

## II. POLÍTICA Y ACTIVIDAD PROCESALES. SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO

21) <i>LIBERALISMO Y AUTORITARISMO EN EL PROCESO</i> . . . . .	245
A) <i>Realización retrasada de un antiguo propósito</i> . . . . .	245
B) <i>Alguna reciente literatura sobre el tema</i> . . . . .	246
C) <i>Criterios de caracterización:</i> . . . . .	252
a) <i>Enfoque político;</i> . . . . .	252
b) <i>Planteamiento jurídico:</i> . . . . .	259
a') <i>Bases determinativas;</i> . . . . .	261
b') <i>Sinonimia procesal entre “liberal” y “dispositivo”, por un lado, y “autoritario” e “inquisitivo”, por otro;</i> . . . . .	264
c') <i>Dialecticidad forense y liberalismo procesal;</i> . . . . .	278
d') <i>Razonabilidad, y observancia del “debido proceso”, como criterios caracterizadores de un enjuiciamiento liberal;</i> . . . . .	279
e') <i>Servicio público judicial y concepción autoritaria del proceso</i> . . . . .	283
D) <i>¿Pugna o conciliación?</i> . . . . .	285
<i>Addenda et Corrigenda</i> . . . . .	290

## LIBERALISMO Y AUTORITARISMO EN EL PROCESO \*

*A) Realización retrasada de un antiguo propósito. B) Alguna reciente literatura sobre el tema. C) Criterios de caracterización: a) Enfoque político; b) PlanTEAMIENTO jurídico: a') Bases determinativas; b') Sinonimia procesal entre "liberal" y "dispositivo", por un lado, y "autoritario" e "inquisitivo", por otro; c') Dialecticidad forense y liberalismo procesal; d') Razonabilidad, y observancia del "debido proceso", como criterios caracterizadores de un enjuiciamiento liberal; e') Servicio público judicial y concepción autoritaria del proceso. D) ¿Pugna o conciliación?*

1) *A) Realización retrasada de un antiguo propósito.* Fue nada menos que en 1939, con ocasión de un extenso comentario sobre la reforma del enjuiciamiento criminal peruano,<sup>1</sup> y poco después en una reseña bibliográfica acerca de varios folletos de Couture,<sup>2</sup> cuando surgió en mí la idea de abordar el tema que hoy logro, por fin, desenvolver. Contratiempos, quehaceres y dificultades de toda índole, impidieron que pudiese iniciar entonces la tarea; y cuando en 1945 creí llegado el momento de poner manos a la obra, para salir al paso de apreciaciones erróneas en torno al aumento en los poderes de dirección del juez,<sup>3</sup> una grave y prolongada enfermedad y, en seguida, mi traslado desde

\* Trabajo publicado en los "Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli" (Napoli, 1972; vol. I, pp. 1-58); anticipada su publicación en el "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", núms. 2-3, mayo-agosto de 1968, pp. 559-600. La nota 188, escrita con fines de actualización, figura sólo en la versión italiana.

<sup>1</sup> A saber: el titulado *La reforma procesal penal en el Perú: El anteproyecto Zavala*, primero en "La Revista del Foro", de Lima, julio-diciembre de 1939, pp. 329-424, y después en mis "Ensayos de Derecho Procesal (Civil, Penal y Constitucional)" (Buenos Aires, 1944), pp. 295-409; cfr. núm. 21. A lo largo del articulado empleamos con frecuencia el término "enjuiciamiento", peculiar del lenguaje jurídico español y, por tanto, sin equivalente exacto en otros idiomas. Trátase de vocablo derivado de "juicio" (tomado éste en su acepción amplia, o sea como sinónimo de *proceso*, y no en la estricta, o como equivalente de *sentencia*), que se difunde durante el siglo XIX y que trasciende a diversos países hispanoamericanos: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, procedimiento, enjuiciamiento*, en "Estudios de Derecho Procesal" (Madrid, 1934), pp. 461-75.

<sup>2</sup> Publicada bajo la rúbrica de *Algunas "páginas menores" del profesor Eduardo J. Couture*, primero en el diario jurídico "La Ley" (Buenos Aires), en el número de 26 de junio de 1940, y luego en mis citados "Ensayos", pp. 637-49; véase p. 641, nota 9.

<sup>3</sup> Aludo a las expuestas por AYARRAGARAY en su folleto *El destino del derecho procesal*

Buenos Aires a México, me impidieron cumplir el compromiso que con el “Instituto Social” de la Universidad del Litoral en la Argentina había contraído, en respuesta a invitación suya del 15 de mayo, de darles una charla sobre las proyecciones, interferencias y límites inherentes al juego de libertad y autoridad durante el desarrollo del proceso. Nueva posposición, por tanto, hasta que hace tiempo, al pedirme el profesor Carnacini colaboración para la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, quedé con él en exhumar el viejo asunto, que como tantos otros, habíase adormecido en el telar de las buenas intenciones que llenan el infierno y en las lindes de las calendas griegas. Exceptuadas las notas, el trabajo quedó concluido hace tres años, y debía haberlo leído en la Facultad de Jurisprudencia de Bolonia el 3 de mayo de 1966, cuando he aquí que casi en el último minuto<sup>4</sup> la inquietante crisis que en dicha época atravesó la Universidad de México, así como motivos familiares, me obligaron a dejar sin efecto el viaje a Italia. En definitiva, y merced a la expresa y gentilísima autorización de la permuta por el colega Carnacini, *Liberalismo y autoritarismo en el proceso* aparecerá por primera vez en los “Studi” en honor del insigne jurista Francesco Santoro-Passarelli, mientras que el artículo ofrecido para los mismos —*En torno al deslinde entre proceso y procedimiento*—, más atrasado en su elaboración, quedará, también como ensayo rigurosamente inédito, para la *Trimestrale*. Siento, eso sí, el temor de que al cabo de treinta años, de espera, la investigación efectuada resulte una nueva versión, empeorada, de la fábula concerniente al parto de los montes.

2) B) *Alguna reciente literatura sobre el tema*. Sin que haya realizado una minuciosa búsqueda a través de revistas y ficheros, y con independencia de las obras ajenas en sí al problema, que estampen, sin embargo, incidentales consideraciones acerca del mismo, me fijaré sólo en los autores que durante los últimos años han consagrado algunos estudios (en general, de escasa longitud) a la cuestión que ahora me ocupa y que tanto a ellos como a mí nos preocupa. Iniciaré el recorrido por *España*, con un libro escrito en castellano, aunque de autor alemán: *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*,

*al término de la guerra* (Buenos Aires, 1945). Para su crítica, véase ALCALÁ-ZAMORA, reseña en la “Revista de Derecho Procesal” argentina, 1945, II, p. 278, y *En legítima defensa* (Con motivo de una reseña del Dr. Ayarragaray), en “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales” de Buenos Aires, 1947, núm. 7, especialmente su nota 22, en las pp. 9-10 del sobretiro.

<sup>4</sup> Hasta el extremo de que impresas ya las invitaciones para la conferencia en cuestión, el aviso suspendiéndola apareció en la prensa de Bolonia el propio día en que aquélla debía haber tenido lugar.

<sup>5</sup> 1ª ed., Barcelona, 1936; la 2ª, que es la que he utilizado, constituye el volumen 42 de la colección “Breviarios de Derecho”, en la cual, bajo el común denominador de *Principios Generales del Proceso*, aparecen los *Problemas* como tomo II, mientras que

redactado por James Goldschmidt durante una de las largas temporadas que pasó en mi patria para no asfixiarse en la suya bajo el régimen nazi. Al presentar el proceso penal de una nación como “el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”,<sup>6</sup> el que fue profesor de Berlín está proclamando la gravitación política sobre el enjuiciamiento, si bien, según veremos (*infra*, núm. 6), ella no sea tan intensa como Goldschmidt supone. Años más tarde, en un volumen<sup>7</sup> lleno de afirmaciones sorprendentes,<sup>8</sup> Miguel Fenech esboza la figura del que, conforme a su criterio, debería ser el juez en “el nuevo Estado” (léase, el franquista), si es que puede llamarse juzgadores a

la *Teoría general del proceso* (1<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1936) figura como tomo I, con el número 41, ambos impresos en Buenos Aires, 1961.

<sup>6</sup> Cfr. *Principios jurídicos*, *cit.*, núm. 30, p. 109.

