de utilizar el proceso y más aún: que necesita convertirse en parte para servirse de él (como se convierte el Estado a través del ministerio público cuando quiere aprovecharse de él en interés público: *infra*, n. 14). En particular, quiere decir que la parte lo utiliza con la esperanza de que la tutela jurisdiccional implique para ella una ventaja, o sea con la esperanza de que la actuación o reintegración objetiva del derecho implique la realización de un interés concreto (normalmente propio, excepcionalmente ajeno: v. n. 2). [22]

---

20 Hasta CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., al reafirmar que el proceso actúa en interés público, no puede ocultar que ello ocurre "a través de la actividad de las partes".

21 También a propósito de la observación de que la actividad de la parte es manifestación, no de un deber, sino de una libre elección, puedo citar en mi favor al asertor más decidido del carácter público de los fines del proceso, o sea a CARNELUTTI, *Sistema*, cit., n. 158, p. 410 (cfr. asimismo *Istituzioni*, cit., I, nn. 203 y ss., pp., 191 y ss), allí donde habla del poder-derecho de la parte, en antítesis con el poder-deber del juez. Esta cita me parece adecuada aun cuando nuestro autor afirme inmediatamente después que el poder se convierte en una carga en virtud de la estimación económica que la parte realiza cuando escoge entre provocar el proceso y someterse a perder la tutela de su interés. Me parece adecuada, porque la carga presupone siempre el poder, y más exactamente, según la concepción del propio CARNELUTTI, el poder de elegir libremente una u otra solución. De modo que, a diferencia del poder-deber, con la palabra carga se indicaría el grado más amplio de poder, no siendo concebible el ejercicio de un poder *tout court* que no sea al mismo tiempo también ejercicio de una libre elección.

Respecto al concepto de carga, en particular de la procesal, cfr. las indicaciones contenidas más adelante en el n. 16.

22 La concepción del proceso como medio o instrumento público para llevar a cabo el fin objetivo de la tutela jurisdiccional, no excluye, en rigor, que, de una vez para siempre, en el curso de una investigación particular, quepa colocarse —como me he colocado desde el principio del presente trabajo, por las razones ya expuestas en la nota 1, al final— en lugar de la parte que en concreto le da vida o que no lo hace morir con el reconocimiento del fundamento de la pretensión ajena; y no excluye,

Conforme a este particular punto de vista (que es precisamente aquel desde el que me he puesto en movimiento) no es, pues, erróneo, sino antes bien oportuno decir que la parte se sirve del proceso, y después es igualmente oportuno aclarar los servicios, que, en mutua y recíproca relación

---

por tanto, que, sentado el principio de que el destino constante del proceso es la realización o reintegración de la ley y, en general, del Derecho objetivo (cfr. en particular CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 67, e *Istituzioni*, cit., I, nn. 11, 4, p. 40; BETTI, *loc. cit.*), pueda considerarse el proceso mismo desde el punto de vista de la parte que de él se sirve en cuanto recurre al mismo para obtener lo que sabe que es el resultado constante del medio. Por tanto, no se trata, para la parte, de servirse de él para obtener una segura ventaja, sino de valerse del mismo con la esperanza de que tal resultado, o sea la actuación o reintegración del Derecho objetivo, implica para él la realización de un interés concreto. Gracias a la visión del fenómeno aquí trazada, no se cae de nuevo en la criticada opinión según la cual no existiría "una finalidad del proceso distinta de la que anima a la parte al proponer la acción" (así SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici*, etc., cit., pp. 34 y s., y también *Orientamenti e disorientamenti nella scienza del processo*, en *Foro it.*, 1937, IV, cc. 238 y s.; *contra*, CRISTOFOLINI, *A proposito di indirizzi nella scienza del processo*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, pp. 123 y ss., así como *Contro i disorientamenti nella scienza del processo*, *ivi*, p. 287, con remisión a ALLORIO, *loc. cit.*), ni nos perdemos, en general, en torno al problema de la finalidad del proceso, que por la manera como con frecuencia se plantea, ha sido considerado, y no desde ayer, "fuente de inexactitudes y de equívocos" (así ROCCO AL., *loc cit.*). Por otro lado, se confiere relieve a la libre elección de la parte al valerse de un medio que el ordenamiento jurídico pone a su disposición y, por lo tanto, consecuentemente, se pone de manifiesto el servicio que el medio presta a quien a él recurre, o sea a aquél sin el cual no se tendría en concreto ni el medio ni su constante resultado. Se acaba así por demostrar la unilateralidad y, con ella, la insuficiencia de la afirmación según la cual no sería el proceso quien serviría a la parte, sino la parte quien serviría al proceso, y se confirma que ello es cierto solamente desde el ángulo visual del ordenamiento jurídico (v. antes la nota 18, así como también BETTI, *op. cit.*, p. 13) y en orden a las relaciones, realmente recíprocas en más de un aspecto, existentes entre el propio ordenamiento y la parte. Más aún: sorprende que esta reciprocidad, no sólo entre parte y proceso, sino, en otro plano, también entre parte y ordenamiento jurídico, haya pasado inadvertida a un jurista como CARNELUTTI, quien al comienzo de su más reciente exposición de Derecho procesal civil, se ha preocupado, entre otras cosas, de considerar la relación entre derecho y proceso y precisamente de advertir que dicha relación es doble y recíproca (*Istituzioni*, cit., I, n. 1, p. 4).

Por otra parte, la conciliación aquí esbozada entre el destino constante del proceso y la posición de la parte, encuentra correspondencia en cuanto se ha afirmado acerca de "la relación de coincidencia o también de instrumentalidad que media frecuentemente entre el interés de un individuo y el interés general, haciendo así que la satisfacción de aquél implique, sin más, la realización de éste, o determine una situación favorable para su realización" (así JAEGER, *op. cit.*, p. 56), inclusive si, a mi entender, la realización o reintegración del Derecho objetivo sea la que

y sin salirse por ello del campo aquí considerado, el proceso exige de la parte misma. [23]

2. La parte se presenta, pues, en el doble aspecto de quien trata de realizar mediante el proceso civil un interés material propio (o ajeno),

---

implique la tutela de un determinado interés individual (uno de los dos en conflicto), y no viceversa, como parece sostener JAEGER. Además, me parece oportuno recordar, siempre al mismo propósito, lo que GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*,[2] Padua, 1943, pp. 37, 58 y ss. y 158 y ss., escribe respecto del juicio administrativo en antítesis con el ordinario, y, sobre todo, respecto de los efectos reflejos que la tutela del interés público produce en orden al interés individual, aun cuando para nuestro autor, este último se halle, en el juicio administrativo, falto de tutela directa (*contra*, en defensa de la concepción de interés legítimo, cfr. AMORTH, *Una nuova sistematica della giustizia amministrativa*, en *Riv. dir. pubbl.*, 1934, I, pp. 64 y ss., especialmente el n. 7).

Finalmente, recientes tentativas para conciliar la concepción objetiva de los fines del proceso con la subjetiva, pueden verse en FURNO, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Florencia, 1942, pp. 306 y ss.; GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milán, 1942, pp. 108 y ss., así como *La giurisdizione amministrativa*, Milán, 1950, pp. 20 y s., con bibliografía. Sobre poco más o menos en el sentido por mí sostenido, cfr. también MICHELI, *Considerazioni* etc., cit., pp. 17 y s., y, aunque menos claramente, *L'onere della prova*, Padua, 1942, p. 6, nota 2; VOCINO, *Contributo alla dottrina del beneficio d'inventario*, Milán, 1942, pp. 103 y ss. y 117 y s., con bibliografía. Interesantes precedentes se encuentran, aunque sólo sea en forma de indicaciones y de esbozos y con acentuaciones en un sentido con preferencia al otro, en SALEMI, *Il concetto di parte e la pubblica amministrazione*, Roma, 1916, p. 19, texto y nota; ROSSI, *La funzione del giudice*, Roma, 1924, n. 37, p. 168, especialmente la nota 56; y, con bastante más extensión, RASELLI, *Giurisdizione ed amministrazione*, Roma, 1926, pp. 15 y ss.

23 Deseo insistir, acaso *ad abundantiam*, acerca de la relatividad de cuanto vengo exponiendo en este párrafo, texto y notas, acerca de las relaciones existentes, dobles y recíprocas, entre partes y proceso; relatividad entendida tanto respecto del ángulo visual (el de la parte) de que he arrancado (*supra*, nota 1), como respecto de los puntos de referencia (la propia parte y el proceso mismo) de los cuales no he pretendido salirme ni tampoco exceder. Esta insistencia mía era y es necesaria para entender los límites de mis observaciones, así como para comprender las diferencias en que se basan afirmaciones análogas o antitéticas, que no he querido implícitamente confirmar o desmentir, precisamente porque el ángulo visual es distinto y, por lo mismo, diferente el aspecto que presenta el fenómeno estudiado. Así, por ejemplo, por un lado respecto a la teoría de los fines privatísticos o subjetivos del proceso, por otro lado respecto a la exageración de la teoría publicística que considera la parte en función no tanto del proceso, como del ordenamiento jurídico, hasta el punto de que, en general, no se preocupa de la relación inversa, o sea del proceso en función de la parte.

una necesidad vital suya (o de otro),[24] y de quien, al mismo tiempo, contribuye a dar existencia y contenido (podría decirse que a proporcionar carne y huesos) al proceso mismo en las formas que le son peculiares. Trátase de dos aspectos que no se contradicen, sino que se condicionan recíprocamente; que no dan lugar a una antinomia, sino que se presentan fundidos en una sola entidad, como el anverso y el reverso de la misma medalla. Pero precisamente por ser comparables a las dos caras de una misma medalla, se deduce que, si bien no cabe olvidar su recíproca correspondencia, porque no existe la una sin la otra, resulta, sin embargo, conveniente analizar las respectivas peculiaridades de manera distinta, así como cuando examinamos separadamente las improntas de ambas caras.

Ahora bien, cuando la parte se sirve del proceso civil para obtener la tutela jurisdiccional de un interés material (normalmente propio, excepcionalmente ajeno),[25] pone en juego lo que nuestra ley, de acuerdo con la terminología corriente, suele llamar "un derecho". En efecto, es este "derecho" el que, al actuar en juicio, ella hace valer (arts. 75 aps. 1º y 2º, 81, 99, 105, ap. 1º, y 633, n. 1, cód. proc. civ.; art. 2697, ap. 1º, del cód. civ.; etc.) o el que convierte en controvertido (art. 111, ap. 1º, cód. proc. civ.), o bien aquél a que se refiere el pleito (art. 2739, ap. 1º, cód. civ.), del mismo modo que en la propia rúbrica del título IV del libro VI del código civil el legislador ha usado la fórmula "de la tutela jurisdiccional de los derechos" (cfr. también el texto del art. 2907); etc. Y no debe extrañar este empleo habitual del término "derecho" para indicar precisamente lo que la parte pone en juego a través del proceso civil, ya que, a

---

Por lo demás, esta confesada relatividad de mi trabajo no debería escandalizar, cuando se recuerde, ante todo, cómo el carácter convencional que justamente se halla hasta en cualquier definición, dependa del hecho de "que no se puede definir si no se parte de un cierto punto de referencia determinado y aceptado como tal, y que produce el efecto de obligar a observar la materia de la definición desde un cierto ángulo visual" (así, con acierto, CESARINI SFORZA. *Il diritto dei privati*, en *Riv. it. sc. giur.*, 1929, pp. 44 y s.).

24 Cfr. TOZZI, *op. cit.*, p. 607.

25 Estimo superfluo extenderme acerca del punto en virtud del cual la parte puede no ser titular del interés material deducido en juicio; aunque se trate de autores que parten de premisas distintas, cfr., por todos, CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., I, nn. 102-104, pp. 100-102; GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., p. 117; JAEGER, *op. cit.*, pp. 260 y ss.; REDENTI, *Dir. proc. civ.*, cit., I, n. 38, pp. 107 y ss.; SATTA, *Dir. proc. civ.*, cit., p. 58.

falta todavía de una clara y segura distinción en el campo privatístico entre derecho subjetivo e interés legítimo o, en general, protegido por la ley (*infra*, n. 15), es solamente el primero de dichos conceptos en el que de ordinario desemboca al invocar la aplicación en provecho propio del Derecho objetivo. Tan es así, que, correlativamente, para ser capaz de comparecer en juicio, es a un tiempo necesario y suficiente, hallarse en posesión del libre ejercicio del derecho aducido o, en su defecto, estar representado, asistido o autorizado según las normas que regulan la capacidad de obrar (art. 75, aps. 1º y 2º, cód. proc. civ.).[26]

En cambio, cuando la parte sirve al proceso civil, tiene que cumplir y ha de provocar el cumplimiento de los actos que constituyen las células del proceso mismo, aun cuando ellos tomen importancia y color en función del pretendido derecho aducido en juicio y del resultado al cual de esa manera se tiende. Desde este segundo punto de vista, o sea desde el punto de vista del reverso de la medalla, no se trata ya, para el sujeto particular de escoger o no el instrumento proceso civil entre los que el ordenamiento jurídico ofrece para la tutela del interés material en conflicto, o, cuando no haya otro remedio, de escoger entre recurrir a él y permanecer inactivo (*infra*, nn. 4 y 13); sino que se trata, una vez hecha la elección y si se quiere que resulte provechosa, de actuar según las reglas del arte. No nos enfrentamos ya con un problema de voluntad final y de valoración del medio en función del fin último que se persigue, sino que nos encontramos con un problema, o más bien con una serie de problemas que surgen por haber escogido aquel determinado instrumento, de aquella determinada estructura, y que, a lo sumo, tienen consecuencias mediatas respecto del "derecho hecho valer en juicio".

En su primer aspecto, o sea en el de sujeto que a través del proceso sustenta un derecho o bien lo niega, la parte se mueve en el campo del régimen que el ordenamiento jurídico adopta para la tutela de cada uno de los intereses materiales, hasta el punto de que la posición que la ley le reconoce a este propósito, pueden sacarse, como veremos (nn. 15 y 18), elementos valiosos para establecer la importancia y las caracterís-

26 En la doctrina relativa al cód. proc. civ. de 1865 y en particular en la referente al art. 36, ap. 2º, cfr. CHIOVENDA, *Principii*, cit., pp. 588 y ss.; BETTI, *op. cit.*, pp. 126 y s.; CARNELUTTI, *Sistema*, cit., I, n. 135, pp. 361 y ss., y II, Padua, 1938, n. 446, pp. 138 y ss.; REDENTI, *Profili*, cit., n. 194, pp. 318 y ss. En la doctrina relativa al cód. proc. civ. vigente, cfr. además de los autores citados en la nota anterior, CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., II, Padua, 1944, pp. 232 y ss.; D'ONOFRIO, *Commento al nuovo codice di procedura civile*, I, Padua, 1941, pp. 79 y ss.; ZAN-

ticas de tal régimen. En el segundo aspecto, en cambio, la parte se tiene que enfrentar con la que es la técnica peculiar del tipo de proceso elegido, o sea con el conjunto de conocimientos [27] que, aun teniendo naturaleza jurídica, puesto que tal es la actividad a que preceden y de la que están en función, [28] se refieren en particular a la conformación interna del instrumento que se utiliza y encuentran aplicación al realizarla. [29]

ZUCCHI, *op. cit.*, I, nn. 160 y ss., pp. 318 y ss.; D'AMELIO, *Il nuovo codice di procedura civile commentato*, I, Turín, 1943, pp. 365 y ss.; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, [2] Nápoles, 1943, pp. 198 y ss.; RICCA BARBERIS, *Preliminari e commento al codice di procedura civile*, reimpresión, I, Turín, 1946, pp. 133 y ss.

27 De algún tiempo a esta parte viene discutiéndose sobre el concepto de técnica jurídica, y las opiniones son discordes (cfr., en particular, GENY, *Science et technique en droit privé positif*, III, París, 1921, pp. 1 y ss.; SCADUTO G., *Sulla tecnica giuridica*, en *Riv. dir. civ.*, 1927, pp. 233 y ss.; BOBBIO, *Scienza e tecnica del diritto*, Turín, 1934, pp. 37 y ss. [pero véase actualmente, del mismo autor, *Scienza del diritto ed analisi del linguaggio*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, especialmente en p. 348, nota 3]; TANAKA, *Il diritto e la tecnica*, en *Riv. fil. dir.*, 16 (1936), pp. 343 y ss.; asimismo y, más que nada, por las citas bibliográficas allí contenidas, GIANNINI M. S., *L' interpretazione dell'atto amministrativo*, Milán, 1939, p. 44; en tanto que para lo referente a las relaciones entre técnica jurídica y ciencia jurídica me remito a las opiniones sucesivamente recordadas en la obra, sobre todo de reconstrucción histórica, de LEONI B., *Il problema della scienza giuridica*, Turín, s. a. (pero de 1940), *passim*, especialmente en las pp. 49, 54, 56, 69, 80, 110, 160, 164 y 170; igualmente las recientes y acertadas observaciones de BARBERO, *Empirismo e dogmatica nel diritto*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, pp. 311 y ss. y 319 y s., según el cual, también en la investigación llamada técnica desarrolla el jurista actividad científica. Finalmente, acerca de la relación existente, en cambio, entre la técnica jurídica y las ideologías políticas, cfr. el ensayo de PEKELIS, *Legal techniques and political ideologies*, en *Michigan Law Review*, 41 (1942-43), pp. 665 y ss.

Me atengo en el texto (como se ha atenido no hace mucho GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milán, 1941, n. 25) a la concepción de la técnica como conocimiento que sirve de base a la acción práctica (y que por lo mismo, me permito añadir, está en función de esta última), como sucede en las obras de B. CROCE (*Estetica*, [6] Bari, 1928, pp. 56, 61 y s., 122 y ss., 161 y s.; *Filosofía della pratica*, [4] cit., pp. 68 y 220; y también, más recientemente, *Paralipomeni del libro sulla "storia"*, VIII, *Conoscenza storica e conoscenza tecnica*, en *Critica*, 1940, pp. 77 y ss., reedit. en *Il carattere della filosofia moderna*, reimpresión, Bari, 1941, pp. 193 y ss.).

En cuanto a la observación, por lo demás incontrovertible, en virtud de la cual "en realidad todo conocimiento positivo depende del empleo de una técnica", cfr. CARREL, *L'uomo, questo sconosciuto*, [15] Milán, 1941, p. 50.

28 La técnica, como conjunto de conocimientos que preceden a una actividad, toma, en efecto, su color de aquél que es propio de la actividad misma; así, por ejemplo, se puede hablar de técnica teatral para aludir al conjunto de conocimientos

3. Además, esa duplicidad de aspectos en que la parte se presenta, aparece con toda claridad cuando se considera, por un lado, que, en todo caso, compete únicamente a la parte misma o a un representante suyo

---

necesarios para la exteriorización de algunas especiales obras estéticas (cfr. CROCE, *Estetica*, cit., p. 124). Pero entonces, si la técnica que se refiere en general a la exteriorización de fenómenos pertenecientes al mundo del Derecho es necesariamente jurídica, lo es también en especial la que se refiere al desenvolvimiento del proceso civil, ya que éste toma cuerpo merced a la actividad desplegada con arreglo a las normas que le conciernen, o sea gracias a una actividad que no puede dejar de ser jurídica.

Dados estos conceptos de técnica y del color o cualidad que de cuando en cuando asume, se deduce que cuando hablo, como lo hago en el texto, de técnica peculiar del proceso o de un determinado tipo de proceso civil, no empleo estos términos en el sentido en que los ha empleado CARNELUTTI, *Sistema*, cit., II, n. 393, *c*, p. 5. Para este autor, en efecto, "así como existe un Derecho, así también existiría una técnica del proceso, del mismo modo que junto al Derecho existe la técnica de la industria o del comercio", y por tanto, "así como el conocimiento de la técnica del comercio es un presupuesto del conocimiento del Derecho mercantil, así también el estudio jurídico del proceso exige el previo conocimiento de su técnica". Pero esto significa concebir la técnica como un *quid* distinto y diverso del Derecho procesal, como algo que le preexistiría y respecto del cual el Derecho entraría en juego únicamente para asegurar el respeto a la misma. No en vano, siempre con palabras de CARNELUTTI (*ivi*), "que el desarrollo del proceso esté regulado por el Derecho no excluye que obedezca, ante todo, a una serie de reglas técnicas, las cuales derivan de la experiencia y lo encaminan a la consecución de su objeto; por lo demás, las reglas jurídicas no tienen, en último análisis, otra virtud que la de garantizar la observancia de las reglas técnicas."

Pero ¿qué es el proceso sin el Derecho procesal? En otras palabras ¿qué es lo que existe antes de él? Es cierto que el Derecho procesal está dictado de manera que de vez en cuando sea posible dar cuerpo a procesos en grado de nacer, de desarrollarse y de arribar a puerto, y que si es necesario nos servimos (¡o nos deberíamos servir!) en vía legislativa de las experiencias adquiridas, de tal modo que para cada acto se prescribe una determinada forma, se le inserta en un momento dado del procedimiento y se le atribuye una eficacia específica. Pero todo ello se hace refiriéndose a un acto que es concebido y nace como acto jurídico, no como acto meramente técnico respecto del cual el Dereho intervendría en un segundo momento y sólo para garantizar su observancia. No es, por tanto, el caso de hablar de una materia prima que sería puramente técnica, puesto que dicha materia, en cuanto y desde que existe, es jurídica. Por lo demás, puedo invocar una reciente observación, según la cual "hace falta combatir ante todo el error que se encuentra en algún cultivador del Derecho procesal civil, consistente en estimar que el proceso es la *causa* del Derecho procesal, en el sentido de que, siempre que exista proceso, sea necesario un conjunto de normas que lo regulen. Pero la verdad es muy distinta: el proceso, por el contrario, existe solamente cuando el Derecho objetivo prescribe

ad negotia, y no al defensor eventual aunque esté provisto de poder regular para pleitos, la facultad de realizar los actos que, aun teniendo apariencia procesal, sustancialmente "implican disposición del derecho controvertido" (art. 84, ap. 2º cód. proc. civ.); por otro lado, que sea siempre oportuno, y las más de las veces necesario, comparecer en juicio

---

que exista, es decir, que el proceso es el *efecto* del Derecho procesal" (así GRISPIGNI, *op. cit.*, p. 7.) Más aún: cuando se pasa a considerar qué es lo que CARNELUTTI, *op. cit.*, II, n. 408, p. 58, deduce de su supradicha concepción y más precisamente del dualismo entre hecho meramente técnico y acto jurídico, vemos que no ha conseguido proporcionarnos otros ejemplos de actos jurídicamente neutros o lícitos (o sea, de acuerdo con su terminología, actos técnicos en estado primitivo, sin la añadidura del elemento jurídico) fuera de las afirmaciones de derecho de las partes y de las inspecciones de las pruebas realizadas por las partes mismas. Pero estas últimas están fuera del ámbito del proceso, incluso cuando se realizan en función del mismo, mientras que las primeras, en cuanto "exposición... de los elementos de Derecho que constituyen las razones de la demanda" (art. 163, n. 4, cód. proc. civ.), tienen carácter jurídico, hasta el punto de que son exigidas por la ley. No en balde el mismo CARNELUTTI, en las recientes *Istituzioni*, cit., I, n. 281 y ss., pp. 265 y ss., no insiste ya tanto sobre el concepto de la técnica como *prius* respecto del Derecho procesal (v. una indicación tan sólo en el n. 313, p. 286) y, sobre todo, no insiste en absoluto sobre las consecuencias que en la obra anterior había creído poder sacar; mientras que después, en la *Teoria generale del diritto*,[2] Roma, 1946, nn. 86 y s., pp. 209 y ss., atribuye de nuevo a la expresión de "actos lícitos" el significado no de actos jurídicamente neutros, sino el tradicional de actos (transitivos o intransitivos, como les llama) conformes precisamente con la norma jurídica.

Para terminar, es preferible, pues, emplear el término técnica, como lo utilizo en el texto, refiriéndolo al dato jurídico "proceso" tal como resulta de las normas de Derecho procesal, con tanto más motivo cuanto que éste es el dato que el técnico (o sea "quien posee especial práctica de un arte o de una ciencia": así PALAZZI, *Dizionario della lingua italiana*,[5] Milán, 1943, p. 1207) debe conocer y saber manejar. Si el experto, en general, consigue modificar la situación subsistente de las cosas gracias al dominio de una técnica más o menos difícil, mientras que ello le está vedado a quien no la posee (así CALOGERO, *Etica, giuridica, politica*, Turín, 1946, p. 81), esto no quiere decir que para modificar una situación jurídica sea necesario —y así retorno al punto de partida— el dominio de una técnica igualmente jurídica. En cuanto al parangón que CARNELUTTI, como hemos visto, establece a base de la relación que existiría entre la técnica de la industria y del comercio por un lado, y el Derecho por el otro, no resulta ajustado, ya que siempre que entren en juego normas de Derecho, la primera se convierte por ello mismo en técnica jurídica, aunque relativa, respectivamente, a la industria o al comercio.

29 Así, al aludir a la técnica como conjunto de conocimientos que preceden a una determinada actividad y que al mismo tiempo encuentran aplicación al realizarla, me remito también a un afortunado atisbo de BAGOLINI, *Diritto e scienza giuridica nella critica del concreto*, Milán, 1942, p. 144, nota 2, para quien la técnica

mediante el ministerio (o por lo menos, en la "pretura", con la asistencia) de un defensor (arts. 82 y 87).[30]

En efecto, únicamente quien se sirve del proceso civil para proteger un interés material y que, por tanto, resentirá más tarde los efectos de dicha tutela, a saber: la jurisdiccional, está legitimado para resolver los problemas que —a tenor de cuanto he venido diciendo— se relacionan con la voluntad final y con la apreciación del medio en función del objetivo final que se persigue, y, en general, está legitimado para dar vida a los actos que de cualquier modo incidan sobre el régimen jurídico del interés deducido en el pleito, sin que tenga importancia la libre apreciación del juez. Tan cierto es ello, que, por ejemplo, las declaraciones de renuncia a los actos del juicio y de aceptación de la renuncia misma "se hacen por las partes o por sus procuradores especiales" (art. 306, ap. 2º), y lo mismo hay que decir a propósito de la conciliación o amigable composición de la controversia que tenga lugar ante el juez instructor (arts. 185 cód. proc. civ. y 88 disp. aplic.; de manera distinta ante el conciliador, art. 319, ap. 2º, y en las controversias individuales de trabajo, art. 436, ap. 2º, cód. proc. civ.),[31] para deferir y referir el juramento decisorio (arts. 233 y 234), para la confesión judicial espontánea y para la provocada mediante el interrogatorio formal de la parte (arts. 228 y ss.), etc.[32] Por el contrario, cuando se trata de aportar la propia contribución al proceso, de actuar según la técnica del mismo, entonces entra en juego

---

que aquí me interesa, o sea la jurídica, "es aquél particular momento de la vida del Derecho... en que el conocimiento del dato jurídico se pone al servicio de la voluntad de realizarlo y, por consiguiente, de su aplicación histórica y determinada", o sea precisamente aquello a que en el texto y en la nota anterior aludo a propósito del dato jurídico "proceso".

30 Cfr. en orden al vigente cód. proc. civ. los autores citados en las notas 25 y 26, allí donde tratan de la figura y poderes del defensor.

31 Acerca del diverso alcance de estas dos excepciones (de las cuales la del art. 436, ap. 2º, está aún en vigor: así REDENTI, *Dir. proc. civ.*, cit., II, 1, Milán, 1949, p. 174; *contra*, ZANZUCCHI, *op. cit.*, I, p. 373), cfr., especialmente, CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., I, n. 113, p. 113.

