

Para la elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento

VICTOR FAIREN GUILLEN
Catedrático de Derecho Procesal
en la Universidad de Santiago

Si se pretende acercarse a la elaboración dogmática de una parte general del Derecho procesal, es preciso, ante todo, ir deslindando su ámbito de aplicación. No vamos a incidir aquí sobre las opiniones de diversos autores en pro y en contra de su viabilidad; nos limitamos a continuar nuestra labor de ensayista examinando la posibilidad de extender esta construcción (1) a la técnica de la actividad procedimental (dinámica de la actuación procesal).

Forzosamente hay que llevar a cabo la labor de preparar una parte general del Derecho procesal comenzando por relacionar los puntos más afines entre proceso civil y penal, para ir después **examinando** en sus linderos las posibilidades de incluir o no otras materias en dicha parte [ya que no olvidamos que forzosamente ha de tener un contenido limitado (2)]; uno de tales puntos, derivado del carácter judicial formal de ambas ramas procesales (3), es el de los principios que informan a ambos procedimientos, cuestión que durante tiempo ha sido caballo de batalla de algunos autores (4) para separar a los dos procesos, sin enterarse de que la técnica instrumental es un efecto, pero no una causa. Por ello se hace necesario examinar su naturaleza y correlatividad.

(1) Un trabajo nuestro titulado "Ensayo sobre la posibilidad de incluir la doctrina general de los recursos en una parte general del Derecho procesal" lo tenemos entregado para su publicación a la "Revista de Derecho procesal".

(2) Cfr. CARNELUTTI, *Sistema del Diritto Processuale Civile*, Padua, 1936, t. I, págs. VI y ss.; BIONDI, *Alcuni rilievi sulla posizione dogmatica del Pubblico Ministero agente*, "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1930, I, 298, nota.

(3) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho judicial material* (trad. española G. GROSSANN), "RDPArg.", IV, 1946, págs. 5 y ss.

(4) Cfr., p. e., FLORIÁN, *Elementos de Derecho procesal penal*, trad. española PRIETO CASTRO, Barcelona, 1934, pág. 21; cfr. también bibl. infra.

Antes de entrar en el fondo de la materia que nos va a ocupar, es preciso considerar aquí un pensamiento sobre las diferencias entre proceso civil y penal que por afectar a un enfoque de ciertos principios que rigen la actividad procesal, pudiera influir de sobremañera sobre las posibilidades de una doctrina general común de dichos principios procedimentales. Se trata de la concepción de GÓMEZ ORBANEJA, y su interés es tal que nos creemos en caso de transcribirla (5): Dice este Profesor (6) que "En el proceso civil, la resolución definitiva o de fondo se distingue netamente por su materia de las resoluciones llamadas interlocutorias que se van sucediendo a lo largo del pleito: hasta el momento de dictar aquélla, el juez sólo ha ido aplicando normas procesales; en la sentencia final, juntamente con las reglas procesales que marcan los requisitos y la forma de la sentencia misma en cuanto acto del proceso, el juez pone por primera vez como base de su declaración la regulación sustantiva. Podría decirse gráficamente que si no fuese porque el Código civil (o el de comercio o eventualmente otras leyes privadas especiales de carácter material), contienen buen número de preceptos de naturaleza procesal, verbi y gracia, los referentes a la prueba, o que el derecho procesal hace suyos, como los relativos a la capacidad de las partes, representación, etcétera, el juzgador no tendría necesidad de abrir esos cuerpos legales hasta el momento de sentarse a preparar y extender la sentencia de fondo; todos los preceptos que marcan la admisibilidad del proceso y las condiciones y efectos del acto de procedimiento, hasta llegar a la sentencia final, son preceptos procesales. Los "presupuestos" del proceso y de la sentencia quedan así netamente separados de la sentencia en el sentido pedido por el actor, o sea de las condiciones de existencia de la acción".

"Otra cosa muy diferente ocurre en la causa penal, donde las condiciones de penalidad pueden confundirse en el funcionamiento procesal con las condiciones de admisibilidad del proceso o presupuestos procesales. Para que el proceso pueda seguir adelante y abrirse el juicio (en las causas por delito) no basta que se den las condiciones puramente formales; es preciso que concurra a la vez la posibilidad al menos de la existencia concreta de unos supuestos de derechos sustantivos, o sea de aquellos supuestos de hecho de que el derecho penal material hace depender la consecuencia que es la pena." Y termina diciendo que "Mientras que para obtener una sentencia civil de fondo no es necesario, no ya tener acción, sino ni siquiera mostrar la más mínima posibilidad o apariencia de ella, para que haya juicio y sentencia penal (absolutoria o de condena) es indispensable que exista una base de acusación, determinada a la luz del derecho sustantivo".

(5) En nuestro intento de refutarla parcialmente, tratamos también de hacerlo con otras de contenido análogo.

(6) En sus *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil de 14 de septiembre de 1822*, t. I Barcelona, 1947, págs. 35 y s.

Para nosotros, esta posición resulta de una inaplicación parcial de una faceta de la fundabilidad (7) de los actos procesales de petición en nuestro ordenamiento procesal civil.

Creemos que para obtener una sentencia civil de fondo, es necesario mostrar anteriormente una posibilidad o apariencia de la existencia del derecho; es preciso evidenciarlo (8). Esta apariencia, según nuestra Lec., ha de ser fundada; en efecto, la demanda ha de reunir ciertos requisitos que muestren "prima facie"—permitásenos utilizar esta expresión en sentido amplio—la evidencia de la certeza de su contenido; ha de estar fácticamente sustanciada (9) y jurídicamente fundamentada (art. 524), aportándose además con ella los documentos en que el actor funde su derecho (art. 504), so pena de preclusión y de no tenerse en cuenta tales documentos si se presentaron tardíamente (10).

La falta de inclusión de los hechos en la demanda, constituye un defecto para su admisibilidad (por faltarle la fundamentación), ya que ello la torna inconcluyente (11). Y la "confluencia" de la demanda, es una condición de su fundabilidad (12). Es decir, el defecto de fundamentación fáctica de la demanda, así como la jurídica produce la inadmisibilidad de la misma, pero la razón de esta inadmisibilidad no es formal, sino de fondo. Lo que ocurre es que tal falta se valora en nuestra Lec. como formal. De aquí el error en el que se puede caer, por defecto de la regulación de una repulsa de la demanda "in limine" en nuestro proceso civil. El problema paralelo en el proceso penal—el de la "inadmisibilidad"—de la querrela por no ser constitutivos de delito los hechos que en ella se relacionan (art. 313 de la Lep.), ha sido más estudiado, pero en ambos casos es idéntico fundamentalmente.

Por otra parte, estamos de acuerdo con GUASP (13) en que el que el juez no examine ni valore los documentos presentados tardíamente

(7) Terminología de GOLDSCHMIDT en obras que citamos infra.

(8) Muy interesante sobre este punto, p. e., WACH, *Der Rechtsschutzanspruch*, "ZZP", 42, págs. 1 y ss.; también GOLDSCHMIDT, en *Derecho Justicial material*, cit., loc. cit.

(9) Ya que nuestra Lec. se atiene a la doctrina de la sustanciación. Sobre este punto, cfr. nuestra monografía, que publicará en breve el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos sobre "La transformación de la demanda en el proceso civil", en varios loc.

(10) Cfr. GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, t. II, página 191, y *La presentación de documentos en los juicios de mayor y menor cuantía*, en "RDPr.", I (1945), págs. 77 y ss.; GOLDSCHMIDT, *Teoría general del proceso*, Barcelona, 1936, pág. 139.

El primer autor cit., tampoco acepta los puntos de vista de GÓMEZ ORAÑEJA, basándose en alegaciones semejantes a las que aquí se hacen (Cfr. en su recensión a los "Comentarios" cit. de este autor, en "RDPr.", 1947 (III), páginas 352 y s.).

(11) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Teoría general del proceso*, cit., pág. 114; *Der Prozess als Rechtslage*, Berlín, 1925, págs. 416 y ss.

(12) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Teoría*, cit., pág. 114; *Der Prozess als Rechtslage*, cit., loc. cit.

(13) Cfr. GUASP, loc. cit., en nota núm. 10.

en el momento preciso, no es por falta de admisibilidad, sino de fundamentación.