<sup>7</sup> *La posición del juez en el nuevo Estado: Ensayo de sistematización de las directrices actuales* (Madrid, 1941), con prólogo de Jaime GUASP (pp. 13-20). Nos hallamos ante una obra con más contenido de derecho político que procesal, en la que se intenta un estudio comparativo entre la justicia del Estado liberal y la de los de índole totalitaria, con referencias principalmente a la Alemania nazi, luego a la Unión Soviética y a la España franquista y, en último término, a la Italia fascista. De igual modo que en los libros y artículos sobre derecho procesal soviético, en el de FENECH abundan las citas de personalidades y personajillos políticos, sólo que en lugar de invocarse a Marx, Engels, Lenin, Stalin, etcétera (véase mi reseña de *La teoría de la prueba en el derecho soviético* —traducción de la obra de VISHINSKI (Montevideo, 1950)—, en “Revista de la Facultad de Derecho de México”, núms. 1-2, enero-junio de 1951, pp. 352-5), se menciona a Mussolini (notas 71, 73-5, 83 y 84), Goebbels (78 y 85), Hitler (79), J. A. Primo de Rivera (87, 89, 90, 93 y 102), Onésimo Redondo (87-91, 93 y 95), Franco (92) y Goering (133, 180, 184 y 185).

<sup>8</sup> Además de las que recojo luego en las notas 9 y 10, he aquí algunas de ellas: a) “Veamos ahora si la Rusia soviética, a cuyo final asistimos en estos momentos, es un Estado totalitario” (p. 65): el vaticinio acerca del derrumbamiento de la Unión Soviética no pudo resultar más fallido —como tantas veces, “los muertos que vos matáis, gozan de buena salud”—; y en cuanto al carácter totalitario de su régimen, no creo que nadie abrigue dudas al respecto; b) se preconiza la “Justicia del Príncipe”, entendiendo por tal “el derecho de éste a intervenir personalmente (o mediante delegados) en cualquier proceso, impidiéndolo, resolviéndolo, según las convicciones del Pueblo tal como él las integra, o modificando una sentencia ya recaída y firme...” (p. 127). Como ejemplo de ella, se presenta la llevada a cabo en 1934 por el Führer cuando “dirigió personalmente el castigo de varios miembros infieles del partido, sin celebración de causa” (p. 133) y el autor suscribe a este propósito las palabras de Hitler y de Goering, a tenor de las cuales, el primero se comportó como “único y supremo titular de la Justicia del Pueblo alemán, convicción nacida del sentimiento infalible de la responsabilidad” (p. 133 y 134): resulta inconcebible que un profesor de derecho procesal, como lo es FENECH, sustente la tesis de que el frío asesinato de los enemigos políticos por el Jefe del Estado entraña lícito ejercicio de la jurisdicción; c) la vinculación del juez a la ley “debe considerarse, al menos suavizada en ciertos casos”, como en la hipótesis de “delitos (*sic*) cometidos con el loable (*sic*) afán de fomentar la victoria completa de la Revolución Nacionalsocialista” (p. 184), es decir, de la mayor monstruosidad que hayan conocido los siglos. Y todavía podríamos traer a colación otras aseveraciones semejantes.

quienes, atados de pies y manos,<sup>9</sup> han de servir incondicionalmente a una tiranía totalitaria.<sup>10</sup>

3) De España pasará a *Iberoamérica*, donde encuentro, ante todo, dos expositores brasileños: Luiz Machado Guimarães, con *Processo autoritário e regime liberal*, y Moacyr Amaral Santos, quien ya desde el epígrafe toma clara y adversa posición frente a una de las alternativas: *Contra o processo autoritário*, se titula, en efecto, el artículo salido de su pluma.<sup>11</sup> Junto a ellos, una de las máximas figuras del procesalismo hispanoamericano, el inolvidable profesor de Montevideo, Eduardo J. Couture, además de tratar el tema en la exposición de

<sup>9</sup> He aquí algunos pasajes harto elocuentes del libro de FENECH: a) entre los requisitos de la capacidad del juez en el Estado totalitario, señala el “de ofrecer garantías de defender en cualquier momento, cueste lo que cueste, al Estado nacionalsocialista” (pp. 104-5), y se sobreentiende que al franquista también; b) en consecuencia, “un juez puede ser jubilado contra su voluntad si no ofrece garantías de defender en cualquier momento al Estado nacionalsocialista” (cfr. § 71 del *Deutsches Beamtengesetz*) (p. 108), y concretamente en España, “la ley de 9 de febrero de 1939 (B. O. de 13 de febrero), sobre responsabilidades civiles y políticas, da posibilidades para destituir a cualquier juez desafecto al régimen” (p. 113); c) “Las diferentes autoridades que juzgan los delitos políticos son nombradas libremente por el Gobierno” (pp. 114-5): el lector se imaginará la independencia de tales juzgadores (??) y las garantías de defensa (??) de quienes sean enjuiciados(??) por los mismos; d) para asegurar la plena sumisión de los funcionarios judiciales al régimen, “la admisión a las oposiciones de Judicatura requiere un certificado del Partido, expresivo de que el interesado es adicto al Glorioso Movimiento Nacional” (p. 115); e) y para remachar el clavo, el decreto de 16 de febrero de 1938 exige a los funcionarios de la Judicatura y Ministerio Fiscal juramento de “incondicional adhesión al Caudillo de España” (art. 1º), sin duda para reforzar la envidiable independencia de que gozan...

<sup>10</sup> Unos cuantos párrafos de la obra comentada lo revelan: a) “El Führer es igual al Pueblo alemán; el Caudillo es igual al Pueblo español” (p. 58); b) en las páginas 86 y 97 se reproduce el punto 6 de los 26 de la Falange, conforme al cual, “Nuestro Estado (o sea el franquista) será un instrumento totalitario al servicio de la integridad patria” (el segundo párrafo no interesa); c) los jueces se encuentran frente al Príncipe (léase, el caudillo) “exactamente en la misma situación que los demás, es decir, en una situación de sumisión y obediencia. El Príncipe podría, por ejemplo, destituir a un Juez porque el fallo dictado por éste infrinja las concepciones fundamentales del Estado” (p. 103): cuando todos creíamos que la virtud cardinal de la judicatura es su independencia funcional, tropezamos con FENECH —procesalista, no se olvide—, para quien lo fundamental en el juzgador es su ciega obediencia al jefe de un Estado totalitario, rasgo éste que el autor reitera más adelante (p. 178) a propósito de la potestad legislativa; d) recordemos que la naturaleza totalitaria del régimen franquista se proclama también en el decreto de indulto de 22 de abril de 1938 (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Veinte años de franquismo* —México, 1960—, p. 15).

<sup>11</sup> El primero de estos artículos se publicó en la “Revista Forense” de Río de Janeiro, vol. LXXXII, pp. 245 y ss., y el segundo, tanto en la “Revista da Faculdade de Direito” de São Paulo, 1959, vol. IV, frac. II, pp. 212-29, como en la “Revista de Direito Processual Civil” brasileña, 1960, 1º vol., pp. 30-44.

motivos del proyecto de código procesal civil que para su patria compuso en 1945<sup>12</sup> y de manifestarse en ella, de acuerdo con una corriente derivada de Klein y de Chioventa, a favor de la “facultad de vigilancia y ordenación” que al juzgador debe “atribuirse desde el día de la demanda” y no cesar “sino el día del pago al acreedor”,<sup>13</sup> dedicó los que, a mi entender, son sus dos mejores ensayos a dilucidar las relaciones entre la constitución política y el enjuiciamiento, tan profundamente ligadas con el objeto de mi estudio. Me refiero a *Las garantías constitucionales del proceso civil*, en 1946, y a *El “debido proceso” como tutela de los derechos humanos*, en 1953.<sup>14</sup> (Antes de proseguir,

<sup>12</sup> “El principio liberal impone que la iniciativa del proceso quede en manos de las partes. Sólo alguna fugaz experiencia comunista sostuvo que el Estado debía tomar la iniciativa del cobro del crédito en aquellos casos en que el actor no la tomaba; y sólo en alguna legislación contemporánea con el Fuero Juzgo, fue prohibida la transacción que sustrajera a los jueces del conocimiento de los asuntos civiles. Es indispensable, para ser consecuentes con el pensamiento jurídico y político de la Constitución, mantener vivo este principio tal como se halla en la actualidad: la iniciativa y la disposición del proceso incumben exclusivamente a las partes”: *Proyecto de código de procedimiento civil, con exposición de motivos* (Montevideo, 1945), p. 55. No estará de más puntualizar que los párrafos transcritos de COUTURE se circunscriben al proceso civil, que fue el que de manera casi exclusiva cultivó. Sobre el citado texto, véase ALCALÁ-ZAMORA, *Impresión de conjunto acerca del proyecto Couture de código de procedimiento civil*, en “Jurisprudencia Argentina” (Buenos Aires) de 11 de mayo de 1946 y en “La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración” (Montevideo), junio de 1946, pp. 161-3, así como mi reseña del mismo en la “Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia” (México), núm. 30. abril-junio de 1946, pp. 316-28; téngase también en cuenta el artículo que se menciona en la nota 15.