32 A propósito de las hipótesis que constituyen aplicación concreta del principio señalado en el art. 84, ap. 2º, cfr. ANDRIOLI, *Commento, cit.*, I, p. 223; JAEGER, *op. cit.*, p. 307; así como acerca del específico problema de si el defensor puede dar su aquiescencia a las sentencias y, en general, a las resoluciones que afectan al fondo, cfr. MINOLI, *L'acquiescenza nel processo civile*, Milán, 1942, pp. 301-3, el cual lo resuelve en sentido negativo, observando, como lo hago en el texto, que "están excluídas del ámbito de los poderes del defensor, no sólo los actos de disposición

quien posee el dominio de dicha técnica y que, por lo mismo, a diferencia de todos los que la desconocen, está capacitado para forjar este instrumento de conformación complicada. [33]

Se ha sostenido recientemente, no sin provocar inmediatamente objeciones de peso, que la voluntad decisiva para los actos jurídicos realizados por el defensor no sería nunca la suya, sino la de la propia parte, hasta el punto de que en él se ha querido ver no un representante, sino un "*nuncius*, cooperador de la parte en la tarea de dar forma a las declaraciones de ésta"; y se ha añadido, a título de aclaración, que "la cooperación en la tarea de dar forma a las declaraciones, tiene lugar precisamente porque a causa de la inexperiencia o de la pasión, no se considera idónea a la parte para que pueda dársela por si misma". [34] Pero cuando se niega

---

directa, del derecho controvertido, sino también los actos relativos a la tutela jurisdiccional".

Es antitético el régimen vigente en Alemania merced a lo dispuesto por el § 81 de la ZPO., donde, entre otras cosas, la ley concede al procurador *ad litem* el poder de eliminar el litigio mediante transacción, renuncia al objeto controvertido o reconocimiento de la pretensión contraria, salvo que la parte haya excluido expresamente del poder estas tres facultades (las únicas que podrían no estar comprendidas en él y que, por lo tanto, incluiré entre las *naturalis* y no entre las *essentialia negotii*: § 83 ZPO.): cfr. a este propósito últimamente STEIN-JONAS-SCHÖNKE, *op. cit.*, II, Tübingen, 1949, en el § 81, III, 3, y en el posterior § 83; y para una rápida comparación entre el actual sistema italiano y el alemán, v. RIEZLER, *Zu den Prozesshandlungen nach dem neuen Codice di Procedura civile*, en *Ann. dir. comp.*, 16 (1941), p. 117.

En el Derecho francés, se hace la distinción entre los actos, como la renuncia de la instancia, para los cuales se exige poder especial, so pena de nulidad, y los otros actos, como las confesiones, para los cuales se requiere tal poder, ya que de otro modo el defensor puede ser desautorizado ("sconfessato"): cfr. últimamente MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*,[2] París, 1949, n. 336 y ss., especialmente los nn. 339 y 340.

33 A propósito del ámbito de manifestación de la voluntad, que está siempre delimitado en su posibilidad, y de la necesaria intervención del "experto" en general para ir ampliando poco a poco dicho campo, cfr. CALOGERO, *loc. cit.*; mientras que SCHMIDT, *Der grundsätzliche Wandel des Erkenntnisverfahrens im Zivilprozess der Nachkriegszeit*, en *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, 61 (1939), p. 253 y ss., es recordado por la referencia específica a la doble función técnica del abogado, que consiste no sólo en defender a la parte, sino también en ayudar al juez en su función jurisdiccional.

34 Así CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., I, n. 108, p. 109. Esta opinión de que el defensor sea un mero transformador en fórmulas jurídicas del acto de voluntad de la parte y de que, por lo mismo, deba incluirse no en la categoría de *procurator*,

al defensor toda función deliberativa y se le relega al papel de *longa manus* de la parte, de transformador de la voluntad de esta última, hasta el extremo de que le incumbiría solamente la tarea de dar vida al elemento formal del acto ajeno, [35] se acaba por envilecer la labor que realiza y por mostrar de su obra un cuadro inexacto. En efecto, puesto que esta obra consiste —como la de cualquier técnico que no esté al servicio de sí mismo— en el manejo del instrumento por cuenta ajena, implica —al menos cuando el que actúa está provisto de poder para pleitos—, el poder-deber de adoptar, en interés del propio defendido, cuantas decisiones vaya requiriendo tal manejo. [36] No debemos, por ello, ver únicamente en los

---

sino en la de *nuncius*, en la de cooperador *longa manus* de la parte, fué formulada por primera vez por nuestro autor en el *Sistema*, II, n. 463, *b*, pp. 177-79, y después en el artículo *Figura del difensore, en Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, pp. 65 y ss., dedicado precisamente a aclarar y a justificar el propio pensamiento en relación con la tesis tradicional, sostenida anteriormente por él mismo, en *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padua, 1926, n. 111, pp. 259 y ss., así como en la respuesta a las críticas bien pronto formuladas por SPAGNOL, *Rappresentanza processuale e patrocinio forense*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, p. 332 y ss., en particular pp. 347 y ss.

Una adhesión, si bien un poco vacilante, a la opinión actual de CARNELUTTI se halla en JAEGER, *op. cit.*. n. 138, p. 308, basada en la observación (que no me parece apropiada), según la cual "en realidad, una vez que el defensor haya sido investido —por efecto de una declaración de voluntad del sujeto parcial— de dicha calidad, el ordenamiento jurídico imputa inmediatamente al sujeto parcial los actos procesales realizados por el propio defensor, de modo análogo a lo que sucede con los actos de los órganos de las personas jurídicas". Pero ¿cuándo el órgano ha sido jamás considerado como un *nuncius* de la voluntad de la persona jurídica? Y, en todo caso, ¿cómo puede considerarse la incidencia de los actos realizados por el defensor sobre la esfera jurídica del representado, como elemento revelador de si es o no trascendente la voluntad del defensor mismo, cuándo dicha incidencia se da tanto en la hipótesis de la representación verdadera y propia, como en la del *nuncius*?

35 CARNELUTTI, *Istituzioni, loc. cit.*

36 La opinión de CARNELUTTI ha sido igualmente criticada, y en términos eficaces, por CALAMANDREI, primeramente en la nota *Gli avvocati dello Stato e l'inamovilità*, en *Foro it.*, 1943, III, cc. 33 y ss. (reedit. en *Studi*, cit., V, pp. 277 y ss., especialmente las pp. 280 y 281), y más tarde en *Istituzioni*, cit., II, pp. 258-62. Para CALAMANDREI, en efecto, si la figura del defensor se redujese a la de un *nuncius* de la voluntad de la parte, se olvidaría "precisamente el aspecto políticamente más importante y más noble del abogado, frente al cual la voluntad de la parte es decisiva en cuanto a conferirle el encargo del patrocinio, pero no en cuanto a imponerle los modos de desenvolverlo, que solamente la ley regula" (así en *Gli avvocati dello Stato*, etc., cit.), hasta el punto de que "una vez que le haya sido conferido el encargo, la función que el procurador ejercita queda desvinculada de la voluntad

actos procesales de parte (art. 125 cód. proc. civ.) —como, en cambio, pretende la opinión que acabamos de citar— otras tantas declaraciones de voluntad de la propia parte, a las cuales el defensor que las lleve a cabo daría simplemente la forma; no debemos verlo, ya que tal voluntad, aun constituyendo el móvil primero de toda cosa, se manifiesta precisamente en el curso del juicio únicamente cuando se trata de disponer del derecho controvertido y de la tutela jurisdiccional correspondiente, mientras que en los demás casos, permanece entre bastidores, dejando al defensor la tarea y la responsabilidad de la conducción del proceso y, por tanto, la de resolver con manifestaciones propias todos los problemas correspondientes. [37]

---

del cliente, de tal modo que la voluntad decisiva para los actos jurídicos que puede realizar, en el ámbito de las tareas a él encomendadas por la ley, es en muchos casos la suya propia y no la de la parte" (así en *Istituzioni*, cit., II, p. 261).

Al mismo CALAMANDREI, *loc. últ. cit.*, no le parece que la asimilación al *nuncius* pueda ser aplicada ni siquiera al defensor sin poder. De opinión distinta es ANDRIOLI, *Commento*, cit., I, pp. 217 y ss., quien en este caso se adhiere a la opinión de CARNELUTTI, en el sentido de que para él la figura del asistente, a que se refiere el código actual, sería tan sólo "un transformador de la pretensión en demanda y de la resistencia en excepción". En cambio, en el procurador, o abogado que ejerza "el ministerio" de defensor, el mismo ANDRIOLI descubre "no un *nuncius*, sino un *procurator* verdadero y propio (aunque se diferencie del *procurator ad negotia* por la peculiaridad de los actos procesales), que no se limita a suministrar conocimientos técnicos o jurídicos a la parte, sino que emite declaraciones de voluntad referibles directamente a ésta". La opinión de CARNELUTTI no ha dejado huella ni en ZANZUCCHI, *op. cit.*, I, pp. 368 y ss., ni en REDENTI, *Dir. proc. civ.* cit., I, p. 131 y ss., fieles ambos todavía al concepto de que "el ministerio" del defensor se ejerce asumiendo la representación técnica de quien comparece en juicio; tampoco la ha dejado en SATTA, *Dir. proc. civ.*, cit., pp. 68 y ss., especialmente en el n. 45, aun cuando para este último el defensor, más que un representante de la parte, sería una figura particularísima del Derecho procesal, sin equivalente en las categorías corriente del Derecho privado, y si acaso más bien calificable como "sustituto procesal" (con lo que SATTA acaba por alejarlo más todavía de la figura de un *nuncius*). Por lo demás, la institución del patrocinio en juicio, con o sin poder, aguarda todavía (dicho sea sin ofensa de nadie) una investigación profunda y convincente.

37 Para aclarar mejor la opinión sostenida en el texto, séame permitida una aparente divagación a fin de proporcionar un ejemplo, que, aun cuando pueda parecer vulgar, me parece apropiado y expresivo y que puede ser aplicado tranquilamente en cuantas ocasiones hayamos de dirigirnos a un llamado técnico. Me refiero, por supuesto, a lo que sucede cuando monto en un automóvil de alquiler y encargo al conductor que me lleve a un lugar determinado. En esta hipótesis, mía es la voluntad final en virtud de la cual nos dirigimos a aquel sitio y no a cualquier otro, e igualmente puedo en cualquier momento interrumpir el viaje antes de haber alcanzado la meta

Por tanto, la distinción que he venido trazando de la parte que se sirve del proceso civil y que, al mismo tiempo, sirve al propio proceso, si bien encuentra correspondencia en la diversa legitimación que, respectivamente, hace falta para, por un lado, realizar "los actos que implican disposición del derecho controvertido" y, por otro, para dar vida a todos los actos procesales de la parte distintos de los anteriores, ayuda, en cambio, a encuadrar exactamente la figura del defensor. En efecto, una vez delimitada la esfera de acción de este último al segundo de los aspectos bajo los que la parte se presenta, se comprende fácilmente que en tal ámbito, estrictamente instrumental, pueda ser y sea trascendente, "en interés de la propia parte" (art. 84, ap. 1º), su voluntad (de tal modo que no le cuadre la calificación de *nuncius*) y, además, que teniendo el circunscrito objeto de los problemas técnicos inherentes al particular medio, dicha voluntad pueda coexistir y coexista de hecho en todo momento con la de la parte, a la cual, en un plano superior, compete decidir "si conviene o no actuar o defenderse o, en general, estar en el juicio, con qué fines e intereses y con qué directrices finales";[38] a la cual corresponde, por tanto, decidir si se sirve del proceso civil y para qué se sirve del mismo.

---

de antemano señalada; pero no puede por ello decirse que el conductor del automóvil sea un simple transformador de mi voluntad según las reglas referentes a la conducción, un cooperador que, al dar simplemente forma a mi declaración, no influya con su voluntad sobre los actos en que se exterioriza la conducción del automóvil, hasta el punto de que sea lícito repetir de él lo que CARNELUTTI ha afirmado a propósito del defensor, o sea que, respecto a los actos del conductor la voluntad decisiva sería no la suya, sino siempre y únicamente la mía, la de su pasajero. No puede decirse, puesto que los numerosos problemas técnicos que se presentan a lo largo de todo el recorrido (a qué velocidad ir, si introducir antes o después una determinada marcha, cuándo y cómo torcer, si frenar o no en un momento dado, etc., etc.), es el conductor quien los resuelve por sí mismo, a base de determinaciones propias, adoptadas con sujeción a la técnica por él adquirida y constitutivas todas ellas de otros tantos actos de voluntad, aun cuando teniendo constantemente en cuenta la meta final por mí señalada.

Así, pues, cuantas veces, para conseguir un fin determinado, acudamos a un técnico, es decir, a uno que posea el conjunto de conocimientos que conciernen y preceden a la actividad necesaria para obtener lo que deseamos, debemos distinguir entre voluntad final y voluntad instrumental y admitir que solamente la primera emana de nosotros, en tanto que, normalmente, la segunda proviene del técnico, ya que, de otro modo, si su voluntad fuese intrascendente no solicitaríamos su trabajo.

38 Las palabras entrecomilladas son del autor a quien aquí honramos, o sea, de REDENTI, *Dir. proc. civ.*, cit., I, p. 132, y fueron por él escritas para aclarar la posición

4. Una cosa es, pues, la tentativa de tutelar un interés material que la parte realiza a través del proceso civil, haciendo depender del éxito de este último el régimen jurídico del interés mismo (*infra*, n. 11), y otra distinta la aportación que en cada caso le corresponde proporcionar a fin de determinar en forma legítima y para ella posiblemente ventajosa la nueva realidad que es todo proceso. [39]

Es, desde luego, cierto que estos dos fenómenos están íntimamente unidos desde el principio, como las dos caras de una misma medalla (*supra*, n. 2), por la sencilla razón de que no se puede intentar nada a través del proceso si no se comienza por infundir vida a este último, mientras que, por el contrario, no puede imaginarse —a no ser *per jocum*— un proceso que se inicie y se desarrolle en el vacío. Es cierto, además, que el uno influye sobre el otro de manera recíproca, como he demostrado, por un lado, con el hecho de que cada proceso saca su propio contenido y, por lo mismo, la propia consistencia de lo que las partes pretenden y que, por tanto, ponen en él, y por otro, con las consecuencias que para la tutela del propio interés derivan de haber escogido un instrumento que se nos presenta como la suma de actos no sólo de las partes, sino también del juez, y que, en general, están sujetos a un régimen jurídico distinto del valedero para los actos del Derecho material o sustancial. Desde este último punto de vista basta, en efecto, recordar que, siempre que la voluntad intencional de la parte se atenga al curso del proceso, pierde de ordinario importancia, a diferencia de lo que sucede en el campo de los negocios jurídicos, y de ahí que normalmente se excluya toda indagación respecto a ella; [40] así como es suficiente no perder de vista la importancia que respecto a los actos procesales asumen las dos

---

y los poderes que vienen a tener los representantes legales y los mandatarios *ad negotia* con representación, cuando comparecen en juicio, en contraposición a la posición y a los poderes del defensor, aun provisto de poder; pero, en general, dichas palabras sirven para indicar la antítesis entre este último y la parte (sea simple o compleja).

39 A propósito del concepto de que con la instauración del proceso surge una nueva realidad, cfr. CAPOGRASSI, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, en *Riv. fil. dir.*, 18, (1938), p. 254 y *passim*; del mismo autor, en fecha más reciente, cfr. *Giudizio, processo, sciencia, verità*, en *Riv. dir. proc.*, 1950, I, pp. 1 y ss., especialmente el n. 4, pp. 15 y ss.

40 Cfr. ZANZUCCHI, op. cit., I, pp. 381 y ss. y la bibliografía allí inserta; así como, ulteriormente, REDENTI, *Dir. proc. civ.*, cit., I, n. 54, especialmente pp. 144 y s.; SATTA, *Dir. proc. civ.*, cit., pp. 127 y ss.; y, ahora, alguna referencia en CALVOSA, *Riflessioni sulla frode alla legge nel processo*, n. 6, al final, en esta colección, I, p. 224, y en *Riv. dir. proc.*, 1949, I, p. 81.

instituciones del procedimiento y del remedio, hasta el punto de que la cuestión de la validez de un acto se transfiere a los posteriores hasta el último, mientras que la convalidación de este último repercute también sobre los precedentes. [41] No en balde, recientemente, se ha deducido del carácter instrumental (de una instrumentalidad funcional y finalística) de los actos procesales de parte, la razón de ser de su intrínseca esencia formal y, a la vez, la señal más significativa de la exigencia insuprimible del formalismo; de manera que se ha podido llegar a la conclusión de que "la voluntad privada se determina, se manifiesta y se agota toda ella en dar al acto de procedimiento la forma legal exactamente prescrita y necesaria para que cumpla la función y produzca el efecto que el ordenamiento positivo le atribuye en la serie coordinada de actividades de que consta el procedimiento". [42]

Y no acaban aquí los ejemplos de la recíproca influencia a que se da comienzo cuando, sin modificar de modo inmediato y directo el régimen jurídico del propio interés y sin perder el poder eventual de disponer de él en otra forma, se solicita del juez que lleve a cabo la tutela jurisdiccional respecto del mismo. De ahí que pese a todo lo anterior, cuando en orden al proceso civil se consideran la posición de la parte y la actividad que la misma desarrolla en él, me parezca oportuno no confundir lo que cabalmente se refiere al régimen de tutela del interés material *de quo agitur* y lo que, en cambio, atañe al régimen interno del instrumento elegido; lo que, por tanto, rebasa el campo propiamente procesal —incluso si se nos aparece *sub specie processus* o si, conforme a la ley, es la única forma de influir sobre la condición jurídica del interés [43]—, y cuanto, en cambio, entra de lleno en tal ámbito. La costumbre tradicional de considerar el

41 Cfr. en particular, CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., I, n. 349, p. 324, donde las exactas observaciones invocadas en el texto son continuación de consideraciones sobre la trascendencia de la voluntad en los actos procesales, que se apartan de la que es opinión corriente en el ámbito cuando menos de la voluntad intencional.

42 Así, acertadamente, FURNO, *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, cit., n. 2, p. 411. Cfr. también cuanto el mismo autor ha escrito en *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Florencia, 1948, n. 20, especialmente en pp. 146 y ss.

43 A propósito del grupo de situaciones de Derecho sustancial, en las que, faltando a los particulares el poder de disponer negocialmente de sus relaciones, éstas no pueden ser modificadas sino con la intervención del juez (sentencias constitutivas necesarias), cfr. CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, en *Studi in onore di G. Chiovenda*, Padua, 1927, nn. 4-6, pp. 139 y ss.

en relación con la forma mediante la que se manifiesta, cuando se valoran los distintos ordenamientos positivos que se hayan aportado o estén para aportarse a ellos, su punto, en el justo y diverso plano, distinguiendo lo aquello que se requiere en función del medio al que se de consideración a su más feliz realización práctica.

5. Sin embargo, pese a la evidencia de la distinción y, sobre todo, de la razón de la misma, no ha sido ni es éste el método comúnmente seguido. Enfrentándonos a los tipos y prototipos de procesos civiles de cognición en que corresponde exclusivamente a la parte no sólo deducir en juicio el pretendido derecho, sino también alegar los hechos en que se base la propia demanda y hasta, como regla, indicar las pruebas para representarlos al juez o para que éste infiera la existencia o inexistencia de los mismos, se ha acabado por hacer de todo un montón.

A decir verdad, tal confusión había sido evitada precisamente por Gönner, cuando, en relación siempre con la sola cognición, fué el primero en formular el dualismo —llegado, por lo menos en la forma, hasta nosotros— entre sistemas procesales en los que la substanciación ("trattazione") está encomendada a la iniciativa de parte y sistemas en que esta iniciativa puede, en cambio, ser también asumida por el juez.[44] En efecto, al indicar los extremos variables y, por tanto, trascendentes a los fines de la clasificación por él propugnada, se cuidó mucho —en pleno acuerdo sobre este punto con la doctrina inmediatamente sucesiva— de salirse del ámbito del instrumento y de sus características, y se abstuvo, por lo mismo, de poner en juego el derecho contendido y su deducibilidad en juicio; mejor dicho: hubo de declarar no pocas veces de una manera expresa que la regla donde "no hay actor no hay tampoco juez" (*wo kein Kläger ist,*

(reedit. en *Studi*, cit., II, Padua, 1930, pp. 327 y ss.; ID., *La relatività del concetto d'azione*, cit., n. 8, *a* (en *Studi*, cit., V, pp. 18-19). Pero sobre esta cuestión véase con más amplitud *infra*, n. 13.

44 Cfr. la clásica y fundamental exposición contenida en el *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*,[2] I, Erlangen, 1804, pp. 175 y ss., en particular pp. 182 y ss., y 234 y ss. (donde, entre otras cosas, se desarrollan y defienden, especialmente de las críticas de GROLMANN y de MARTIN, las ideas ya expuestas en la monografía titulada *Erörterungen für den gemeinen Prozess*). Merece recordarse que al exponer los extremos típicos y en pugna de uno y otro sistema, haya sido GÖNNER el primero en reconocer (p. 193) que en la práctica se producen contemporizaciones y que lo que cuenta es el espíritu que anima cada uno de los esquemas procesales.

da ist kein Richter) no sería peculiar de los sistemas basados en la iniciativa de parte y, por tanto, se observaría en todo posible ordenamiento procesal, así como que entre los distintos tipos de proceso en vigor, dependería siempre del actor escoger el que estime en cada caso más conveniente.[45] Con toda probabilidad, Gönner no incluye entre los elementos variables cuanto se refiere a la iniciativa para servirse del proceso y, por ello, no consideró la atribución de esta iniciativa específica a la parte como una de las características del proceso dirigido por la que llamó la *Verhandlungsmaxime,*[46] porque el mismo ordenamiento prusiano del 6 de julio de 1793 que —al igual que los otros escritores alemanes de aquella época— tenía a la vista y que justamente consideraba inspirado, por voluntad sobre todo de von Carmer,[47] en el principio inquisitorio (en la *Untersuchungsmaxime,* para decirlo con sus propias palabras),[48] le ofrecía cabalmente

45 *Handbuch,* cit., I, p. 180. Cfr. también LOTZ, *Ueber die Vorzüge der Verhandlungsmaxime vor der Untersuchungsmaxime bei der Bestimmung des gerichtlichen Verfahrens für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, en Civilitische Abhandlungen der Prozess-Theorie und Gesetzgebung,*[2] Coburg-Leipzig, 1832, p. 2, y el allí citado GROLMANN, *Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten,* obra que no he conseguido hallar en ninguna de las numerosas bibliotecas italianas a las cuales me he dirigido por mediación de corteses amigos; cfr. asimismo, MARTIN, *Lehrbuch des teuschen gemeinen bürgerlichen Processes,*[12] Heidelberg, 1838, § 16, pp. 30-31.

46 *Op. cit.,* I, p. 183.

47 Respecto al influjo ejercido por VON CARMER sobre la obra legislativa que, de acuerdo con las directrices dadas por Federico II, desembocó en la AGO prusiana del 6 de julio de 1793, entrada en vigor poco después de la muerte de dicho monarca, cfr. las referencias contenidas en LOTZ, *op. cit.,* p. 14, nota *n,* y la bibliografía allí citada. En cuanto a los precedentes de la misma AGO, desde el edicto de COCCEIO (Samuel) de 1738 para el procedimiento bagatelar, hasta especialmente el fundamental *Corpus iuris fridericianum* en la parte dedicada al procedimiento publicada el 26 de abril de 1781 por obra del propio VON CARMER y de SUÁREZ, cfr. entre otros muchos, WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts,* I, Leipzig, 1885, § 10, III, y allí bibliografía; SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts,*[2] Leipzig, 1906, § 12, II, pp. 94-7; GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht,*[2] Berlín, 1932, § 7; asimismo, desde el punto de vista de que me ocupo en el texto, WILDHAGEN, *Der Gemeinschaftsgedanke und das Erkenntsnisverfahren im bürgerlichen Rechtsstreite,* en *Zeits. Zivilprozess,* 60 (1936-37), pp. 180 y ss.

48 Esta terminología de GÖNNER, *op. cit.,* I, p. 184, parece obedecer al hecho de que en la AGO prusiana de 1793 las expresiones *"untersuchen"* y *"Untersuchung"* eran bastante frecuentes: cfr. von CANSTEIN, *Die rationellen Grundlagen des Civilprozesses,* Viena, 1877, p. 196, nota 2.

un ejemplo concreto y para él por demás apreciado,[49] de un proceso que, si bien se basaba en la libre iniciativa y en el libre criterio del juez en cuanto al desarrollo del procedimiento y, por lo mismo, a la elección de los hechos trascendentes y de los medios para probarlos, dependía, en cambio, en su instauración y en su perdurar siempre y exclusivamente también de la voluntad de la parte.[50] Es decir, le ofrecía un ejemplo, tanto de los límites en que está, en general, contenida la iniciativa de oficio, como de la posible coexistencia de esta última con la discrecionalidad de la parte para acudir al instrumento proceso civil y valerse del mismo.

Tampoco puede afirmarse que el primer paso hacia la confusión en la cual se incurrió después, sea debido al hecho de que todavía en el siglo pasado había en Alemania quien trataba de justificar y de mantener en vigor la llamada *clausula salutaris*, con su súplica al "*nobile officium iudicis, at suppleat, si quid melius peti aut potuisset, aut debuisse;*[51] puesto que

---

49 *Op. cit.*, I, pp. 185-7, en respuestas a las críticas de GROLMANN, para el cual, como para MARTIN, *loc. cit.*, la *Verhandlungsmaxime* habría debido constituir un principio fundamental no sólo en todo lo concerniente a la instauración del proceso, sino también para el desarrollo de la controversia. En este último sentido, cfr. también REIBNITZ, *Versuch über das Ideal einer Gerichtsordnung*, citado por LOTZ, op. cit., p. 4, nota *d*.

50 Cfr. cuanto respecto a la AGO. prusiana escribía algunos decenios después de haber sido derogada, BIRKMEYER, Das *Offizialverfahren im Civilprozess*, en *Zeits. Zivilprozess*, 7 (1884), pp. 155 y ss. y 375 y ss., especialmente en pp. 158 y ss., quien llegó a negar que tal procedimiento fuese un *Offizialverfahren*, entre otras razones porque el § 285 dejaba expresamente a las partes la facultad de disponer de su derecho controvertido.

Explícitamente, en el sentido de que la regla *iudex ex officio non procedit* tenía que encontrar aplicación bien en los procesos inspirados en la *Verhandlungsmaxime*, bien en los otros de sistema inquisitorio, se manifestaba también, entre los autores inmediatos a GÖNNER, PUCHTA, *Ueber die Grenzen des Richteramts in bürgerlichen Rechtssachen*, Nuremberg, 1819, pp. 30, 138 y ss. y 147 y ss.; a su vez, uno de los últimos escritores anteriores a la codificación de 1877, RENAUD, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprozessrechts*,[2] Leipzig-Heidelberg, 1876, § 78, se preocupó de restringir esta doble aplicabilidad a la sola regla *nemo iudex sine actore*.

Muchos años después, al señalar los principios en los cuales estaría inspirado actualmente el proceso austriaco (a cuyo propósito cfr., además, la nota 57), CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, en *Saggi*, cit., I. pp. 370 y ss., distinguía con exactitud, la que llamaba la *Forschungs-* u *Offizialmaxime* y la obligación del juez de no salirse de los límites fijados por las partes con sus peticiones de fondo.