De todo esto es motivo la extraordinaria importancia que en nuestro proceso civil—como descendiente del proceso del Derecho común—tiene la doctrina de la sustanciación (14); sin ella no hay demanda en nuestro proceso civil. Y la necesidad de sustanciarla demuestra que precisa que el actor evidencie una posibilidad o apariencia de “tener acción”; esto es, lo contrario que dice GÓMEZ ORBANEJA. También la necesidad de presentar los documentos en que el actor funde su derecho juntamente con la demanda nos apoya como argumento, ya que contribuyen a dar base a la evidencia de derecho lesionado que en la demanda se muestra. Y por último, la preclusión que obra sobre los documentos no presentados temporáneamente, y la repulsa de la demanda por falta de los requisitos previstos en el art. 524 de la Lec. (14 bis) (entre ellos, la sustanciación fáctica) nos muestra, en el proceso civil, un desarrollo escalonado por la concurrencia de requisitos no solamente formales, sino materiales.

Es este “escalonamiento”, en la constitución del proceso penal, otra de las bases de GÓMEZ ORBANEJA para distinguirlo del civil. Dice este ilustre Profesor que “a diferencia del proceso civil, que se constituye de una vez y definitivamente, con unos límites objetivos y subjetivos inalterables, mediante la presentación de la demanda, el proceso penal se desenvuelve escalonadamente” (15).

Únicamente partiendo de una comparación de nuestras dos leyes procesales fundamentales puede llegarse a tal resultado. Basta para mostrar cómo el proceso también en su desarrollo civil se desenvuelve escalonadamente, la aceptación por doctrina y legislaciones progresivas, de la posibilidad de alterar la demanda (16); si confrontamos estos Códigos procesales con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no nos sirve la argumentación de GÓMEZ ORBANEJA; de ahí que la diferencia que alega, lo sea únicamente por razón de nuestro defectuoso ordenamiento jurídico, que no admite la transformación de la demanda en el proceso civil con consecuencias desastrosas para los intereses de la ad-

(14) Cfr. VON BAYER, *Vorträge über den gemeinem ordentlichen Civilprozess*, 8.ª ed., Munich, 1858, pág. 527, con bibl. allí cit.; BOLLINGER, *Zur Revision der Lehre von der Klagänderung*, Zürich, 1886, pág. 19; HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1912 (I), pág. 306; más bibl. en nuestra monografía “La transformación de la demanda” cit.

(14 bis) Cfr. GUASP, *Comentarios*, II, 245; PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal civil*, t. I, Zaragoza, 1946, págs. 263 y s.

(15) Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, cit., pág. 37. Es preciso cfr. todo el desarrollo de este interesante punto que el autor lleva a cabo.

(16) Cfr., p. e., el § 284 de la “ZPO.” alemana; el § 482 de la austríaca. La bibl. sobre la transformación de la demanda es muy extensa; en nuestra monografía ya cit. estará incluida, al menos en una gran parte; citaremos aquí solamente para Alemania (derecho vigente después de la guerra) SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, Karlsruhe, 1947, págs. 162 y ss., y para Austria, WOLFF, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, Viena, 1947, 2.ª ed., págs. 279 y ss.

ministración de justicia y de las partes (17). Trátase así, pues, de un caso como el que tratábamos antes; su base, un defecto de la Lec.; y no se puede partir de tan pequeña base para valorar las diferencias en general del proceso civil y penal.

La diferencia indicada por GÓMEZ ORBANEJA existe, pero no es tan profunda como cree; cierto es que en el proceso penal español es más rígida que en el civil la necesidad, al iniciarlo y continuarlo, de demostrar una evidencia de derecho lesionado; pero esta exigencia, también en lo civil, rebasa el ámbito de lo formal, por aceptarse en la Lec. la doctrina de la sustanciación, sea cual fuere el momento en que se produce, por ser necesaria (18).

Los resultados de incumplir esta exigencia, son distintos en nuestros procesos civiles y penales, pero sólo técnicamente. Si en el proceso penal es necesario para incoarle y continuarlo exponer la posibilidad de la concurrencia de unos supuestos de derecho sustantivo (penal) (19), y si tal posibilidad no se muestra, se produce, bien en su momento, la desestimación de la querrela por no ser constitutivos de delitos los hechos, o bien el sobreseimiento libre, en el proceso civil; lo que ocurre es que a falta de sustanciación de la demanda se dicta una sentencia absolutoria sobre el fondo. La identidad de los efectos del sobreseimiento libre y de la sentencia civil en cuanto a la reiterabilidad del proceso, muestran que el camino seguido en ambos procesos es únicamente distinto en su parte técnica (necesidad de llegar en el proceso civil hasta el trámite de sentencia enfrente de la posibilidad de repeler la querrela o sobreseer libremente en el proceso penal) (20). La diferencia fundamental es que en el proceso civil "hay menos escalones" que en el penal; pero que también los hay, lo demuestran las anteriores consideraciones.

En resumen, y como veremos después, la diferencia a que nos referimos, enfocada desde el punto de vista que a este trabajo afecta, se deduce de una diferente importancia de la entidad de los intereses que obran en el proceso civil y en el penal; de ahí que los "escalones", a través de los cuales se desarrollan ambos procesos, sean distintos en el momento procesal y en el espacio; pero su simetría conceptual es la misma. Y solamente a través de un estudio muy cuidadoso de la entidad de los intereses que entran en conflicto en ambos procesos podrá llegar a formularse estructuradamente el concepto de la diferencia entre los mismos, y como consecuencia, de la causa de

(17) En cuanto a la demostración del grave error del art. 548 de nuestra Lec., también en dicha monografía se encontrará, así como su base racional derivada de una valoración de los diferentes intereses que en el proceso se encuentran.

(18) Cir. en general sobre tal necesidad NIKISCH, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Tübingen, 1935, pág. 69.

(19) Cir. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, cit., I, pág. 36.

(20) En cuanto a la desestimación de la querrela por no ser los hechos constitutivos de delito, produce como efecto el que no se admita otra nueva sobre los mismos hechos (T. S., S. de 10 de marzo y 20 de abril de 1906).

la variedad de los principios que informan la técnica procedimental de aquéllos (21).

Visto como en ambos procesos existe una dinámica procedimental dirigida en sus diversos tractos o escalones a los mismos objetivos instrumentales, pasemos a considerar las diferencias de los principios que rigen esta dinámica en cada caso.

Para nosotros, es la diferente consideración y entidad, según las normas legales debidamente integradas del interés que se evidencia como lesionado en las peticiones que abren los procesos—y que según sea su titular la comunidad o el individuo determina la indisponibilidad o disponibilidad de los derechos por éste—, lo que produce la aparición y diferenciación de dos series paralelas de principios procedimentales (22).

Un predominio de la actuación directiva y de las facultades del juez en el procedimiento, nos conduce al llamado principio oficial (23). Por el contrario, un predominio, un "dominium litis" de las partes, origina el principio dispositivo, ambos considerados en sentido lato.

(21) Cfr. HECK, *Jurisprudencia de intereses*, trad. esp. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, en "AAMN", t. IV (1948), passim; id., *Die Leugnung der Ineressen-jurisprudenz durch Hermann Ysay*, en Archív. Pr., vol. 17 (nueva serie), 1933, págs. 47 y ss.

Este método nos ha dado buenos resultados hasta ahora en nuestro trabajo; hallamos superiores sus ventajas a sus desventajas, sobre todo habida cuenta del estado de los estudios jurídico-procesales en España.

(22) Cfr., p. ej., SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, cit., págs. 41 y ss.; CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto Processuale civile*, Padua, 1944, I, 186; GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, cit., pág. 35; PRIETO CASTRO, *Cuestiones de Derecho Procesal*, Madrid, 1947, págs. 290 y ss.

Hemos de hacer notar que la bibliografía a que nos remitiremos de aquí en adelante puede parecer excesiva dada la escasa amplitud del tratamiento del tema; de ahí que quizás se nos acuse de "cientificista", término utilizado por MARAÑÓN para designar—muy certeramente—a los truicistas de la ciencia. Si se pretendiese solamente hacer una exposición de los principios del procedimiento, quizás estuviese justificada esta acusación; pero como se verá, se trata de elaborar una doctrina general sobre los mismos; de ahí la necesidad de consultar las opiniones de los autores que nos favorecen, y en cuya autoridad nos apoyamos. Una lectura de las obras que citamos puede ser mucho más fructífera que este ensayo, y demostrar con ello la necesidad de recurrir a otras autoridades. Y en último término, como reacción contra hechos—perfectamente calificables—que se producen, estimamos que es preferible decir, aunque ello sea farragoso y pueda llegar a enojar, cuáles son las fuentes de nuestras producciones, que no indiscriminar las ideas propias de las ajenas ocultando celosamente el origen de éstas.

