

mano maestra a su insigne padre don Jacinto Pallares, y que él revive como actual. Censura, ninguna.

Pero entremos por fin al libro.

a).—Ahora vayamos en vuelo rasante al capítulo de la prueba: el tema ha sido desbrozado de antiguo por los jurisconsultos alemanes, italianos y españoles. Lo que se denomina parte general de la prueba, aquellos principios atinentes al concepto, a la necesidad o función, a la oportunidad y a la naturaleza de las pruebas, tenían cultores tan prestigiados como von Bar, Endemann, Mortara (citado en otro lugar por el profesor Pallares), Carnelutti y Rosenberg. Yo sí pediría en la obra estupenda en comento, la determinación concreta a la fijación formal de los hechos, la afirmación de la parte con poder vinculatorio para el juzgador, su ligamen con los poderes decisorios del juez y el principio de la disponibilidad de la acción y de la prueba (que impregnan la publicización al proceso penal, irretracibilidad de la acción penal y resarcimiento, indisponibilidad de la acción persecutoria o sea, necesidad de la acción en que el Ministerio Público ni es titular de la acción con carácter potestativo, ni fija consecuentemente los hechos, ni dispone de la acción, ni vincula al juzgador, como en cambio, repetimos, ocurre en el proceso civil; de aquí surge indudablemente el *ultra petita* o el *minus*, como errores procesales de la sentencia definitiva, que deben provocar la aclaración de sentencia y posteriormente la apelación —o amparo directo ante el Colegiado— y el concepto de violación en el amparo directo ante la Honorable Corte).

Obvio es que de tales pilares en que reposa el proceso civil, llegamos a la aceptación de que el juez puede juzgar contra la verdad real, si las partes aceptan la verdad mentida, y que, nuestro derecho procesal federal, como justamente lo hace notar el profesor Pallares, para luchar contra esta befa a la justicia, acordó la prueba oficiosa, a la que siempre han estado opuestos todos los procesalistas italianos por considerar que la subversión de este principio,

trae consigo la subversión total del proceso civil. Citemos a Calamandrei y a Furno.

Contra el proceso simulado —dolo bilateral— existen remedios jurídicos diversos del juez disfrazado de “Diablo Cojuelo”.

Esta actitud, es la que también juega en la prohibición al juez de usar su “ciencia privada”. Hay multitud de hipótesis concretas en que, expresa plásticamente Carnelutti, (“La Prova Civile”), se ofrece una divergencia entre los presupuestos de la norma y los presupuestos de la sentencia, “en el sentido de que la norma se puede realizar también sin el (real) advenimiento de un hecho perteneciente a la categoría establecida en la misma norma”. Esto, a mi modesto juicio, debe ser dicho y repetido. Es una advertencia, y por ello constituye una lección a los jóvenes estudiantes, que miran entre sorprendidos y decepcionados los procesos que terminan con un fallo notoriamente injusto. La injusticia del caso concreto es la que condujo al pesimismo de Goldschmidt, que al definir la cosa juzgada, la rebajó a simple final de un proceso de estratos osificados (situación jurídica estudiada por don Eduardo Pallares) y en que la actualización del derecho objetivo, la justicia concretizada de Chiovenda, no desempeñaba ningún papel, ni teórico, ni práctico. La réplica, emocionada y felicísima de Calamandrei, que todos hemos leído, termina por argüir que el insigne profesor germano no consigue desgraciadamente con su tesis, hacer más justa la norma ni más justa la justicia. Goldschmidt representaba visiblemente, la misma tendencia esquematizadora y descarnada de Kelsen.

¿Qué ha conseguido nuestro legislador federal con su imponente artículo 79?

En primer término ha otorgado, concedido —o confundido— los caracteres del proceso civil (privado) con los del proceso penal (público). Al equiparar en jerarquías la

verdad del proceso penal en que se discute la pretensión punitiva del Estado por un hecho antisocial, con la verdad del proceso privado en que se cuestionan los intereses de las partes iguala automáticamente al Juez de ambos procesos, y confunde la teleología de los institutos. Cuando media un interés público (estado civil) hay medios extraordinarios de control de la verdad (intervención del Ministerio Público, revisión forzosa), a pesar de ser el proceso civil.