51 Ya en un documento italiano de 1197 aparece la fórmula "*et si quid deest in actionibus proponendis, salvo iure addendi, mutandi, minuendi, corrigendi de iure*

esta tentativa —que las ZPO de Alemania y de Austria suprimieron, después— no iba dirigida a atacar la prohibición de juzgar *ultra petita partium*, y con ello a mostrar la posibilidad para el juez de poner *sua sponte* nueva carne en el asador, sino que representaba, simplemente, el retorno a la vieja fórmula de estilo, mediante la cual en el Derecho común se solía pedir genéricamente al magistrado que corrigiese las deficiencias de carácter puramente formal y que las supliese; tan cierto es ello, que la cláusula nació en la práctica medieval italiana, o sea en un régimen vinculado en todo y por todo a la iniciativa de parte. [52]

Es propiamente a partir de la abolición, en el mismo ordenamiento procesal prusiano, de la iniciativa de oficio (abolición que, sancionando el fracaso del experimento federiciano, fué realizada con novelas de 1833 y de 1846, o sea bastante antes de que en Alemania se unificase la legislación sobre el proceso civil), [53] y bajo la influencia de este decisivo cambio de dirección, cuando se fué delineando la tendencia a tenor de la cual se ha acabado por colocar en el mismo plano cuanto es expresión del régimen de tutela de los intereses materiales, aunque por el trámite del proceso civil, con cuanto es, en cambio, expresión de la organización interna de cada tipo de proceso. Salvo una investigación bastante despreocupada realizada por un autor, el cual advierte sabiamente, entre otras cosas, que no hay que atribuir al *Verhandlunsprinzip* valor de ídolo, [54] en el resto la doctrina cesó, en efecto, de prolongar las discusiones floridas de los primeros decenios del siglo, cuando, contraponiéndose el sistema prusiano a los otros inspirados en el Derecho común o en el francés, se trataba de determinar cuál de ellos fuese más apegado a los fines procesales, en virtud de consideraciones que se mantenían prudentemente dentro de los

---

et facto, in supplementum officium vestrum imploro". Esta fórmula es recordada por WETZELL, *System des ordentlichen Civilprocesses,* [3] Leipzig, 1878, § 43, pp. 521 y ss., nota 45, obra a la que remito para más datos acerca de la *clausula salutaris* y de su pretendida justificación. Cfr. también PUCHTA, *op. cit.*, pp. 8 y 93; MARTIN, *op. cit.*, § 99, pp. 172-3; RENAUD, *loc. cit.*

52 Cfr. WETZELL, *loc. cit.*

53 Cfr. acerca de esta abolición y de la participación que en ella tuvo el influjo ejercido también en Alemania por el *code de procédure civile*, las breves indicaciones de DE BOOR, *Rechtstreit*, Berlín, 1940, p. 22, y también SCHMIDT, *op. cit.*, p. 97.

54 Así HEUSLER, *Die Grundlagen des Beweisrechts*, en *Archiv. civ. Praxis*, 62 (1879), pp. 209 y ss. especialmente pp. 247 y ss. y la nota 10 de la p. 251, quien, entre otras cosas, no traspasa en su investigación los límites de la reunión de los medios de prueba para la reconstrucción del hecho del pleito.

límites del instrumento y de sus características.[55] Por otro lado, ni siquiera se indagó a fondo cuáles pudiesen haber sido en el orden técnico, las causas contingentes, y añadiríamos también múltiples, del fracaso que sufrió la AGO prusiana de 6 de julio de 1793 y el principio en que estaba inspirada.[56] Si bien la mayoría de los escritores, tomando como punto de partida o como confirmación el hecho de que ninguna legislación de la época estaba ya inspirada en el principio inquisitorio e influenciando al mismo tiempo casi todas las tentativas de reforma a que después se puso mano, ora en uno, ora en otro país de Europa central,[57] así como,

---

55 Entre los más interesantes estudios aparecidos en las primeras décadas del siglo pasado a propósito de los dos posibles sistemas con sus pretendidos méritos y defectos, siempre en el ámbito de la clasificación formulada por GÖNNER, hay que computar (aparte de los citados anteriormente en las notas 45 y 50, y además de PUCHTA, *op. cit.*, especialmente en p. 141) sobre todo a MITTERMAIER, *Der gemeine deutsche bürgerliche Prozess*,[2] I, Bonn, 1822, pp. 70 y ss., y la bibliografía allí inserta. Entre las obras sucesivas, pero anteriores a la codificación alemana y a la austríaca, cfr. MENGER, *System des österreichischen Civilprozessrechts*, Viena, 1876, §§ 19-20, pp. 248 y ss. y la amplia bibliografía en ellas citada.

56 Sobre las causas de este fracaso cfr., además de las referencias históricas comúnmente contenidas en los comentarios y en las exposiciones sistemáticas, WILDHAGEN, *loc. cit.*; BUCHHOLZ, *Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz im geltenden und künftigen Zivilprozessrecht*, en *Juristische Wochenschrift*, 66 (1937), III, pp. 2745-46, y en ellas algunas indicaciones bibliográficas. Entre los varios defectos de la AGO. prusiana que más la hicieron impopular y que apresuraron su caída, creo sin duda que puede considerarse la imposibilidad en que se hallaban las partes de acudir a defensores libremente elegidos, y esto porque, por desconfianza excesiva hacia la clase forense, se había acabado por desnaturalizar su organización y con ella su utilidad misma.

57 A decir verdad, ha habido quien ha sostenido que con la ZPO. austríaca, entrada en vigor el 1° de enero de 1898, se volvió al principio inquisitorio (así, por todos, SCHMIDT, *op. cit.*, § 15, p. 112; también BAYER, *Entscheidungsgrundlagen*, Graz, 1911, sobre todo en las pp. 142 y ss. y allí mismo referencias; alguna indicación en este sentido, asimismo en CHIOVENDA, *loc. últ. cit.*, quien, sin embargo, se preocupaba, sobre todo, de las consecuencias que de ello derivan para la dirección general del proceso); pero, al parecer, la doctrina moderna no comparte dicha opinión (cfr. además de los autores austríacos citados *infra* en la nota 72, especialmente BLOMEYER, *Österreichs Zivilprozess und die deutsche Rechtserneurung*, en *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 5 [1938], p. 462), y precisamente en fecha reciente, con ocasión del cincuentenario de tal código, se ha afirmado que a diferencia del legislador italiano de 1940, quien en teoría habría confirmado su fidelidad al principio dispositivo y, en cambio, en la práctica habría actuado de acuerdo con el inquisitorio (pero sobre ello v. *infra*, n° 19), Franz KLEIN se habría preocupado de adoptar soluciones concretas sin acentuación de pretendidos cánones procesales, luego desmen-

por ejemplo, en España (*infra*, nota 100), viene, sin más, arrellanándose en la idea, por lo común fácilmente aceptada como indiscutible, de que a la deducibilidad del pretendido derecho en juicio por obra de la parte, no pueda, como regla, dejar de acompañar la disponibilidad, siempre a cargo exclusivo suyo, incluso cuando, dirigiéndose a un tercero, como es el juez, sea necesario para convencerlo de que la propia demanda sea fundada: es decir, que especialmente la disponibilidad no pueda dejar de ir acompañada de los hechos y de los medios para probarlos.[58] Hasta

tidos en la práctica (así ESSER, *Franz Klein als Rechtssoziologe*, en *Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der österreichischen Zivilprozessordnung*, Viena, 1948, p. 48). Sin embargo, este juicio no puede ser compartido, no sólo por las críticas que ALLORIO (*Per l'oggettività del raffronto tra il codice del processo civile austriaco e il codice italiano*, n. 8, en esta colección, I, p. 72 y ss., y también en *Giur it.*, 1950, IV, cc. 56 y ss.) le acaba de dirigir en defensa sobre todo del legislador italiano, sino asimismo porque, cualquiera que haya sido la preocupación de KLEIN, la ZPO. austríaca, como en general cualquier código, no puede en definitiva dejar de estar adscrito con preferencia a uno o a otro principio o, a lo sumo, aparecer como una moderación de uno y otro, según la opinión ya expresada por SCHÖNKE, *Grundsätze des Zivilprozesses in Rechtsvergleichender Betrachtung*, en *Zeits. Akad.*, 3 (1936), p. 441, y actualmente confirmada y explicada por SCHIMA, *Die österreichische Zivilprozessordnung im Lichte neuer Prozesstheorie*, en *Festschrift zur Fünfzigjahrfeier*, etc., cit., pp. 268 y ss., especialmente p. 270, y asimismo manifestada, aunque incidentalmente, por BERNHARDT, *Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess*, en la *Festgabe für Rosenberg*, München-Berlin, 1949, p. 14 (v. una indicación también en el n. 6).

58 En la vasta bibliografía, cfr. el estudio fundamental de WACH, *Vorträge über die Reichszivilprocessordnung*, Bonn, 1879, pp. 39 y ss., donde se dice, entre otras cosas, que el contenido de la *Verhandlungsmaxime*, como dominio de la parte sobre la cosa controvertida, habría de determinarse sólo de modo negativo: y por tanto, ningún comienzo del proceso sin instancia de parte, ninguna continuación del mismo sin la voluntad de las partes, ninguna concesión de ventajas procesales o materiales, ninguna reunión de oficio del material del pleito (incluso el deber de decir verdad sería inadmisible, por no poder conciliarse con el principio dispositivo: cfr., para la opinión contraria sobre este punto específico, entre los primeros KLEIN, *Die schuldhafte Parteihandlung*, Viena, 1885, pp. 125 y ss.). Cfr., además, especialmente, las obras de ENGELMANN, *Der Civilprozess*, Breslau, I, 1889, pp. 156 y ss., y III, 1901, pp. 57 y 242; y, de nuevo, de WACH, *Grundfragen und Reform des Zivilprozesses*, Berlín, 1914, pp. 22 y ss. V. también BRINKMANN, *Die Begründung der Klagen des Reichsrechts und des gemeinen Rechts*, I, Leipzig, 1883, § 7, n. 5, p. 27; PLANCK, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, I, Nördlingen, 1887, pp. 194 y ss., especialmente en pp. 434 y ss.; BUNSEN, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Berlin, 1900, § 39, pp. 192 y ss.; SCHULTZENSTEIN, *Die Untersuchungs— und die Verhandlungsmaxime in Vergleichung nach den einzelnen Prozessarten*, en *Zeits. Zivilprozess*, 43 (1913), pp. 301 y ss., el cual, no obstante, llega a reconocer (p. 315)

aquellos —que en definitiva han sido y siguen siendo los más— que han evitado el conspícuo exceso de considerar la atribución de este poder procesal a la parte como algo absoluto, y, en cambio, han entrevisto y siguen entreviendo en él cuanto corresponde a un mero criterio de oportunidad,[59] hasta esos mismos han llegado y llegan también a hacer de ello un corolario de la disponibilidad de los intereses materiales en litigio, a través del proceso; y a lo sumo, ponen tan sólo las manos delante, para dejar abierta la puerta a eventuales y particulares desviaciones de la regla y para justificarlas preventivamente.

---

que las reglas *nemo iudex sine actore* y *ne eat iudex ultra petita partium* son, en definitiva, también válidas para el proceso penal, o sea para un proceso inquisitorio por excelencia. Sobre el tema, siempre desde el punto de vista de la contraposición entre *Verhandlungsmaxime* y *Untersuchungsmaxime*, pueden consultarse también los numerosos autores citados por FERRONI, *Il processo civile moderno*, S. Maria C. V., 1921, p. 159, nota 272, y, sobre todo, la extensa bibliografía distribuida por materias, contenida en el libro de BIRKMEYER, *Grundriss und Materialen zur Vorlesung über den ordentlichen Civilprozess*, Rostock, 1886, pp. 269 y ss.

Merece ser recordado que ya antes de la ZPO. germánica un escritor como MUTHER, *Zur Revision der Geschichte und einzelner Lehren des römischen wie des heutigen gemeinen Processes*, en *Kritische Vierteljahrsschrift*, 9 (1867), pp. 340 y ss. y 353, al formular algunas apreciaciones interesantes especialmente desde el punto de vista histórico, inclúyese en la esfera de la *Verhandlungsmaxime*, tanto cuanto se refiere a la utilización del instrumento proceso, como, por el contrario, cuanto concierne a la reunión del material de hecho, y considerase el primero de esos fenómenos como una consecuencia de la facultad de las partes para disponer de sus derechos sustanciales, y el segundo como un corolario de la disponibilidad de la tutela jurisdiccional. Análoga e indiferenciada extensión del alcance de la *Verhandlungsmaxime* se encuentra todavía antes en la obra de von BAYER, *Vorträge über den ordentlichen Civilprozess*, München, 1865, p. 32.

59 Sobre la cuestión de si el principio dispositivo es algo absoluto o, por el contrario, corresponde a un simple criterio de oportunidad, cfr. —con anterioridad a la polémica surgida en Alemania y de la que más adelante tratamos (*infra*. n. 6 y ss.)— cuanto he recordado, entre otros, de HEGLER, *Beiträge zur Lehre von prozessualen Anerkenntnis und Verzicht*, Tübingen-Leipzig, 1903, p. 235, y en ella la nota 1; SCHMIDT, *op. cit.*, § 70, II, sobre todo la p. 419, y en ella la cita de numerosos autores alemanes de la misma opinión; también, entre los italianos, por todos, CHIOVENDA, *Principii*, cit., § 47, III, especialmente en p. 727 (pero v. también la indiferenciada bibliografía sobre el principio dispositivo contenida en la nota de la p. 725), y las *Istituzioni*, cit., II, 1, Nápoles, 1935, n. 261, p. 306 y ss., así como, ante todo, el estudio *Identificazione delle azioni. Sulla regola ne eat iudex ultra vel extra petita partium*, reedit. en *Saggi*, cit., I, pp. 157 y ss. Los autores citados en esta nota se inclinan todos a la segunda opinión, como ha sido sostenido posteriormente por BETTI, *op. cit.*, p. 583.

Por tanto, una vez colocados en el orden de ideas de que, o por motivos absolutos o de oportunidad, a una disponibilidad (la de los intereses materiales y de la consiguiente tutela jurídica) deba corresponder, en líneas fundamentales y cuando no haya un especial interés público que proteger, la otra disponibilidad, o sea la que se refiere al completo desarrollo del proceso y más precisamente a la instrucción del pleito, fácil fué el paso que condujo a hablar de ello, por lo regular sintéticamente, como si se tratase de un fenómeno único, expresión a su vez de un único principio. Tan es así, que cuando la doctrina italiana comenzó también a ocuparse del mismo, descubrió en él un solo principio, al cual, con la pretensión de usar cabalmente una terminología omnicomprensiva, y no siendo aceptable la traducción de la palabra *Verhandlung*, atribuyó sin más la calificación de dispositivo, de acuerdo también a este respecto con la falsilla de cierto precedente alemán y a fin de expresar mejor el concepto de disposición por obra de la parte, [60] sea cual fuere el objeto de la disposición misma. [61]

---

60 En cuanto al hecho de que la doctrina italiana, desde que comenzó a ocuparse de estos problemas, haya traducido *Verhandlungsgrunsatz* como "principio dispositivo", cfr. SCHRÖDER, *Die Herrschaft der Parteien im Zivilprozess*, en *Ann. dir. comp.*, 16 (1942), p. 174, nota 2, quien justamente advierte que se trata de una diversidad que tiene significado meramente terminológico, puesto que, en el fondo, se alude a un mismo fenómeno, con tanto más motivo cuanto que la propia doctrina alemana usa a veces la expresión *Dispositionsgrundsatz* en lugar de *Verhandlungsmaxime*. Sin embargo, no hay que olvidar que dicha doctrina contrapone por lo general la primera a la segunda, o viceversa; pero, sobre ello, *infra* nn. 6-7.

61 Cfr., entre otros muchos —además de la doctrina anterior, recordada no hace mucho por MICHELI, *Onere della prova*, cit., p. 52, nota 1, la cual, aunque sin hablar de principio dispositivo, consideraba el poder de disponer libremente del proceso como una consecuencia evidente del poder de disposición, reconocido a los sujetos respecto del derecho material deducido en el pleito—, especialmente MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, Sasari, 1902, pp. 3 y ss. (reedit. en *Scritti giuridici*, III, Milán, 1948, pp. 1 y ss.); SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, entrega, Roma, 1902-3, pp. 24-29 (el cual prefiere hablar de "principio de disposición", pero en él comprende todos los efectos tanto civiles como procesales y lo contrapone explícitamente al distinto sistema inquisitorio); SICILIANI, *Gli scopi processuali ed il principio di disposizione delle parti a proposito dell'onere spettante al convenuto di provare la sua eccezione*, en *Foro it.*, 1904, I, cc. 604 y ss.; ROCCO, AL., *op. cit.*, nn. 31 y ss., especialmente los nn. 42-45, pp. 111-126; ID., *L'interpretazione delle leggi processuali*, n. 22, en *Arch. giur.*, 77 (1906), pp. 133 y ss. (reedit. en *Studi di diritto commerciale ed altri scritti giuridici*, I, Roma, 1933, pp. 128 y ss.); GALANTE, *Diritto processuale civile*,[2] Nápoles, 1909, pp. 300 y ss.; FERRONI, *op. cit.*, pp. 161-63 (el cual emplea, sí, la expresión "principio dispositivo" en sentido

Y no puede silenciarse que, al mismo tiempo, se ha llegado a una paralela confusión incluso en el ámbito opuesto de los procesos civiles excepcionalmente inspirados en la iniciativa de oficio, ya que también en dicho campo se ha manifestado —entre otras cosas, para estar al día— la tendencia a aludir con ello no solamente a la iniciativa en la reunión del material del pleito, sino también a la primordial de acudir al instrumento proceso, ayudados en esto por el uso indistinto, arraigado a partir de cierto escritor alemán del siglo XIX, de calificar del mismo modo como oficiosa tanto la iniciativa del juez como la proveniente de aquella parte en el pleito que es el ministerio público, al menos cuando tiene calidad para actuar,[62] aun cuando lo haga por deber de oficio.

---

omnicomprensivo, pero, en honor de la verdad, condena acerbamente la aplicación a la materia de las pruebas, considerando como un error fundamental la proposición de que la libre disposición del derecho propio supone como consecuencia la de los medios por los que ese derecho se exterioriza y, por tanto, de las pruebas); D'ALESSIO, *Le parti del giudizio amministrativo*, Roma, 1915, nn. 76 y ss., especialmente en p. 236; CICU, *Il diritto di famiglia*, Roma, 1915, pp. 176 y ss.; ROCCO U., *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, Roma, 1917, n. 31, p. 69; D'ONOFRIO, *Identificazione delle azioni in rapporto alla teoria della litispendenza e della cosa giudicata*, Benevento, 1924, p. 23; etc., etc. Recordemos, sin embargo, que ya RAGGI, *Questioni in materia di prova*, en *Arch. giur.*, 84 (1910), p. 189, nota 3, y p. 210, al referirse a la doctrina alemana destacaba que ya entonces no se sabía con precisión en qué consistiese el principio dispositivo y, por consiguiente, cuál fuese el alcance. Y así, ROSSI L., *op. cit.*, n. 77, p. 287, trata del mismo cuando se ocupa de la investigación relativa a los hechos, sin rozar siquiera el problema de la disponibilidad del derecho a través del juicio y en el propio juicio.

62 Esta costumbre de emplear la expresión *Officialmaxime* para aludir al ejercicio de la acción por parte del ministerio público, tiene su origen en ZACHARIÄ H. A., *Handbuch des deutschen Strafprozesses*, I, Göttingen, 1861, pp. 41 y ss. Explícita y decididamente contrario fué VON CANSTEIN, *op. cit.*, pp. 169 y ss., especialmente en la advertencia al pie de la p. 169, y también en la p. 186, texto y nota; para él, debería hablarse de impulso oficial, de principio inquisitorio, etc., solamente cuando sea el juez quien instaure de oficio el proceso, proponga la demanda e investigue los hechos, mientras que cuando la acción la ejercite el ministerio público, entonces se estaría siempre en la esfera del principio dispositivo, aunque puramente formal y, por tanto, inconfundible con la disponibilidad material de los derechos (*contra*, cuanto señalo *infra* en los nn. 15, 18 y 19). Pero, no obstante esta opinión de VON CANSTEIN, BIRKMEYER, *Das Offizialverfahren*, cit., p. 161 y, sobre todo, p. 215, en el extenso y meritorio examen que dedicó pocos años más tarde a los procesos civiles especiales en los que estuviese en juego, al igual que en los juicios penales, un particular interés público, seguía llamando *Officialverfahren* tanto a los procesos instaurables por el juez, como a los promovibles por el ministerio público.

6. A mi parecer, ésta ha sido la evolución que ha llevado, precisamente, en pleno desenvolvimiento de los estudios procesales, y a base de argumentos deducidos de la cognición, a alinear y, por tanto, a confundir todo lo que se refiere a cuanto tiene que ver con la posición de la parte en el ámbito del proceso, y para el proceso, con cuanto se refiere, en cambio, al problema preliminar de la instrumentalidad del proceso mismo en el área de los distintos ordenamientos jurídicos y por ello de su utilización por obra de cada interesado.

Mi exposición no sería, sin embargo, completa y, por otra parte, prescindiría de un elemento que me es favorable, si no recordase que la concepción ahora expuesta, y a tenor de la cual serían únicos el fenómeno y su correspondiente principio, no tardó mucho en provocar críticas incluso en su país de origen. Estas comenzaron a manifestarse, entre otras cosas, no sólo por el anticuado y bastante menos concluyente motivo de la pretendida impropiedad e insuficiencia de la terminología lanzada por Gönner (insuficiencia especialmente percibida después de haberse ido extendiendo su contenido,[63] sino también, por el hecho de que la ZPO austríaca y las innovaciones que en varias ocasiones se introdujeron en la ZPO alemana, demostraron a los olvidadizos de la AGO prusiana o a sus críticos la exactitud de cuanto alguno había, hacía tiempo, repetido y sostenido,[64] o sea la posibilidad de conciliar la absoluta dependencia de la voluntad de la parte en cuanto se refiere a la utilización del instrumento proceso, con una más o menos marcada autonomía del juez en la elección de los medios de prueba y, en general, en la declaración ("accertamento") de los hechos influyentes del pleito.[65]

Por ello no sorprende que, a partir de fines del siglo pasado, parte de la doctrina alemana haya tratado de reaccionar contra el sistema ali-

---

63 Las primeras críticas a la terminología propuesta por GÖNNER se remontan, en general, a los escritos sobre el tema aparecidos inmediatamente después que los suyos (v. antes la nota 45); al principio, ni siquiera la palabra *Maxime* encontró aprobación: cfr. PUCHTA, *op. cit.*, p. 7, nota 5.

64 Cfr. en particular el estudio, penetrante también en este punto, de KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältniss*, Mannheim, 1888, pp. 16 y ss.; así como, después de casi veinte años, el artículo, redactado con singular ponderación, de TISSIER, *Le centenaire du code de procédure et les projets de réforme*, en *Revue trim. de droit civil*, 5 (1906), pp. 625 y ss., especialmente en pp. 651 y ss., seguido todavía, con ciertas atenuaciones, por MOREL, *op. cit.*, n. 425, pp. 344-46.

65 Cfr. por ejemplo, SKEDL, *Das österreichische Civilprozessrecht*, I, Leipzig, 1900, § 3, II, y allí amplias referencias bibliográficas.

neador ya arraigado, y, después de haber negado la equivalencia antes aceptada entre la *Verhandlungs* y la *Dispositionmaxime*,[66] haya venido enlazando algunas manifestaciones del poder de parte no ya con la primera sino exclusivamente con la segunda, así como, no sin encontrar en seguida resistencias, había ya distinguido un autor que tanto en uno como en otro principio era también de verse una mera expresión en el ámbito civilista del derecho de disposición, revelándose, a su entender, en diversos modos y momentos del proceso.[67] No siempre aparece claro en todos sus aspectos, o por lo menos uniforme, qué es lo que se haya querido y se quiera hacer corresponder en sustancia con esta distinción de palabras y con la separación análoga del principio de oficio respecto del principio inquisitorio, con tanto más motivo cuanto que muchos se han preocupado también de poner en su lugar, en el ámbito de la bifurcación o en contraposición a ella, el impulso procesal.[68] De todos modos,

---

66 Acerca de esta equivalencia en un tiempo pacífica, y del significado omnicomprensivo que entonces se daba a la *Verhandlungsmaxime*, cfr. todo lo expuesto por POLLAK, *Gerichtliches Geständniss im Civilprozesse*, Berlin, 1893, pp. 68 y ss., en su cuidadosa reseña de los trabajos más importantes aparecidos hasta dicho momento sobre el tema y a los que aquí nos remitimos; cfr. también, con anterioridad, VON CANSTEIN, *op. cit.*, p. 185, nota 1, donde, entre otras cosas, se recuerda que si bien WETZELL y ENDEMANN usaron ya el término de *Dispositionsmaxime*, además del de *Verhandlungsmaxime*, sin embargo, o le atribuían idéntico alcance (Endemann), o a lo sumo llegaban a ver en él el reverso del otro (Wetzell).

67 Así VON CANSTEIN, op. cit., pp. 27 y ss., 169 y ss. y 185 y ss., donde pueden leerse numerosas y todavía interesantes consideraciones, que marcan bien la evolución doctrinal operada a propósito de la cuestión de que me ocupo, durante el período transcurrido entre la enseñanza fundamental de GÖNNER y la publicación de la ZPO. germánica. Cfr. del mismo autor la obra, escrita para comentar la ZPO. austríaca de 1o. de agosto de 1895, *Das Zivilprozessrecht*,[3] I, Berlín, 1905, § 3, III, pp. 80 y ss.

Es un hecho que para VON CANSTEIN la *Dispositionsmaxime* se diferenciaba de la *Verhandlungsmaxime*, puesto que para él la primera era la expresión de la libertad de disposición de los derechos privados, mientras que la segunda correspondía a la libertad de disposición del correspondiente caso en cuestión ("fattispecie"). En cuanto a la escasa resonancia que tuvo entonces tal opinión, cfr. POLLAK, *op. cit.*, p. 71, según el cual solamente ULLMANN la compartió.

68 Cfr. especialmente todo lo recordado y afirmado por VON CANSTEIN, *Grundlagen*, cit., pp. 169 y ss., texto y notas. Acerca de una contraposición bastante reciente entre impulso de parte y principio dispositivo, debida al diverso criterio adoptado con ocasión de la reforma de la ZPO. en 1933, cfr. SCHRÖDER, *op. cit.*, p. 176.

me parece que, no obstante la diversidad de opiniones existentes entre sus propios asertores, y, sobre todo, no obstante la insuficiente visión de las razones de la distinción y la falta de relieve de las consecuencias que de ella se desprenden —por lo que no es el caso de detenerse donde llegó el movimiento diferenciador terminológico (*infra*, nn. 11 y 15)—, se debe atribuir, en general, a este último el mérito de haber sido el primero en intuir —contra la tendencia en un principio y todavía durante bastante tiempo predominante, y planteando también el problema siempre en los mismos términos— que para acabar luego en la formación de un único principio, no es congruo colocar junto o, peor aún mezclar a granel, cuanto concierne, como dice dicha doctrina, al hecho de ser dueños del objeto en contienda y (a servirse) del proceso civil, con lo que, por el contrario, se refiere a la determinación del material de hecho y de los medios para probarlo. [69]

7. Tal es el resultado último a que llegó y todavía llega aquella parte de la doctrina alemana que, fiel al llamado método de las *Maximen*, [70] pese a alguna voz de cuando en cuando contraria, se ha cuidado y se cuida, por lo general, de distinguir en el ámbito de los poderes de las partes y, por tanto, no los incluye todos bajo la única enseña del *Verhandlungsgrundsatz* (entendido en sentido lato), como bastantes autores han conti-

69 A propósito de los que pueden llamarse los primeros pasos de esta tendencia doctrinal que he venido calificando como separadora ("sceveratora"), cfr. todo lo expuesto y sostenido por POLLAK, op. cit., especialmente en las pp. 71 y ss. y 90 y ss., quien, cuando escribía a comienzos de 1893, tuvo, sin embargo, que reconocer (p. 72), que se trataba de una tendencia no acogida entonces por la doctrina dominante. Merece, además, señalarse que hasta algún autor, que en los primeros tiempos había apreciado la distinción de palabras, no se preocupó luego de la misma: lo decimos por STEIN, quien en la clásica monografía *Das private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893, pp. 87 y ss. acepta, aunque sin aprobarla, la expresión *Dispositionsmaxime*, mientras que después volvió, por decirlo así, a las filas de quienes incluyen todos los diversos síntomas bajo el signo único del principio de la substanciación ("trattazione"), (*infra*, n. 7, texto y nota 71).