(23) Tal es el caso cuando se discuten derechos substraídos a la disponibilidad por las partes (Cfr., p. e., ZANZUCCHI, *Diritto Processuale civile*, Milán, 1946, I, págs. 348 y ss.; GULDENER, *Das schweizerische Zivilprozessrecht*, Zürich, 1947, pág. 119; CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio* en "Studi in onore di G. Chiovenda", 1927, págs. 134 y ss.; FRITZSCHE, *Wahrheit und Lüge im Zivilprozess*, Zürich, 1921, págs. 28 y ss.; GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935 arg. págs. 73 y ss.

De estos dos principios fundamentales surgen otros derivados a cuya exposición pasamos.

La vigencia del principio oficial puro determina que el proceso pueda ser incoado por decisión del Juez (principio de incoación de oficio) sin necesidad de actividad postulatoria de las partes (lo que haría aparecer el principio de incoación a instancia de parte) (24). Rigiendo el principio oficial, el Juez aportaría el material del proceso por iniciativa propia (instrucción oficial en la fase instructiva del proceso); mientras que si dicha tarea queda encomendada a las partes, aparece el principio de colocación formal de una frente a la otra—principio de contradicción—haciendo ambas aportaciones de material fáctico y jurídico, justificando sus peticiones, formulando sus conclusiones y combatiendo las de la parte contraria, y reduciendo al Juez a aplicar un supuesto de derecho a lo por ellas alegado, sin posibilidad de intervenir en la reunión de los hechos necesarios (24). De tal toma de posiciones de las partes (25) se deduce la aparición de la carga de la prueba.

De tener el Juez amplias facultades en la fase instructoria, puede dirigirlas a la averiguación de la verdad material de los hechos (26). Para ello le ha de ser de un muy eficaz auxilio la posibilidad de constreñir a las partes al cumplimiento de sus deberes, tal como les vengan impuestos por las normas legales, de cooperación, de no gravar a la Administración de Justicia, de no obstaculizar la labor del contrario, de buena fe, de veracidad, de diligencia, etc. (27). Para nosotros, es discutible si se trata de deberes procesales o de obligaciones extrapro-

(24) Cfr. las doctrinas de la sustanciación y de la individualización en nuestra monografía "La transformación" cit.; y también en cuanto a la reunión del material fáctico, fundamentalmente, STEIN, *Das private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893; con ref. a las relaciones entre los principios oficial y dispositivo y la ciencia privada del Juez, en págs. 87 y ss.; con ref. a las máximas de la experiencia, págs. 74 y ss., y con ref. a los hechos notorios, páginas 143 y ss.

(25) Sobre el contradictorio, puede verse también, TISSIER, *Le Centenaire du Code de Procédure civile et les projets de réforme*, en Rev. Trim. Dr. C., 196, págs. 627 y ss.

Es grande la adecuación del principio de contradicción al interés del proceso—dice STEIN—, por estar conforme con los intereses que allí se debaten; entre ambas partes, extraen del material aportado su verdadero meollo, y lo hacen cristalizar en beneficio de la justicia (Cfr. *Grundriss des Zivilprozessrechts*, Tübingen, 1921, págs. 28 a 32). También CALAMANDREI conforme con ello si la disponibilidad del objeto del proceso radica en las partes (Cfr. *Linee fondamentali*, cit., pág. 140).

(26) Cfr. KISCH, *Private und öffentliche Belange in der bürgerlichen Rechtspflege*, "DR", 1936, pág. 10; PRUPACHER, *Über die Offizialmaxime*, Berlín, 1922, págs. 32 y ss.

(27) De tales los califica SCHÖNKE en su *Zivilprozessrechts*, cit. págs. 5 y siguientes. Cfr. también ENGELHARDT, *Pflichten der parteien zueinander im Zivilprozess*, "DRZ" 1935, págs. 329 y ss.; FERRARA, *Luci ed ombre sul diritto nuovo* ("Innovazione e riforme nella procedura della prova"). Milán, 1924, esp. página 30.

cesales, simplemente de Derecho público, que se ponen de manifiesto con ocasión del proceso (28), como también con otras ocasiones extra-procesales; pero, en todo caso, su aplicación al proceso facilita—como todo robustecimiento no arbitrario de la autoridad del Juez—una mejora de aquel con respecto a los principios del procedimiento; así, es evidente que, p. e., el “deber” de diligencia de las partes favorece (mediante la amenaza de las preclusiones) la concentración y con ella la rapidez del proceso (29).

Por el contrario, si son las partes las que pueden dar al proceso un determinado sentido y dirección en el ejercicio de su poder dispositivo y de aportación de materiales por iniciativa propia y no del Juez, solamente se conseguirá la obtención de una verdad formal con el único fin de poner de acuerdo sobre el conflicto de intereses que plantearon (30). Vehículos apropiados para la obtención de la verdad material o formal, son, respectivamente, los principios de libre apreciación de la prueba o la apreciación según reglas legales (31).

En materia de prueba, tiene importancia la progresiva sustitución del concepto de carga de la misma, derivado del principio dispositivo, por el derecho de interrogatorio del Juez e imposición a las partes (sin consideración de la antigua distribución de la carga de la prueba) del llamado “deber de aclaración y veracidad” (32) en el proceso civil; es una muestra más de las consecuencias del predominio en él del principio oficial.

Esta tendencia del derecho procesal probatorio hacia la verdad material, hecha patente en lo civil después de vencer la resistencia de la antigua escuela procesal liberal (33), viene a ser un argumento en favor de que la estructura y función de la prueba es la misma en ambos procesos; prueba directa e indirecta, histórica y crítica, testimonio, documento, indicio son ideas fundamentalmente idénticas para

(28) GULDENER los califica también de obligaciones procesales si bien habla de “una carga procesal de actuación” (ob. cit., pág. 196). No explica la conexión o desconexión de tales “obligaciones” con tal carga.

(29) Cfr. KISCH, *Bericht des Ausschusses für bürgerliche Rechtspflege*, en “Z. Ak.”, 1935, pág. 61; también arg. SEYDEL, *Gedanken zur Neugestaltung des Zivilprozesses*, en “DR” 1939, págs. 506 y ss.

(30) Objetivo y material solamente es el hecho en sí; toda exposición sobre el mismo da lugar solamente a una verdad subjetiva. Y aproximarse a ella más o menos es alcanzar la “verdad material” o simplemente la “formal”. (Cfr. SIEGRIST, *Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses*, Berna, 1938, página 12.

(31) Cfr. PFLEGHART, *Offizial und Untersuchungsmaxime im Zivilprozess*, “SJZ” XIV, págs. 217 y ss. y esp., 223; FLORIÁN, *Le due prove*, Riv. Dir. Proc. Civ., 1926, I, págs. 22 y ss.

(32) Cfr. VON HIPPEL, *Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess*, Frankfurt a. M., 1939 passim; HUG, *Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess*, Zürich, 1943, esp. págs. 5 y ss.

(33) Se suele poner como representante maestro de esta escuela a Adolfo WACH, enfrente de Franz KLEIN, que representa la autoritaria que desde su época viene logrando gran éxito.

el juez civil y para el penal (34); la diferencia estriba en que prueba civil y penal se mueven en relación inversa (hoy, contemplando la general aceptación de la extensión del principio oficial, podemos decir que "se movían"); la autoridad del Juez—decía FLORIÁN—llena la prueba penal teniendo sometidas a las partes; en la civil predominan las facultades dispositivas de éstas (35). Es decir, una vez más se nos marca la importancia de hacer que presida el proceso el principio oficial o el dispositivo; y ello ocurrirá según se trate en él de intereses públicos o privados.

Si en un proceso rige el principio de oficialidad en toda su amplitud, el objeto procesal es inmutable, y el procedimiento avoca a una sentencia de fondo. Por el contrario, bajo la vigencia del principio dispositivo, las partes podrían llevar esta disposición hasta el objeto del proceso, terminando así el procedimiento con un acuerdo particular de voluntades (principio dispositivo "stricto sensu"). Otra faceta respecto de estos principios lo es la vinculación o no del Juez con respecto a las peticiones de las partes en cuanto al contenido de la sentencia.