<sup>13</sup> Acerca de la corriente KLEIN-CHIOVENTA y de la gravitación codificadora del primero sobre el segundo, véase ALCALÁ-ZAMORA, *La influencia de Wach y de Klein sobre Chioventa*, en “Rev. Der. Proc.” argentina cit., 1947, I (pp. 389-410), pp. 404-8. En cuanto al pasaje de COUTURE, cfr. *Proyecto* citado, p. 55, en la que todavía, tras los párrafos copiados en la nota 12, agrega: “Pero reservada a los interesados la facultad de iniciar el litigio o de ponerle fin cuando lo deseen, el impulso del proceso, es decir, la fuerza que lo conduce desde la demanda hasta la sentencia, debe desplazarse hacia el juez”. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ U., cuando en términos absolutos afirma que una vez deducida la acción, “la jurisdicción es la única gobernante del tránsito procesal”, con olvido de instituciones como la suspensión concordada del procedimiento: véase su libro *Autoridad del Juez y principio dispositivo* (Valencia, Venezuela, 1968), p. 104, así como mi *Prólogo* a dicho libro, núm. 34 (publicado en sobretiro con el título de *Autoridad y libertad en el proceso civil*: ahora, *supra*, Estudio Número 20).

<sup>14</sup> El primero de estos trabajos fue escrito para los “Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina” (Buenos Aires, 1946; pp. 151-213). Anticipada su publicación en “La Rev. Der., Jurisp. y Admón”, cit., 1945, pp. 353 y ss. y 1946, pp. 6 y ss. Reproducido en dos revistas mexicanas: “Anales de Jurisprudencia”, 1950, núms. 387-392, pp. 437-88, y núms. 393-398, pp. 411-42, y en “Jus”, noviembre de 1946, pp. 525-88. El segundo, a su vez, constituye la comunicación del autor al Segundo Congreso Internacional de Derecho Procesal (Viena, 1953). Publicada en “La Ley” (Buenos Aires) de 24 de noviembre de 1953, pp. 1-5, y en “La Rev. Der., Jurisp. y Admón”, cit., agosto-octubre de 1954, pp. 169-82. Traducciones: a) *La garanzia costituzionale del “dovuto*

recordaré que si bien el proyecto Couture no se convirtió en código en el Uruguay, pese a los elogios que se le prodigaron en su día, ha trascendido a la reforma procesal en diferentes naciones americanas, y su gravitación es evidente en el nuevo código de Guatemala de 1963).<sup>15</sup> Finalmente, dos juristas colombianos de ascendencia libanesa, Jorge Abisambra y Hernando Devis Echandía, el segundo de ellos el más destacado procesalista de su país, presentaron ante el Congreso de Abogados organizado en Beirut por la Unión Libanesa Mundial durante los días 5 al 10 de agosto de 1965, un pliego de conclusiones sobre *El derecho procesal como instrumento para la defensa de la libertad individual frente a la autoridad*.<sup>16</sup>

4) De América saltaré a Italia. En 1951, Piero Calamandrei, procesalista insigne, ciudadano ejemplar y amigo inolvidable, escribió para los “Estudios en

*processo legale*”, en “Rivista di Diritto Processuale”, 1954, I, pp. 81-101, y b) *Der verfassungsmässige Schutz des Prozesses. Neue Beiträge zur Bestimmung des Begriffs des “due process of law”*, en “Zeitschrift für Zivilprozess”, 1954, pp. 128-56.

<sup>15</sup> A) *Elogios al Proyecto Couture*: además de los trabajos míos citados en la nota 12, véanse los siguientes: a) LASCANO, *Estructura científica del proyecto de código de procedimiento civil para el Uruguay del doctor Eduardo J. Couture*, en “Rev. Der. Proc.” argentina cit., 1946, I, pp. 69-81; b) REIMUNDÍN, *Las costas en el proyecto Couture. Contribución a su estudio*, en rev. cit., 1946, I, pp. 206-59; c) ROMPANI, *Algunos aspectos prácticos del proyecto Couture de código de procedimiento civil*, en rev. cit., 1946, I, pp. 347-88; d) MERCADER, *El “Proyecto de código de procedimiento civil” de Eduardo J. Couture*, en rev. cit., 1947, I, pp. 112-49; e) GELSI BIDART, *Las grandes líneas de la teoría de las nulidades procesales en el proyecto del profesor Couture*, en rev. cit., 1948, I, pp. 99-111. Véase también el volumen de CARNELLI y de AYARRAGARAY, *Tres estudios sobre reforma procesal* (Buenos Aires, 1946), al segundo de los cuales se debe el comentario relativo al proyecto Couture.

B) *Repercusión del Proyecto en diversos países*: véase ALCALÁ-ZAMORA, *Influencia, en América, del proyecto Couture*, en “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales” de Montevideo, julio-septiembre de 1957, pp. 729-65. Con posterioridad, ha repercutido también, aun cuando no con la intensidad deseable, en la ley uruguaya 13.355, de 18 de agosto de 1965, denominada de “abreviación de los juicios”: acerca de ella, consúltese el volumen *Cursillo sobre ley de abreviación de los juicios* (Montevideo, 1965), con estudios de ARLAS, ESPÍNOLA, GELSI BIDART, VÉSCOVI y VALDÉS COSTA.

C) *Código de Guatemala*: es decir, el de 14 de septiembre de 1963. Acerca del mismo, ALCALÁ-ZAMORA, *El nuevo código procesal civil de Guatemala*, en “Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México”, enero-abril de 1965, pp. 155-92 (reproducido en “Boletín del Colegio de Abogados de Guatemala”, mayo-agosto de 1966, pp. 2-19).

<sup>16</sup> Gracias al esfuerzo de DEVIS ECHANDÍA, Colombia, que marchaba bastante rezagada en el cultivo científico del derecho procesal, se coloca al respecto entre las primeras naciones del continente americano, merced principalmente a su *Tratado de derecho procesal civil* (5 tomos; Bogotá, 1961/2/3/4/7) y a su *Compendio de derecho procesal civil* (Madrid, 1966). En cuanto al pliego presentado por ABISAMBRA y DEVIS ECHANDÍA, véase el informe de CHEDIAK acerca del *Congreso de Abogados de la Unión Libanesa Mundial*, en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.” cit., núm. 54, septiembre-diciembre de 1965 (pp. 907-10), pp. 909-10

memoria de James Goldschmidt” editados por la “Revista de Derecho Procesal” argentina, un trabajo publicado asimismo en la “Rivista di Diritto Processuale” italiana:<sup>17</sup> el maestro florentino, que en 1927 se había mostrado severo en demasía al juzgar la obra magna del maestro berlinés,<sup>18</sup> un cuarto de siglo después, con su característica lealtad, le rinde fervoroso homenaje y subraya los trazos de su ideología liberal. Al año siguiente, o sea en 1952, el magistrado Emilio Ondei da a conocer desde la citada “Rivista”, un artículo casi con el mismo título que el mío de ahora: *¿Liberalismo o autoritarismo processuale?*,<sup>19</sup> aunque luego, en atención a su contenido, marchen por derroteros muy distintos, ya que él arranca de la entonces reciente reforma procesal civil italiana<sup>20</sup> y de dos próximos estudios, el antes mencionado de Calamandrei y el de Satta sobre *La tutela del diritto nel processo*,<sup>21</sup> el primero, como acabamos de expresar, en vena liberal y el segundo en cuerda autoritaria, mientras que, según se comprobará pronto, la finalidad que persigo responde a preocupaciones harto diferentes. Un precioso libro, como suyo, de Mauro Cappelletti sobre *La giurisdizione costituzionale delle libertà*<sup>22</sup> —traducido al castellano en México y acompañado de un *Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana*,<sup>23</sup> ambas tareas ejecutadas por Héctor Fix Zamudio, jurista de excepcional valía—, da la impresión de conectarse con nuestro tema y de enlazar a la vez con los artículos de Couture señalados hace poco; pero, en rigor, marcha por otro rumbo y se traduce en una exposición comparativa acerca de la justicia constitucional en Italia, Alemania, Austria y Suiza. En cambio, su “prolusión”<sup>24</sup> del año académico 1962 en la Universidad de Macerata sobre *Ideologie nel diritto processuale*,<sup>25</sup> sí se relaciona íntimamente, como pronto mostraremos (*infra*,

<sup>17</sup> *Un maestro de liberalismo procesal*, en la publicación argentina, 1951, I, pp. 159-67; *Un maestro di liberalismo processuale*, en la publicación italiana, 1951, I, pp. 1-8.