70 Dos han sido las más notables manifestaciones contrarias al método de las *Maximen*: la primera remonta a cerca de setenta años, por obra de BÜLOW, *Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, en *Archiv. civ. Praxis*, 64 (1881), p. 6, texto y nota 3 (del mismo autor, cfr., además, *Das Geständnissrecht*, Freiburg i. B., 1899, especialmnte pp. 291 y ss., donde, sin embargo, no desdeña acudir a la *Verhandlungsmaxime*), el cual la emprende vivamente, pero sin dejar huella en la doctrina posterior, con lo que denominó el sistema de entrever en un par de principios la quintaesencia del Derecho procesal. La otra

nuado haciendo,[71] sino que forma con ellos dos grupos, en cada uno de los cuales divisa la realización de un principio diverso.[72]

Por tanto, puede decirse comúnmente superada la tendencia intermedia que se limitaba a excluir la existencia de una necesaria correlación

---

manifestación tiene cerca de un decenio de vida, pero, dados los acontecimientos posteriores, desconozco la reacción de la misma en su propio país de origen, donde, sin embargo, no debería lógicamente haber obtenido gran éxito, ya que tiende también a la crítica más que a la reconstrucción, o, peor aún, a una especie de batalla contra los molinos de viento, más que a una fructuosa y convincente revisión de la dogmática tradicional. Su autor es VON HIPPEL, *Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess*, Frankfurt a. M., 1939, especialmente pp. 162 y ss., y 183 y ss., quien sostiene, entre otras cosas, que se trata de conceptos irreales, a los que debería sustituir un reparto del trabajo entre las partes y el juez a medida que lo vaya exigiendo el objeto de la contienda. Basta ello para hacer dudar de que el autor se haya dado siquiera cuenta de la razón de ser y del significado del movimiento iniciado por GÖNNER, así fuese sólo en su función de proporcionar a cada uno de los legisladores criterios directivos para armonizar los varios sistemas. De ahí que partiendo de dicha toma de posición, así como por otras aserciones y, en general, por el espíritu que anima a todo él, pueda afirmarse que el grueso volumen de VON HIPPEL, aunque aparezca como el fruto de un amplio y documentado esfuerzo y no de la improvisación, encaja bien en el movimiento que durante el período nazi se puso un poco de moda en Alemania, y que, por el esfuerzo, *rectius* la manía de querer modificarlo y renovarlo todo, acabó por renegar de muchos de los mejores frutos de la que fué una de las más excelsas escuelas de Derecho procesal civil, sin saber ofrecer en compensación nada en igual grado convincente y, por tanto, capaz también de alcanzar éxito entre nosotros (consideraciones casi análogas y en general más particularizadas acerca de las tendencias manifestadas en la doctrina alemana desde la época en que escribió VON HIPPEL hasta la terminación del período bélico, fueron ya formuladas entonces, tanto por SEGNI, *Alcuni orientamenti della dottrina processuale germanica*, en *Riv. dir. comm.*, 1941, I, p. 77, como por CALAMANDREI, en el artículo *Abolizione del processo civile?*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, pp. 336 y ss., y también en las reseñas publicadas en ella en distintos años, y más precisamente en 1938, I, pp. 130 y ss. y 268 y ss.; en 1939, I, pp. 293 y ss.; en 1942, I, pp. 279 y ss.; artículo y reseñas ahora reeditadas, bajo el común y sintomático título de *La crisi del processo civile in Germania*, en *Scritti*, cit., V, pp. 285-320. Tanto SEGNI como CALAMANDREI no toman, sin embargo, en consideración, en el curso de sus investigaciones críticas, el libro de VON HIPPEL. El trabajo de SEGNI sugirió algunas consideraciones de LÓPEZ DE OÑATE, *Recenti dottrine processuali e crisi del diritto*, en *Riv. fil. dir.*, 22 [1942], p. 558 y ss.).

Para una referencia contra el uso de las *Maximen* y en particular contra la antitesis señalada y calificada por GÖNNER, cfr. JONAS, *Gedanken zur Prozessreform*, en *Deutsches Recht*, 11 (1941), II, p. 1697.

71 En este sentido, entre otros muchos, HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, I, Leipzig, 1912, § 140; OERTMANN, *Grundriss des deutschen Zivilpro-*

entre la regla que impone al juez no tener en cuenta lo que no esté en los autos, y las que le prohiben, respectivamente, proceder de oficio y juzgar fuera de los límites marcados por las partes con sus peticiones.[73] Mientras, es sintomático no sólo que aun después de la reforma de 1933 se

---

zessrechts, Erlangen-Leipzig, 1924, § 23 (quien no aprueba la expresión *Dispositionsmaxime* ni siquiera como sinónima de *Verhandlungsmaxime*); STEIN, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts*,[3] Tübingen, 1928, § 12; GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, cit., § 11, y antes en la clásica monografía *Der Prozess als Rechtslage*, Berlín, 1925, pp. 128 y ss. (de este mismo autor cfr. también el examen que hizo del proyecto preliminar italiano de código de procedimiento civil de 1937 —conocido como proyecto Solmi—, bajo el título *Bemerkungen zum italienischen Zivilprozessentwurf*, en *Ann. dir. comp.*, 13 (1938), pp. 229 y ss., especialmente en p. 238, donde la expresión *Verhandlungsmaxime* se sustituye por *Dispositionsmaxime*, pero siempre con significado omnicomprensivo); KISCH, *Deutsches Zivilprozessrecht*,[4] I, Berlín-Leipzig, 1929-34, § 25, pp. 107 y ss. (quien, sin embargo, cuando pasa, como la mayoría de los escritores aquí citados, a indicar las características del proceso dispositivo, se ve obligado a catalogar por separado los distintos extremos trascendentes, como, por ejemplo, la necesidad de que exista una demanda de parte para que el juez quede investido de la decisión, y, respectivamente, la imposibilidad para el juez de utilizar su conocimiento privado sobre los hechos, etc.; tan es así, que en su posterior artículo *Wahrheitspflicht, Verhandlungsmaxime, Eventualmaxime*, en *Deutsche Juristen-Zeitung*, 41 (1936), cc. 915 y ss., al aludir a la *Verhandlungsmaxime*, advertía incidentalmente que no había que confudirla con la *Dispositionsmaxime*, hasta el punto de que, a tenor de este último artículo, habría de incluírsele entre los autores que se citan en la siguiente nota 72); y, por último, STEIN-JONAS-SCHÖNKE, *Kommentar*, cit., *sub* § 128, II, 2 (con bibliografía), y también *sub* § 308, I; etc.

72 Cfr. SCHMIDT, *op. cit.*, §§ 63 y 70, II; KLEINFELLER, *op. cit.*, §§ 56 y 57 (véase también de este autor el artículo *Prozessherrschaft*, en *Zeits. Zivilprozess*, 53 [1928], pp. 1 y ss.); SEUFFERT-WALSMANN, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*,[12] I, München, 1933, pp. 229 y ss.; WALSMANN, *Rechtsstreit und Vollstreckung*, Leipzig, 1936, § 17, 1; BERNHARDT, *Rechtstreit*, Tübingen, 1939, § 20, I y II, pp. 44 y s.; DE BOOR, *op. cit.*, § 4, III, pp. 30 y s., y 19, II, pp. 117 y ss.; SCHRÖDER, *op. cit.*, pp. 174 y ss.; BUCHHOLZ, *op. cit.*, p. 344; ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*,[4] München-Berlín, 1949, § 63, especialmente p. 263. En la doctrina austríaca, cfr. POLLAK, *System des österreichischen Zivilprozessrechtes*,[3] Viena, 1930, § 97, especialmente n. 111; de la misma opinión puede considerarse también SPERL, *Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege*, I, 2, Viena, 1928, § 108; y, más recientemente, NOVAK, *Die Amtswegigkeit im österreichischen Eheverfahren und ihre Grenzen*, Viena, 1949, pp. 1 y s., con citas bibliográficas; etc. Véase asimismo, sobre todo desde el punto de vista del Derecho suizo, KEHL, *Von der Offizialmaxime*, en *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 43 (1947), pp. 184 y ss.

73 Así WEISMANN, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, I, Stuttgart, 1903, § 4, III.

haya todavía insistido por la jurisprudencia del *Reichsgericht* en que, como regla, dicho proceso de cognición hay que considerarlo siempre inspirado en el *Verhandlungsgrunsatz,* [74] sino que hasta los celosos del Estado autoritario, al dar la batalla en los no lejanos años del régimen nazi a tal principio tomado en su más limitada acepción [75] y al encontrar,

74 A propósito de la que ha sido la más reciente afirmación del *Reichsgericht*, acerca de la cuestión, cfr. SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, cit., § 7, I, p. 25.

75 Como es sabido, quien principalmente dió la batalla, enfrentándose con las manifestaciones de este principio, más en sí mismo que en cuanto al nombre, y más aún: atacando la propia jurisdicción contenciosa, fué un magistrado, BAUMBACH, en el breve estudio *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit*, en *Zeits. Akad.*, 5 (1938), pp. 583-5, que tanta resonancia había de producir y tanta reacción de provocar en la misma Alemania (v. la nota siguiente). Dicho trabajo fué entre nosotros resumido y criticado por CALAMANDREI, *Abolizione del processo civile?*, citado más arriba en la nota 70, el cual, tomando como punto de partida los sucesivos artículos de Baumbach, así como la reforma que en 1942 se puso en el telar en Alemania, volvió sobre el tema en una de las reseñas de legislación ahora reeditada, bajo el título *La crisi*, etc., en *Studi*, V, cit., pp. 316 y ss. Para ulteriores puntos de vista decididamente contrarios a Baumbach, cfr. ALLORIO, *Giustizia e processo nel momento presente*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, pp. 230; y, recientemente, ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1947, n. 130, p. 214 y ss.; asimismo PRIETO CASTRO, *Revisión de los conceptos básicos del Derecho procesal*, en *Revista de Derecho Procesal* (Argentina), 6 (1948), n. 3, pp. 33 y s.

Pero ya antes que Baumbach, BERNHARDT, *Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess*, en *Deutsche Juristen-Zeitung*, 41 (1936), cc. 1404-9, reanudando un trabajo suyo anterior titulado *Der Verhandlungsgrundsatz*, había propuesto la sustitución del mismo con el antitético principio inquisitorio, estando, de este modo, de acuerdo con SCHNEIDER, *Zur Neugestaltung des Verfahrenrechts*, en *Deutsche Rechtswissenschaft*, 1936, pp. 157 y ss.; en tanto que RATZ, *Die Verhandlungsmaxime. Ein Beitrag zur Zivilprozessreform*, en *Archiv. civ. Praxis*, 143 (1937), pp. 282 y ss., había atacado a fondo el principio dispositivo como falto de contenido ético, con argumentos que CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 293, hubo de calificar de más sentimentales que racionales. También DE BOOR, *Die Funktion des Civilprozesses in der völkischen Rechtsordnung*, en *Zeits. Akad.*, 5 (1938), pp. 834 y ss., aunque no sumándose a la propuesta de Baumbach de sustituir la jurisdicción contenciosa con la voluntaria, la emprendió enérgicamente con el proceso que, teniendo en cuenta los tiempos en que la ZPO., fué preparada y promulgada, llamó, sin más, liberal, y hubo de declarar que el *Verhandlungsgrundsatz*, en su significado propio, como sólido vínculo para el juez, debía desaparecer. En el mismo orden de ideas que De Boor, cfr. JONAS, *op. cit.*, p. 1703. Por lo demás, todavía ahora SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, cit., § 7, VI, pp., 31-33, sostiene que sería bueno desvincular al juez, no respecto de los límites de la materia litigiosa, pero sí en cuanto a los hechos aducidos por las partes y a los medios de prueba por ellas presentados (sobre la materia de las pruebas, cfr., desde el punto de vista comparativo, el artículo del mismo SCHÖNKE, *Rechtsvergleichende*

dicho sea en honor de la verdad, una súbita reacción entre los mismos juristas alemanes,[76] se hayan preocupado siempre de aclarar que con ello pretendían poner a discusión precisamente la dependencia del juez respecto de la parte en cuanto concierne tan sólo a la reunión del material de hecho y de los medios para probarlo, y no ciertamente el dominio de la parte misma para dar vida al proceso y determinar su contenido.[77] Y de este modo, sometiendo así a crítica y a una tentativa de revisión el *Verhandlungsprinzip* y no el *Verfüngungs* o *Dispositionsprinzip*, acababan por reconocer y por reconfirmar de la manera más evidente, aunque no declarada, la conveniencia de considerar al primero distinto del segundo, y viceversa.

Sin embargo, fuera de esos términos, tanto críticos como sistemáticos, y fuera de ese nivel no se ha dado un solo paso más en la profundización del problema. Más aún: recientemente, uno de los más autoriza-

---

und rechtspolitische Bemerkungen zum zivilprozessualen Beweisrecht, en *Zeits. Zivilprozess*, 61 (1939), pp. 1 y ss.

76 Acerca de lo que se escribió en rápida respuesta a Baumbach y en defensa del principio dispositivo, aunque en su mayoría limitado a la ZPO. actual, cfr. entre otros, las breves aportaciones de BULL, *Ende des Zivilprozesses* ?, en *Zeits. Akad.*, 5 (1938), pp. 629 y s.; BERGENROTH, *Mit oder ohne Zivilprozess?*, *rev. cit.*, pp. 774 y s.; finalmente, VOLKMAR, *Abschied von der Verhandlungsmaxime?*, *rev. cit.*, 11 (1944), pp. 136 y ss. Pero ya con anterioridad se habían interesado por el problema, tomando como punto de arranque el entonces cambiado régimen político, y habían llegado en principio, a conclusiones semejantes a las aquí recordadas, entre otros: LENT, *Zur Beibehaltung der Verhandlungsmaxime*, *rev. cit.*, 3 (1936), pp. 20-23 (cfr. de este mismo autor, en particular, su posterior artículo *Die Verteilung der Verantwortlichkeit unter Gericht und Parteien im Zivilprozess*, en *Zeits. Zivilprozess*, 63 (1943), pp. 3 y ss., especialmente pp. 24 y ss., 38, 55); FISCHER, *Sachverhalt und Rechtsnorm in der deutschen Zivilrechtspflege*, en *Deutsche Juristen-Zeitung*, 41 (1936), cc. 471 y ss.; KISCH, *Wahreitspflicht* etc., cit., *rev. cit.*, cc. 913 y ss. (el cual en la nota 3 recuerda que también SCHMIDT había reconocido varias veces que en el proceso civil es, por lo regular, el principio dispositivo el que todavía responde a su finalidad); BUCHHOLZ, *op. cit.*, pp. 344 y ss.; BLOMEYER, *op. cit.*, pp. 462-4. A este propósito, véase también el interesante artículo de SCHMIDT, *Der grundsätzliche Wandel* etc., cit., pp. 253 y ss., y el estudio en defensa del principio dispositivo formulado en 1924, con vistas a la reforma de la ZPO., por LEHMANN, *Zivilprozessreform und Rechtsstaatsgedanke*, en el tomito *Das neue Zivilprozessrecht*, Mannheim, 1924, p. 43.

77 Cfr. los autores antes citados en la nota 75 y en particular la exposición resumida en SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, en *loc. cit.*, por lo que puede afirmarse que lo dispuesto, por ejemplo, en los §§ 308, ap. 1º, 536 y 559 ZPO., no estaba ni ha sido puesto en tela de juicio.

dos y diligentes expositores de la distinción verbal le ha negado expresamente toda importancia práctica,[78] como si se tratase de principios concernientes al mismo fenómeno o a fenómenos colocados en el mismo plano; y ha demostrado así no darse cuenta o no atribuir importancia al hecho de que, si se reduce a un puro juego de palabras lo que es un laudable esfuerzo para diferenciar cuanto viene señalado como *Dispositionsprinzip* respecto del llamado *Verhandlungsprinzip*, y viceversa, se acaba por desvalorizar el esfuerzo mismo y por retornar al punto de partida.

8. Si éstas son las oscilaciones que, a lo sumo, se encuentran en los escritores alemanes de los últimos decenios, y si tan escasos son, por un lado, los corolarios que ellos deducen de las mismas y, por otro, la importancia que le atribuyen, todavía más quieta está la doctrina italiana correspondiente. En parte ello se explica, al menos a mi modo de ver, si no se justifica también, tanto por el hecho de que desde el principio nos hemos rebelado pronta y justamente —como ya recordé (v. n. 5 al final)— contra la tentativa de traducir literalmente la excesivamente restringida expresión *Verhandlung*,[79] y, por tanto, no se ha sentido después la necesidad de buscar una palabra capaz de aludir expresamente a dicho poder monopolístico de deducir el derecho en juicio, que de por sí rebasa el concepto de substanciación ("trattazione") (mas no, ciertamente el de disposición), como porque el problema no ha sido afrontado entre nosotros de una manera decidida, sino sólo esbozado en forma de lejano y debilitado eco de cuanto se venía escribiendo en Alemania dentro de límites ya originariamente insuficientes;[80] hasta el punto de que el fenómeno aquí considerado no ha sido objeto de examen profundizado ni siquiera en vía de reforma, y sin que tampoco la publicación del código actualmente en vigor haya luego proporcionado hasta hoy el punto de partida

78 Así SCHÖNKE, *loc. cit.*, pese a que, por lo que dije en la nota 75, haya tenido cuidado de aclarar que una reforma del proceso ordinario a fin de inspirarlo en el principio inquisitorio, no querría decir dar al juez el inoportuno poder de actuar de oficio o de decir más allá de las peticiones de las partes.

79 Esta resistencia a "introducir en nuestro lenguaje jurídico (ya tan enmohecido) expresiones bárbaras, tales como principio o máxima de *pertrattazione*, "ha sido después apreciada favorablemente por FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, cit., p. 61, nota.

80 Cfr. las breves referencias contenidas en CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915, p. 18 y ss., especialmente en la nota 2 de la p. 18 (2ª edic. Roma, 1947, pp. 16 y ss. nota 2 de la p. 16); asimismo FURNO, *loc. cit.*, (pero sobre este último autor volveré en la nota 83).

para revisar los extremos del mismo y para salir de los caminos trillados (v. nn. 9 y s.).

Es un hecho que hasta ahora no se ha avanzado más allá de la acogida que en vísperas del primer conflicto mundial se reservó a las tentativas diferenciadoras antes descritas (v. nn. 6 y 7), cuando en una ahora ya clásica monografía no se renunció a distinguir las que fueron consideradas como dos fases, y nada más, del principio dispositivo, pero con la explícita condición de que "no se llega al punto de pensar en dos principios diversos", ya que no habría "diferencia alguna esencial en los motivos que justifican el poder atribuído a la parte de iniciar o no el proceso o de proponer o no la prueba de testigos", y puesto que se trataría solamente de "una diversa proporción del interés privado y del interés público" o de una "diversa valoración de la capacidad de la parte para tutelar el propio interés, que aconseje en uno de los casos más que en el otro un reconocimiento más cauto del principio de disposición". [81] De suerte que puede decirse que ya por entonces no había dejado trazas cuanto otro de nuestros autores, único secuaz explícito en Italia de la distinción que estaba afirmándose en la doctrina alemana, había observado con anterioridad, cuando cabalmente entrevió, y no sin razón, en la trayectoria entre nosotros corriente, la consecuencia, entre cosas, de una "confusión entre poder de disposición de los derechos civiles y facultad de disponer de las acciones que protegen tales derechos". [82]

Por lo demás, la confirmación de que esta afortunada intuición crítica no fué nunca recogida, puede decirse que la proporciona quien ha tenido ocasión no hace mucho de recordar la más conspícua manifestación de la doctrina anglo-americana en la materia, ya que, aunque declarando apreciarla desde un punto de vista genérico, ha demostrado, sin embargo, no tener para nada en cuenta tanto la neta y motivada adhesión en ella contenida al movimiento diferenciador alemán, como la consiguiente reproducción de la bifurcación bajo la forma de explícito distanciamiento del *principle of dispositive election* respecto del *of party presentation.* [83]

---

81 Así CARNELUTTI, *loc. cit.*

82 Así DIANA, *La confessione giudiziale nel processo civile,* en *Giur. it.*, 1901, IV, n. 6, al final, c. 92. Una simple referencia de llamada, tanto a la máxima de disposición como a la otra, denominada por él de discusión, se encuentra en COSTA A., *Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali,* Parma, 1920, p. 23.

83 El autor norteamericano que se ha adherido al movimiento diferenciador alemán es WYNESS MILLAR, en su interesante monografía *The formative principles*

A la doctrina italiana corresponde el mérito de haber precisado, todavía bajo el imperio del código ritualista de 1865, que el principio dispositivo, realizable "cuando el poder de la parte se convierte en carga", [84] "no se explica cual una dirección del proceso al servicio de la utilidad privada de las partes, sino sólo, en cambio, como un medio apto para obtener del interés en litigio el mayor rendimiento"; [85] y no sólo ello, sino sobre todo el mérito de haber afirmado que "la distinción entre proceso dispositivo y proceso inquisitorio está basada, más que en la diferente estructura de los mecanismos procesales, en la diversidad del sujeto al cual están confiadas las palancas de mando, que sirven para regularlos". [86] Sin embargo, tampoco este último congruo criterio ha impedido que al calificar el procedimiento ordinario de cognición tal como estaba regulado por las normas previgentes, experimentasen hasta sus mismos formuladores la atracción del método tradicional, todavía seguido por los más. [87] Efectivamente, en los mismos años inmediatamente anteriores a la publicación del nuevo código de procedimiento civil, se ha seguido, por ejemplo, teniendo también en cuenta la prohibición al juez de juzgar

---

of civile procedure, sobretiro de la *Illinois Law Review*, 18 (1923), § 3, reproducida en el volumen *A history of continental civile procedure*, Boston, 1927, pp. 3 y ss.

El autor italiano que no hace mucho ha citado dicho trabajo de Wyness Millar y la adhesión en él contenida al movimiento diferenciador alemán, es FURNO, *loc. cit.*, el cual la despacha con la observación de que la distinción entre *Verhandlugsmaxime* y *Dispositionsmaxime* no parece que merezca ser seguida, "incluso si pudiese encontrarse alguna diferencia de significado entre ambos términos en la lengua alemana", como si se tratase de un problema meramente léxico.

84 Así CARNELUTTI, *Sistema*, cit., I, n. 166, p. 434. Cfr. también VOCINO, *La testimonianza del debitore surrogando*, en *Temi em.*, 1940, I, 1, pp. 305 y ss., especialmente en el n. 2.

85 Así todavía CARNELUTTI, *op. cit.*, n. 166 al final, p. 435.

86 Así, empleando una imagen muy plástica, CALAMANDREI, *Il processo inquisitorio nel nuovo codice civile*, n. 2, en *Giur. it.*, 1940, IV, cc. 237 y ss. (reedit. en *Studi*, 1, cit. p. 55). También SEGNI, en la voz *Procedimento civile* del *Nuovo digesto italiano*, X, Turín, 1939, n. 44, ha observado que el elemento diferenciador entre proceso dispositivo y proceso inquisitorio consiste en la preponderancia que respectivamente se conceda a las partes o, por el contrario, al juez en la maniobra de los mecanismos del proceso.

87 Cfr., además de SEGNI, *loc. cit.*, y sobre todo, CALAMANDREI, *loc. cit.*, así como su trabajo anterior, hoy ya clásico, titulado *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, cit., especialmente el n. 1 (en *Studi*, cit., II, pp. 321 y ss.). Recordemos, en honor de la verdad, que Calamandrei, si en principio experimentó la atrac-

de oficio o de conocer *ultra petita partium,* [88] sacando de ella un argumento para la atribución de la calidad de "dispositivo", y en general se ha subsumido bajo las amplias alas del principio de disposición no sólo la instrucción del pleito, sino inclusive la iniciativa del proceso. [89] De igual modo, se han incluído en el principio dispositivo todos los poderes de las partes que se hayan convertido, como ya se ha visto, en cargas, y de ese modo se han amontonado en el mismo rimero tanto la carga de la demanda como la de la instrucción. [90] Ahora bien, todo lo acontecido entonces —que hoy también acaece, como se verá dentro de poco: v. n. 10— debería advertirnos que no basta identificar exactamente el criterio diferen-

---

ción del método tradicional, intuyó, sin embargo, al contraponer las características normales de nuestro proceso civil a las del proceso penal, la conveniencia de incluir entre las primeras, por ejemplo, la disponibilidad, aun con formas extraprocesales, del derecho en contienda, como asimismo el carácter privado del ejercicio de la acción; y advirtió también aunque sin darle desarrollo, que en tal caso el calificativo de "dispositivo" se entiende en sentido lato.

En cuanto al indiferenciado método que ha venido siguiéndose inclusive en las publicaciones que precedieron en poco de la promulgación del código vigente, cfr., entre otros, Rocco, *Diritto processuale civile,* Nápoles, 1937, p. 295; Zanzucchi, *Diritto processuale civile,* I, Milán, 1938, p. 500; e, implícitamente, Ferrara L. *L'elemento convenzionale nel processo civile,* en *Foro it,.* 1938 I, cc. 180 y ss. Incluso Chiovenda, *Principii,* cit., § 47, pp. 724 y ss., e *Istituzioni,* cit., II, 1, nn. 260-1, pp. 305 y ss., así como con anterioridad en el mencionado trabajo *Identificazione delle azioni* etc., en *loc. cit.,* si bien distingue el poder del juez respecto a la demanda, del poder análogo respecto a la formación del material de conocimiento, no limita después el alcance de la regla *ne eat iudex ultra petita partium* al simple campo de la identificación de las acciones (para emplear su propia terminología), sino que acaba por ver expresado en ella cuanto corresponde también a la otra regla en virtud de la cual el juez *secundum alligata et probata partium iudicare debet,* es decir, cuanto corresponde, no ya a la disponibilidad del derecho debatido, sino a la reconstrucción del hecho del pleito.

Los frutos de este método de alineación se encuentran también en obras de la misma época que las precedentes, pero dedicadas a temas concretos, como, por ejemplo, en la de Crocioni, *Fase preliminare e dibattimento nel processo civile inglese,* Padua, 1939, n. 41, p. 76, quien identifica evidentemente el principio dispositivo con la disponibilidad del derecho cuando, acaso de modo incidental, observa que la codificación de la renuncia de la acción resultaría superflua en un proceso inspirado en aquel principio.

88 Así Segni, *loc. cit.*

89 Cfr. Betti, *op. cit.,* n. 13, especialmente en las pp. 57-9.

90 Así Carnelutti, *Sistema,* cit., I, nn. 159-66, pp. 410-35; cfr. también *Istituzioni,* cit., I, nn. 222-26, pp. 206-17.

ciador del proceso de tipo dispositivo respecto del proceso de tipo inquisitorio, y viceversa, si después se insiste en insertar entre los fenómenos en su caso trascendentes, también aquellos que, como la prohibición de la ultrapetición y, en general, de juzgar de oficio, rebasan por sí mismos el mero ámbito de las palancas y de los mecanismos procesales y, por tanto, del justo campo de observación.

Si tal es el resultado a que han llegado aquellos que, sin embargo, iniciaron el movimiento desde un exacto punto de partida, no debe sorprender si todavía en vísperas de la promulgación del código vigente haya habido una tentativa, diríase de retorno a lo antiguo, o sea a conclusiones que ya parecían superadas. En efecto, cuando en el principio dispositivo se ve sólo —como un autor vió entonces— un modo para expresar la idea del propio poder de disposición de las partes que sobreviviría pese al proceso y que, mejor dicho, para sobrevivir, atacaría hasta los extremos de hecho trascendentes para el proceso mismo, deriva de ello como consecuencia necesaria que el principio de la responsabilidad por la propia conducta en juicio, al no ser más que el reverso de tal poder sobre la reconstrucción del hecho del pleito, debe considerarse que corresponde no a un puro criterio de oportunidad, sino a una exigencia puramente jurídica. [91]

9. Dados los precedentes, y, por tanto, en consideración a la situación doctrinal existente en el momento en que fué redactado el código vigente, no puede despertar admiración el hecho de que la mezcla aquí denunciada entre cuanto se refiere a la disposición de los intereses materiales a través del proceso y lo que concierne, en cambio, a la estructura interna de cada tipo de proceso, haya encontrado decidida acogida en un documento oficial como la exposición de motivos del código y que figure allí donde se habla de las piedras angulares del sistema actual.