Entre las facultades que del principio oficial se dedujesen a favor del Juez, estaría la de impulsar éste el procedimiento en sus sucesivos tractos hacia el final, impidiendo todo retardo o paralización (principio de impulso oficial); por el contrario, si dispusieran las partes del objeto del proceso y adecuasen éste a sus intereses particulares bien podrían detener el procedimiento, correspondiéndoles a ellas su impulso (36), (37).

(34) Cfr. CARNELUTTI, *Prove civile e prove penali*, Riv. Dir. Proc. Civ., 1925, I, pág. 5.

Habremos de añadir que la diferente amplitud de los medios de prueba utilizados en el proceso penal con respecto al civil, no proviene directamente del principio oficial, y además, tiende a disminuir. Si los adelantos de la técnica policial en la lucha contra el delito han hecho preciso acudir a nuevos medios de prueba, y con ello ha aumentado la importancia de la Policía en cuanto al proceso penal (Cfr., p. e., predicando la necesidad de que se le confíe una labor preparatoria y controlada del juicio penal, LIEBSCHER, *Neue Wege der Strafrechtspflege*, "OJZ" 1948, págs. 8 y ss.), lo propio ha ocurrido paralelamente en el proceso civil, donde se ha hecho preciso acudir a nuevos medios de prueba como el de reconocimiento de grupos sanguíneos, en los procesos sobre cuestiones matrimoniales y de filiación; el de semejanza biológica, etc., siendo grande la importancia del papel de los técnicos que practican tales pruebas, que el Juez no puede disentir del informe globalmente (según el Rechtsgericht cit., por SCHÖNKE, ob. cit., pág. 211). Es de notar—y con ello nos referimos a quienes actualmente ponen en tela de juicio cuanto de Alemania viene, bajo sospecha de ser producto de la ideología nazi—, que esta doctrina se declara en una obra posterior a la guerra y en pleno régimen de ocupación militar.

(35) Cfr. FLORIÁN, *Le due prove*, Riv. Dir. Proc. Civ., 1926, I, págs. 222 y ss.

(36) Cfr. THOMANN, *La posizione e le funzioni del giudice nel procedimento di prima istanza secondo il Progetto preliminare di un nuovo codice di procedura civile italiano*, Soletta, 1939, pág. 58; CARNELUTTI, *Lineamenti della riforma del processo civile di coazione*, en Riv. Dir. Proc. Civ. 1929, I, páginas 27 y ss.

(37) El impulso oficial coadyuva a la rapidez y con ello a la economía del

Si correpondiere al Juez la incoación del proceso de oficio, evidentemente debería hacerlo en el momento en que conociera la evidencia del supuesto legal en que tal cosa habría de ocurrir, o sea, cuando se evidenciase la infracción de una norma jurídica (principio de legalidad); en tanto que bajo la vigencia del principio dispositivo, correspondería a las partes determinar la oportunidad de recurrir al Tribunal con el fin de promover la incoación del proceso (38). Estos principios procesales muestran como consecuencia su relación íntima con la dinámica del proceso, con el procedimiento.

Todos los principios que hemos citado, que afectan, como se ha visto, y directamente, al objeto del proceso, se desarrollan a su vez en otra serie de ellos que afecta predominantemente a la forma de la actividad procedimental.

Así, ésta puede desarrollarse de modo que el Juez que ha de resolver el litigio se entienda directamente con las partes (principio de la inmediación) con el fin de averiguar la verdad material; para ello, es el más apropiado el medio de la conversación o interrogatorio oral (oralidad) (39), (40). Por el contrario, si corresponde a las partes la aportación del material fáctico destinado a la obtención de una simple verdad formal, importa más la documentación de dicho material en escritos y autos (escritura). Ello hace precisa una persona especializada que se interpone entre las partes y el Juez, impidiendo a veces la inmediación (principio de mediación) (41).

Tanto la oralidad como la escritura producen a su vez una serie de consecuencias, nuevos principios procedimentales a entregar a los ya expuestos; la oralidad produce la necesidad de evacuar todo el ma-

procedimiento; solamente cuando las partes comprendan esta necesidad podrá confiarse el impulso del proceso (Cfr. KISCH, Bericht et., en "ZAK" 1935, página 61).

(38) Con ref. a los principios del procedimiento penal. GOLDSCHMIDT, *Problemas* cit., págs. 73 y ss.; y a los del civil, SEGT, *Procedimento civile*, en "NDI.", parr. 1-5.

(39) No corresponde a este punto el estudio de que es la oralidad y sus linderos impuestos por su esencia y sus fines. Cfr. para ello, WACH, *Mündlichkeit und Schriftlichkeit im schweizerischen Zivilprozess*, Schönlisdorf, 1931, edición, Bonn 1896, págs. 1 y ss.

(40) Puede verse sobre este tema batallón, sobre el cual se ha discutido y aun legislado de modo impremeditado a veces, p. e., WALMANN, *Mündlichkeit und Schriftlichkeit*, en "ZZP.", 1938, págs. 381 y ss.; WEYMUTH, *Mündlichkeit und Schriftlichkeit im schweizerischen Zivilprozess*, Schönlisdorf, 1931, passim; CHIOVENDA, *L'oralité e la prova*, Riv. Dir. Proc. Civ., 1924, I, página 16; VOLKMAR, *Grundproblemen der Zivilprozessreform*, en "Judicium", II, 1929-30, págs. 296 y ss. Además, en todos o casi todos los "Lehrbücher" alemanes se encuentra una debida valoración de este principio (Cfr. los de SCHMIDT, ROSENBERG, SCHÖNKE, VON HIPPEL, etc.).

(41) Cfr. PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal civil*, t. I, págs. 237 y ss.; FAIREN, *Grundriss des spanischen Zivilprozessrechtes*, Zürich, 1936, págs. 21 y siguientes.

terial de la instrucción en una o varias sesiones ante el Tribunal (42) lo más próximas posible (43); es decir, promueve la concentración material y del procedimiento, hecha posible también gracias a la facultad de interrogación y esclarecimiento de los jueces, derivada del principio oficial (44). Por el contrario, la escritura supone la necesidad de que el procedimiento se divida en varios periodos, de modo que a cada uno de ellos corresponda una serie determinada de actos procesales a verificar (preclusión). La preclusión puede ser a su vez rígida o elástica, según que en cada tracto del proceso solamente puedan llevarse a cabo determinados actos procesales, o que, simplemente, cada etapa esté dominada por una idea principal (instructoria, probatoria, de discusión, etc.) (45). En la legislación comparada puede apreciarse cómo tiende a predominar la preclusión elástica (46).

Y la preclusión produce como efecto el que las partes hayan de vigilar diligentemente la marcha del procedimiento y no esperen a aportar nuevos materiales en un momento quizás tardío, sino que, por el contrario, deban hacerlo en la primera oportunidad que se presente (eventualidad). He aquí una vez más una muestra de la concatenación de "deberes" procesales y principios del procedimiento.

La oralidad produce también la fácil posibilidad de que terceras personas no interesadas directamente en el proceso (47) puedan tomar conocimiento del mismo asistiendo a los debates (publicidad general), en tanto que tratándose del principio de la escritura la publicidad es más difícil de lograr.

Ahora se nos plantea el problema de determinar cuáles de entre todos estos principios deben informar a cada proceso (civil, penal y aun contencioso-administrativo) en particular.

(42) Cfr. la Ordenanza alemana sobre rapidez e inmediatez en el procedimiento de 11 de noviembre de 1935, (1).

(43) Cfr. SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht* cit., pág. 38. También rige este principio en la nueva Ley Procesal sueca de 1942 (cap. 43. 11), inspirada en la "ZPO" austriaca. Cfr. sobre aquella, SIMSON, *Das neue schwedische Zivilprozessrecht*, "ZfSR", 1944, págs. 162 y ss.

(44) Precisamente en la inmediata continuación de la sesión oral comenzada es donde estriba uno de los problemas prácticos de la oralidad, puesto que la aglomeración de trabajo en los Tribunales la puede obstaculizar en muchos casos. Este es uno de los más graves inconvenientes apreciados durante la vigencia del nuevo Código del Proceso Civil portugués.

La evacuación de diligencias probatorias por exhortos, es también a menudo causa de desaparición de la inmediatez, y por ello, de falta de base para la oralidad, que deja de tener razón de ser. (Cfr. sobre la "ZPO" austriaca y las corruptelas en esta materia, GRILL, *Zurück zur Zivilprozessordnung*, en "OJZ", 1948, págs. 97 y ss.).

(45) Cfr. PAULO A. V. CUNHA, *Processo comum de declaração*, Braga, 1944, tomo I, págs. 64 y ss.; FAIREN, *Grundriss* cit., pág. 32.