En segundo término, podríamos preguntar ¿cuántas veces los juzgadores se han atrevido a hacer uso del libre escogimiento y rendición de pruebas?

b).—Sobre la carga de la prueba, recordemos nuevamente a Goldschmidt, en sus páginas breves e insuperadas —*Teoría General del Proceso*— las citadas monografías sobre prueba y la de Lessona que invoca el texto, las reservaríamos para el especialista y para oposiciones.

El Capítulo XXIX traza las líneas generales de este árido tema con singular fortuna: las piedras miliarenses están en los puntos 4o., 9, 12, 15, 19, inciso b) de las réplicas 1, 2, 3 y 4.

Repudiamos los puntos 4 y 14 de *lege-ferenda*; los hemos de reconocer de *lege late*. En lo que atañe a los hechos negativos hubiésemos querido una mayor extensión.

Las dos conocidas máximas romanas (incumbe probar al que afirma, no al que niega; y el que niega lo que es así en la naturaleza, nada debe probar) habían sido resumidos en la aserción de que el que niega no debe probar y fueron delirantemente previstos en los artículos 281 y 284 c.p.c.d.f. y los 82 y 86 del c.f.p.c.

Era ya en tiempos de Wach, dice Rosemberg, “un error ampliamente superado”, pues “un no-hecho no podría probarse directamente sino sólo deducirse de que se

percibe algo que no debería percibirse si el hecho existiera, o de que no se percibe el hecho que debería percibirse si fuera real”; y ciertamente “para probar un hecho negativo, es suficiente desmentir las circunstancias que hablan en favor del hecho positivo”.

Si la norma jurídica liga casi siempre al hecho una consecuencia, también en ocasiones nexa la consecuencia a un llamado hecho negativo y ahí es precisa la demostración de éste. Baste recordar que el no hacer, si bien no es causal materialmente, sí es causal jurídicamente y que en el campo penal aun el simple olvido da origen a hipótesis de culpabilidad por un resultado: no amamantar al hijo, no ministrar la enfermera el medicamento al paciente bajo su cuidado, no prestar socorro al herido; no cambiar las agujas el guardavías por simple olvido, y Rosemberg acude a numerosos ejemplos del derecho privado. Olvidar esto, resume, sería borrar el derecho material. El hecho negativo sí se prueba, cuando la ley liga el efecto a ese hecho. La dificultad de la prueba es cuestión tan práctica y superable, como la del hecho positivo. Cuando la obligación sea de hacer, el actor debe probar que el demandado NO ha hecho. Esto es suficiente contra las logomaquias de los Códigos vigentes. La crítica del Profesor Pallares es encomiable.

c).—La sentencia es la conclusión normal del proceso; a ella han dedicado páginas los mejores jurisconsultos: Touzzi, Arturo Rocco, Hugo Rocco, Chiovenda en los *Saggi*, Carnelutti y Liemban, Denti, entre los italianos; todos abordan el tema con una previa consideración erudita y luego se adentran en el análisis de las distintas tesis y el examen particularizado de las sentencias de casación, para concluir con sus propios criterios.

Creo que estos tres capítulos son los fundamentales del proceso: la acción, la prueba y la sentencia ejecutoria; ahí debe acentuarse el tono, subrayar las exigencias dogmáticas y señalar los aciertos o desaciertos legislativos y jurisprudenciales.

denciales. Lo demás es accesorio y gira alrededor de estos temas. Los recursos, vg., constituyen uno de los momentos cruciales del proceso; su intervención, su prosecución adecuada y su ejecución son a veces tan significados como el propio ejercicio de la acción o las pruebas o la sentencia; y no obstante dependen del proceso. Lo mismo se puede aducir respecto de los incidentes y del procedimiento cautelar, que están todos ellos adosados a la secuela; de ella se nutren y viven o mueren con ella, la preclusión y la cosa juzgada son los institutos que rigen y dominan al proceso. Ignorarlos o conocerlos a medias es hacer gala de una audacia hoy con fortuna insospechada y en boga.

Volvemos al punto de partida: acción (excepción), prueba, sentencia; he ahí al proceso vivo.