A decir verdad, el § 13, de la rúbrica "el principio dispositivo, proyección en el proceso del derecho subjetivo", se abre con la exacta y casi obvia premisa de que las observaciones formuladas inmediatamente antes acerca de los poderes atribuibles al juez para la dirección y disciplina del proceso, no valen, en cambio, cuando se trata de aquellos otros poderes referentes "al ejercicio de la acción y a la determinación del tema del debate: aquí el problema se hace más delicado, por-

91 El autor a quien aludo en el texto es FURNO, *op. cit.*, especialmente en pp. 60 y ss., al cual ha replicado ya MICHELI, *Onere della prova*, cit., p. 97, nota 2.

que no se limita ya a la técnica instrumental del proceso, sino que penetra profundamente en la sustancia de la relación controvertida". Asimismo no puede menos de suscribirse la sucesiva afirmación según la cual el problema de la preponderancia que haya de darse en el proceso al principio dispositivo o al inquisitorio se resuelve, no con criterios absolutos de una vez para siempre, sino, históricamente, en armonía con toda la codificación de que el Derecho procesal forma parte. Sino que, cuando se ha tratado de demostrar que una legislación sustantiva, cual la nuestra, todavía inspirada, como regla, en la autonomía privada y más exactamente aún en la figura tradicional del derecho subjetivo, no deba, por tanto, ser vulnerable en esta su característica fundamental, ni siquiera cuando se acuda al instrumento proceso, he aquí que tal concepto ha sido expresado en la exposición de motivos con la afirmación de que "el principio dispositivo deberá ser coherentemente mantenido en el proceso civil como expresión insuprimible del poder reconocido a los particulares para disponer de la propia esfera jurídica"; y no sólo eso, sino que se ha añadido que éste es el motivo por el cual "se han conservado en el código (arts. 112 y ss.), como afirmaciones de principio, los aforismos de la antigua sabiduría: *ne procedat iudex ex officio; ne eat iudex ultra petita partium; iudex secundum alligata et probata partium decidere debet*". Con ello se corresponde luego cuanto se dice en el sucesivo § 14, que lleva la rúbrica "el principio inquisitorio en los pleitos de orden público, y los acrecentados poderes del ministerio público". Allí se lee, en efecto, que por las mismas razones de coherencia poco antes invocadas, no se podía menos de adoptar "en mayor medida el principio inquisitorio en todos los pleitos concernientes a relaciones jurídicas no disponibles", aunque se haya querido respetar la regla *ne procedat iudex ex officio,* encomendando en tales casos "el poder de actuar, no al juez, sino a un órgano expresamente creado para actuar, que es el ministerio público (art. 69)". En fin: se ha precisado allí que "poderes más amplios de la iniciativa instructora han sido, en cambio, reconocidos directamente al juez en los procedimientos ante el pretor y el conciliador (art. 137) y, de una manera aún más decisiva, en las controversias de trabajo (art. 439)".

A tenor de la exposición de motivos del Código vigente me he detenido ahora, no sólo a modo de introducción respecto de las características que el legislador ha entendido atribuir al actual sistema procesal (v. *infra,* nn. 18 y 19), sino también con objeto de justificar *per tabulas*

la premisa crítica con la que he dado comienzo al presente párrafo.[92] En efecto, me parece que se puede, sin más, deducir de ella que con descubrir en el principio dispositivo la necesaria proyección de la disponibilidad en orden a la propia esfera jurídica por parte de los particulares, y especialmente con ligarlo a las prohibiciones al juez, tanto de instaurar de oficio un proceso como de decidir más allá de las peticiones de las partes, la exposición de motivos le haya reconocido, ante todo, un alcance no a la mera organización interna de cada tipo de proceso, sino directamente a la tutela que el ordenamiento jurídico reserva a los intereses materiales. La primera impresión, pues, induce a considerar que para la exposición de motivos el principio dispositivo no sería sino la *Dispositionsmaxime* a la que aluden los autores alemanes que la contraponen a la *Verhandlungsmaxime* (v. antes, los nn. 6 y 7); es decir, sería algo en que se topa aun antes de entrar en el recinto del proceso, algo que está en el plano de los fenómenos externos de este último, aun cuando proyecte las propias consecuencias sobre el mismo, o, mejor dicho, sobre la recíproca posición de las *dramatis personae*, partes y juez (*infra*, nn. 11 y s.). Pero la exposición de motivos no se detiene en este punto y, por un lado, descubre, como se ha visto, en el aforismo *iudex secundum alligata et probata partium iudicare debet* una manifestación ulterior del principio dispositivo; por otro lado, considera cada tipo de proceso como inspirado en el antitético principio inquisitorio, no sólo cuantas veces el poder de actuar sea confiado al ministerio público, sino también cuando a este último correspondan, a lo sumo, poderes instructores (arts. 70 y 72 del cód. proc. civ.), o bien cuando tales poderes sean más ampliamente reconocidos al juez. He aquí, pues, el principio dispositivo transportado esta vez desde el plano de la utilización del proceso al de la iniciativa instructora, así como el principio inquisitorio se individua, tanto en el poder de acudir, aun cuando no por obra del juez, a la tutela jurisdiccional y, por tanto, de servirse del instrumento proceso civil, como en otros po-

92 Además, por la importancia de los argumentos en ella expuestos, la parte aquí recordada de la exposición de motivos ministerial es de las más reproducidas, incluso íntegramente, por la doctrina referente al código vigente, que la acepta sin discusión: cfr. entre otros, CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., I, especialmente los §§ 59-60, pp. 214 y ss.; ANDRIOLI, *Commento*, cit., I, pp. 305 y ss.; así como los recientes elogios de ALLORIO, *Per l'oggettività del raffronto* etc., cit., n. 8, texto y nota 15. Acerca, sobre todo, del precedente § 12 de la exposición de motivos ministerial dedicado a los poderes del juez para la dirección del proceso, cfr. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*,[4] cit., I, pp. 364 y s.

deres concernientes a la estructura interior de dicho instrumento. ¿Cómo cabe, pues, negar el fundamento de la crítica que dirijo a la exposición de motivos?

10. Tampoco se encuentra entre los comentadores del código vigente una decidida reacción contra la trayectoria corriente. No ciertamente en aquellos para quienes el principio dispositivo serviría para indicar tantos fenómenos amontonados y, por tanto, no sólo que la "voluntad de las partes es considerada como decisiva en la iniciación y preponderante, dentro de ciertos límites, para dar impulso al proceso y reunir el material de hecho", sino incluso "en el desenvolvimiento de las razones de derecho de las que surgirá el pronunciamiento, y, en general, en el despliegue de las actividades necesarias para alcanzar la resolución pedida". [93] Además, tal reacción no podía provenir tampoco de quien continúa tranquilamente tomando como punto de partida el canon fundamental con arreglo al cual el particular tiene el poder autónomo de disponer de la propia esfera jurídica, para llegar a reconocer al particular mismo no sólo el poder de disponer de la acción, sino también el de constituír, modificar o extinguir derechos "procesales", e incluir una y otra consecuencia bajo el concepto único de principio dispositivo. [94] A lo sumo, junto a la acostumbrada inclusión del art. 115 (con la sintomática rúbrica "disponibilidad de las pruebas") entre las reglas que denunciarían también el carácter dispositivo del proceso actual, encontramos la afirmación de que tal principio ha sufrido en el código vigente atenuaciones y limitaciones, sobre todo en el campo de la elección y de la proposición de los medios de prueba, y de que, "si para el ejercicio de la acción y para la concreta determinación del tema de la demanda, todo poder de iniciativa reconocido al juez sería incompatible con la naturaleza misma del Derecho privado, no puede decirse igualmente que el carácter disponible de la relación sustancial controvertida lleve necesariamente a hacer depender de la iniciativa de parte la elección y la puesta en obra de los medios de prue-

93 Así ZANZUCCHI, *op. cit.*, I, p. 363; cfr. también la p. 325. Hasta CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., I, n. 224, pp. 212 y s., acaba, aunque sea incidentalmente, por extender al alcance del antitético principio inquisitorio cuando atribuye esta calificación al proceso en el que el poder de introducción esté conferido al ministerio público.

94 Cfr. CONIGLIO, *Fra i sentieri nel campo del nuovo processo civile*, en *Ann. Università Macerata*, 16 (1943), n. 5, p. 15 y ss.

ba".[95] Sin embargo, esta última y afortunada observación no ha impedido a su propio formulador ocuparse, entre otras cosas, de la antitesis entre principio dispositivo y principio inquisitorio, incluso desde el punto de vista del recurso al instrumento proceso civil.[96] De ahí que no pueda suscitar demasiado estupor comprobar que en la más reciente exposición de carácter general[97] se haya seguido todavía el acostumbrado método de hacer de todo un montón, y de hacerlo sin proporcionar esclarecimientos a ese propósito, como si se tratase de la cosa más natural del mundo. En efecto, en dicha exposición se lee que el principio dispositivo (considerado como un "reflejo de la autonomía del derecho que se hace valer en el proceso mismo") implica, o "que el ejercicio de la jurisdicción depende del ejercicio de la acción", o, en el terreno de la prueba, que la misma entra de nuevo en la disponibilidad de la parte. Y tampoco puede decirse que esta clara afirmación queda desmentida por la sucesiva consideración según la cual el proceso permanecería siempre dispositivo, "en el sentido de la disponibilidad del derecho o del interés", inclusive cuando cesase de serlo "en cuanto se refiere a la prueba", ya que tal observación está explícitamente limitada a los casos en que no hay un interés positivo del juez en orden al pronunciamiento.

---

95 Así CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., I, § 59, especialmente en p. 215, tras haber antes (p. 213) escrito que "es *sobre todo* en orden a la alegación y a la prueba de los hechos donde en la sistemática procesal se halla contrapuesto el principio dispositivo al principio inquisitorio". "Sobre todo", pues, y no exclusivamente, hasta el punto de que el mismo CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 215, hace suyas las palabras de la exposición de motivos ministerial, a tenor de los cuales el proceso dispositivo no sería otra cosa que la proyección en el proceso del derecho subjetivo, y no sólo eso, sino que también habla del mismo (§ 60, pp. 216-18) en contraposición al proceso iniciable a instancia del ministerio público, y, por tanto, acaba por abarcar en la habitual antítesis entre principio dispositivo y principio inquisitorio inclusive cuanto pertenece a la utilización del instrumento proceso civil.

Cautas referencias a estos principios únicamente en plan de reconstrucción de la situación de hecho, sin que tal cautela vaya, sin embargo, acompañada por la toma de posición acerca de la cuestión que estoy tratando, encontramos, en honor de la verdad, en JAEGER, *Dir. proc. civ.*, cit., n. 147, p. 320; igualmente en RAJA, *Il giudice istruttore* en *nel processo civile*, Nápoles, 1945, pp. 71 y 82. También CALOGERO, *Etica* etc., cit., p. 290, enlaza incidentalmente con el principio dispositivo tan sólo la regla *quod non est in actis, non est in mundo.*

96 Cfr. la nota anterior.

97 Cfr. SATTA, *Dir. proc. civ.*, cit., n. 73, pp. 108 y s.

Hasta aquí los expositores del sistema italiano vigente. Falta, pues, añadir solamente que también entre los estudiosos de lengua española, en la actualidad tan abiertos a todas las corrientes del pensamiento procesal, hay alguno que llega, a lo sumo, a hablar de principio dispositivo y de principio inquisitorio en sentido lato, al primero de los cuales contrapone un principio dispositivo *stricto sensu,* concerniente al poder de las partes de disponer tan sólo del objeto del proceso (o sea, contrapone un principio dispositivo en el sentido de la *Dispostionsmaxime* que figura en la bifurcación grata al movimiento diferenciador alemán: *supra,* nn. 6 y 7) ; [98] así como está bien persuadido de que cuando se trata de la "violación de un bien jurídico general, desaparece aquella circunstancia de pura oportunidad en que se basaba el principio dispositivo" ; [99] pero nada más. Tan es así, que el mismo escritor hasta ahora citado puede decirse al paso con la restante doctrina, todavía más explícita y menos sutilizante, cuando incluye en tal principio (entendido, según dice, *lato sensu*), tanto la posibilidad de instaurar el juicio, como la "de aportar el material instructorio fáctico". [100]

---

98 FAIRÉN GUILLÉN, *Para la elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento,* en *Anuario de Derecho Civil,* I (1948), pp. 1345 y ss., especialmente en las pp. 1350-54 (reedit. en *Rev. der. proc.* [argentina], 7 (1949), pp. 172 y ss., especialmente en pp. 178-82).

99 Así, siempre, FAIRÉN GUILLÉN, *op. cit.,* p. 1358 (p. 187).

100 Loc. cit., (cfr. del mismo FAIRÉN GUILLÉN asimismo las referencias ilustrativas del sistema vigente en España contenidas en su *Grundriss des spanischen Zivilprozessrechts,* Zürich, 1946, pp. 18 y ss.). Para la restante doctrina de lengua española, que tranquilamente computa entre las manifestaciones del principio dispositivo (rigurosamente realizado en la *Ley de enjuiciamiento civil* de 21 de junio de 1880), tanto la característica por la cual "el proceso es incoado por la parte", como aquella otra en virtud de la cual "incumbe a la parte la aportación de los hechos y al Juez sujetarse a ellos", me limito a citar a PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil,* I, Zaragoza, 1949, n. 176, p. 192 —de quien solicité las frases reproducidas—; ID., *Revisión de los conceptos básicos del Derecho procesal,* cit., n. 3; DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil español,*[2] Madrid, s. a. (pero de 1945), pp. 346 y ss.; ALSINA, *Tratado de Derecho procesal civil y comercial,* I, Buenos Aires, 1941, p. 442 y s.; en tanto que GUASP, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil,*[2], I, Madrid, 1948, pp. 658, nota, se limita a observar que la regla *iudex secundum alligata et probata a partibus iudicare debet* sería una aplicación fundamental, pero no única, del principio dispositivo.

Siempre en el sentido aquí recordado, véase la interesante presentación del COUTURE al *Proyecto de código de procedimiento civil,* redactado por él en virtud de encargo del Gobierno uruguayo (Montevideo, 1945, n. 46, pp. 84 y ss.). Entre las mono-

La razón de ser de este *excursus* mío acerca de la historia literaria del principio dispositivo y del contrapuesto principio inquisitorio, me parece, por tanto, radicar en cuanto he tenido así oportunidad de recordar y de comentar. En efecto, se saca de él la consecuencia de que, no obstante cualquier intuición debida al deseo de profundizar distinguiendo (intuición que, en todo caso, no ha sido llevada hasta sus últimas consecuencias y no ha tenido el éxito que merecía: v. n. 7), y, no obstante, la más exacta apreciación de las peculiaridades propias del proceso dispositivo en antitesis con el inquisitorio (v. n. 8), está todavía arraigado el método que desde mi primer esbozo denuncié a la opinión corriente (v. n. 5, al principio). El método que implica, por tanto, traspasar los límites justos, para envolver también en el examen y en la clasificación de características propias de la organización interna de cada tipo de proceso cuanto es, en cambio, manifestación de un fenómeno de muy distinta naturaleza y que como tal va una buena vez considerado, si queremos atenernos al criterio —que me he impuesto como regla— de diferenciar la esencia de todo aquello que se necesita en función del medio al que se recurre y en consideración a su más feliz realización práctica (n. 4 al final). Sólo así se podrá, entre otras cosas, comprender el alcance real y con él el verdadero significado de los distintos ordenamientos positivos en su evolución y no en su cotejo, y ello desde el punto de vista de la tutela jurídica que se otorgue a los intereses materiales, más aún que desde el puramente procesal.

11. Personalmente, no tengo partido alguno tomado contra el método de las llamadas "máximas" o, mejor dicho (por lo menos, en lengua italiana), de los llamados "principios" (siempre, se sobreentiende, que de ese modo no se eleve a conceptos apriorísticos y, por tanto, absolutos cuanto únicamente sirve para indicar de manera sintética ciertas características, de vez en cuando declaradas ["accertate"] *de iure condito* o a realizarse en vía legislativa en lugar de otras). Más aún: considero firmemente que al movimiento que tuvo su fundador en Gönner no puede

---

grafías más recientes sobre temas específicos, cfr., entre otras. ESTÉVEZ, *Proceso y forma*, Santiago de Compostela, 1947, p. 94 (para el cual, si se instaurase de manera totalitaria el principio inquisitorio, "sería igualmente necesario abolir la transacción, el compromiso y la donación en todas sus formas y aun toda convención lucrativa", y de este modo incluye también, decididamente, en la antítesis entre los dos principios cuanto se refiere a la utilización del instrumento proceso); GELSI BIDART, *De las nulidades en los actos procesales*, Montevideo, 1949, pp. 28 y ss.

negarse el mérito de haber dilucidado, en el ámbito del proceso de cognición, los diversos criterios en que pueden precisamente inspirarse los distintos ordenamientos positivos (y, por tanto, en que cabe luego decir que se han basado en concreto los distintos ordenamientos) por lo que se refiere a la preponderancia de la iniciativa de parte o, por el contrario, de la del juez en el desenvolvimiento del proceso y especialmente en la reconstrucción y acertamiento de los hechos trascendentes para el juicio.[101] De ahí que, sentadas estas premisas, si no cierro este trabajo, como en efecto no intento cerrarlo, con una expeditiva y simple adhesión a dicha dirección, en rigor más refinada, de la doctrina alemana que, siempre en el ámbito del movimiento iniciado por Gönner, distingue el *Dispositions* y el *Verhandlungsprinzip*, ello quiere decir que, pese a los méritos que he reconocido a dicho movimiento diferenciador, es muy otro el discurso que me parece que se puede y se debe tener. Por otra parte, no deseo hacer un juego de sustantivos y mucho menos de adjetivos, como sucedería inevitablemente si me limitase a proponer una palabra en vez de otra, a cambiar la terminología o a intentar, en todo caso, ponerla de acuerdo con la lengua italiana.

A *tal dirección diferenciadora es, ante todo, reprochable* —además del acostumbrado defecto de haber mantenido el problema exclusivamente dentro de los límites del proceso de cognición—, una indudable incertidumbre de contornos, que antes que nada es falta de un seguro y constante criterio de demarcación entre lo que se querría hacer entrar en uno de los dos principios y lo que se desearía, en cambio, atribuir al otro. Como se deduce fácilmente de lo que he venido señalando al exponer los resultados del movimiento verbal (*supra*, nn. 6 y 7), de él puede formularse un juicio sintético con observar que quienes lo pusieron en marcha o se han adherido al mismo, tienen el mérito de haber intuído una razón para la distinción, pero no parecen haberse dado perfecta cuenta de en qué consista esa razón. No en vano han situado el problema exclusivamente en el ámbito del proceso y de los correspondientes confines; lo han considerado sólo como un problema procesal, y si ha habido alguno que se haya remontado al Derecho material de disposición, ese mismo ha disminuído grandemente con las propias manos la importancia de tal acercamiento, cuando en él ha implicado también todo lo que a su entender per-

101 SAUER, *Grundlagen des Prozessrechts*,[2] Stuttgart, 1929, p. 61, opina que en lugar de descubrimiento se debe hablar de acertamiento ("accertamento") de los hechos, por ser éstos ya conocidos.

tenece a la *Verhandlungsmaxime*.[102] Por lo demás, es inevitable que para ser precisos respecto a los efectos, para darse cuenta de los mismos con suficiente exactitud, no basta intuírlos, sino que también se necesita individuar debidamente su causa.

No se trataba aquí, por tanto, ni se trata de establecer únicamente dos grupos de reglas en lugar de uno solo y de hallar para cada uno de ellos y de sus contrarios, o sea de los relativos a la preponderancia de la iniciativa del juez, un adjetivo adecuado, con el riesgo, que en realidad se ha revelado fundado, de que tentativas de esta clase sean tomadas tan sólo como estériles virtuosismos doctrinales.[103] Antes bien: es el caso de reconocer de una vez para siempre que todo lo que consagra el monopolio de la parte frente al juez al acudir al proceso civil y servirse de él, y, por consiguiente, al perseguir la realización de un interés material a través de dicho instrumento, no resulta incluíble en ningún principio procesal, y no sólo en el que se refiere a la reconstrucción del material de hecho, por la sencilla razón de que no concierne a la naturaleza de cada medio cuanto se refiere al régimen de utilización del medio mismo, de igual modo que, para citar uno entre los infinitos términos de comparación posible, es indudable que nada tiene que ver con la naturaleza del automóvil como medio, todo cuanto responde a la pregunta de cómo sea *utilizable tal vehículo*.

Me parece, pues, que la clave para dilucidar los fenómenos que la misma práctica de nuestro país, amontonándolos de un modo un tanto grosero y expedito, considera hoy en día por lo general como otras tantas manifestaciones del principio dispositivo o del antitético principio inquisitorio, y, por tanto, para colocar cada cosa en su sitio, consiste en no perder de vista que cuanto concierne a la disposición de la tutela jurisdiccional rebasa el proceso verdadero y propio, incluso allí donde se trate de la tutela jurisdiccional[104] y ésta sea, además, la única manera de

---

102 Así von CANSTEIN, *Grundlagen*, cit., pp. 169 y ss.

103 A propósito de juicios de este género acerca de la distinción entre *Dispositions*— y *Verhandlungsmaxime* en el ámbito del principio dispositivo en sentido lato, es suficiente con que me remita a los recientes de Furno y de Schönke, citados antes en la nota 83 y en el n. 7, texto y nota 78, respectivamente.

104 La afirmación contenida en el texto y que trato de justificar y de desarrollar en el presente párrafo y en los sucesivos, es precisamente la misma que formulé en mi trabajo provisional citado en la "Advertencia" que figura al principio de este artículo, y que, como allí recordé, ha tenido el aliento de la adhesión de Pugliese y, sobre todo, de Micheli.

influir en el régimen jurídico de cada interés material. [105] Recurriendo al proceso civil, y metiendo en esta envoltura una determinada materia que frente a la resistencia de la contraparte se convierte en materia de contienda, el titular de un interés o quien esté legitimado para actuar por él, al mismo tiempo que colabora en la función pública que tiene por objeto la observancia o reintegración del Derecho objetivo (v. n. 1, *al final*), pone en juego, desde su punto de vista personal, la conformación jurídica de ese interés material y con ello el interés mismo. Bien puede decirse, por tanto, que también cuando se comporta así, es decir, incluso cuando no produce actos capaces de surtir efectos inmediatos sobre la situación sustancial (como, en cambio, sucede cuando, por ejemplo, cada uno de nosotros da vida a un negocio jurídico), cuando hace depender la existencia y el eventual alcance de esos efectos de la resolución del juez, cada cual actúa asimismo para obtener la satisfacción de una necesidad propia. [106] En los casos aquí considerados, el problema se complica sobremanera precisamente por la presencia del juez y, en consecuencia, por la necesidad de configurar y de tener también el poder instrumental para invocarlo, o sea la acción. [107] Pero esto no impide que, siempre que el titular del interés, o quien actúe por él, pida una resolución jurisdiccional, disponga de la tutela que la ley otorga a este último, tanto si se trata de un derecho subjetivo, como si hay que habérselas simplemente con un interés protegido. La forma mediante la cual se exteriorizan estos actos de disposición será la forma apropiada al medio mismo, o sea la forma procesal (*supra*, n. 4); pero la sustancia del fenómeno, prescindiendo de la complicación antes señalada que se refleja de mil maneras y, ante todo, en la falta, en estos actos procesales de parte, de efectos sustanciales al mismo tiempo directos y definitivos, queda también siempre la de un interés material cuya tutela jurídica, que depende de la voluntad del titular (aunque no siempre de manera exclusiva), es ejer-

105 A los casos en que el proceso civil constituye la única forma mediante la cual se pueda influir sobre el régimen jurídico de cada interés material, o sea a los casos de los llamados derechos indisponibles, hice ya alusión anteriormente en el n. 4, texto y nota 43, y sobre ellos volveré más ampliamente en el n. 13, última parte.

106 Ya en el n. 2 insistí sobre este aspecto que llamé el anverso de la medalla, y en el cual la parte privada se presenta cuantas veces actúa en vía procesal y con él intenta realizar un interés suyo, una típica e individual necesidad suya de vida, con objeto de satisfacer una necesidad propia.

107 A este respecto cfr. últimamente y por todos, LIEBMAN, *L'azione* etc., cit., pp. 3 y ss.

citada por éste, del mismo modo que, valiéndonos de un parangón ya conocido, el usuario de la electricidad hace actuar la corriente girando el interruptor. [108]

La avocación por parte del Estado de la tarea de administrar justicia, no ha causado la abolición del derecho subjetivo, allí donde dicha justicia es administrada exclusivamente a instancia del interesado y en los límites de tal instancia (*infra*, n. 15); y no sólo eso, sino que aun cuando sea más correcto hablar simplemente de interés protegido, también entonces el juez no puede proveer de oficio ni puede proveer *ultra vel extra petita partium*. [109] La voluntad del particular es, pues, siempre determinante (salvo la concurrencia eventual y excepcional del ministerio público: *infra*, nn. 14 y 18), y lo es también si a continuación de la avocación de palabra el particular está en situación de tutelar su propio interés con sólo invocar la tutela ajena, es decir, la jurisdiccional. Y no se objete que para llegar de ese modo a poner en evidencia la voluntad del interesado cuando no le incumba más que dirigirse a otro nos basamos en una metáfora; en efecto: me tutelo y, por tanto, mi voluntad es trascendente en esta dirección, no sólo cuando actúo directamente frente a la contraparte, sino también cuando mi acción consiste en pedir la resolución (declarativa o ejecutiva, poco importa) del tercero imparcial, siempre que éste sea el único legitimado para proveer y siempre que únicamente pueda serlo a continuación de la demanda y dentro de los límites de ella. [110]

---

108 Cfr. a este propósito la siempre sugestiva descripción de CARNELUTTI, *Sistema*, cit., I, n. 11, *f*, p. 28, a la cual se refiere implícitamente TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, [5] Padua, 1950, n. 21, p. 39.

109 Cfr. en particular, por lo que se refiere a la jurisdicción administrativa, las interesantes referencias de GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 158 y ss., especialmente allí donde comprueba que tampoco el juez administrativo puede proveer de oficio o fuera de los límites de la demanda, y que en la formación del material de conocimiento, el principio inquisitorio prevalece, en cambio, sobre el dispositivo (ya en este sentido D'ALESSIO, *op. cit.*, p. 221, con bibliografía, y sobre todo pp. 226 y ss.). Menos convincente es la justificación que Guicciardi da de la primera de estas dos comprobaciones: a propósito de ello, cfr. las críticas formuladas por GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa*, cit., pp. 20 y 21.

110 Por lo demás, también CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., I, § 58. p. 209, ha dicho recientemente que "el hacer valer un derecho en vía jurisdiccional es un modo de disponer del mismo, y por tanto, condicionar la tutela jurisdiccional a la petición del interesado, es una consecuencia lógica de la autonomía negocial reconocida al particular sobre la propia esfera jurídica".

Desde un punto de vista más genérico, CARNELUTTI, *Sistema*, cit., I, n. 11, *e*, p. 27., observó precisamente que "la disponibilidad del derecho no es sino una frase me-

12. De las consideraciones que anteceden considero, por tanto, que es lícito sacar definitivamente dos órdenes de conclusiones.