(46) Puede verse consultando las obras cit. en notas anteriores.

(47) Según algún autor moderno, todo cuanto hace el Juez se dirige no solamente a las partes, sino a toda la Sociedad; de ahí la importancia de la publicidad en el procedimiento (Cfr. SCHWABE, *Die Öffentlichkeit des Rechtsverfahrens*, "DR", 1936 págs. 447 y ss.

Hemos de partir de la base de que de nuestra exposición han surgido configurados dos tipos de procedimiento completamente opuestos. En uno de ellos, regido fundamentalmente por el principio dispositivo, el "dominium litis" es de las partes, y consecuentemente, es muy importante su papel en la labor instructoria del proceso (48); el Juez queda reducido a la de resolver sobre la base fáctica estrictamente aportada por las partes. En el otro, regido por el principio oficial, la dirección procesal corresponde al Juez, el cual tiene posibilidad de investigar por su cuenta, reduciendo más o menos a las partes al papel de elementos pasivos de su investigación (49). Hemos destacado esta configuración de dos tipos de procedimientos opuestos porque precisamente por causa de partirse siempre de la comparación entre el procedimiento civil dispositivo y el penal oficial se ha hecho difícil pensar, y ello es erróneo, en la existencia de un sistema único de principios procedimentales (portador de diferentes ramas speciale.) (50).

De esta base puede deducirse qué principios corresponden a cada procedimiento.

En el Derecho medieval el proceso penal se desarrollaba igual que el civil (51); predominaban en aquél los puntos de vista privatísticos (52), a base de iniciativa de la parte ofendida; el proceso se desarrollaba con las características de declarativo (53). Fué posteriormente, en la época en que habiéndose transformado en concepto público el de la pena con objeto de combatir el delito en interés general (54),

(48) Insistimos en que este principio tiende a imponerse, y se declara que el principio dispositivo es innecesario en el proceso civil (Cfr. BUCHHOLZ, *Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz* cit., pág. 2745; CALAMANDREI, *Linee fondamentali* cit., págs. 136 y ss.

(49) Cfr. arg. COUTURE, *El principio de libertad en el sistema del proceso civil*, Buenos Aires (sin fecha), págs. 24 y ss.

(50) Cfr. COSTA, *Il dolo processuale*, Turín, 1930, págs. 22 y ss.; CALAMANDREI, *Linee fondamentali* cit., pág. 134.

(51) Cfr. las diferencias e identidades de ambos procesos en la época de la Reconquista española en LÓPEZ ORTIZ, "AHDE", XIV (1942-43), págs. 201 y siguientes; GARCÍA DE DIEGO, *El derecho judicial de Aragón de los siglos VIII al XII*, "AHDE", XIV, passim. Con respecto al derecho germánico, cfr. VON KRIES, *Lehrbuch des Strafprozessrechts*, Friburgo, a. B., 1892, págs. 11 a 65.

Hemos constatado esta fundamental semejanza en el examen de copiosa cantidad de documentos de la Alta Edad Media española en nuestra investigación histórica destinada a estudiar la evolución de las doctrinas de la sustanciación y de la individualización. La mayoría de los cartularios y colecciones de documentos estudiados se hallará cit. en nuestra monografía sobre *La transformación de la demanda* cit.

(52) Cfr. esp. VON KRIES, ob. cit., pág. 13, con respecto a la importancia del juramento; igualmente, LÓPEZ ORTIZ, ob. cit.

(53) Cfr. ULLMANN, *Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts*, Munich, 1893, pág. 22.

(54) Tiene un gran interés el estudio de los delitos eclesiásticos como punto de partida de la publicación del concepto de delito (Cfr. VON KRIES, ob. cit., páginas 22 y ss.).

cuando pasó a dominar el principio inquisitivo (55). Ello indica que el proceso de evolución del procedimiento penal arrancó de un punto en que los poderes de las partes eran muy extensos, para llegar al momento histórico actual de combinación acusatorio-inquisitiva, pasando a través del dominio absoluto del referido sistema inquisitivo, en que, como consecuencia, predominaban en el procedimiento los poderes del organismo juzgador de modo absoluto y exagerado (56).

El carácter esencialmente público del interés en juego en el proceso penal (57), la diferencia entre la condena civil y penal, que fuerza a que el procedimiento de alcanzarlas sea distinto por ser la pena de carácter también público y afflictivo enfrente del puramente satisfactivo de la condena civil (58), y, en resumen, la necesidad de que se cumpla adecuadamente el deber del Estado de reponer el orden jurídico penal llegando al más material y exacto conocimiento posible de la verdad, todo ello justifica el hecho de que el Estado haya cumplido con su citado deber de procurar una jurisprudencia digna de confianza construyendo el proceso penal sobre principios procedimentales que faciliten lo más posible dicha labor (59).

Y es lógico que pueda proveerse a ello por el Estado por medio de órganos de acusación especializados que en todo momento estén en condiciones de impedir que el interés público que representan se vea desbancado por el particular de un determinado individuo y a través de la concesión a los Tribunales de facultades procesales adecuadas y por medio, en fin, de la sujeción de los individuos a principios técnicos que les impidan disponer del interés común—cosa que sucedería con un predominio en el proceso penal del principio procedimental dispositivo (60)—. Hay que tener en cuenta, como pensamiento fundamental de todo lo que se ha dicho, que tratándose en el proceso penal de un interés público y siendo, por causa de la limitación de la auto-tutela y de la propia autolimitación del Estado, un presupuesto necesario de la imposición de la pena, las partes no pueden sino someterse a dicho interés público. Cosa parecida a lo antes dicho ocurriría de imperar el principio dispositivo totalmente en el sistema de control jurisdiccional de la Administración.

El imperio en lo procesal civil y penal de diferentes principios

(55) Cfr. VON HIPPEL, *Der deutsche Strafprozess*, Marburgo, 1941. página 333.

(56) Cfr. las ideas del famoso CARPZOVIVUS en VON KRIES. ob. cit. páginas 37 y ss. También, sobre los excesos en que se incurría, cfr. VÉLEZ MARI-CONDE, *La situación jurídica del imputado*, en "RDPArg.", I (1943). págs. 105 y siguientes.

(57) Cfr. arg. en ZANZUCCHI, ob. cit., t. I, pág. 19; CALAMANDREI, *Is i-unioni* cit., t. I, pág. 168, y demás ob. cit. supra.

(58) Cfr. CARNELUTTI *Sistema* cit., t. I, pág. 41.

(59) Cfr. GRASS, *Probleme der materiellen Wahrheitserforschung nach der bündnerischen Zivilprozessordnung vom 7. März 1907*, Thuisis, 1945. págs. 4 y siguientes, y bibl. allí cit.

(60) Cfr. ULLMANN, ob. cit., pág. 22.

procedimentales, repetimos una vez más, se justifica sencillamente por la distinta entidad del interés en juego y de las consecuencias de su infracción jurídicamente consideradas (condena civil o penal y sus resultas). Si se trata de un interés privado renunciable—mediato para la comunidad social, inmediato solamente para dos de sus miembros (61)—es lógico que éstos desempeñen un puesto de protagonistas en el proceso y que puedan disponer del referido interés (62). Esto justifica la vigencia de los principios que dan a las partes una gran participación en el desarrollo del procedimiento: ponen en sus manos la posibilidad de promover su incoación, de aportar el material instructorio fáctico, etc. (principio dispositivo y consecuentes) (63). Si, por el contrario, se trata en el proceso de la integridad del ordenamiento jurídico en relación con un interés inmediatamente general de la comunidad; si se trata de una controversia en que se ventila la seguridad de toda ella por haberse evidenciado la violación de un bien jurídico general, desaparece aquella circunstancia de pura oportunidad en que se basaba el principio dispositivo (64) y entonces debe concederse un papel de actuación predominante al órgano que administra justicia y a los mismos representantes de la comunidad encargados de promover la restauración del orden jurídico mediante el castigo del delincuente (65); por ello es lógico que en el proceso penal rija el principio oficial y consecuentes (66), (67).