<sup>18</sup> Es decir, *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens* (Berlín, 1925; 2ª ed., Aalen, 1962), en la reseña que de él hizo bajo la rúbrica de *Il processo come situazione giuridica*, en “Rivista di Diritto Processuale Civile”, 1927, I, pp. 219-26.

<sup>19</sup> Publicación cit., 1952, I, pp. 179-87.

<sup>20</sup> O sea la introducida en 1950 en el código de procedimiento civil de 1940: cfr. Satta, *Le nuove disposizioni sul processo civile: Legge 14 Luglio 1950, No. 581. Decr. Pres. 17 Ott. 1950, N. 857* (Padova, 1951).

<sup>21</sup> Ponencia presentada al Congreso de Florencia de 1950 y publicada primero en “Riv. Dir. Proc.”, cit., 1951, I, pp. 20-31, y después en “Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile: 30 Settembre-3 Ottobre 1950” (Padova, 1953), pp. 79-89.

<sup>22</sup> Con el subtítulo de *Primo studio sul ricorso costituzionale (Con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, en “Quaderni dell’Associazione fra gli Studiosi del Processo Civile”, VII (Milano, 1955).

<sup>23</sup> México, 1961. La monografía de CAPPELLETTI ocupa las pp. 1-128 y la de FIX las 129-247, precedidas de un *Prólogo* de AZUELA (pp. 13-5).

<sup>24</sup> Vocablo poco usado en castellano, pero no ajeno a él: véase, por ejemplo, Leandro FERNÁNDEZ DE MORATÍN, *La comedia nueva o el café* (Madrid, 1792), acto I, escena V, aun cuando en ella lo ponga en labios del pedantón D. Hermógenes.

<sup>25</sup> Publicada en folleto (Macerata, 1962) y en la “Rivista Trimestrale di Diritto e

núm. 6), con la investigación que traemos entre manos, de igual modo que a causa de su nobilísima trayectoria liberal, una serie de trabajos de Cordero en el cuadro del enjuiciamiento criminal.<sup>26</sup> Y ponemos así término al que adrede hemos querido que fuese, no *inventario exhaustivo*, con riesgo de resultar insoportable, sino tan sólo *muestrario indicativo*.

5) C) *Criterios de caracterización*. A diferencia de otros autores, que rompen en seguida lanzas a favor o en contra de uno de los sistemas,<sup>27</sup> la finalidad de nuestro estudio se cifra, no tanto en el balance de las ventajas e inconvenientes que ofrecen para la mejor administración de justicia en un Estado, como en la determinación de los rasgos propios de cada uno. Porque mientras no sepamos a ciencia cierta qué haya de entenderse por proceso liberal y qué por proceso autoritario, será inútil todo intento valorativo de uno y de otro, ante las oscilaciones que se advierten en el señalamiento doctrinal de sus notas distintivas. De ahí que, a mi juicio, la tarea fundamental al afrontar el tema consista en exponer los diferentes criterios de caracterización que se han seguido y, a la luz de la crítica, mostrar en qué medida los calificativos *liberal* y *autoritario* coincidan, en realidad, con los procesos así denominados.

6) a) *Enfoque político*. Puesto que *liberalismo* y *autoritarismo* son etiquetas tomadas del campo político, procede dilucidar, ante todo, si la forma y métodos de gobierno imperantes en un país en un momento dado, repercuten ineludiblemente sobre el enjuiciamiento respectivo, o si, por el contrario, integran actividades que se mueven en órbitas distintas. Al expresarme así, no me refiero a las que Calamandrei, en *Governo e Magistratura*, llamó ingerencias de la po-

Procedura Civile”, 1962, pp. 193-219; traducida —*Ideologías en el derecho procesal*— en “La Rev. Der., Jurisp. y Admón.” cit., abril de 1962, pp. 85-99; reseñas de FIX ZAMUDIO, en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.” cit., núm. 46, enero-abril de 1963, pp. 256-7. y de ALCALÁ-ZAMORA, en “Rev. Fac. Der. Méx.”, cit., núm. 45, enero-marzo de 1962, pp. 186-8. Reproducida en el volumen recopilativo *Processo e ideologie* (Bologna, 1969), pp 3-34.

<sup>26</sup> A saber: *L'istruzione sommaria nel conflictto fra le due Corti* (en “Jus”, 1965, pp. 279-98; reseña mía, en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, núms. 58-59, enero-agosto de 1967, p. 390); *La riforma dell'istruzione penale* (en “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, 1963, pp. 714-25); *Linee di un processo accusatorio* (en “Jus”, 1964, pp. 137-62) y *Diatribe sul processo accusatorio*, los cuatro reproducidos en el volumen recopilativo *Ideologie del processo penale* (Milano, 1966), pp. 3-29, 151-65 (como “Problemi dell'istruzione”), 167-99 (como “Lin. di un proc. di parti”), y 201-32, respectivamente.

<sup>27</sup> Por ejemplo, entre los citados, SATTI (*supra*, nota 21) a favor del autoritario y AMARAL SANTOS (*supra*, nota 11) y CALAMANDREI (*supra*, nota 17) en pro del liberal, mientras que ONDEI (*supra*, nota 19) se coloca en una posición de neutralidad o equidistancia, que le lleva a señalar por igual las ventajas y los inconvenientes de cada uno.

lítica en la justicia, más de una vez aceptadas por la segunda, no ya con resignación, sino inclusive con complacencia,<sup>28</sup> y que serían intromisiones *de facto*, aunque, por desgracia, hartamente generalizadas, sino a sí el proceso, que no vive aislado en una torre de marfil, haya necesariamente de reflejar la ideología circundante, de tal modo que si ésta es liberal, tenga que serlo él, y a la inversa. Aun cuando no exactamente en los términos que acabo de enunciar, tanto Goldschmidt, en su mencionado libro (*supra*, núm. 2), como Cappelletti, en la citada prolucción (*supra*, núm. 4), estiman que la ideología trasciende al proceso en formas varias. Así, el primero afirma que “los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir —prosigue—, que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos, constitutivos del proceso. La mutua lucha de los mismos, el triunfo ya del uno, ya del otro, o su fusión, caracterizan la historia del proceso. El predominio de uno u otro de estos principios opuestos en el derecho vigente, no es tampoco más que un tránsito del derecho del pasado al derecho del futuro”.<sup>29</sup> Al expresarse de ese modo, olvida

<sup>28</sup> A) *Governo e Magistratura*: constituyó el discurso inaugural del año académico en la Universidad de Siena, el 13 de noviembre de 1921. Publicado, con el subtítulo de *Giustizia e Politica*, en el “Anuario 1921-22” de dicha Universidad y en “La crítica política”, febrero de 1922, y reproducido, sin el subtítulo, en los “Studi sul processo civile” del autor, vol. II (Padova, 1930), pp. 55-88 (véanse pp. 59-60, o bien pp. 399-400 de la traducción inserta en “Rev. Esc. Nac. Jurisp.”, cit., núm. 23-24, julio-diciembre de 1944, pp. 397-426). Acerca de las relaciones entre política y judicatura, desde diversos ángulos, véanse también los siguientes trabajos: D’ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)* (Milano, 1966); MORIONDO, *L’ideologia della magistratura italiana* (Bari, 1967); CORRADINI, *Ideologia e magistratura*, en “Riv. Trim. Dir. Proced. Civ.”, cit., 1968, pp. 1105-14, así como el volumen especial consagrado por la revista “Il Ponte” (julio de 1968; pp. 715-928) al tema *La magistratura in Italia*, con artículos de ENRIQUES AGNOLETTI, RAMAT, MENEGHELLO, PORCELLA (dos), MANNUZZU, MARINO, MICELISOPO, CAPPELLI, BIANCHI D’ESPINOSA, DE MARCO, SCIACCHITANO, PACIFICI y SCAPINELLI, GERMINARA y PESCE, GRECO, MORO, BATTISTACCI, BORRÈ y PETRELLA, PERLETTI, PINTUS (*infra*, nota 152), SANTILLI, PERRAZZELLI, DI GIACOMO y GRANDE.