Deploramos, por último, la ausencia de una abundante cita jurisprudencial. Una sola vez, salvo error, acude el ilustre profesor Pallares a la Honorable Corte, al tratar de la prueba del derecho extranjero. Es raro en don Eduardo porque en su prestigiosa revista "Foro" publica y comenta frecuentemente sentencias del Supremo Colegio.

Además, en el mismo orden, faltan las sentencias de los Colegiados, que en tantos aspectos han venido a sustituir la jurisprudencia y ejecutorias de la Honorable Suprema Corte.

Doctrina y práctica se complementan en un libro. El derecho es lo que los Tribunales declaran que es, resumía Calamandrei.

Hace cincuenta años don Eduardo Pallares inició sus tareas docentes; en ellas perseveró y el "Derecho Procesal Civil" es el fruto de la cátedra. La obra persigue el elevado fin de que los estudiantes de mañana, que ya no serán sus discípulos "puedan recordar a un viejo maestro que puso todo su corazón en esa noble tarea".

Recientemente fue nombrado profesor emérito de la Facultad. Justa recompensa.

Un profesor miente no sólo cuando altera la verdad, sino también cuando la oculta. Sin ella, engaña. Su deber es hablar con la verdad; con su verdad, objetiva y apasionada. El Profesor Pallares podrá incurrir en errores de apreciación, mas ni altera los hechos, que es la forma más baja del fraude intelectual, ni silencia o sofoca la verdad que le impone su conciencia de hombre probo y culto. Tal vez, decimos, algunas generalizaciones pequen por extensas, y sin embargo admitamos que jamás queda corto o mudo, o en ese asexuado ir y venir por las afirmativas, las negativas, las reservas; todo ese juego que exhibe la pobreza de espíritu y un concepto pesimista de sí mismo y de los demás.

Aquí y allá nosotros lanzaríamos una proposición:

La teoría de la acción y de la excepción consumen doscientas páginas de las nutridas seiscientas cincuenta y dos del volumen. Recordamos que el insigne Couture nos decía que alimentaba como ilusión intelectual escribir una monografía sobre la acción. La muerte se lo impidió. Si tales empeños eran los del profesor uruguayo es explicable la seducción que el tema ha tenido en Pallares. En sí, la amplitud de la exposición es justificada y como el cuerpo de la obra se integra con amplias consideraciones sobre la prueba y la sentencia, para nosotros la estructura del libro es digna de elogio.

La obra misma del profesor Pallares está gritando su atormentada esperanza en el mañana. Sólo así, con esa vocación se puede leer, ser erudito, pensar y escribir trepidando sinceridad. Pero así se pensaba también de otras formas, esas sí verdaderamente degradadas. Recordemos a Goldschmidt. No alcanzó a contemplar la regeneración y menos a disfrutarla, como disfrutamos el sol en campo abierto, cuando el valle amarillea de florecillas silvestres y

el airecillo rasante nos susurra la alegría. Aquí, volvamos los ojos al pasado y leamos aquellas páginas de incontenible y bíblica furia de Vallarta, arrojado de la Comisión redactora del Proyecto del Código de Procedimientos Civiles, y no obstante, escribió aquellas observaciones tan poco conocidas y tan mezquinamente juzgadas; alma generosa, creadora de la esperanza.

Con Haiddeger y Cervantes, repitamos a Pallares.

“Aunque la realidad humana no tenga nada ya delante de ella, aunque se haya detenido su cuenta, su ser es todavía determinado por esta anticipación de sí misma. La pérdida de toda esperanza, por ejemplo, no arranca la realidad humana a sus posibilidades, sino que es simplemente una manera de ser contra esas mismas posibilidades”.

“Los perros ladran, luego cabalgamos”.

El profesor don Eduardo Pallares en el *envío* a las generaciones venideras da la clave de toda su esperanza y de su tarea; y debe seguir en ella. Lo que tenemos por castigo es no raramente un premio.

¿La obra es hoy casi un estigma? Esa tarea larguísima, como la de su insigne padre, seguirá enseñando la lección imborrable de la constancia, unida a una inteligencia fértil y a un valor civil poco común.

Lic. J. RAMON PALACIOS

## INDICE GENERAL