Pero el contrastar estos dos tipos de procedimiento opuestos ya ha venido dando lugar a errores que es preciso corregir (68), ya que la diferencia es un efecto y no una causa. De lo que se ha tratado aquí es únicamente de poner de manifiesto la contraposición fundamental entre procedimiento oficial y dispositivo; mas librenos de estimar que el civil deba configurarse estrictamente como el segundo, así como que con el penal deba ocurrir lo opuesto. Tanto el procedimiento civil como el penal deben configurarse no con arreglo a tales extremos, sino de tal modo que la combinación en ellos dé como justo medio un tipo de procedimiento en que se garantice tanto el interés general como

(61) Cfr. ULLMANN, ob. cit. pág. 19; GRASS, ob. cit., pág. 2.

(62) Mientras ello no constituyere patente abuso e injusticia, pues como decía KLEIN, "el desinterés del Estado por las violaciones del orden jurídico privado termina cuando se produce la petición de justicia a los Tribunales" (Cfr., *Die schuldhafte Partei-handlung*, Viena, 1885, pág. 128).

(63) Cfr. GRASS, ob. cit., págs. 1 y ss.

(64) Cfr. KOHLER, *Über die Officialtätigkeit in der Beweiserhebung*, en sus "Gesammelte Beiträge", Berlin, 1894, pág. 363.

(65) Cfr. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprocess* (vol. III de "Der Civilprocess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung", Bonn, 1864, págs. 22 y ss.

(66) Cfr. VON ORELLI, *Über die Jury in Civilsachen*, en "ZKFZR", III, páginas 3 y ss., y bibl. cit. anteriormente.

(67) Estas consideraciones son, en general, aplicables (en algún caso "lege ferenda") al proceso contencioso administrativo español.

(68) Cfr., p. e. FLORIÁN, *Le due prove* cit. pág. 223.

los particulares, dando predominio a aquellos que, según el carácter del interés jurídico que se discuta, lo merezcan, dado el carácter de la sociedad actual (69); de ahí que según los países, las características raciales y los conceptos políticos básicos, estén configurados los procedimientos civil y penal de acuerdo con unos principios u otros más o menos combinados con los opuestos (70), (71).

Debemos aquí anotar la existencia y auge del movimiento procesalista publicístico, que tiende a restituir al Juez en el proceso civil su verdadero carácter de entidad pública (72) interesada únicamente en hacer justicia del modo mejor y más rápido (73) mediante la devolución a él de la autoridad que los códigos franceses le habían arrebatado (74) a través de la limitación del principio dispositivo (75), (76).

El acceso al poder de los nacionalsocialistas en Alemania puso sobre el tapete científico y legislativo el problema del mantenimiento del principio dispositivo (77), cuestión que de haberse resuelto—como algunos parecían decididos a hacer—, en sentido de hacerlo desaparecer, hubiera dado sensibles resultados con respecto a la posibilidad de elaborar ampliamente una doctrina general de los principios procedimentales civiles relacionados con los penales. Se pedía que se implan-

(69) Cfr. arg. GRAF ZU DOHNA, *Das Strafprozessrecht*, Berlín, 1929, 3.^a edición, págs. 114 y ss.; MAYER, *Augenscheinnahme und Untersuchung*, Breslau, 1911, pág. 21.

(70) Cfr. estas consideraciones en CARNELUTTI, *Riforma tedesca e riforma italiana del processo civile di cognizione*, en "Riv. Dir. Proc. Civ." 1934, I, páginas 289 y ss.

(71) Una buena muestra de ello la constituyen las diferentes concepciones y regulaciones de la actividad de control de la Administración pública.

(72) Cfr., p. e. arg. en SEYDEL, *Gedanken zur Neugestaltung des Zivilprozesses*, en "DR.", 1939, págs. 504 y ss.

(73) Cfr. TISSIER, *Le Centenaire du Code de Procédure civile et les projets de réforme*, en "Rev. Trim. Dr. Civ.", 1906, pág. 652.

(74) El principio de dirección del proceso por el Juez no es de este siglo, contra lo que COUTURE parece expresar (Cfr. *Trayectoria y destino del Derecho procesal civil hispanoamericano*, en sus "Estudios de Derecho procesal civil", Buenos Aires, 1948, pág. 314); se estudió profusamente, como tantos otros, ya a final del pasado siglo. Se cuentan entre los ilustres autores que antes se percataron de su importancia, amén de FRANZ KLEIN, p. e., TISSIER, en sus *Methodes juridiques*, París, 1911, esp. pág. 110 (aunque ya anteriormente había mostrado sus ideas en tal sentido); HELLMANN, *Zivilprozessordnung für das deutsche Reich nebst Einführungsgesetz*, 9.^a ed., vol. II, Erlagen, 1881, esp. pág. 298; SEUFFERT, *Über richterliches Ermessen*, Giessen, 1880, etc.

(75) Cfr. alguna acertada consideración sobre la parte técnica de un futuro proceso civil en VOLKMAR, *Grundprobleme der Zivilprozessreform*, en "Judicium", 1929-30, esp. págs. 231 y ss.

(76) "El proceso civil—dice BIONDI—interesa a la comunidad; el interés particular representa solamente un estímulo" (Cfr., *Alcuni rilievi cit.*, loc. cit., página 298).

(77) Muy importante para el estudio de esta cuestión lo es el admirable trabajo de PRIETO CASTRO, *Revisión de los conceptos básicos del Derecho procesal* (Examen y crítica de las direcciones germánicas de los últimos tiempos), "IJ", 1947, julio-agosto, págs. 31 y ss., y esp. págs. 37 y ss.

tase con carácter general el principio de investigación oficial del Juez, con posibilidad para éste de recurrir a todos los medios de prueba necesarios según las circunstancias de caso. Las bases de esta y otras peticiones eran diversas; alguna de tipo sociológico-jurídico, como la de la necesidad de llegar al proceso civil no a una justicia para las partes, sino para la comunidad social, dándose así cabida amplia al interés público en el proceso civil ordinario; otras, de tipo más procesal, ya por parte de la doctrina—se alegaba el éxito del procedimiento oficial en las causas matrimoniales (78)—, ya por parte de la judicatura, descontenta de su papel pasivo. Por este camino incluso se aspiraba a extinguir el proceso civil en favor de la jurisdicción voluntaria (79).

Pero la importancia del interés privado de las partes en el proceso civil es indiscutible; la comunidad no está interesada sino mediadamente en una justicia material, y, naturalmente, hubo voces muy autorizadas que defendieron la posición de que no interesa a las partes la justicia material, sino “su” justicia formal (80); se vió cómo juristas de ideas avanzadas repetían frases de Kohler sobre la importancia del interés privado y del principio dispositivo (81). De aquí que si bien se deba limitar al principio dispositivo en sentido de dejarlo reducido a la incoación del proceso a instancia de parte y a que solamente se resuelva sobre las peticiones de las partes (82), dejando que el procedimiento esté regido por el Juez con poder de completar o suplir la actividad de las partes mediante la posibilidad de ordenar las medidas y actuaciones necesarias para aclarar el caso (83), no se le pueda hacer desaparecer; las normas del Derecho objetivo privado son abstractas, y es cuestión de las partes el que se determine judicialmente si se deben aplicar o no a su conflicto de intereses, exponiendo para ello el supuesto de hecho (84).

(78) Cfr. HERBERT SCHNEIDER, cit. por SCHÖNKE, ob. cit., pág. 25.

(79) Cfr. BAUMBACH, *Zivilprozess und Freiwillige Gerichtsbarkeit*, en “ZAK”, 1938 págs. 583 y ss.

(80) Cfr. KISCH, *Private und öffentliche Belange in der bürgerlichen Rechtspflege*, en “DR.”, 1936, pág. 10.

(81) Cfr. SEYDEL, que en *Gedanken* cit. repite una frase de KOHLER en su *Über Officialtätigkeit* cit., de sus “Beiträge”.

(82) Cfr. SCHÖNKE, ob. cit., pág. 26.

(83) Cfr. KISCH, ob. ult. cit., pág. 10.

(84) Los intereses de la sociedad en el proceso civil, desde el punto de vista de la justicia, ha de defenderlos el Juez ejerciendo los poderes de que se le dote, y desde la posición de parte, el Ministerio fiscal. En otra ocasión (Cfr. nuestro *Ensayo* cit.) ya hemos declarado que las facultades de intervención que la Ley alemana de 15 de julio de 1941—aun vigente, según hemos podido constatar—concede al Ministerio fiscal, con respecto a asuntos civiles, nos parece excesiva, aunque no de despreciar “prima facie”; si es cierto que los conceptos se prueban por su fecundidad (GOLDSCHMIDT), la vigencia de dicha Ley, después del cambio que en Alemania se ha operado, puede conducir a la conclusión de que no es desacertado el principio que la informó. Por otra parte, también en los demás países se está extendiendo la intervención del Ministerio fiscal en asuntos civiles (Cfr., p. e., la Ley de 18 de marzo de 1944, sobre arrendamiento rústicos).