B) *Resignación e inclusive complacencia de la magistratura respecto de ingerencias políticas*, especialmente allí donde los ascensos y traslados dependan directa o indirectamente del Ejecutivo: véanse, en relación con Francia, BECEÑA, *Magistratura y Justicia: Notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial* (Madrid, 1928), pp. 191-8, y en orden a la situación actual, SOLUS y PERROT, *Droit Judiciaire Privé*, tomo I (Paris, 1961), pp. 662-9 y 687-91. Precisamente para conjurar este peligro, la Constitución republicana española de 1931 preveía, en su artículo 97, un sistema especial a desenvolver por una ley complementaria, que no llegó a dictarse: cfr. *Anteproyecto de ley sobre ascensos y traslados en la judicatura y ministerio fiscal*, en el volumen “Anteproyectos de ley e informes presentados al Gobierno por la Comisión Jurídica Asesora” (Madrid, 1933), pp. 149-71.

<sup>29</sup> *Principios jurídicos*, cit., pp. 109-10.

Goldschmidt que la ley de enjuiciamiento criminal española, o sea el texto que sirve de base a su indicada obra, es de 1882, y desde entonces a nuestros días ha regido no sólo bajo la Constitución monárquica de 1876, durante cuya vigencia se promulgó y que era mucho menos liberal que el susodicho código procesal, sino también con la republicana de 1931, en tiempos de las dictaduras y dictablandas, e incluso a lo largo de la guerra civil en ambos bandos, con mayor o menor intensidad.<sup>30</sup> En cuanto a Cappelletti, recuerda al efecto diversas experiencias, desde el distinto valor del testimonio durante la Edad Media, según que proviniese de noble o de villano, de eclesiástico o de lego, de hombre o de mujer, etcétera, hasta acontecimientos recientes.<sup>31</sup> Siendo innegables las gravitaciones políticas, sociales y económicas sobre el derecho en general y sobre el procesal en concreto, puestas ya de relieve por Calamandrei en *La relatività del concetto di azione*,<sup>32</sup> adviértense, sin embargo, acerca de los influjos ideológicos en el enjuiciamiento, contrastes muy agudos: mientras,

<sup>30</sup> Mientras la Constitución de 1876 fue inspirada por CÁNOVAS DEL CASTILLO, jefe del partido conservador, la ley de enjuiciamiento criminal de 1882 se elaboró siendo presidente del Gobierno el liberal SAGASTA y ministro de Gracia y Justicia ALONSO MARTÍNEZ (*infra*, núm. 9 *in fine*). Acerca de la vigencia del mencionado código procesal penal durante la guerra civil de 1936-9 en las dos zonas, cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Justice pénale de guerre civile* (en "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", octubre-diciembre de 1938, pp. 633-71, y luego en mis "Ensayos", cit., pp. 253-94), *passim*.

<sup>31</sup> A) *Testimonio durante la Edad Media*: cfr. CAPPELLETTI, *Ideologie*, cit., en "Riv. Trim. Dir. Proced. Civ.", p. 196 (p. 7 en el folleto o p. 6 en "Processo e ideologie", cits.); en el mismo sentido, CORDERO, en *Diatribes sul proc. accus.*, cit., pp. 219-20 de "Ideologie Proc. Pen.". Véase también ALCALÁ-ZAMORA, *Instituciones judiciales y procesales del Fuero de Cuenca* (publicada su primera parte en "Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti", vol. II —Padova, 1950—, pp. 73-95), en "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", cit., núms. 47-48, julio-diciembre de 1950 (pp. 281-373), núms. 71, y 77.

B) *Acontecimientos recientes*: reforma procesal civil austriaca; concepción socialista del proceso en MENGER; índole del enjuiciamiento en los países comunistas, etcétera: cfr. *Ideologie*, en "Riv. Trim. Dir. Proced. Civ.", cit., pp. 207-10. Destaquemos que sin duda por aquello de que los extremos se tocan, la creencia de MENGER de que la desaparición del derecho privado determinaría la fusión en uno solo de los procesos civil, administrativo y penal, los cuales se reducirán esencialmente a "una instrucción de oficio" (cfr. su libro *L'Etat socialiste*, traducción francesa —París, 1904—, pp. 218-20, cit. por CAPPELLETTI, *ob. cit.*, nota 36), no deja de presentar afinidades con la de BAUMBACH en pleno nazismo, cuando propuso el reemplazo del proceso civil por la jurisdicción voluntaria, en su artículo *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit* (en "Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht", 1938, pp. 583 y ss.). Para su crítica, véase CALAMANDREI, *Abolizione del processo civile?*, en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1938, I, pp. 336-40, y en "Estudios sobre el Proceso Civil" (Buenos Aires, 1945), pp. 343-8.

<sup>32</sup> Sobretiro de los "Scritti giuridici in onore di Santi Romano" (Padova, 1939); impreso asimismo en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1939, I, pp. 22-46, y en sus "Studi Proc. Civ.", cit., vol. V (Padova, 1947), pp. 1-26; traducido primero por ROMERO SÁNCHEZ en "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", núms. 13-14, enero-junio de 1942, pp. 43-67, y luego por SENTÍS MELENDO, en "Estudios Proc. Civ.", cit., pp. 135-60.

verbigracia, el sistema procesal penal mixto, o anglofrancés, brotó por obra de factores a todas luces vinculados con la Revolución francesa —aunque su consagración la alcanzase con el hoy en día derogado código de instrucción criminal de 1808, en pleno Imperio—,<sup>33</sup> en otros casos un cuerpo legal resiste imperturbable toda suerte de embates y vaivenes políticos (al menos, en su letra, puesto que en su aplicación no siempre podrá soslayarlos): baste citar el siglo y medio largo de vida de los códigos napoleónicos; los casi cien años de existencia de la ley de organización judicial española de 1870, que se promulgó como “provisional” (*sic*):<sup>34</sup> la subsistencia de leyes e instituciones prerrevolucionarias en las naciones comunistas, comenzando por la Unión Soviética,<sup>35</sup> o bien la de los códigos no tanto fascistas como musolinianos, bajo la República en Italia.<sup>36</sup> Tampoco en el ámbito colindante de la seudojurisdicción voluntaria se advierten, por razón de su contenido, serias divergencias ideológicas entre naciones liberales y países totalitarios.<sup>37</sup> Huelga casi añadir que el fenómeno opuesto, aunque muchísimo menos corriente, o sea el de una judicatura que se coloque en actitud de incompreensión y hasta de sabotaje frente al legítimo ejercicio de sus funciones por parte de los otros poderes del Estado y frustre así la

<sup>33</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho Procesal Penal* (en colaboración con LEVENE H., tomo II (Buenos Aires, 1945), p. 221, y *Evolución de la doctrina procesal* (en “El Foro”, México, junio de 1950, pp. 107-43, y en “Revista de la Universidad de Costa Rica”, julio de 1951, pp. 327-50), núm. 14. Como es sabido, el mencionado código no rige ya y su lugar lo ocupa el de “procédure pénale” de 1957-58.

<sup>34</sup> Huelga decir que tanto en el caso de la codificación napoleónica, como en el de la ley española, han mediado reformas y derogaciones parciales, auxilio de legislación complementaria y cambios en la jurisprudencia.

<sup>35</sup> En nuestra reseña de *Die Ungarischen Strafgesetze: Amtliche Zusammenstellung der gültigen materiellen strafrechtlichen Vorschriften* (núm. 77 de la “Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung” —Berlín, 1960—), destacamos, por ejemplo, cómo “la ley de 1921, calificada como engendro de la contrarrevolución de Horthy y como típica norma enemiga del pueblo, tras haber sido derogada en 1945 resurge después, y numerosos párrafos suyos se incorporan literalmente a la ley de 1946 sobre protección penal del régimen popular húngaro” (“Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, núm. 38, mayo-agosto de 1960, pp. 147-9). Véase también DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, en “Riv. Dir. Proc.”, 1965 (pp. 31-70), pp. 37, 59, 62 y 63.