Por un lado, puede, en efecto, inferirse que es característica de los ordenamientos jurídicos como el nuestro, la de respetar, como regla, aun desde el punto de vista del proceso civil y de las manifestaciones que tengan lugar gracias a este trámite particular, el principio fundamental de la dependencia de la tutela respecto de la voluntad del interesado (*infra,* n. 18). Por otro, de ellas se desprende, como corolario ulterior y complementario, que todas las normas que en ordenamiento de tal clase aseguran tal respeto, se nos aparecen cuando se habla del proceso, porque ésta es la ocasión en que salen a luz: en realidad, son normas que concurren a la formación y al éxito del principio en cuestión y que, por tanto, conciernen, no al modo de ser del instrumento proceso civil, sino antes aún al basilar de la protección jurídica dada a los intereses materiales. Trátase, por tanto, de disposiciones o de reglas que tienen un alcance trascendente, ante todo, para la Teoría general del Derecho y que, por consiguiente, se las considera en tal sentido. No en balde la esencia del fenómeno a que se refiere no es intrínseca al proceso, precisamente porque tal fenómeno se halla encuadrado en el origen, en sentido lógico, de cada ordenamiento, o sea allí donde los intereses sustanciales de cada cual reciben el crisma jurídico y donde este crisma es modelado.

Es, pues, en tal momento o aspecto basilar, en el que se otorga la tutela jurídica y al conferirse se le da forma, en el que se debe lograr cuanto constituye el denominador común de los conocidos aforismos: *nemo iudex sine actore; nemo invitus agere cogatur; ne eat iudex ultra vel extra petita partium; sententia debet esse conformis libello,* y de otros análogos. Así como es a tal momento o aspecto basilar al que obviamente hay que conducir de nuevo las disposiciones legales, aunque sólo sean en cada uno de los ordenamientos positivos la reproducción y consagración en forma normativa de los principios transmitidos en los citados aforismos (cfr. por ejemplo, el § 308, ap. 1º, de la ZPO alemana, así como los

---

nos exacta para significar la disponibilidad de la tutela del interés por parte de su titular", y en la tutela incluyó cualquier sanción; mientras en otro lugar (*op. cit.,* n. 159, p. 411) ha señalado que "una cosa es el acertamiento, la constitución e incluso la realización de la tutela y otra la disponibilidad en torno a la misma: cuando el juez declara ("accerta") el crédito o cuando el oficial de ejecución vende los bienes del deudor, no hay en todo ello sino una más intensa tutela puesta a disposición del interesado, el cual, sin embargo, está siempre en condiciones de disponer de ella como le plazca y, por tanto, de servirse o no de la misma".

arts. 2907, ap. 1º, cód. civ., 99 y 112 cód. proc. civ.; y a propósito de ellos, *infra*, n. 18). En efecto, si consideramos en dichos aforismos tan sólo lo que he venido llamando el anverso de la medalla, prescindiendo del reverso que, por lo ya dicho (v. n. 2), está representado por todo lo que de él se deduce a cargo de la parte (o sea, respectivamente, de la carga de convertirse en actor, de presentar una demanda y de concretar peticiones si se quiere obtener justicia), podemos comprobar fácilmente que ellos quieren, en definitiva, decir simplemente que la exteriorización de la tutela jurisdiccional y los límites de la misma dependen de la mecha que es la libre voluntad de la parte. De ahí que hayan de colocarse fuera o, más exactamente, antes de la estructura interna del instrumento proceso y, por tanto, no deben contarse entre las reglas y principios que conciernen directamente a tal estructura, aun cuando el método tradicional, acogido incluso en la exposición de motivos de nuestro código de procedimiento civil (*supra*, n. 9), sea precisamente el contrario.

13. Por lo demás, una consoladora confirmación de las observaciones que he venido formulando la proporciona el hecho de que entre las peculiaridades del proceso de tipo inquisitorio, en el que la doctrina italiana más que ninguna otra ha tenido el mérito de detenerse (*supra*, n. 8), se ha llegado como máximo a incluir la eventual acción del ministerio público (v. nn. 5 y 9), pero jamás se ha pensado, y con plena razón, en comprender en ella la posibilidad para el juez de extender la propia iniciativa hasta el punto de instaurar *sua sponte* un juicio para tutelar el pretendido derecho de una parte o, por lo menos, a fin de juzgar *ultra vel extra petita partium*. Sobre ello habría debido reflexionarse, ya que de ahí se desprende, de manera fácil y convincente, la demostración de que cuanto se refiere a la posición respectiva de las partes y del juez en orden a la instauración del juicio y a los límites del mismo no cambia, cualquiera que sea el tipo de proceso tomado en consideración, y que, por tanto, es reprobable la tendencia habitual de ocuparse de él por vía de examen de las características propias del tipo antitético del inquisitorio, o sea por vía de examen del principio dispositivo, como si se tratase de extremos variables y, por consiguiente, decisivos para los fines de la distinción. En efecto, ya he tenido ocasión de comprobar que esta tendencia es posterior a Gönner, quien por tener a la vista la AGO federiciana, no podía ser arrastrado a engaño,[111] y que dicha tendencia se perfiló y

111 También recientemente BERNHARDT, *Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess*, cit., p. 14, ha aducido como ejemplo de la conveniencia de considerar

afirmó posteriormente, cuando la estructura interna del proceso fué también rigurosamente impresa en la iniciativa de la parte, y cuando se hizo un todo con las manifestaciones de dicha iniciativa y con las relativas a la *disponibilidad* del instrumento proceso (v. n. 5). En otras palabras: tal tendencia alineadora llega a ser corriente cuando se incurre en el error —que aún perdura— de apoyarse en el elemento común de la disposición y de reducir a mera diferencia de objetos y no de fenómenos que tienen lugar en planos distintos, la que existe entre disponer del proceso como medio para obtener la tutela jurisdiccional y disponer, en cambio, del material de prueba y, en general, de todo lo que puede resultar útil en o para cada proceso.

Acaso la confusión habitual habría sido determinable más fácilmente si al tratar del principio dispositivo se hubiese tenido en cuenta no sólo el proceso de cognición, como ha solido hacerse, *sino también* esa cenicienta que hasta hace poco tiempo ha sido el proceso de ejecución forzosa individual. [112] En efecto, cualquiera que sea el tipo de este procedimiento, y cualquiera que sea su organización, es indudable que dentro de su ámbito los poderes dispositivos del propio acreedor ejecutante ("procedente") y, en general, de la parte instante son, como regla, bastante limitados, mientras que, por el contrario, queda también siempre libre para servirse o no de él y para fijarle el alcance (v. además, *infra*, al final del n. 17).

---

de modo distinto la *Dispositonsbefugnis* de las partes y la *Verhandlungsgrundsatz*, éste de la AGO prusiana, la cual, aunque inspirada en el principio inquisitorio, permitía a las partes disponer de la materia en contienda mediante transacción, reconocimiento o renuncia (*supra*, n. 5, texto y nota 50).

112 Entre las rarísimas y, en todo caso, siempre limitadas referencias a un más amplio planteamiento del problema, hay que computar, ante todo, la de SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen im Zivilprozess*, Bonn, 1935, pp. 93 y ss., a tenor del cual el actual proceso ejecutivo alemán está fundamentalmente dominado por la *Dispositions maxime* (entendida en sentido estricto, o sea en contraposición a la *Verhandlungsmaxime*), y después la de CARNELUTTI, *Sistema*, cit., nn. 150 y 159, pp. 400 y 410, que reconoce al art. 35 cód. proc. civ. de 1865 (y, por tanto, a lo que llama la carga de la demanda: pero a este propósito v. *infra*, n. 16) el mérito de contener una fórmula que por su amplio contenido debe considerarse válida incluso para la ejecución forzosa. Cfr. también de CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., I, n. 224, p. 209, donde observa justamente que la regla a que responde el vigente art. 112 es buena asimismo para el proceso ejecutivo. Y no hay que olvidar que también CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., I, § 59, p. 213, enseña que tanto el principio de la demanda, como el de la correspondencia entre la petición y el pronunciamiento, si bien han sido estudiados de manera especial en relación con la fase de conocimiento, valen igualmente para la de ejecución forzosa.

He aquí como un obligado ensanchamiento de horizonte concurre a confirmar mi tesis.

Pero no basta, ya que un ulterior aliento para la exactitud del resultado a que he llegado me parece que puede obtenerse si, para evitar que el campo de indagación se vuelve más complejo por la presencia de otras formas de manifestación de la preponderante voluntad de la parte, nos apartamos del método usual y nos referimos, por tanto, no a los derechos renunciables incluso después de que el juez haya declarado su existencia, o sea en grado de ofrecer la satisfacción de los mismos, [113] sino a aquellos que, a costa de incurrir en una contradicción terminológica, reciben el nombre de indisponibles, pero que en realidad presentan únicamente la peculiaridad de ser tutelables sólo a través del proceso y, por tanto, a través de la necesaria fiscalización del juez. [114] Si esta categoría por decirlo así depurada de derechos no negociables hubiese sido tenida en mayor consideración, especialmente durante el estudio del que viene siendo comúnmente indicado como el vejadísimo problema de la acción, probablemente no se habría afirmado con tanta seguridad y sin limitación alguna que la hipotética atribución al juez de la tarea de desenvolver de oficio la función jurisdicional haría desvanecerse la idea de la acción como derecho concerniente al particular para la defensa del derecho subjetivo insatisfecho, pero no la idea de este último. [115] O acaso, salvo que después no se ofrezca una demostración suficiente, no se habría rechazado netamente el concepto, en seguida titubeante para su propio negador, de que cuanto él denomina carga de la demanda sea tan sólo un corolario "de la tutela del interés de la parte bajo la forma del derecho subjetivo". [116] Y

---

113 Cfr. los ejemplos formulados, para no citar otros, por CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, en *Saggi*, cit., I, pp. 3 y ss., sobre todo en el n. 2 (y luego en los *Principii*, cit., § 1, III, pp. 43 y ss., y en las *Istituzioni*, I, n. 7, pp. 21 y ss.), así como por CARNELUTTI, *Sistema* cit., I, n. 11, pp. 25 y ss.

114 V. anteriormente, los nn. 4 (texto y nota 43) y 11, así como CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., I, § 60, pp. 216 y s.

115 La afirmación criticada, aunque lo fuese sólo por el alcance general que le fué atribuído por su autorizado formulador, es de CHIOVENDA, *loc. cit.*, quien arranca precisamente de la hipótesis recordada en el texto y de la consiguiente y pretendida desaparición de la acción pero no del derecho subjetivo, para llegar a su bien conocida construcción de la acción. A Chiovenda se ha referido, entre otros, ALLORIO, *Patto di non denunciare e indisponibilità dei diritti processuali*, en *Riv. it. dir. pen.*, 1935, I, n. 13 al final, pp. 197 y s.

116 El autor a que aludo en el texto es CARNELUTTI, *Sistema*, cit., I, n. 159, pp. 410 y s. (*infra*, n. 16).

que estos apuntes míos se ajustan a la verdad, está confirmado por las interesantes consideraciones, susceptibles, a mi entender, de ulteriores desenvolvimientos, que muy recientemente han sido formuladas agudamente acerca de la "tradicional relación instrumental entre el derecho subjetivo y la acción", precisamente gracias al examen de "aquel grupo de situaciones de Derecho sustantivo, en las que por faltar a los particulares el poder de disponer negocialmente de sus relaciones, éstas sólo pueden ser modificadas mediante la intervención del juez (sentencias constitutivas *necesarias*)".[117] De todos modos, piénsese como se quiera a propósito de las afirmaciones reproducidas y de las construcciones en ellas presupuestas, una vez que se las considere en relación con los derechos llamados indisponibles, es un hecho que, si nos referimos a estos últimos y, por tanto, a hipótesis respecto de las cuales no es posible, por definición, continuar entreviendo la presencia del mismo derecho subjetivo y mucho menos considerarlo incambiado sólo porque no esté, por ejemplo, permitida todavía su renuncia según las formas negociales, aparece fácilmente manifiesto qué sucedería con estos derechos llamados indisponibles si fuesen excluídos totalmente de cada uno de los ordenamientos positivos las normas o principios que imponen, por lo general, al juez el respeto a la parte como libre de acudir o no al proceso civil y de darle uno u otro contenido; ya que una exclusión de ese género eliminaría de golpe la dependencia de la tutela jurisdicional respecto de la voluntad del interesado, que en orden a tales derechos constituye el único requisito que legitima la costumbre corriente de contarlos entre los derechos subjetivos.[118] Pero si al desvincular de tal manera al juez respecto de la iniciativa de la parte se acabaría por poner en duda ese carácter del derecho subjetivo que tradicionalmente se encuentra también en los intereses materiales sólo tutelables por vía de acción, no veo cómo pueda negarse que todo cuanto atañe al régimen de utilización del instrumento proceso civil concierna directamente al crisma que cada ordenamiento jurídico atribuye a tales intereses.

---

117 Así, CALAMANDREI, *La relatività del concetto d'azione*, cit., n. 8, *a* (en *Studi*, cit., V, p. 18).

118 A propósito de la disponibilidad de la tutela jurisdiccional como único requisito que permita computar los llamados derechos indisponibles entre los derechos subjetivos, cfr., por todos, FERRARA F. sr., *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921, n. 68, p. 324, y bibliografía allí inserta; véase también *infra*, n. 15.

14. Para completar el cuadro, considero oportuno añadir que el legislador puede influir sobre este crisma no sólo otorgando al juez el poder de instaurar de oficio un proceso o, por lo menos, el de introducir en él otra materia, sino también manejando el ministerio público y las tareas correspondientes. Porque, si al menos desde el punto de vista formal, el ministerio público aparece con carácter de parte, es un hecho que cuantas veces la ley lo toma en consideración respecto del proceso civil, es un sujeto distinto de los particulares interesados, que así entra en juego además de ellos, y entra en él por deber de oficio y para la consecución de fines directamente imparciales (de aquí el juego de palabras *parte imparcial*);[119] y, por tanto, es una realidad que también de este modo se acaba por incidir, aunque sólo sea de manera refleja, sobre la posición de los particulares. Pero ¿sobre qué posición?

Se ha afirmado no hace mucho que "introducir en el proceso civil, con el carácter precisamente de ministerio público concluyente, que pueda integrar la documentación inclusive cuando las partes privadas no estuviesen en condiciones de hacerlo o lo rehusasen, proponer la admisión de pruebas constituyentes aun cuando las partes privadas no piensen en ello o prescindan de las mismas, impugnar las sentencias en casos en que las partes privadas les prestarían aquiescencia en lo que les afectase, es precisamente el medio ingenioso de conciliar el respeto *formal* del principio dispositivo con la superación de la *sustancia* del propio principio. Así, pues, este nuevo sujeto que se incorpora al proceso es, indudablemente, parte, ya que hace lo que sólo las partes y no el juez, pueden hacer; sin embargo, mediante la propia actividad, alcanza el mismo objetivo práctico que se conseguiría con la ampliación de los poderes del juez en la zona que el principio dispositivo reserva a la actividad de las partes: o sea, el resultado de suplir la falta de rendimiento de las partes, y de hacer caminar el proceso por los caminos, por donde las partes no se cuidan de encarrilarlo, o que las partes preferirían decididamente no recorrer".[120] Esto se ha dicho, y con razón, desde el punto de vista del ministerio público concluyente, o sea, añado, desde el punto de vista del ministerio

---

119 Para una crítica de esta fórmula contradictoria, v. ahora SATTA, *Dir. proc. civ.*, cit., n. 33, p. 51.

120 Así, ALLORIO, *Il pubblico ministero nel nuovo processo civile*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, pp. 225 y s. Indicaciones más cautas, pero conformes en lo sustancial, en SCHANZ, *La cooperazione del pubblico ministero nella giustizia civile*, en *Ann. dir. comp.*, 18 (1946), pp. 108 y s., y allí bibliografía.

público que se mueve y puede moverse únicamente en el campo del proceso instaurado por otros en su fase inicial y en la de impugnación.[121] Pero no es todo, ya que el ministerio público puede también asumir el carácter de quien "ejercita la acción civil" (art. 69 cód. proc. civ.; v. también el art. 2907, ap. 1º, cód. civ. y el art. 75, ap. 1º, del real decreto de 30 de enero de 1941, n. 12) o que "interviene en los pleitos que hubiera podido proponer" (art. 72, ap. 1º),[122] y por tanto, va encuadrado también como tal. Y bien es precisamente para darnos cuenta del alcance efectivo de las disposiciones legislativas que atribuyen al ministerio público el poder de actuar, para lo que, si no me equivoco, resulta útil lo que vengo diciendo acerca de las normas aparentemente procesales, pero que en realidad conciernen no a la organización técnica de cada tipo de proceso, sino directamente a la tutela que el ordenamiento jurídico concede a los intereses materiales, así como a la estructura de dicha tutela.

En efecto, ya se reconozca en el ministerio público un fenómeno de sustitución procesal o de tutela de derechos indisponibles,[123] ya, en cambio, se excluya a tal propósito la presencia de varios legitimados res-

121 A Allorio se le podría dirigir solamente el reproche de haber incluído tranquilamente entre los poderes del ministerio público concluyente ("concludente") el de impugnar las sentencias que las partes privadas dejasen por su cuenta pasar en autoridad de cosa juzgada, sin plantearse la duda de si gracias a tal poder, concedido, además, en hipótesis bastante limitadas (o sea, originariamente sólo en el caso del art. 397 y ahora también en los dos previstos por el nuevo texto del art. 72, aps. 2º y 3º, cód. pro. civ., introducido con la ley de 30 de julio de 1950, n. 534), pueda o no continuarse hablando de ministerio público concluyente. Tan es así, que muy recientemente VASSALLI, *Pubblico ministero e cause matrimoniali*, n. 8 de esta colección, II, p. 579, así como en *Giur. it.*, 1950, IV, c. 123, ha escrito que, en su opinión, la acción del ministerio público en vía impugnativa tiene el mismo fundamento que en primera instancia posee la acción, sea principal o accesoria.

122 Para una lista de los casos en que, según nuestro ordenamiento, puede ejercitar la acción el ministerio público, cfr., *infra*, n. 18, así como ALLORIO, *op. cit.*, pp. 233-4. Téngase también presente a este propósito lo que acabo de recordar en la precedente nota 121.

123 Acerca de las varias opiniones que se han venido formulando a propósito de la figura del ministerio público agente, y en especial acerca de las dos recordadas en el texto, remito a la razonada bibliografía contenida en ALLORIO, *op. cit.*, p. 6, nota 4. Cfr. también DE MATTIA. *Intervento del pubblico ministero nel processo civile*, en *Temi em.*, 1942, II, pp. 81 y ss.; CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., I, nn. 197-202, pp. 187-91; JAEGER, *Dir. proc. civ.* cit., nn. 120-25, pp. 276-90; CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., II, § 124, pp. 286 y ss.; ANDRIOLI, *Commento*, cit. I, pp. 182 y ss.; REDENTI, *Dir. proc. civ.*, cit., I, n. 52, pp. 138 y ss.; etc.

pecto de una relación única y se prefiera hablar de una pluralidad de derechos convergentes en haz, con objeto único, [124] ya, finalmente, que se descubra en él un órgano netamente jurisdiccional, [125] una cosa me parece indudable, y es que con la concesión de la acción al ministerio público se sustrae al titular del interés material el monopolio de pedir las resoluciones jurisdiccionales correspondientes a tal interés. Se aparta así de la que es regla en el campo civil, consistente en la exclusiva dependencia de la tutela jurisdiccional respecto de la voluntad del interesado, y con ello, se incide, por tanto, modificándola, en lo vivo de la organización de dicha tutela. Como también es verdad que con la introducción del ministerio público concluyente en el proceso se concilia "el respecto formal del principio dispositivo con la superación de la sustancia del principio mismo", ya que "mediante su propia actividad alcanza él (M. P.) el mismo fin práctico que se conseguiría con la ampliación de los poderes del juez"; igualmente es cierto que al conceder la acción al mismo ministerio público, se concilia la prohibición del juez de acudir de oficio al instrumento proceso o también la de introducir *sua sponte* otras materias, con la superación de la regla fundamental gracias a la cual ese expediente y esa introducción dependen exclusivamente de la voluntad del particular, titular del interés sustantivo. Cuando el legislador introduce en el proceso civil al ministerio público concluyente con los poderes de que trata el art. 72, ap. 2º, se mueve en el plano de la organización interna de cada tipo de proceso e influye en dicha organización (*infra*, n. 19); en cambio, cuando atribuye al ministerio público el poder de actuar, entonces se mueve en el plano diverso y lógicamente antecedente de la estructura correspondiente no al instrumento proceso, sino a la misma tutela que se concede a los intereses materiales en el momento en que se convierten jurídicamente en trascendentes (*infra*, n. 18). Por tanto, esa tutela puede ser modificada en su conformación no sólo con invertir la posición tradicional del juez respecto al modo de utilizar el instrumento proceso civil, sino también con recorrer el camino en apariencia más largo, pero que prácticamente responde mejor a la finalidad, y que consiste en conceder la acción al ministerio público.

En este aspecto, también la figura del ministerio público es importante desde el punto de vista del anverso de la medalla, o sea desde el punto de vista de quien se sirve del proceso civil (v. n. 2, al principio);

124 Esta es la opinión de ALLORIO, *op. cit.*, p. 237.

125 Así, recientemente, SATTA, *loc. cit.*

y en este sentido, no puede, por tanto, ser borrado cuando se trate de conformar el crisma jurídico de los intereses materiales o de establecer el exacto alcance del crisma ya existente (v. n. 15).

15. El haber puesto en claro que todo cuanto concierne a la utilización del instrumento proceso civil no tiene que ver con la estructura del proceso mismo, sino que atañe directamente a la tutela y a la conformación de la tutela que el ordenamiento jurídico asigna a los intereses materiales, no solamente permite eliminar del ámbito del principio dispositivo y de la correspondiente *Verhandlungsmaxime* lo que se refiere a tal utilización, sino que consiente, además, excluir que entre los principios fundamentales sobre los cuales puede ser modelado un proceso se cuente la *Dispositionsmaxime* (*supra*, n. 6). Con esta última denominación los secuaces del movimiento diferenciador alemán han solido, en efecto, indicar, aun cuando de manera no unívoca ni precisa, la facultad exclusiva de cada interesado para disponer de la tutela jurisdicional, que —por lo dicho y repetido por mí— no ha de confundirse con el instrumento y, por consiguiente, *a fortiori* con las características del instrumento mediante el cual la tutela se realiza. Por tanto, estoy en condiciones de afirmar que, tratándose de fenómenos que tienen lugar en planos diversos, es necesario distinguir cuanto se incluye bajo el ala del *Verhandlungsprinzip* y cuanto en la doctrina germánica se cobija bajo el ala correspondiente al *Dispositionsprinzip*; pero tal distinción es necesaria no por los motivos aducidos por dicha doctrina, sino por la sencilla razón de que este último principio no se computa en la categoría de principios procesales ni, en general, entre los principios autónomos, aludiéndose con ello a esa disponibilidad de la tutela jurídica por parte del interesado, en la que se suele reconocer el elemento característico e inconfundible del derecho subjetivo. En otras palabras, si el *Dispositionsprinzip* en sentido estricto (o sea como antitesis del *Verhandlungsprinzip*) no es más que respecto del derecho subjetivo, incluso cuando se acuda a la tutela jurisdiccional y con ello al instrumento proceso civil, y, más aún, si no es más que la manifestación en tal contingencia también de la característica más saliente de dicho derecho subjetivo, hasta el punto de cerrar el sistema, no veo cómo pueda reconocerse en él un principio existente por sí mismo, aun cuando sustancial. [126]

126 Por los motivos expuestos o recapitulados en el texto, no puedo, pues, aceptar tampoco la teoría de von Canstein de que me ocupé en el n. 6, texto y nota

Considero más bien oportuno retornar sobre cuanto he puesto de relieve acerca de las consecuencias que en el plano de la Teoría general del Derecho surgirían, tanto si se concediese al juez la facultad de instaurar de oficio un proceso o de juzgar *ultra vel extra petita partium* (v. n. 13), como si se atribuyese al ministerio público el poder de acción (v. nn. 14 y 18). El hecho de que tales consecuencias hallen lugar también en esta última hipótesis, convierte el problema en actual, incluso respecto de nuestro ordenamiento vigente, aun cuando sólo sea en un número limitado de casos. De cualquier modo, aunque no sea más que como mera hipótesis, vale también la pena de tener presente la eventualidad de que al juez se le consienta dar vida *sua sponte* a un proceso e introducir en él otro material, puesto que no hay mejor método para comprender un sistema como el que consiste en ver lo que sucedería asimismo en el sistema diametralmente opuesto. Además, no se olvide que un ordenamiento positivo como el ruso, resultante del código de procedimiento civil de 10 de julio de 1923 y de las aclaraciones y modificaciones que este último ha sufrido hasta el 1º de septiembre de 1947, no solamente contiene en el art. 2 la norma mediante la cual se concede al ministerio público el ejercicio de la acción civil para el reconocimiento y realización (incluso en vía ejecutiva) de los derechos privados cada vez que el propio ministerio público lo considere necesario para la tutela de un interés del Estado o de la masa de los trabajadores [127] (con la consecuencia de que, si el acreedor no se presta a recibir lo que le pertenezca, los bienes recabados mediante la ejecu-

67; aunque prescindiendo de la nada feliz terminología por él propuesta y que recordé en la nota 62, tenga este autor el mérito de haber profundizado como ningún otro en el problema.

127 Para una descripción oficial de los poderes que el ministerio público tiene en el proceso civil soviético en virtud del citado art. 2, cfr. la p. 262 del manual titulado *Ostnovi sovietskovo gosudarstva i prava*, editado en Moscú en 1947, bajo la dirección del Instituto de Derecho, y autorizado por el Ministerio de Instrucción de la URSS. como texto para los Institutos superiores de educación. Interesantes informes sobre el mismo tema y sobre la posición constitucional del ministerio público ruso se leen en SCHLESINGER, *Soviet legal theory*, [2] Londres, 1946, pp. 95, 122 y ss., 229 y 241; así como en DAVID, *Cours de législation civile comparée*, París 1947-48, pp. 417 y ss., el cual, aunque sin citar ningún texto legislativo, describe (pp. 420 y s.) el poder que el ministerio público tiene de tomar, entre otras cosas, la iniciativa del proceso civil en lugar del ciudadano débil o mal informado, y ello se explica, bien por la consideración de que el respeto a la ley no es en Rusia cuestión que ataña sólo a los particulares, bien porque según la doctrina marxista-leninista el interés privado de los ciudadanos no puede distinguirse del público más que de una manera artificial.

ción acaban por ser confiscados a favor del Estado),[128] sino que salvo en determinados casos, permite todavía *expressis verbis* al juez proveer inclusive fuera de las peticiones de las partes, con desprecio absoluto, por tanto, de la prohibición de la ultrapetición (art. 179).[129] Y bien, ¿qué sucede con el derecho subjetivo cuando la palanca para que sea realizable la tutela jurisdicional, o sea la tutela por excelencia, no se halla exclusivamente en las manos del titular del interés (o de quien actúe por él, en el plano privado), sino que también es manejable, en virtud de deber de oficio, por un órgano del Estado, bajo forma de poder de acción e incluso de poder de juzgar sin petición de parte o fuera de la misma?