Es decir, siendo necesaria la aportación de las partes al proceso —léase colaboración en amplio sentido—, la verdad está en el justo medio; es lo que los austríacos llaman "Sammelmáxime" (85) en su obra, poco afectada por la tendencia alemana a que nos hemos referido por haber procedido más meditadamente—y en momentos de pasiones políticas menos violentas, lo que les libera de las sospechas de los pseudocientíficos—a destacar, mediante el principio de autoridad del Juez, el aspecto público del proceso civil (86). A pesar, pues, de no poderse admitir la abolición del principio dispositivo, es indudable el camino de "penalización" del proceso civil en los últimos lustros (87) por razón de un acercamiento entre los principios procedimentales fundamentales de ambos, hecho posible merced a la crisis parcial y merecida del antiguo principio dispositivo.

Si en el proceso civil se muestra una marcada inclinación a admitir la iniciativa de oficio aun en los países de estructura liberal democrática (88), también notamos un incremento de esta preferencia en el proceso penal; se propone la limitación del proceso provocado por iniciativa de la parte en los casos de infracciones leves (89). Esto, que pudiera decirse es una retracción del proceso penal ante el movimiento del civil hacia la fusión de algunos de sus principios procedimentales, no impide la construcción doctrinal común; la base de la diferencia sigue siendo la misma, la entidad del interés que se discute en el proceso. La dinámica de este interés, tanto en el campo de lo civil como en el de lo penal, es de tendencia ascendente en cuanto sea público; por ello también la dinámica de los sistemas de principios procedimentales sigue tal tendencia, manifestándose un acercamiento entre lo civil y lo penal por ser más moderno allí que aquí el incremento de la importancia del interés público.

(85) Cfr. WOLFF, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, 2.ª ed., Viena, 1947, pág. 165.

(86) La trayectoria inmutable de la ZPO austríaca y su tremenda influencia en la legislación de una gran parte de Europa (sobre las leyes fundamentales de Checoslovaquia, Hungría, Yugoslavia, Polonia, Dinamarca, Noruega y Suecia) demuestra la bondad de sus principios. Y lo meditado de los mismos puede verse en la maravillosa obra de preparación de la ZPO, *Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen*, Viena, 1897, p. e., en el tomo I págs. 256 y siguientes, y otros puntos; digno ejemplo a imitar por los legisladores. De ahí la consecuencia de que haya podido salir triunfante de las duras pruebas políticas a que ha sido sometida y que aun hoy día se ponga de manifiesto su enorme fuerza vital (Cfr. los artículos de LEONHARD y SCHIMA en la "Festschrift" publicada para conmemorar el 1.º aniversario de su entrada en vigor, Viena, 1948; otro del primero, *Die Lebenskraft der österreichischen ZPO*, en "OJZ.", 1947, págs. 479 y ss., y otro de GRILL, ya cit., en la misma revista, 1948, págs. 97 y ss.).

(87) Cfr. CALAMANDREI, *Relatività nel concetto di azione*, en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1939 I págs. 37 y ss.

(88) Cfr. COUTURE, *El Derecho procesal hispanoamericano* cit., en sus "Estudios", también cit., págs. 313 y ss.

(89) Cfr. HÖVELMANN, *Vorschläge zur Vereinfachung und Kraftersparnis in der Strafrechtspflege*, en "OJZ.", 1948, págs. 73 y ss.

Todas las consideraciones hechas hasta ahora se refieren más bien a los principios del procedimiento que afectan más directamente a la formación del material fáctico sobre el que se ha de juzgar, por constituir la premisa menor del silogismo que el Juez desarrollará en la elaboración de la sentencia. Pues en cuanto a los principios que afectan preferentemente a la forma de la actividad procedimental, aunque también ligados con los demás, son grandes las posibilidades de disponer de ellos y aplicarlos a lo civil y a lo penal, según las diversas circunstancias que concurren en cada ordenamiento procesal. Así, tanto la oralidad como la escritura pueden aplicarse ampliamente al proceso civil como al penal (90)—y así ocurre en las legislaciones—, según se adecúen bien o mal al carácter del país, sistema legislativo, etcétera, como consecuencias de la inmediatez o mediación (91). Producen a su vez, como ya dijimos, una serie de principios derivados (la oralidad da lugar a la concentración; la escritura, a la preclusión y orden legal de los actos procesales, y, para ello, a la preclusión y eventualidad) (92). También tienen efectos con respecto a la publicidad general (93).

Llegamos, pues, a la conclusión de que los principios de los procedimientos civiles y penales pueden ser estudiados en una parte general del Derecho procesal, ya que si examinamos el problema que hasta ahora han planteado bajo el prisma de la jurisprudencia de intereses la calidad del dato real de que se ha de partir es idéntica: el interés: solamente la entidad de este interés es lo que diferencia a unos procedimientos de otros, sin que se pueda establecer una diferencia entre un sistema procedimental penal y otro civil por existir “puentes de paso” (Calamandrei) y por aproximarse cada vez más la idea fundamental de la técnica del proceso civil a la del penal—sin que por eso haya que dejar de reconocer sus diferencias—. Este estudio de una

(90) Con ref. a la Historia del Derecho y a la aplicación de estos principios, bien al proceso penal, bien al civil, cfr. LÓPEZ ORTIZ, ob. cit., y VON KRIES, obra citada, págs. 12 y ss.

Es interesante contrastar, p. e., la opinión de CHIOVENDA, favorable a la oralidad en su *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla commissione per il dopo guerra*, en sus “Saggi”, t. II, Roma, 1931, págs. 24 y siguientes, por la de HEUSLER (*Der Zivilprozess der Schweiz*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1923, pág. 53), que abomina de la oralidad por no haber surtido los efectos que sus mantenedores prometieron.

(91) Cfr. VON KRIES, ob. cit., págs. 251 y ss.; WALSMANN, ob. cit., loc. cit., y *Rechtsstreit und Vollstreckung*, Leipzig, 1936, págs. 44 y ss. (Nótese el cambio de denominación alemana para designar al proceso civil; para nosotros es índice de la transformación que en tal país se intentaría laborar con respecto a él.)

(92) Cfr. VON KRIES, ob. cit., págs. 252 y ss.; RUBINSTEIN, *Der Stand der Eventualmaxime in den geltenden kantonalen Zivilprozessrechten*, Affoltern, 1935, passim.

(93) Cfr. NEUER, *Die Öffentlichkeit der zürcherischen Gerichte*, Aarau, 1946, págs. 10 a 43; BIRKMEYER, *Deutsches Strafprozessrecht*, Berlin, 1898, página 533; KLEINFELLER, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Berlin, 1910, páginas 168 y ss.

doctrina común entendemos que ha de ser útil, tanto científica como pedagógicamente; en el estado actual de la ciencia procesal española aspiramos a la formulación de conceptos ordenadores comunes a ambos procesos; creemos que para llegar a este punto hemos fijado y complementado las diferentes normas que se nos ofrecían—jurisprudencia inferior—, llenando con intereses vitales jurídicos el vacío que separaba a los antiguos y cerrados sistemas de principios sobre la técnica procedimental civil y penal (94).

Pedagógicamente, una pequeña doctrina general de los principios del procedimiento puede ser muy útil (95); a las razones genéricas alegadas puede unirse la gran entidad de ese “puente de paso” entre los sistemas procedimentales opuestos que se nos ofrece en el ordenamiento jurídico español, es decir, la importancia de principios procedimentales basados en interés privado en el proceso penal y viceversa (96).

Habiendo ya expuesto nuestras ideas sobre los principios que informan a nuestros procedimientos civiles (97), mostraremos también nuestro pensamiento sobre los del procedimiento penal en relación con aquéllos.

Quedó justificada por nuestra anterior argumentación la necesidad de que en un proceso en que se ventila un interés público a actuar mediante la imposición de una pena, si ésta es procedente, predomine el principio denominado oficial (98); concretamente, en lo penal, se hace necesario también que un organismo especializado esté siempre preparado para instar el proceso.