<sup>36</sup> Establecemos la distinción entre “mussoliniano” y “fascista”, porque si es innegable que los códigos promulgados en Italia entre 1930 y 1942 lo fueron hallándose en el poder Mussolini, poco o nada tienen de su ideología política, aun cuando a la caída del régimen no faltasen quienes arremetieran contra ellos, sobre todo contra el de procedimiento civil de 1940, so pretexto de ser fascista, con olvido de que acaso su principal autor fue CALAMANDREI, notorio antifascista. Véase *infra*, nota 53.

<sup>37</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria* (ponencia general ante el Tercer Congreso Internacional de Derecho Procesal; publicada primero en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, núm. 45, setiembre-diciembre de 1962, pp. 521-96, y últimamente en “Atti del 3º Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile: Venezia 12-15 aprile 1962” —Milano, 1969—, pp. 533-621), núm. 117.

indispensable coordinación entre todos ellos, es asimismo intrascendente para los fines de caracterización perseguidos, sea cual fuere la causa a que obedezca: prejuicios profesionales, espíritu conservador, o bien la circunstancia de que jueces formados y deformados durante decenios de dictadura, no se adapten después a desenvolverse en un clima de libertad y apliquen con criterio restrictivo o reaccionario las leyes emanadas de la nueva situación política.

7) Siempre en plan de contemplar las relaciones entre política y proceso desde el ángulo que aquí nos interesa, cabe asegurar, eso sí, que a un régimen autoritario, y con mayor motivo si traspasando la tenue línea divisoria se erige en dictadura, de derecha o de izquierda, le será sumamente fácil hacerse o rodearse de una judicatura sumisa y atemorizada, hasta el punto de que como se estuvo Lascano, en los países totalitarios “la jurisdicción no existe como función independiente, sino que constituye una faz de la función administrativa”,<sup>38</sup> mientras que, en cambio, un gobierno auténticamente liberal tropezará con dificultades insuperables o poco menos, salvo si reniega de su significado, para conseguir que una magistratura retrógrada inconforme se acomode a sus aspiraciones: baste recordar la pugna del presidente Roosevelt y la Corte Suprema de Washington a propósito del *New Deal*. Naturalmente, la primera de dichas perspectivas no excluye que frente a la presión autoritaria o demagógica se alcen, aunque de tarde en tarde, porque el heroísmo es virtud que escasea, hombres de toga capaces, como abogados o como juzgadores, de arriesgar y hasta de sacrificar su vida en el ejercicio profesional, a la manera del magistrado Lavau en 1792, evocado por Satta en *Il mistero del processo*,<sup>39</sup> o como en forma más dramática aún, en el caso del juez español que durante nuestra guerra civil se suicidó, para no tener que asociarse a veredictos vinculatorios, que le habrían obligado a tener que suscribir en serie sentencias condenatorias a la pena de muerte,<sup>40</sup> si es que no retrocedemos a Papiniano, muerto por orden de Caracalla al negarse a justificar ante el Senado el asesinato de Geta.<sup>41</sup>

8) Digamos todavía, con fines de puntualización política, que no ha de con-

<sup>38</sup> Véase su libro *Jurisdicción y competencia* (Buenos Aires, 1941), p. 31, así como ALCALÁ-ZAMORA, *Los conceptos de jurisdicción y de competencia, en el pensamiento de Lascano*, en “Rev. Der. Proc.” argentina, cit., 1954, I (pp. 299-344), pp. 305-7.

<sup>39</sup> En “Riv. Dir. Proc.”, 1949, I, pp. 273-88. Para su crítica, ALCALÁ-ZAMORA, *Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso*, en “Rev. Der. Proc.” argentina, cit., 1952, I (pp. 212-77), pp. 240-2.

<sup>40</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Estampas procesales de la literatura española* (Buenos Aires, 1961), p. 144.

<sup>41</sup> Lástima grande que éstos y otros muchos casos de comportamiento ejemplar por parte de los juristas, hayan sido olvidados en absoluto, verbigracia, por GÓMEZ JIMÉNEZ DE CISNEROS en su eruditísimo libro *Los hombres frente al derecho (Jurisvivencias)* (Madrid, 1959), donde suministra tan sólo una visión unilateral, adversa y pesimista de las profesiones forenses.

fundirse *proceso liberal* con *proceso democrático*.<sup>42</sup> En consecuencia, ni la administración de justicia en nombre del Pueblo, ni el nombramiento de jueces mediante elección popular en algunos países, ni la institución del jurado, abstracción hecha de sus aristocráticos orígenes,<sup>43</sup> tienen nada que ver con el primero. Es evidente, y lo manifiesta un republicano a ultranza, como yo, que mientras la justicia en la monarquía inglesa aparece impregnada de liberalismo y de respeto a la persona humana,<sup>44</sup> no cabría afirmar otro tanto de las grandes farsas procesales desenvueltas, a ejemplo soviético, en las llamadas democracias populares, con unos acusados que se atribuyen más crímenes y de mayor gravedad de los que les imputa el ministerio público.<sup>45</sup> En cuanto a la elección popular,

<sup>42</sup> Pese a su título, el libro de CALAMANDREI *Processo e democrazia* (Padova, 1954; traducción de FIX ZAMUDIO, Buenos Aires, 1960), en que se recogen las conferencias que dio en México en 1952, más tiene que ver con el primero que con el segundo, como lo revelan especialmente sus capítulos IV, sobre la crisis de la motivación, y V, acerca de la dialecticidad del proceso (*infra*, núm. 18).

<sup>43</sup> Aludimos, claro está, tanto al que SAVIGNY creyó encontrar en el *Breviario de Aniano* o *Código de Alarico*, a propósito del enjuiciamiento de los nobles, como al más directo y conocido del privilegio obtenido por los barones ingleses en virtud de la *Magna Carta* de 1215: véase mi cit. *Der. Proc. Pen.*, tomo I, p. 259.

<sup>44</sup> Esa circunstancia explica el interés suscitado por el estudio de la justicia inglesa en juristas de diversos países, como los franceses DE FRANQUEVILLE y LÉVY-ULLMANN, los alemanes MENDELSSOHN-BARTHOLDY, CURTI y COHN, los italianos TIRANTI y CROCIANI, el español BECEÑA (*supra*, nota 28), el uruguayo COUTURE o el brasileño SILVEIRA, cuyos trabajos al respecto se mencionan en mis *Estampas procesales*, cit., pp. 33-4, nota 27. Véase con posterioridad, PASTOR LÓPEZ, *El proceso penal inglés (Estudio comparativo de sus directrices fundamentales)*, en "Revista de Derecho Procesal" española, 1967, enero-marzo, pp. 67-124, y abril-junio, pp. 43-100. La misma obra de CALAMANDREI mencionada en la nota 42, está en parte influida por el espectáculo de la justicia inglesa. Últimamente, CAPPELETTI ha puesto de relieve cómo, mientras el tribunal de Roma, en la causa contra los periodistas Scalfari y Jannuzzi, no pudo disponer de ciertos documentos, que le fueron negados por el Ejecutivo so pretexto de *segreto de Estado*, la Cámara de los Lores inglesa, en funciones jurisdiccionales concernientes al caso *Conway*, ha establecido que el Gobierno no puede parapetarse tras el *Crown privilege* a fin de impedir a los jueces el conocimiento de pruebas que afecten a la libertad, el honor o el patrimonio de una persona: cfr. su nota *Il segreto di Stato in una recente sentenza de la House of Lords*, en "Riv. Dir. Proc.", 1968, pp. 330-3.