La pregunta que acabo de formular, es independiente de la opinión que se sustente acerca de la esencia de esa proyección del Derecho objetivo que es el derecho subjetivo.[130] En efecto, se considere tradicionalmente este último como la autoprotección del interés o, para no decir que puede protegerse a sí mismo, como el poder atribuído a la voluntad del sujeto de actuar para la satisfacción de los propios intereses;[131] o bien

---

128 Ante la carencia continuada de otros trabajos de más volumen y estrictamente doctrinales, son siempre merecedores de ser consultados acerca del ordenamiento procesal vigente en Rusia, aunque no sean muy recientes, los de POPOV, *Grundsätze des Zivilprozesses der Sovietunion*, en *Zeitschrift für Ostrecht*, 1 (1927), pp. 897 y ss., y de MAURACH, *Leitende Gedanken des Zivilprozesses in der Sovietunion*, en *Zeitschrift für osteuropäisches Recht*, 1 (1934-35), pp. 35 y ss.; ulterior bibliografía e interesantes indicaciones acerca de la desvalorización del derecho subjetivo que tal ordenamiento ha efectuado, gracias precisamente a las normas recordadas en el texto y a que también se refiere la nota siguiente, v. CALAMANDREI, *Il processo civile in Russia*, en *Riv. dir. proc.*, 1942, I, p. 287 (reproducido en *Studi*, cit., V, pp. 321 y ss.), así como en el anterior trabajo del mismo autor, *La relatività del concetto d'azione*, cit., n. 10 (en *Studi*, cit., V, pp. 24 y ss.).

129 En efecto, conforme al art. 179 del código de procedimiento civil ruso, el juzgador, al decidir mediante sentencia el litigio, a base de circunstancias declaradas ("accertate") en el tribunal, puede rebasar los límites fijados por el actor, siempre que el *quantum* pedido no se base en acuerdos precedentemente celebrados entre las partes, ni se halle establecido por letras de cambio, contratos o tarifas.

130 Cfr. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., n. 60, pp. 143 y ss.

131 No hace absolutamente al caso que recuerde aquí las infinitas disputas sobre el concepto de derecho subjetivo y las muchas definiciones que de él se han dado. Por tanto, me limito en el texto a invocar la teoría de la autoprotección, formulada, como es sabido, por Jhering e integrada por la opinión más difundida con el elemento de la voluntad (a propósito de lo cual cfr., por todos, en las obras didácticas más recientes, TRABUCCHI, *loc. cit.*, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e comerciale*,[8] I, Milán, 1950, § 8, n. 2, p. 129; LEVI A., *Teoria generale del diritto*, Padua, 1950, p. 254, y en ella la

se le considere, en cambio, estáticamente, como la posición jurídica ventajosa de un sujeto en relación a un determinado bien,[132] o, incluso, como una posibilidad lícita de actuar para la satisfacción de un interés,[133] o para la realización espontánea u obligada de este último;[134] es indudable que se está de acuerdo en estimar que el ordenamiento jurídico considera la voluntad del particular decisiva y determinante.[135] Pero si el reconocimiento de un derecho subjetivo depende de ver si la aplicación de una norma se deja a la iniciativa y a la libre disposición del individuo,[136] resulta que no está fuera de lugar indagar qué es lo que quede de este derecho subjetivo y si pueda decirse que sea todavía averiguable, cuando el sistema no esté cerrado por el lado de la tutela jurisdicional, y cuando, por tanto, la realización de las consecuencias jurídicas en caso de violación pueda obtenerse también, exclusiva o concurrentemente, mediante la voluntad de un órgano estatal que actúe en el proceso civil. Ya he tenido ocasión de esbozar este problema con referencia a los derechos irrenunciables e intransmisibles, y en general no negociables, a los que, sin embargo, no suele negárseles la cualidad de derechos subjetivos, precisamente gracias al hecho, y sólo a él, de que son tutelables a través de la acción judicial (v. n. 13 al final). Pero el alcance del problema es más amplio, ya que puede surgir respecto de cualquier derecho subjetivo cuando sea deducido en juicio (y, por tanto, inclusive respecto de ese derecho

---

exposición de las definiciones más importantes), así como me limito a consignar inmediatamente después algunas opiniones contrarias, al solo objeto de demostrar que el problema que suscito es independiente de la definición de derecho subjetivo que se adopte. De todos modos, para ulteriores refrencias y observacions, cfr. en la doctrina italiana de estos últimos tiempos, FERRARA F. sr., *op. cit.*, nn. 65-73, pp. 295-351; PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milán, 1939, pp. 63 y ss.; NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milán, 1943, pp. 1 y ss.; FERRANTE, *Il concetto di diritto soggettivo*, Milán, 1947, pp. 1 a 57. Acerca de las diferencias entre derecho subjetivo y poder, cfr. ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milán, 1947, p. 172 y ss.

132 Así, GARBAGNATI, *Diritto subiettivo e potere giuridico*, en *Jus*. 3 (1942), n. 10, p. 217; cfr. también, del mismo autor, *La sostituzione processuale*, cit., pp. 62 y s.

133 Así, BARBERO, *Il diritto soggettivo*, en *Foro it.*, 1939, IV, n. 7 al final, c. 25, y posteriormente, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*,[2] I, Turín, 1949, pp. 116 y ss.

134 CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*,[2] Milán, 1949, n. 12, p. 22.

135 Cfr., por todos, BARBERO, *Il diritto soggettivo* cit., n. 11, c. 33.

136 Cfr. FERRARA F. sr., *op. cit.*, n. 68, pp. 324 y s., (v. antes el n. 13 al final).

subjetivo imperfecto que en las obligaciones naturales legitima la *soluti redentio*).

Es en el ámbito del Derecho administrativo, y bajo el estímulo de hallar la solución a cuestiones específicas en tal campo, donde la doctrina y también la jurisprudencia, al examinar las nociones de derecho y de interés, suelen afirmar, como es sabido, que si a este último no se le agrega el elemento de la voluntad, el derecho subjetivo no deriva de él;[137] y de ahí que admitan, tanto que el derecho pueda transformarse en simple interés, cuando llegue a faltar en su titular el poder de pretender alguna cosa de otro sujeto (elemento volitivo), como que dicha transformación pueda tener lugar por obra sobre todo del legislador, a título de regulador supremo del ordenamiento jurídico y, por tanto, de los derechos y de los intereses en él comprendidos.[138] Es sabido igualmente, cómo desde hace poco tiempo no sólo los cultivadores del Derecho público, sino también los del Derecho privado han comenzado a ocuparse, aunque sin decidirse a agarrar al toro por los cuernos, como suele decirse, del problema referente a lo que sucedería con el derecho subjetivo en todas las ocasiones en que no depende ya de la voluntad exclusiva del sujeto pedir la protección del ordenamiento jurídico contra las violaciones, que otro perpetre, del interés suyo (o del ajeno);[139] hasta el punto de que en estos casos de tutela prodigada por el ordenamiento jurídico independientemente de la voluntad del interesado y, por tanto, sin dar lugar al nacimiento de un correspondiente derecho subjetivo y del poder a él inherente, se dice que se tiene un interés jurídico (pero ocasionalmente) pro-

137 Cfr. AMORTH, *Figura giuridica e contenuto del diritto subiettivo affievolito*, en *Scritti in onore di S. Romano*, II, Padua, 1939, n. 7, p. 215; MIELE G., *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, en *Foro amm.* 1940, IV, pp. 49 y ss. y en ellas bibliografía; ID., *Potere, diritto soggettivo e interesse*, en *Riv. dir. comm.*, 1944, I, pp. 114 y ss.; ID., *Principii di diritto amministrativo*, Pisa, 1945, pp. 55 y ss., especialmente pp. 66 y ss.; GUICCIARDI, *op. cit.*, p. 38; ZANOBINI, *Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato*, en *Studi in memoria di F. Ferrara*, II, Milán, 1943, pp. 707 y ss.; GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa*, cit., n. 14, sobre todo pp. 48 y ss.; etc.

138 Así, AMORTH, *loc. cit.*

139 Remito, ante todo, a la bibliografía recogida por MIELE, *Questioni vecchie* etc., cit., p. 49, nota 2; además, cfr. principalmente RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milán, 1939, pp. 260 y ss. (para el cual —p. 262—, a diferencia del derecho subjetivo, en el caso de interés jurídicamente protegido, incluso en el directamente protegido, falta "la referencia a la voluntad del sujeto, como palanca para accionar tal poder"); cfr. también, BARBERO, *Sistema*, cit., pp.

tegido [140] o, a lo sumo, se habla de un derecho subjetivo debilitado. [141] Ahora bien, no es esta ciertamente la ocasión para afrontar *funditus* tal problema, que envuelve conceptos fundamentales de la Teoría del Derecho y, por tanto, nos alejaría mucho del tema del presente trabajo. Lo que no quisiera dejar en silencio, al poner término al examen de las normas y de los principios que aseguran al particular la exclusividad del recurso a la tutela jurisdiccional, es que también las derogaciones de esta exclusividad dictadas por el legislador para la protección de un interés distinto del interés privado, acaban siempre por poner en juego el mismo concepto de derecho subjetivo; [142] y quisiera, por consiguiente, subrayar que este debilitamiento o esta supresión del monopolio de la parte, si bien aparece con ocasión del proceso civil, no puede ser tenido oculto por quien se proponga estudiar, en el plano de la Teoría general y no sólo del Derecho administrativo, tanto las relaciones entre interés material y protección jurídica, como las figuras que, a consecuencia del al-

---

131 y s.; CANDIAN, *op. cit.*, n. 14, pp. 23 y s. Comienza, por otra parte, a abrirse camino el método de plantearse, en hipótesis particular, el problema de si ciertas posiciones han de ser consideradas como intereses legítimos o como derechos subjetivos: para una de estas aplicaciones, cfr. ahora ANDRIOLI, *Profili processuali della nuova disciplina della simulazione*, en esta colección, II, n. 7, pp. 457 y s.

140 Cfr. MESSINEO, *op. cit.*, 8, n. 3, p. 130.

141 Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, cit., I, n. 11, *e*, p. 27 (sin embargo, más adelante, en el n. 159, *a*, p. 411, nuestro autor afirma, en relación con los derechos disponibles, que de su negociabilidad incluso después de la resolución judicial [*supra*, nota 110] deriva que "ni la iniciación del proceso civil *ex officio*, ni el ejercicio de la acción por parte de un sujeto distinto del interesado son incompatibles con el derecho subjetivo"). Con anterioridad, o sea en su trabajo, todavía fundamental, titulado *Diritto e processo nella teoria delle obligazioni*, n. 20 al final, en *Studi in onore di G. Chiovenda*, cit., p. 273 (reproducido en *Studi di diritto processuale*, II, Padua, 1928, p. 243), CARNELUTTI había escrito con suma decisión y claridad que "el interés protegido del acreedor se convierte en un derecho, porque sólo al acreedor compete hacer mover las sanciones de la ley".

142 Destaco, aunque de paso, que cuanto observo en el texto debería adquirir particular importancia no sólo frente a quienes, como PEKELIS, voz *Azione* (en *Nuovo digesto it.*, II, Turín, 1937, pp. 91 y ss.), acaban por reabsorber el derecho subjetivo en la acción, sino también frente a los que, como ALLORIO, *Saggio polemico sulla "giurisdizione" volontaria*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, pp. 487 y ss., especialmente en el n. 20, p. 526, definen el derecho subjetivo como el concepto empleado con provecho "para significar la situación jurídica que es objeto del proceso de acertamiento, y que puede convertirse en materia de cosa juzgada".

cance y de las características de dicha protección, se desprenden de la misma, sobre todo desde el punto de vista subjetivo. [143]

16. Ya es tiempo de pasar del plano de la tutela jurídica de los intereses materiales realizada por medio del proceso civil, al plano relativo a la estructura de este último. Aquí la parte no aparece ya bajo la figura de aquel de quien depende, de manera exclusiva o no, el recurso a dicha tutela, sino que se presenta, según ya anticipé (n. 2), llegando a las manos con las exigencias técnicas del instrumento escogido. Estas exigencias varían según la conformación de cada tipo de proceso, pero no faltan jamás, precisamente porque no podemos servirnos de un instrumento sin ponernos al mismo tiempo al servicio del mismo. [144] Sólo soportando tal carga puede la parte esperar obtener la resolución jurisdicional que pretenda del juez para la satisfacción de un interés determinado. Tan es así, que precisamente este peaje a pagar según las formas legales si se quiere conseguir la finalidad deseada, es el significado que hay que atribuir, en general, a la palabra carga, una vez que se la eleve a concepto jurídico, y en dicho significado es en el que dicha palabra es cabalmente utilizable, sobre todo en el ámbito del Derecho procesal. De ahí que nada impida que al vincular tal concepto a cada uno de los actos o a cada una de las actividades de la parte, se hable, entre otras cosas, de una carga de la demanda; sin embargo, después de cuanto he afirmado, debe resultar claro que esta última expresión puede ser empleada no para aludir al hecho de que la tutela jurisdiccional esté subordinada a la voluntad de la parte, [145] sino para poner en claro tal reverso de la medalla, es decir, que si la parte quiere manifestar su voluntad, está

143 Pienso que en la investigación a que aludo en el texto no debería en absoluto prescindirse de la obra clásica de JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte,* 2 Tübingen, 1905, especialmente pp. 54-81 y 349-361.

144 Por otra parte, ya se ha observado, en plano general, que es todo el ordenamiento jurídico, y, por tanto, también el procesal, el que desenvuelve una doble función, o sea una función activa además de receptiva, estimulando y orientando las actividades de los particulares en direcciones determinadas, con el señalamiento de consecuencias jurídicas, que se ponen como objetivos a alcanzar o como desventajas a evitar: cfr. ALLORIO, *Diritto processuale tributario,* Milán, 1942, p. 576, nota 17, el cual se suma, aprobándolo, a KISCH, *Der deutsche Rechtslehrer,* Munich, 1939.

145 Es CARNELUTTI, *Sistema,* cit., I, n. 159, *a,* p. 410, quien emplea la expresión "carga de la demanda" en el sentido por mí rechazado; pero en las recientes *Istituzioni,* cit., I, n. 222, p. 206, ha abandonado tal expresión e incluye cuanto se

constreñida a proponer antes que nada un acto de petición ante la autoridad judicial competente.

Esta adaptación de la parte a las exigencias técnicas del proceso y, por consiguiente, esta aportación que la parte proporciona con objeto de dar vida al instrumento elegido de antemano, son evidentes en cuanto se refiere al lado extrínseco y formal del proceso: desde el acto inicial (sea citación o "ricorso") a las sucesivas manifestaciones orales o escritas, una tras otra hasta las conclusivas, nos hallamos siempre frente a la contribución que la parte aporta a la concretización de cada medio y que realiza no por el gusto de darle vida, sino únicamente para atacar o defenderse en vista de los resultados que el proceso le garantiza y que sólo a tal precio pueden ser logrados. [146] Sin embargo, el fenómeno no varía en su esencia, aunque no nos detengamos a considerar esta contribución externa, por decirlo así, esta colocación de piedra sobre piedra para levantar las paredes exteriores del edificio. En efecto, si pasamos a observar a la propia parte en su esfuerzo dirigido a obtener que el juez, excitado por ella en la forma arriba expuesta, tome no una resolución cualquiera, sino precisamente la que le ha solicitado, he aquí que también desde este punto de vista la vemos llegar a las manos con la técnica del tipo de proceso elegido por el sujeto instante y con la necesidad de adaptarle incluso cuanto es aportación de linfa vital.

Pensemos, en efecto, en lo que acontece, por ejemplo, en el campo fundamental de las pruebas. Tanto si compete exclusivamente a la parte deducir los hechos trascendentes del pleito y demostrar al juez el fundamento de los mismos, como si, en cambio, se concedan al juez amplios poderes de instrucción, es indudable que también a este propósito las partes, como primeras entre todas las *dramatis personae*, si quieren hacer sentir su peso en la disputa, no sólo deben moverse según las formas establecidas por la ley (y éste es el aspecto extrínseco ya examinado), sino que deben también determinar su propia conducta de modo que se desenvuelva la actividad que la específica estructura del proceso en marcha exige de ellas o a ellas les permite a fin de que se adquiera el material que ser-

---

refiere a la regla *nemo iudex sine actore* bajo la rúbrica de la carga de impulso inicial, aludiendo así a la actividad y no al acto concreto.

146 Para una reciente descripción, desde un punto de vista externo, del carácter necesariamente agonístico del proceso civil, cfr. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, en *Riv. dir. proc.*, 1950, I, pp. 23 y ss., especialmente en el n. 2.

virá al juez para la premisa menor de su silogismo.[147] Es, por consiguiente, a causa de tal estructura y de las consiguientes exigencias técnicas que la parte se encuentra o no enfrentada, tanto con el problema de desenvolver dicha actividad probatoria, como con el otro y preliminar de si la desenvolverá; mientras, no es tal estructura, sino el régimen de tutela de los intereses materiales, que, por lo ya expuesto, hace o no admisible, aunque siempre según las formas procesales, el recurso al instrumento proceso.

Puede, pues, llegarse a la conclusión de que inclusive acerca de la afirmación de los hechos del pleito, así como en orden a la presentación de los medios de prueba y a su influencia en el juicio, lo que entra en juego no es la conformación de la tutela que el ordenamiento jurídico otorga a los intereses materiales del crisma en virtud del cual se convierten en trascendentes desde el punto de vista jurídico (v. nn. 11 y 12), sino la conformación del instrumento que la ley predispone para realizar jurisdiccionalmente dicha tutela.[148]

17. Llegados a este punto, resulta bastante simplificado y, por tanto, más fácil también el examen de la antitesis entre principio dispositivo y principio inquisitorio. En efecto, una vez eliminado de los extremos en su caso trascendentes todo lo que atañe a la utilización del proceso civil y, por lo mismo, directamente a la tutela otorgada a los intereses materiales (nn. 11 y 12); y una vez puntualizado, por el contrario, que incluso el problema de a quién corresponda afirmar los hechos trascendentes, así como obtener las pruebas en juicio y cómo obtenerlas, entra, en cambio, entre las problemas concernientes a la estructura del proceso como medio puesto a disposición de los interesados (n. 16), se ha demostrado con ello, ante todo, sin que haya necesidad de agregar una sola palabra, que

147 A propósito del concepto general de conducta como actividad distinta del conocimiento, pero por este último determinada o inspirada, cfr. CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica*, Catania, 1936, n. 10, pp. 29 y ss. En cambio, para lo que se refiere al silogismo del juez, v. actualmente, por todos, VOCINO, *Sulla c. d. "attuazione della legge" nel processo di cognizione*, en esta misma colección II, pp. 587 y ss.

148 Por lo demás, ya MICHELI, *Onere della prova*, cit., n. 34, especialmente en p. 200, al ocuparse de uno de los momentos o aspectos relativos al hecho del pleito y a su prueba, a los cuales aludo en el texto, o sea, al ocuparse de la carga de la prueba, ha concluído por afirmar que "la regla de juicio, a diferencia de las presunciones, pertenece al Derecho procesal, puesto que se conecta estrechamente con la estructura concreta del proceso".

tal antitesis se refiere exclusivamente a las características, por decirlo así internas del proceso, y debe, por tanto, ser rigurosamente conservada dentro de los correspondientes límites.[149] Con la ulterior consecuencia de que es en este ámbito donde se localizan también todos los aforismos, tales como: *iudex iuxta alligata et probata partium iudicare debet, quod non est in actis non est in mundo,* etc., así como también las normas que los expresan (por ejemplo, el art. 115, ap. 1º, cód. proc. civ. y el § 282 de la ZPO alemana), precisamente porque se trata de reglas que, a través de la posición en que viene a encontrarse el juez, nos indican a quién corresponde maniobrar las palancas de la instrucción probatoria. Y, por lo mismo, no es el caso de hacer un solo haz con todos ellas y de confundirlas, como tradicionalmente y con toda tranquilidad se ha venido haciendo, con los aforismos y con las normas que, según he afirmado, se refieren no a la conformación interna del instrumento proceso, sino, sin más, al régimen de tutela de los intereses materiales (*supra,* n. 12).

Basándonos en el anterior planteamiento, la antítesis entre principio inquisitorio y principio dispositivo (con el significado restringido que, como hemos visto, es el único aceptable) se traduce, por tanto en la diferencia que media, respectivamente, entre aceptar la aportación de la parte en la obra de reconstrucción de los elementos de hecho sin elevar tal aportación a la categoría de condición *sine qua non,* y aceptarla, en cambio, elevándola sin más hasta tal punto. Pero tanto en un caso como en otro, la naturaleza del fenómeno no cambia, por la sencilla razón de que se trata también siempre de una actividad que se desenvuelve en el ámbito del instrumento al cual se ha acudido y para satisfacer exigencias técnicas del mismo, mientras que la diferencia no incide en el régimen de tutela de los intereses materiales en juego, ya que lo que cambia a tenor de criterios de mera oportunidad organizadora, no es el sistema de dicha tutela, sino sólo la explotación de la iniciativa por el juez (y, en su caso, por el ministerio público) o únicamente por la parte en un determinado aspecto o momento del medio elegido.

Cierto que en un ordenamiento donde fuese lícito al juez instaurar de oficio un proceso o, por lo menos, juzgar *ultra vel extra petita*

149 Por ello, como ha observado bien MICHELI, *Profili o presupposti costituzionali del diritto processuale*? cit., pp. 448 y s., el problema de si hay que atenerse al principio dispositivo o al inquisitorio, no implica directamente, al ser un problema de técnica procesal, principios constitucionales, y de ahí que no sea el caso de acoger la opinión diversa expuesta por CRISAFULLI, *Profili costituzionali del diritto processuale,* en *Stato e diritto,* 1941, pp. 44 y 45.

partium, sería difícil y en extremo incoherente figurárselo con las manos atadas y subordinado a la actividad de la parte o vinculado a los resultados de dicha actividad (las llamadas pruebas lagales) en cuanto a la reconstrucción del hecho del pleito; tan cierto es ello, que el proceso ruso, al cual me he referido anteriormente como ejemplo concreto de un ordenamiento en el que puede desvanecerse la prohibición de la ultrapetición y en el cual el ministerio público puede ejercitar siempre a su juicio la acción civil (v. n. 15), estaba y está todavía estrictamente inspirado en el principio inquisitorio. [150] Del mismo modo —y la consecuencia es aún más evidente—, no es concebible que al ministerio público agente o que intervenga en los pleitos que habría podido proponer, se le concedan los poderes instructorios de las partes y que inclusive tiene en las demás hipótesis previstas por el art. 70 del cód. proc. civ. Pero todo esto sucede solamente porque donde se admite lo más, no se puede dejar de admitir también lo menos: donde se admite que el juez dé vida de oficio a un proceso o, por lo menos, introduzca en él *sua sponte* otro material, o que pueda el ministerio público acudir a tal instrumento, sería un contrasentido si, respectivamente, se les cortasen a uno o a otro las alas durante el vuelo, comprometiendo así, a causa de la inadecuación de los poderes instructorios, el logro de la tarea, que rebasa el proceso, pero que la ley les confía.

En cambio, es un dato reconocido desde hace tiempo y, además, confirmado por la evolución todavía en marcha de muchos ordenamientos respecto de las legislaciones, especialmente de la primera mitad del siglo XIX, [151] el de que nada se opone a que se coordine el respeto más absoluto a la iniciativa de la parte para acudir a la tutela jurisdiccional,

---

150 Cfr. POPOV, *op. cit.*, pp. 898 y s., con referencia al art. 118 del cód. proc. civ. ruso y antes todavía con ese art. 5 de fórmula técnicamente vaga y redundante, como, por lo demás, me parecen muchas de las normas contenidas en dicho código, aun después de las modificaciones introducidas el 1o. de septiembre de 1947.

151 A este propósito, cfr. cuanto he manifestado en el n. 6. texto y notas, acerca de los ordenamientos de Alemania y Austria; mientras que acerca de la evolución que se ha efectuado en nuestro código vigente, v. *infra*, n. 19. Es interesante, además, comprobar que en Estados cuya legislación sigue todavía rígidamente inspirada en el principio dispositivo, se esté desarrollando, por lo menos doctrinalmente, un movimiento para atenuar o moderar dicho principio: así puede decirse, por ejemplo, de España, como cabe deducir, sin ir más lejos, de lo que escribe PRIETO CASTRO, *Der. proc. civ.*, cit., I, n. 179, pp. 195 y ss..

con la posibilidad para el juez, una vez que la máquina haya sido puesta en marcha y que las partes no renuncien a ella, de no permanecer inerte, de no esperar inmóvil la interesada aportación ajena, sino de investigar, en grado mayor o menor, a fin de reconstruir de la mejor manera posible el hecho del pleito. Al predisponer las normas reguladoras del juicio, cada legislador puede ser inducido a no alejarse de la regla que vincula al juez rígidamente a las pruebas propuestas por las partes, sin que le sea permitido obtenerlas de oficio, fundándose en la consideración de que, concedido a la parte el monopolio para cuanto concierna a la utilización del instrumento proceso, puede parecer (conveniente), en armonía con el carácter de todo el ordenamiento jurídico en el que se encuadra el procesal, dejarle también a ella el monopolio de deducir tanto los hechos trascendentes como los medios para probarlos. Sin embargo, la posibilidad, manifestada inclusive *de iure condito* y no sólo desde el punto de vista histórico,[152] de inspirar un proceso preferentemente en el principio inquisitorio sin dejar de hacerlo depender de la regla *nemo iudex sine actore* y de las otras colindantes con ella (v. n. 12), concurre a demostrar concretamente que el monopolio de la parte en el ámbito de la instrucción del pleito no constituye una consecuencia inevitable del otro monopolio, o sea de aquel en virtud del cual la autoridad judicial provea a la tutela jurisdiccional solamente a instancia de parte: no constituye un menos que no pueda ser conformado de modo distinto del más. Entre otras cosas, puede, en efecto, observarse que no se trata de atar las manos durante el curso del proceso al particular de cuya voluntad se haga depender la puesta en marcha de tal instrumento (como sucedería tratándose del juez o del ministerio público en los casos anteriormente imaginados), sino de desatar también las del juez, mientras que la parte estaría siempre en libertad de hacer la aportación que considere

152 Según se desprende de lo ya dicho y repetido, ésta encontró realización en el pasado gracias más que nada a la AGO prusiana de 1793 (*supra*, nn. 5 y 13), pero puede encontrarla también en nuestro ordenamiento vigente, y, precisamente, como regla, en el ámbito de la jurisdicción administrativa (*supra*, nota 109), y en el de la tributaria (cfr. ALLORIO, *Dir. proc. trib.*, cit., nn. 103-4 y 108-9), así como, excepcionalmente, en el campo de la jurisdicción civil (*infra*, n. 19). A propósito del proceso administrativo y del tributario, asentados, como regla, en el principio inquisitorio, cfr., también, del mismo ALLORIO, *Il giuramento della parte*, Milán, 1937, n. 29, pp. 165 y ss.

para ella misma beneficiosa.[153] En otras palabras: resulta incoherente y, por tanto, absurdo quitar al juez o al ministerio público los poderes de instrucción cuando se les haya concedido el poder de actuar; lo es asimismo si la misma sustracción se conminase en daño de las partes; no lo es, en cambio, cuando, en el plano de la conformación interna del instrumento, y con miras a un mejor rendimiento del mismo, los poderes instructores de las partes se flanquean también, en mayor o menor medida, por los del juez o los del ministerio público.[154] Además, este desligar las manos al juez puede justificarse, no sólo en consideración de un mejor éxito del medio al cual la parte ha recurrido, sino también en atención a que no se corresponde con la misma naturaleza soberana de la función jurisdiccional el que los jueces, una vez recabada su actuación, deban permanecer completamente inertes precisamente cuando se trate de reunir el material que están obligados a apreciar.[155]

Me parece, pues, incuestinable que, si el respecto de la iniciativa de parte en cuanto a recurir al proceso civil quiere decir respeto de la voluntad de quien tenga derecho en cuanto a la tutela del interés material, en cambio el eventual respeto de la iniciativa de la misma parte en

153 Ya CARNELUTTI, *Sistema*, cit., I, n. 166, *b*, p. 435, había observado con acierto que "el principio inquisitorio no tiende a conferir un monopolio al juez, sino a quitarle el monopolio a la parte". Y SCHIMA, *Gemeinsames und Verschiedenes im österreichischen und italienischen Zivilprozess*, en esta misma colección, II, p. 340, ha destacado que el juez civil, aunque en menor medida que el penal, está en condiciones de descubrir el material de hecho conforme a verdad, sin la colaboración de las partes.