Pero este principio, que se manifiesta a través de una actividad judicial no excitada por iniciativa de los particulares, también rige en procedimientos no penales; la espontaneidad de la transformación del interés privado en público por razón de las circunstancias de la sociedad moderna aconseja en muchos casos ya incluso imponer la incoación del proceso civil de oficio: a tal cosa equivale en algunos casos la excitación del proceso de trabajo por autoridades competentes distintas de los obreros directamente afectados y la del de arrendamientos rústicos por el Ministerio fiscal. En estos casos se da un interés público, social, que es preciso tutelar vigorosamente en cuanto que sus titulares directos sean económicamente débiles para poder

(94) Cfr. HECK, ob. cit., diversos lugares.

(95) Cfr., las ideas en tal sentido de HECK, ob. cit., págs. 547 y ss.

(96) Cfr., p. e., la ilimitación de los medios de prueba y la facultad de los Tribunales de aportarlos como tales en el recurso contencioso-administrativo (Cfr. PRIETO CASTRO *Sobre el concepto y delimitación del Derecho procesal civil*, en “RDPr”, III (1947), pág. 577), así como el amplio poder de interrogación de dichos Tribunales.

(97) Cfr. nuestros *Grundriss* cit., págs. 16 y ss.

(98) Sobre las diferencias entre el moderno principio de dirección oficial del proceso y el antiguo principio inquisitivo, cfr. VON CANSTEIN, *Der Zweck des Zivilprozesses*, Graz, 1902, págs. 5 y ss.

mantenerlo (99). En otros casos la claridad que debe brillar siempre en la constitución de las entidades sociales básicas de los actuales sistemas económicos y políticos—la familia en sus diferentes relaciones— exige que la organización estatal provea, por medio de un órgano especializado, a excitar la actividad de los Tribunales, independientemente también de la voluntad de los directa y particularmente afectados (100). Igualmente ocurre en materia de incapacitación de las personas, cuando afecte al orden público (en sentido amplio).

En tales casos se desvanece, como consecuencia del imperio del principio oficial en sentido amplio—sobre todo el procedimiento—, la rígida frontera que por algunos se quiso trazar entre prueba civil y penal (su dinámica en “proporción inversa”) (101); en la prueba civil aparece el principio de autoridad del Juez en sus varias manifestaciones sometiendo a las partes.

Con todo ello queda patente una vez más que la diferencia entre el proceso civil que sigue tal régimen procedimental y el penal es mucho más leve que si considerásemos desarrollado a aquél por medio del principio ampliamente dispositivo: se trata de eslabones de ese “puente de paso” entre ambos principios opuestos.

De ahí que en nuestra doctrina de los principios del procedimiento se haya de estudiar el principio oficial como predominante en el proceso penal, viendo sus excepciones a favor del dispositivo (posibilidades de que el imputado lleve a cabo actos constitutivos) (102), así como también los casos en que tal principio impera en procedimientos civiles. El dato de que partimos inútil es repetirlo.

Estudiado el principio oficial con sus excepciones y establecida su comparación con los procedimientos no penales en que se manifiesta, a semejanza de lo hecho en el proceso civil, pasaremos a examinar los derivados: el principio de legalidad con sus excepciones a favor del principio de oportunidad (103). Asimismo, ensanchamos su ámbito hasta hallar fuera de lo penal ocasiones de aplicación del referido principio de legalidad (diligencias a practicar por los jueces de oficio en caso de fuga notoria o noticia de la misma de comerciantes sin haber de-

(99) Cfr. MENÉNDEZ PIDAL, *Derecho procesal social*, Madrid 1947, esp. páginas 299 y ss.; PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, t. II, págs. 144 y ss.

(100) Cfr. CALAMANDREI, *Linee fondamentali* cit., págs. 133 y ss., y esp. páginas 153 y ss.; STRALI y HAUSER, *Zürcherische Rechtspflegegesetz* cit. II, página 180; GISI, *Verhandlung und Officialmaxime im schweizerischen Eheprozessrecht*; PFLEGHART, ob. cit., págs. 217 y ss.; PRUPPACHER, ob. cit., esp. páginas 18 y ss.; SCHÖNKE, ob. cit., págs. 337 y ss.; PRIETO CASTRO, ob. cit., tomo II, págs. 107 y ss.; PLAZA, *El régimen procesal de la declaración de incapacidad*, “RDP”, 1946, XXX, págs. 898 y ss.

(101) Cfr. FLORIÁN, *Le due prove* cit., pág. 223.

(102) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, cit., págs. 63 y 69 y ss.

(103) Cfr. MANNHEIM, *Die Durchbrechung des Legalitätsgrundsatzes*, en “JW.”, 53 (1924), págs. 1646 y ss.; tamb. arg. en OETKER, *Zur reform* cit., loc. cit., págs. 672 y ss.

jado representante para atender a sus obligaciones con vistas a la declaración de la quiebra, nulidad de matrimonios provocada por el Ministerio fiscal, denuncias por diversos organismos oficiales no interesados privadamente de infracción en materia de trabajo, etc.).

Lo mismo habrá de hacerse con respecto al principio de la inmutabilidad y sus repercusiones en materia procedimental, exponiéndolas con sus manifestaciones en lo civil (v. gr., en lo relativo a los casos de indemnizaciones por accidentes del trabajo); lo mismo con el principio de obtención de la verdad material (104), al cual se aproxima cada vez más el proceso civil (105), alejándose de los antiguos expedientes formalistas—p. e., del juramento—y concediendo al Juez la jefatura del proceso (106); también con el íntimamente ligado con aquél—el principio de la libre apreciación de la prueba—y con los que, consecuentemente a los citados, inciden más directamente en la forma de las actuaciones procesales y en las relaciones formales entre los diversos sujetos del mismo (intermediación, oralidad, escritura, mediación, concentración, preclusión, eventualidad) (107).

Y como última tarea a llevar a cabo, después de la ya relacionada desde el comienzo de este ensayo, ha de venir la de reunir los conceptos ordenadores obtenidos y formularlos en un sistema. Basándonos en la pauta dada por los intereses a valorar nos resulta la parte común del sistema: de allí habremos de remontarnos a exponer los dos sistemas de principios que aparecen en el ordenamiento jurídico español, evolucionando según una línea que nos conduzca del interés en discusión, a través del principio procedimental que promueve, hasta llegar a los procedimientos a que se aplica por razón de sus fines.

(104) Una supervaloración de la inimpugnabilidad de los hechos probados, de la concentración de la instrucción en la primera instancia y del significado de las facultades del Juez instructor, investigando libremente y aportando por sí material fáctico, dió lugar hace años a que fuera calificada su función de "legislativa" (Cfr. SCHABAD, *Rechtsschutzanspruch und Urteil*, Zurich, 1916, páginas 46 y ss.).

(105) Téngase en cuenta que, realmente, el juez debe tener facultades no sólo para "saber", sino para "poder" (Cfr. FRITZSCHE *Richteramt und Persönlichkeit*, Zurich, 1921, págs. 12 y 21).

(106) Cfr. bibl. cit., y también KOHLER, *Über Einlassung und Klagerecht*, en sus "Beiträge" cit., pág. 57.

(107) El principio de publicidad, tan indiscutido hasta ahora en materia penal tiene también actualmente sus enemigos, que alegan la dificultad de que los jueces que han de sentenciar examinen atentamente el comportamiento y reacciones del inculcado en medio de las solemnidades del juicio oral; para estos autores, la lejanía entre los sitiales del Tribunal y el lugar del acusado produce casi una mediación (Cfr., p. e., FINZI, *El imputado... visto de lejos*, en "RDPArg" 1943 I, págs. 324 y ss.).

S I G L A S

- RDPr., *Revista de Derecho procesal.*
 RDP., *Revista de Derecho privado.*
 AHDE., *Anuario de Historia del Derecho español.*
 AAMN., *Anales de la Academia Matritense del Notariado.*
 RDPArg., *Revista de Derecho procesal (Argentina).*
 Riv. Dir. Proc. Civ., *Rivista di Diritto Processuale Civile.*
 Rev. Trim. Dr. C., *Revue Trimestrelle de Droit civil.*
 ZZP., *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess.*
 ArchivPr., *Archiv für die civilistische Praxis.*
 DR., *Deutsches Recht.*
 DRZ., *Deutsche Richterzeitung.*
 ZAK., *Zeitschrift für Akademie für deutsches Recht.*
 SJZ., *Schweizerische Juristen-Zeitung.*
 OJZ., *Osterreichische Juristen-Zeitung.*
 ZfSR., *Zeitschrift für schweizerisches Recht.*
 JW., *Juristische Wochenschrift.*
 ZKFZR., *Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der Zürcherischen Rechtspflege.*
 IJ., *Información jurídica.*