<sup>45</sup> Véanse, por ejemplo, en relación con los juicios seguidos en la Unión Soviética durante los tiempos del terror staliniano, estos dos volúmenes: a) el de Gérard ROSENTHAL, *Mémoire pour la réhabilitation de Zinoviev*, en "Dossier des Lettres Nouvelles" (Paris, 1962), y b) el de Pierre BROUÉ, *Les procès de Moscou présentés par — — : Comptes rendus du Commissariat du Peuple à la Justice. Dossiers de la révision depuis le XXe. congrès du P. C. de l' U.R.S.S. Bibliographie critique*, en "Collection Archives" (Paris, 1964). Bueno sería recordar que formas semejantes de autoacusación se produjeron en la Rusia imperial con ocasión del proceso seguido en tiempo de Pedro el Grande contra el zarevitz Alejo y sus cómplices: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Il processo dei criminali di guerra*, en "Jus: Rivista di Scienze Giuridiche", 1950 (pp. 208-31), p. 210, nota 3.

responsable en gran parte de las tremendas deficiencias de la justicia norteamericana,<sup>46</sup> presenta como mayor inconveniente el de privar al juez de su independencia funcional, quintaesencia de un recto y liberal ejercicio de la jurisdicción, desde el momento en que el triunfo lo debe a un determinado partido, que, dicho se está, lo elevó al cargo no por amor a la justicia, sino para tenerlo al servicio de sus intereses partidistas.<sup>47</sup> Por último, nada más antiliberal que el arbitrario veredicto mediante el que unos jurados, tras una deliberación que se evapora, si es que no inexistente, pueden tranquilamente contestar no, donde habrían tenido que decir *sí*, o al revés,<sup>48</sup> y transformar de ese modo, como se viene repitiendo acerca de la cosa juzgada, lo blanco en negro y la mentira en verdad.<sup>49</sup> En definitiva, pues, el criterio político, o más exacta-

Por su parte, la justicia anticomunista se halla incurso en los mismos errores y horrores que la comunista: recordemos los procesos ante el tribunal para la defensa del Estado en la Italia fascista, el referente al incendio del *Reichstag* en la Alemania nazi, los desenvueltos en la España franquista ante la jurisdicción excepcional para la represión de la masonería y el comunismo (ley de 1º de marzo de 1940), ante la militar o ante la de orden público (ley de 2 de diciembre de 1963) —emisoras de condenas tan monstruosas, como la recaída en el caso Grimau—, o bien el seguido contra Debray ante el pintoresco consejo de guerra que lo juzgó (?) en Bolivia (véase el volumen *Le procès Régis Debray*, en “Cahiers Libres 111” —Paris, 1968—, con prólogo de SARTRE).

<sup>46</sup> “Aparte la pluralidad de ordenamientos procesales..., los cuatro jinetes del Apocalipsis de la justicia norteamericana son, a nuestro entender, la elección popular, el jurado, el interminable sistema de recursos —baste recordar, hacia 1960, el caso Chessmann: cfr. PEREDA, *En torno al proceso de Chessmann*, en “Sic” (Caracas)), 1960, pp. 121-4— y el régimen de legislación judicial. Para una crítica de la justicia estadounidense, cfr. NÉRINCX, *L’organisation judiciaire aux États Unis* (Paris, 1909), y más recientemente, André TUNC y Suzanne TUNC, *El Derecho de los Estados Unidos de América: Instituciones judiciales, fuentes y técnicas* (traducción del francés —*Le Droit des États Unis d’Amérique; Sources et techniques* (Paris, 1955)—, México, 1957), pp. 82-3, 90-100 y 108-9”: ALCALÁ-ZAMORA, *Exposición, por un profesor continental europeo, de un curso angloamericano sobre “evidencia”*, en “Revista de Derecho Puertorriqueño”, enero-marzo de 1967 (pp. 243-67), y en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, núm. 58-59, enero-agosto de 1967 (pp. 211-35), nota 30.

<sup>47</sup> Además, como hace años dije al censurar el ensayo de elección popular judicial que se hizo en España, “nadie ha conseguido, en efecto, explicarnos aún por qué curioso mecanismo, el sufragio, que es y no puede ser otra cosa que una expresión de voluntad, se transforma hasta conseguir dotar a una persona de las cualidades indispensables para el desempeño de la función judicial, es decir, moralidad, independencia, sentido de lo justo y conocimiento del derecho”: *Un grave problema judicial y político: La justicia municipal*, en “Revista de los Tribunales y de Legislación Universal”, 14 de mayo de 1932, pp. 297-302, y luego en mis “Estudios Der. Proc.”, cit., pp. 67-78: cfr. p. 69.

<sup>48</sup> De ahí que como después veremos (*infra*, notas 153 y 154), la libre apreciación de la prueba por los jurados a través del veredicto, no sea expresión de liberalismo, sino de despotismo en la administración de justicia.

<sup>49</sup> En *Legítima defensa y proceso* (en “Estudios Penales: Homenaje al P. Julián Pereda, S. J., en su 75 aniversario” —Bilbao, 1965—, pp. 1-28) refiero dos casos diame-

mente, histórico-político, no sirve, a causa de sus propios vaivenes, para caracterizar de liberal o de autoritario un determinado proceso. A las razones ya expuestas agregaremos la de que si mediase siempre correlación indisoluble entre situación política y enjuiciamiento, en los países con frecuentes cambios políticos, como Francia bajo la Tercera y Cuarta Repúblicas o, sin ir tan lejos, como las naciones que cada cuatro o cinco años están en condiciones de variar su equipo gobernante (verbigracia: republicanos por demócratas en Estados Unidos o conservadores por laboristas en Gran Bretaña), el mecanismo procesal sería un continuo tejer y destejer, cuando, como regla, según hemos señalado al disentir de Cappelletti (*supra*, núm. 6), exhibe una estabilidad incomparablemente mayor que la de los regímenes políticos respectivos. Por tanto, y prescindiendo del *uso*, del *abuso* o del *desuso* de que un sistema procesal sea objeto en atención a factores políticos fluctuantes, su caracterización como liberal o autoritario habrá que buscarla no mirándolo desde *fuera*, sino examinándolo desde *dentro*, en consideración a sus *rasgos intrínsecos* y a los *principios en que su funcionamiento se inspire*, sin perjuicio luego de que para diferenciarlos de los *técnicos*, los segundos sean denominados *políticos*,<sup>50</sup> de manera análoga a como en el campo del derecho penal se habla de *Política criminal*, también harto distinta de la Política por antonomasia, o sea la de los partidos, el parlamento y el gobierno.

9) b) *Planteamiento jurídico*. La caracterización de un ordenamiento procesal como liberal o como autoritario, habrá de efectuarse, pues, con criterio estrictamente *jurídico*, al margen, por tanto, del clima *político* en que se desenvuelva, es decir, de las repercusiones cambiantes que éste ejerza sobre la aplicación de aquél. En otras palabras: partiendo de países con legislación procesal codificada, será el análisis de sus códigos de enjuiciamiento y de los textos importantes que los modifiquen o completen,<sup>51</sup> el que nos ponga en camino de encontrar

tralmente opuestos, acaecido uno en España y el otro en Francia, en el primero de los cuales el veredicto transformó la legítima defensa en asesinato, mientras que en el segundo éste fue convertido en aquélla (cfr. p. 13, nota 54).

<sup>50</sup> Véanse COUTURE, *Proyecto*, cit., pp. 24-5; ALCALÁ-ZAMORA, *Principios técnicos y políticos de una reforma procesal* (Tegucigalpa, 1950; reproducido en "Revista de la Universidad" de Honduras, julio-septiembre de 1960, pp. 7-38), núms. 4-6 y 20-3. Con título coincidente con el de mi citado folleto, pero con discrepancias en cuanto a los incluibles en cada sector, PRIETO-CASTRO, *Principios políticos y técnicos para una ley uniforme*, en "Actas del I Congreso Ibero-Americano y Filipino de Derecho Procesal. Madrid 14-19 noviembre de 1955" (Madrid, 1955), pp. 129-237.

<sup>51</sup> Leyes de organización judicial, ante todo, y reformas que alteren en fundamentales aspectos la fisonomía del código correspondiente (por ejemplo: instauración de la figura del juez delegado en el enjuiciamiento alemán como consecuencia de la tremenda crisis económico-financiera que sufrió el país tras la primera guerra mundial: véase el folleto de HEINSHEIMER, *Der neue Zivilprozess, insbesondere das Verfahren vor dem Einzelrichter* —Mannheim/Berlin/Leipzig, 1924—).

trar la respuesta. A este propósito, destacaremos que no siempre el color o matiz de la situación política bajo la que se hayan elaborado y promulgado tales cuerpos legales se refleja en ellos: baste recordar que los códigos napoleónicos consagraron numerosas ideas y conquistas revolucionarias; que más recientemente en Italia el código de procedimiento civil de 1940 no tiene nada de fascista, si se exceptúan algunas tan explosivas como circunstanciales frases de su exposición de motivos,<sup>52</sup> aunque hace años se le combatiese como tal;<sup>53</sup> que en los países comunistas se ha echado mano a veces de textos emitidos por los regímenes derrocados,<sup>54</sup> o que en las dos Alemanias de hoy perduraron durante algún tiempo o subsisten todavía importantes cuerpos legales anteriores a su bifurcación.<sup>55</sup> En otras ocasiones, en cambio, sí existe coincidencia, y por ejemplo, en España, mientras la *autoritaria* Instrucción del Marqués de Gerona de 1853, que se adelantó en más de cuarenta años a varias de las soluciones introducidas por Klein en Austria,<sup>56</sup> pero que fue torpedeada por la miopía

<sup>52</sup> Aludo a ciertos pasajes de sus números 2, 3 y 34, especialmente en éste a aquel donde se habla de que la "guerra imperiale, iniziata nel 1935 sui campi d'Africa, proseguita nel 1936 sui campi di Spagna, sta per essere coronata della definitiva vittoria".