154 Sería, en verdad, sobremanera interesante un estudio para indagar desde el punto de vista histórico y *de iure condito* las varias posibles combinaciones del principio dispositivo y del inquisitorio con la disponibilidad del recurso a la tutela jurisdiccional o con la iniciación de oficio de esta tutela. Naturalmente, en una indagación de tal clase deberían tomarse en consideración no sólo los procesos administrativo y tributario de que hablo en la nota 151, sino también el penal, tanto si se instaura de oficio, como en virtud de querella de parte (cfr. una indicación, y nada más, en GUARNERI, *Le parti nel processo penale*, Milán, 1949, n. 29, pp. 92 y s.).

155 Acerca de cuanto observo en el texto, pueden recordarse las palabras de GRISPIGNI, *Verso l'unificazione legislativa della procedura civile e penale*, en *Ann. dir. comp.*, 23 (1946), p. 174: "...el poder dispositivo en lo relativo a las pruebas debe sujetarse a ciertos límites, porque no se corresponde con la naturaleza soberana de la función judicial, el que tenga el juez que permanecer inerte en la busca de las pruebas, con frecuencia cómplice —no inconsciente, pero sí legalmente coaccionado— de una colusión de las partes concordes para servirse del proceso con fines de fraude a la ley".

orden a la reconstrucción de los hechos del pleito, significa solamente que en el ámbito del proceso, y más precisamente del de cognición, se considera conveniente y suficiente hacer depender tal reconstrucción únicamente de la aportación interesada de las partes, y, por tanto, se estima oportuno montar el instrumento en forma tal que atribuya exclusivamente a las mismas las palancas concernientes a la afirmación de los hechos trascendentes y a la deducción de los medios para probarlos.[156] En consecuencia, toda concesión, más o menos amplia, siempre en vía legislativa, al principio inquisitorio, en forma de poderes instructorios atribuídos al juez o al ministerio público que deba intervenir sin estar provisto de acción (v. n. 14), o bien a uno y a otro (*infra*, n. 19), significa simplemente que se considera congruo no excluir *a priori* la aportación incluso de estos otros sujetos, y que, en consecuencia, éste es el criterio conforme al cual se quiere componer el proceso en su fase probatoria.

En la discusión acerca de si debe adoptarse el principio dispositivo o el inquisitorio, o bien en la relativa a la compaginación de uno y otro, no entra para nada la cuestión, preliminar y de preponderante importancia, de si se hace depender o no de la voluntad de su propio titular o de quien actúe en su nombre la tutela jurisdiccional del interés material, y, por consiguiente, no se conectan con ella todos los problemas que, según he sañalado, surgen siempre que tal tutela puede ser provocada incluso por un órgano estatal (*supra*, n. 15). De ahí que pueda concluirse con la observación de que la eventual preponderancia de la parte en la determinación de los hechos trascendentes del pleito y en la selección de los medios de prueba (preponderancia en la que consiste el principio dispositivo),[157] sin añadir nada a lo que es disponibilidad del interés material

156 Que se trata de un problema de pura conveniencia, me parece ya casi pacífico: para los antecedentes de la cuestión en uno y otro sentido, v. antes los nn. 5 y 8, texto y notas, así como, en particular, CARNELUTTI, *Lineamenti della reforma del processo civile de cognizione*, n. 25, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, pp. 28 y s. (reproducido en *Studi*, cit., IV. Padua, 1939, pp. 366 y s.); SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padua, 1940, n. 53, pp. 65 y s.; SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, cit., § 7, V, p. 31; BERNHARDT, *op. cit.*, pp. 13 y s.; etc. Por tanto, no puedo ciertamente compartir las críticas que FERRARA F. jr., *Interferenze fra diritto sostanziale e processo in materia commerciale*, en *Studi senesi*, 50 (1936), p. 186, nota, ha creído poder formular a las afirmaciones de CALAMANDREI, *Linne fondamentali del processo civile inquisitorio*, cit., n. 2 (en *Studi*, cit., II, p. 323).

157 Aquí y en otros trabajos me he preocupado siempre de aclarar cuanto, por otra parte, debería ser más que obvio, aun cuando venga confundido, ya que

en juego, ha de colocarse en el mismo plano que la preponderancia que se conceda a la propia parte en cuanto se refiere, por ejemplo, a la elección de los bienes que han de expropiarse. En realidad (y con ello ofrezco una confirmación concreta de la indicación ya formulada acerca de la conveniencia de tener asimismo presente en el estudio del principio dispositivo el proceso de ejecución forzosa; v. n. 13), no se puede decir con certeza que, si se quiere respetar el derecho subjetivo del acreedor, debe imponerse al oficio ejecutivo que se atenga a la selección hecha por aquél, ni viceversa: que sea suficiente permitir a dicho oficio apartarse de la misma o hacerla según propia iniciativa, para que se pueda inferir que dicho derecho no es respetado. A nadie, en efecto, se le ha ocurrido pensar que sea mayor el reconocimiento o el influjo del derecho subjetivo del acreedor en la expropiación inmobiliaria que en la de muebles en poder del deudor, donde en la práctica la elección de bienes a embargar la realiza el oficio ejecutivo, y en la que, mejor dicho, a tenor del código vigente de procedimiento civil, este último está preferentemente obligado a retener las cosas indicadas por el deudor, siempre que de ello no derive un perjuicio para el acreedor (art. 517, ap. 1º).

18. Si aplicamos a nuestro ordenamiento vigente los resultados sistemáticos a los que me hago la ilusión de haber llegado, es harto fácil la conclusión que de ellos se desprende.

No obstante el régimen autoritario existente en el momento en que se concluyó la reforma de nuestros códigos civilísticos (*sic*), ninguna subversión radical se ha producido por ellos y con ellos respecto de la legislación precedente en lo que constituye el plano de la tutela ju-

---

no en la mejor doctrina, sí en la práctica corriente, a saber: que es preciso distinguir la afirmación de los hechos y los medios para probarlos, y, por tanto, la deducción de los primeros y la de los últimos, que, a su vez, comprende lo mismo la proposición que la producción de las pruebas (acerca de esta última distinción, cfr., por todos, GOLDSCHMIDT, *Teoría general del proceso*, Barcelona, 1936, nn. 57-9, pp. 131 y ss.). Acerca de las consecuencias que respecto del principio dispositivo derivarían de la diferencia entre el hecho principal del pleito y el hecho fuente de prueba, cfr. GORLA, *Comportamento processuale delle parti e convincimento del giudice*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, II, p. 39. Me parece, en cambio, que se pasa de la raya, SATTER, *Dovere di verità e diritto di disposizione delle parti nel nuovo processo civile italiano*, en *Ann. dir. comp.*, 17 (1943), p. 5, cuando sostiene que en nuestro actual sistema existe para la parte un deber de decir verdad, que comprende, a su vez, el deber de declaración, hasta el punto de que la carga de afirmar los hechos se convertiría en la obligación de afirmar los hechos verdaderos.

risdiccional de los intereses materiales y de la disponibilidad, por consiguiente, de dicha tutela.[158] Y si ese resultado refleja el sentido de equilibrio, así como la sustancial fidelidad a la tradición ultramilenaria de quienes fueron, en efecto, los *conditores legum*, se convierte hoy en ventaja para los mismos códigos, porque desde este capital punto de vista los vuelve también adecuados para las exigencias del actual régimen, fundado en el respeto de la voluntad de cada cual en orden a "la tutela de los propios derechos e intereses legítimos" y a la posibilidad en ella comprendida de actuar en juicio (art. 24, ap. 1º, de la Constitución). En efecto, en ese aspecto de la tutela jurisdiccional, nuestro ordenamiento actual no sólo no se resiente en lo más mínimo de la propuesta hecha en la Alemania nazi por un exaltado escritor, quien, por lo demás, encontró la pronta reacción de sus mismos compatriotas, y que encareció la transformación del proceso civil en jurisdicción voluntaria;[159] pero se apoya también en bases diametralmente opuestas de las que vimos ser propias del código de procedimiento ruso (v. n. 15) y que, aun cuando no sepamos nada o casi nada de su realización práctica, representan, a mi juicio, el único ataque decisivo y real que desde el congruente ángulo del proceso, y más todavía: de la facultad de recurrir al

---

158 Una referencia substancialmente concorde, se halla en la valoración que del ordenamiento vigente se dió inmediatamente después de la liberación de Roma, cuando más arremetía la jauría contra el actual cód. proc. civ., por ANDRIOLI y MICHELI, *Riforma del codice di procedura civile*, escrito inspirado en un sentido de equilibrio verdaderamente encomiable y publicado en el fascículo titulado *Defascistizzazione e riforma dei codici* etc., formando parte de la "Collana della ricostruzioni" del *Ann. dir. comp.* 19 (1946), p. 201. En dicho trabajo, en efecto, ambos autores, siguiendo la opinión a la que se había adherido Micheli (*supra* nota 104), advierten, ante todo, que es necesario distinguir en el campo de lo que se ha solido venir llamando principio dispositivo, cuanto se refiere al ejercicio de la acción de aquello que atañe, en cambio, al orden procesal en sentido estricto; y concluyen observando que desde el primer punto de vista, el código vigente "no es menos democrático que su predecesor", mientras que desde el segundo punto de vista, el fiel de la balanza se habría desplazado decisivamente de la facultad de las partes a los poderes del juez (pero sobre esta última cuestión v. *infra*, n. 19).

Acerca de la adaptabilidad al régimen democrático de las novedades contenidas en general en nuestro vigente cód. proc. civ., cfr., el juicio de autor tan competente en esta cuestión como WYNESS MILLAR, *La reforma procesal civil en la legislación de las naciones*, en *Rev. der. proc.* (Argentina), 8 (1950), p. 12 y ss., especialmente en la p. 34 (trabajo aparecido antes en lengua original en el volumen *David Dudley Field, Centenary Essays*, Nueva York, 1949).

159 *Supra*, n. 7., texto y notas 71 y 72.

mismo, se haya aplicado *in iure condito* al concepto mismo de derecho subjetivo, dejándole vacío de la que en nuestra doctrina es una de sus características fundamentales. No en vano el legislador patrio de 1940 ha elevado a regla general la prohibición de la ultrapetición (art. 112 cód. proc. civ.), que en el código de 1865 estaba sancionada en forma de motivo para recurrir en casación (art. 517, nn. 4 y 5),[160] y, por consiguiente, no ha tenido luego necesidad de repetirlo en el título dedicado a las impugnaciones, o sea en el tercero del libro segundo, ya que tal prohibición pertenece ahora de manera obvia a las normas de Derecho cuya violación o falsa aplicación autorizan el recurso ante el tribunal supremo (art. 360, n. 3). Y no sólo eso, sino que, no obstante las excepciones previstas por vía de hipótesis en el art. 2907, ap. 1º, cód. civ., y no obstante la redacción literal del art. 99 cód. proc. civ., destinado en apariencia a regular la carga de la demanda y, por tanto, lo que he venido llamando el revés de la medalla (*supra*, n. 16), es indudable que, como ya se afirmó, en estas dos disposiciones (con las que forman corro los arts. 2910 cód. civ. y 479 cód. proc. civ., concernientes a la ejecución forzosa individual) está codificado el principio *ne procedat iudex ex officio*, que, por lo tanto, constituye ahora uno de los pilares fundamentales de nuestro ordenamiento.[161]

Encontramos, en efecto, la llamada jurisdicción sin acción (salvo ver si se trata de jurisdicción contenciosa o voluntaria) tan sólo en el art. 6 del real decreto de 16 de marzo de 1942, n. 267, que contiene la regulación de la quiebra, así como la encontrábamos, antes de la entrada en vigor de la legislación vigente, en el art. 699 cód. com.; mientras que los casos en los cuales se concede al ministerio público el poder de actuar, mencionado genéricamente en el art. 69 cód. proc. civ. y en el art. 75, ap. 1º, del real decreto de 30 de enero de 1941, n. 12, además de en el citado art. 2907, ap. 1º, cód. civ. (v. n. 14), son tan numerosos en el campo del Derecho de familia y de la personalidad (cfr. arts. 48, ap. 1º, 67, 85, ap. 2º, 102, ap. 5º, 117, ap. 1º 119, ap. 1º, 308, 336, ap. 1º 339, 417, ap. 1º 418, ap. 2º, cód. civ.) y, en general, allí donde medie un interés públi-

160 Cfr., por todos, CALAMANDREI, *La cassazione civile*, II, Turín, 1920, n. 100, p. 255.

161 Críticas a la redacción literal del art. 99 del cód. proc. civ. y a su calidad de duplicado respecto de lo que dispone el art. 2907, ap. 1º, cód. civ. fueron pronto formuladas por CARNELUTTI, *Tutela dei diritto*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, I, n. 4, pp. 5 y s., el cual, sin embargo, coincide plena y substancialmente, con lo que afirmo en el texto. En el mismo sentido, cfr., por todos, ANDRIOLI, *Commento*, cit., I, p. 260.

co que tutelar (cfr., por ejemplo, el ya mencionado art. 6 L. quiebras, el art 2098, ap. 2º, cód. civ., los arts. 754 y 763 cód. proc. civ. —aunque sean casos notoriamente establecidos de modo taxativo, y no susceptibles de aplicación analógica o de interpretación extensiva—, que respecto del ministerio público se ha observado que rige la regla opuesta a la de la atipicidad del interés en actuar, buena para las partes privadas, a las cuales el proceso debe dar, en cuanto sea posible, todo lo que las mismas tienen derecho a conseguir. [162]

Por tanto, si bien la legislación vigente concede la acción al ministerio público (a veces solamente en forma de poder de impugnación: *supra*, nota 121) en un número de hipótesis mayor que el previsto bajo el imperio de los códigos vigentes con anterioridad, se trata de una dilatación, y por lo demás en proporción pequeñísima, de lo que ha sido siempre y es todavía la excepción, dilatación debida a la extensión cada vez mayor de la ingerencia pública. [163] Tampoco me parece que sea, en absoluto, el caso de divisar ahí *in nuce* los extremos de una futura subversión de todo el sistema, así como sería erróneo afirmar, en sentido contrario, que la reciente desaparición del ordenamiento corporativo y, con él, de algunas hipótesis ulteriores en las cuales, de acuerdo con los códigos entrados en vigor en 1942, el ministerio público podía actuar en juicio (cfr., por ejemplo, los arts. 2089 cód. civ. y 414, n. 2, cód. proc. civ.), haya causado un retorno al sistema anterior, ya que nos hallamos siempre frente a oscilaciones de la mencionada excepción.

19. Tal es el régimen vigente en Italia en el plano preliminar y de fundamental importancia de la utilización del proceso civil para la tutela de los intereses materiales. Sólo falta, pues, pasar a examinar qué es lo que la nueva codificación ha significado en el plano de la estructura interna del proceso, o sea allí donde, por lo ya expuesto (n. 17), entran en escena los principios dispositivo e inquisitorio, sin razón traídos a colación, especialmente el primero, por la exposición de motivos del actual código de procedimiento civil y por los comentadores de este último, incluso cuando se ocupan del problema precedente (*supra*, nn. 9 y 10).

---

162 ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 183 y llamadas de la misma.

163 A propósito de los grupos, diferenciados a tenor de su diversa justificación, en que pueden subdividirse las varias hipótesis en que se confiere al ministerio público el poder de actuar, cfr., principalmente, CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., II, § 124, pp. 286 y ss.

Ahora bien, en el ámbito de la conformación del proceso y de sus mecanismos (comprendida en él la disponibilidad de los mismos) son de sobra conocidos —aunque no fuese más que a través de la valiosa ilustración contenida acerca de dicho punto en el n. 29 de la exposición de motivos— los criterios que ha seguido el legislador al regular la instrucción probatoria, acerca de la cual me detuve antes en línea de principio, debido a su gran importancia y a su relieve desde el punto de vista sistemático (v. n. 16). A base de tales criterios fué, ante todo, codificado el principio *iudex iuxta alligata et probata partium iudicare debet* (art. 115, ap. 1º), pero después, precisamente en el que la misma exposición de motivos llama proceso ordinario de tipo dispositivo, se han querido incrementar los poderes intructores del juez, quien, en virtud de la regla sobre la carga de la prueba (art. 2697 cod. civ.), no puede quitársela de encima con un *non liquet*. De aquí la introducción de nuevas normas, que han tomado así plaza en nuestro ordenamiento junto a la posibilidad, todavía persistente, y que el juez ya tenía en la legislación anterior, de proveer de oficio cuando se trate de deferir el juramento supletorio (arts. 1374-1375, cód. civ. de 1865, y art. 2736, n. 2, cód. civ. de 1942), o de ordenar la exhibición de los libros de comercio para extraer de ellos tan sólo lo que se refiera a la controversia (art. 28 cód. com., y ahora art. 2711, ap. 1º, cód. civ.).[164] De estas nuevas normas, aun cuando conocidas, recordaré aquí las principales, con el fin de justificar mi cometido *per tabulas*: desde las que permiten al juez auxiliarse con la colaboración del consultor técnico con mayor facilidad, amplitud y continuidad de las que se lo consentía la pericia escrita prevista en el código de 1865 (arts. 191 y ss.), a la que le permite ordenar la inspección de personas o de cosas (art. 118);[165] desde las que le atribuyen el poder de ordenar reproducciones mecánicas o experimentos

164 LANCELLOTTI, *Esibizione di prove e sequestri*, en esta misma colección, II, especialmente en el n. 17, p. 557, afirma, sin embargo, que la persistencia de este segundo apartado del art. 2711, del cód. proc. civ., y, sobre todo, la facultad dejada por él al juez de una orden de exhibición de oficio, frente al régimen de las exhibiciones tal como está actualmente regulado por los arts. 210 y ss., del cód. proc. civ., "representan un verdadero y propio *lapsus* del legislador, que, *de iure condendo*, debe ser eliminado, y que, de *iure condito*, debería ser considerado como tal por la interpretación".

165 A decir verdad, como demostración de los acrecentados poderes probatorios del juez, la exposición de motivos ministerial del cód. proc. civ., n. 29, menciona también junto al art. 118, la facultad de ordenar la exhibición en juicio de las cosas a que se refiere el art. 210; pero esta última norma prevé *expressis verbis* la instancia de parte (*cfr.*, a este propósito, LANCELLOTTI, *op. cit.*; p. 551):

(art. 258 y ss.) y de solicitar informaciones a la administración pública (art. 213), a la que, según la exposición de motivos habría debido ser fundamental, pero que en la práctica no ha tenido el éxito previsto, esto es, a la norma que le consiente ordenar en cualquier estado y grado del proceso la comparecencia personal de las partes (art. 117, en relación con los arts. 175 y 183). Y éstas no son las únicas disposiciones que aquí nos interesan. En efecto, si echamos una ojeada a lo establecido respecto de la prueba testimonial, vemos, ante todo, que incluso en el procedimiento ordinario ante el "tribunale", en el que subsiste la regla que prohibe al juez admitir tal prueba de oficio, se le consiente, sin embargo, a partir de 1942, tanto llamar a deponer a las personas a las cuales alguno de los testigos haya hecho referencia (art. 257), y dirigir libremente a los testigos cuantas preguntas considere útiles para esclarecer la verdad (art. 253), como reducir el número de testigos que hayan de ser oídos, cuando los señalados por la parte sean en número excesivo (art. 245). Pero más sintomática aun es la norma establecida para el procedimiento ante el pretor y el conciliador, ya que el art. 317, ap. 1º,[166] al desarrollar ulteriormente cuanto dispone el citado art. 257,[167] llega a autorizar a dichos jueces incluso para "decretar de oficio la prueba testifical, formulando los extremos ("capitoli") de la misma, cuando en la exposición de los hechos las partes se hayan referido a personas que aparezcan en condiciones de conocer la verdad". Y no es eso sólo, porque el máximo de los poderes instructorios atribuídos al juez (en conexión siempre en este caso con la intervención obligatoria del ministerio público de que me ocuparé dentro de poco), lo encontramos —gracias a una disposición no del todo nueva, pero bastante más explícita que la anterior[168]— en el procedimiento para la resolución de las controversias individuales de trabajo, donde el juez no sólo puede disponer de oficio la prueba testifical, sino también admitir-

166 La disposición citada en el texto ha permanecido invariable, pese a que el artículo 33 de la reciente ley de 14 de julio de 1950, n. 581, que contiene modificaciones y añadiduras al cód. proc. civ., se ocupa del art. 317 para agregarle un segundo apartado, mediante el que ha quedado obviamente excluída la aplicabilidad en el procedimiento ante los pretores y los conciliadores de la norma (nuevo texto del art. 178, ap. 2º) que concede la reclamación ante el colegio contra los autos ("ordinanze") del juez instructor relativos a la admisibilidad y a la trascendencia de los medios de prueba.

167 Cfr. ANDRIOLI, *Commento*, cit., II, Nápoles, 1945, p. 270.

168 Cfr. JAEGER, *Dir. proc. civ.*, cit., n. 342, p. 549.

la, tanto fuera de los límites establecidos por el código civil, como para dar curso *sua sponte* a cualquier medio de prueba, sin excepción (art. 439).

Pero entonces, ¿qué debe concluirse a propósito del sistema seguido por los *conditores* del código vigente en el plano de la organización interna del proceso civil, y más concretamente en el de la instrucción probatoria? Las normas que acabo de recordar, permiten afirmar que incluso en el procedimiento ordinario ante el "tribunale" no impera ya el concepto, grato, entre otras, a las legislaciones dictadas en plena reacción contra la AGO prusiana, gracias al cual toda facultad de disposición en materia de pruebas debía y debe competer a las partes y sólo a ellas, como si se tratase de la proyección necesaria y, por decirlo así, mecánica de cuanto es, en cambio, disponibilidad de la tutela de los intereses materiales. Semejante régimen no existe ya en Italia, ni hay probabilidad alguna de que retorne, por lo que puede declararse definitivamente demolida en concreto la tendencia que también en vía legislativa hacía de todo un montón (v. n. 5, al principio). Sin embargo, si no tenemos ya que habérnosla con un tipo ordinario de proceso en el que el principio dispositivo se aplique en un ciento por ciento, con un procedimiento en el que tal principio aparezca en estado puro, no contaminado por manifestaciones antitéticas del mismo, es una realidad que no estamos tampoco en el caso de concluir que hayamos ya llegado a la orilla opuesta, a aquella según la cual la regla estaría representada por el principio inquisitorio o, cuando menos, por una preponderante obediencia a los cánones correspondientes. Basta pensar que en el mismo procedimiento ante los pretores y conciliadores, el juez solamente puede decretar de oficio, como complemento de los medios instructores siempre admisibles con independencia de la voluntad de las partes, la prueba testifical y, en todo caso, nunca fuera de los límites establecidos por las afirmaciones de las propias partes. [169]

Por tanto, si queremos encontrar en nuestro ordenamiento actual procesos civiles de tipo inquisitorio, debemos contemplar aquellos en que entra en escena el ministerio público. Mientras se trata del juez solo, el aumento de sus poderes instructores no ha sido ni es en manera alguna suficiente para que pueda decirse que tras siglo y medio hayan acabado por triunfar en Italia las ideas gratas a Federico II y a sus legisladores. En cambio, basta con que el ministerio público deba intervenir (art. 70, ap. 1º, cód.

169 También sobre este punto exegético estoy de acuerdo con ANDRIOLI, *loc. cit.*, y con la sentencia de la Corte de Casación, de 26 de enero de 1945, n. 55, allí citada.

proc. civ.) o que, reconociendo él los extremos para hacerlo, ejercite en efecto la facultad que con tal objeto se le concede en todo caso de interés público e intervenga (art. 70, ap. 3º) para que, dados los poderes que se le atribuyen por la ley, aunque dentro de los límites de las peticiones de las partes (art. 72, ap. 2º), se cambie el tipo de procedimiento, al menos en potencia. [170] Ello significa que, de acuerdo con lo que constituye el *leit motiv* de mi presente artículo, para llegar a descubrir aplicaciones del principio inquisitorio, no debamos referirnos solamente a los casos en que se concede al ministerio público el poder de actuar (*supra*, nn. 14 y 18), sino que podamos también tomar en consideración las hipótesis en que le corresponde únicamente el poder de intervenir y en realidad se valga de él. [171] Se sobreentiende que, si se le permite instaurar un proceso civil como medio para la realización de la tutela jurisdiccional, y si, por tanto, le competen como consecuencia lógica todos los poderes de las partes (art. 72, ap. 1º), los respectivos poderes serán asimismo e indudablemente de tipo inquisitorio, no dependiendo ya de la sola voluntad de los particulares la elección de los hechos trascendentes y de los medios para probarlos (*supra*, n. 17). Sin embargo, como quiera que el elemento decisivo para establecer si, como

170 Respecto de los poderes concedidos al ministerio público por el art. 72, ap. 2º, me remito a ANDRIOLI, *Commento*, cit., p. 194, el cual observa que de la redacción de tal norma y, particularmente, del hecho de haber aludido al legislador y a los límites de las peticiones y no a los límites de las conclusiones, se deduce que la adhesión del demandado a la demanda no impide al ministerio público hacer valer las excepciones que el demandado hubiera podido promover, y que la circunstancia de remitirse el actor a la justicia del magistrado, no impide al mismo ministerio público deducir conclusiones que el actor, siempre dentro de los límites de la demanda, hubiera podido formular. Todo ello induce a Andrioli a sostener que el art. 70 atenta al principio dispositivo, "tanto por lo que concierne a la carga de la afirmación, como por lo que concierne a la carga de la prueba". Concuerdo con él, salvo puntualizar que, si el ministerio público interviene, entonces hay algo más que un simple atentado al principio dispositivo, puesto que, como afirmo en el texto, el proceso acaba por ser de tipo inquisitorio; mientras que si permanece fuera de la disputa cumulo podría participar en ella, entonces no hay ni siquiera atentado (v. la nota 171).

171 Ya que, para poder afirmar que el legislador ha querido organizar un proceso inspirándose en el principio inquisitorio, no basta, evidentemente, que haya concedido al ministerio público el poder de intervenir en virtud de su propia apreciación, sino que se necesita, además, que éste se valga concretamente del mismo e intervenga. En efecto, hasta el momento en que tiene lugar tal intervención, falta el presupuesto imprescindible para atacar la situación tal como resulta gracias a los recordados poderes concedidos por el propio legislador a las partes y al juez, respectivamente.

regla, un proceso se inspira o no en el principio inquisitorio, consiste precisa y solamente en la disminución de ese monopolio instructorio de las partes a consecuencia de la entrada en escena, con todos los poderes respectivos, inclusive en orden a la afirmación y no a la sola prueba de los hechos, de un órgano imparcial, como tal perfectamente diferenciado de los titulares del interés material en juego, deriva de ello que, al efecto *de quo agitur*, no hay en rigor necesidad de que recaiga precisamente en uno de los casos a que se refieren los arts. 69 cód. proc. civ. y 2907, ap. 1º, cód. civ., como también el art. 75 del real decreto de 30 de enero de 1941, n. 12. Así como, por razones expuestas al ocuparnos hace poco del principio inquisitorio realizado directamente por el juez y no por el camino más largo del ministerio público, es suficiente, para el resultado, que el primero esté provisto de poderes autónomos de investigación, sin que deba ser menoscabada la regla fundamental *nemo iudex sine actore*.

De este modo, tanto desde el punto de vista de la iniciativa del juez, como de la del ministerio público, llegamos de nuevo a demostrar, y además en concreto, la conveniencia de que para cualquier efecto, y por lo mismo respecto de la antítesis tradicional entre principio dispositivo y principio inquisitorio, se considere cual cosas totalmente distintas cuanto pertenece a la disponibilidad de la tutela que el ordenamiento concede a los intereses materiales y todo aquello que, en cambio, concierne a la organización interna del instrumento proceso civil y con ello a las tareas que consiguientemente se atribuyen en tal ámbito a cada uno de los sujetos.