<sup>53</sup> "Para bien de la administración de justicia italiana, los procesalistas defendieron el código de 1940 y evitaron el lamentable retroceso que habría significado la resurrección del de 1865": ALCALÁ-ZAMORA, *Momentos, figuras, preocupaciones y tendencias del procesalismo italiano* (en "X Aniversario Generación de Abogados 1948-1953 Universidad de Guadalajara —México, 1963—), p. 154, en relación con los trabajos de CALAMANDREI, CARNACINI, CARNELUTTI, ANDRIOLI, MOLINARI, ALLORIO, GULLO, TORRENTE, BRUNORI, CALVOSA, ABBATE, REDENTI y FURNO que se citan en las notas 76 y 176 de la propia conferencia (algunos de ellos —aclarémoslo—, adversos al código), publicados la mayoría en "Riv. Dir. Proc.", 1946 y 1947, primera parte. También desde fuera de Italia fue negado el supuesto carácter fascista del texto: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Indicaciones acerca del nuevo código de procedimiento civil italiano*, en el tomo I (pp. 397-435) de la traducción del Sistema de CARNELUTTI (Buenos Aires, 1944), pp. 401-3, y PRIETO-CASTRO, *En defensa de la ciencia, o meditaciones con ocasión del código italiano de 1940* (en "Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento", vol. II —Milano, 1951—, pp. 185-218, y en "Estudios y Comentarios para la Teoría y la Práctica Procesal Civil", vol. II —Madrid, 1950—, pp. 685-722, con el título cambiado: *Meditaciones para la doctrina, la práctica y la legislación, a propósito de la vigencia y reforma del código italiano de 1940*), núm. 9.

<sup>54</sup> Véase *supra*, núm. 6 y nota 35. Añadamos que en la esfera doctrinal, el libro, por ejemplo, de VISHINSKI sobre *La teoría de la prueba*, cit., se asienta fundamentalmente en la literatura de la época zarista, a veces rechazada, pero en general compartida: véase mi citada reseña del mismo, especialmente las páginas 353-4, nota 5.

<sup>55</sup> Si bien en Alemania Oriental se viene trabajando desde 1958 en la elaboración de nuevos códigos, que respondan al ideario comunista: véase, verbigracia, el volumen *Probleme des sozialistischen Zivilrechts Beiträge zur Diskussion über das künftige Zivilgesetzbuch* (Berlín, 1962), con trece estudios (cfr. mi reseña de los mismos, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 50, mayo-agosto de 1964, pp. 397-400) e información acerca de las tareas reformadoras en los distintos campos jurídicos (penal y procesal penal, procesal civil, laboral, etcétera).

<sup>56</sup> *Instrucción del procedimiento civil con respecto a la real jurisdicción ordinaria* (30

del Colegio de Abogados de Madrid,<sup>57</sup> corresponde a un periodo reaccionario (la llamada *década moderada*: 1844-54), la liberal ley de enjuiciamiento civil de 1855 pertenece al *bienio progresista*, partido éste al que se hallaba afiliado su autor, don Pedro Gómez de la Serna.<sup>58</sup> Y también en España, la vigente ley de enjuiciamiento criminal de 1882, considerada por el gran procesalista alemán James Goldschmidt como el mejor código de su clase en el mundo,<sup>59</sup> fue fruto de un periodo liberal, que le imprimió carácter, si bien no quepa atribuirlo, como suele hacerse, al hecho de que el ministro de Justicia cuya firma aparece al pie del decreto promulgatorio fuese asimismo liberal (don Manuel Alonso Martínez), ya que su redacción corrió a cargo de un grupo de juristas.<sup>60</sup>

10) a') *Bases determinativas*. El señalamiento de los rasgos atribuibles a un proceso liberal y a uno autoritario —o bien, puesto que será difícilísimo, si es que no imposible, encontrar códigos que respondan única y exclusivamente a uno de

de septiembre de 1853). Acerca de ella, PRIETO-CASTRO, *La instrucción del Marqués de Gerona para arreglar el procedimiento de los negocios civiles con respecto a la real jurisdicción ordinaria*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" 1953, tomo 193, pp. 114-33; PINA, *En el centenario de la Instrucción del Marqués de Gerona (1853-1953)*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 12, octubre-diciembre de 1953, pp. 183-9; FAIRÉN GUILLÉN, *Estudio histórico de la ley procesal de 1855*, en "Actas Congreso Iberoamericano", cit., (pp. 331-448), pp. 423-31. Acerca del autor de la Instrucción, véase Manuel DE GÓNGORA, *Apuntes biográficos del Excmo. Señor D. José de Castro y Orozco, Marqués de Gerona* (Granada, 1871; discurso inaugural del año académico).

<sup>57</sup> Su airada protesta contra la *Instrucción* se recoge por SOLÍS y MONTORO en *Apuntes para la historia del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, en el "Boletín" del mismo, núm. 27, marzo de 1934, pp. 161-5.

<sup>58</sup> Quien, sin embargo, como codificador procedió con criterio nada progresivo: véase su obra *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la ley de enjuiciamiento civil* —es decir, la de 5 de octubre de 1855— (Madrid, 1857), pp. VII-IX. Se dio así "la curiosa paradoja de que siendo Gómez de la Serna hombre de ideología liberal, compusiese una ley conservadora, mientras que el Marqués de Gerona, ministro de uno de los gobiernos más retrógrados que España ha padecido, redactase un texto avanzadísimo para su época": ALCALÁ-ZAMORA, *Prólogo* al libro de RODRÍGUEZ U. (*supra*, nota 13), nota 43.

<sup>59</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Procesalismo penal hispanoamericano*, en "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", núm. 33, enero-marzo de 1947 (pp. 624-79), p. 277, nota 43, y *Aciertos terminológicos e institucionales del derecho procesal hispánico*, en *rev. cit.*, núm. 38, abril-junio de 1948 (pp. 43-108), p. 46, nota 8.

<sup>60</sup> A saber: Fernando CALDERÓN COLLANTES, José María FERNÁNDEZ DE LA HOZ, Pedro Nolasco AURIOLES, Alejandro GROIZARD, José DE ENTRALA y PERALES, Emilio BRAVO, Vicente ROMERO GIRÓN y Manuel DÁVILA. De entre esos nombres, FERNÁNDEZ DE LA HOZ y ROMERO GIRÓN eran probablemente las figuras con mayor preparación para la tarea que se les encomendó: cfr. mi *Der. proc. pen.*, cit., tomo I, p. 89, nota 47. Con todo, la exposición de motivos de la ley parece ser que la redactó MORENO NIETO: cfr. JIMÉNEZ ASENJO, intervención en el debate sobre *Reforma de la querrela particular*, en "Actas del I Congreso Nacional de Derecho Procesal" (Madrid, 1950), pp. 195-6.

tales rótulos,<sup>61</sup> en qué medida o qué instituciones suyas respondan a una u otra tendencia—, exige arrancar de unos cuantos puntos de partida elementales. A nuestro entender, ellos son los siguientes: a) el profundo contraste entre *proceso* y *litigio*, aun cuando acogido el segundo con mayor elasticidad de la que le asignó Carnelutti, con objeto de erigirlo en el auténtico *presupuesto procesal* en cualquier rama del enjuiciamiento;<sup>62</sup> b) la posición que ocupen y las atribuciones que detentan los protagonistas del proceso, a saber: el juzgador y las partes, si para no prejuzgar una adhesión doctrinal se prefiere llamarles así o en el orden de los sujetos de la relación procesal;<sup>63</sup> c) la posición que ocupen y las atribuciones que detentan los protagonistas del proceso, a saber: el juzgador y las partes, si para no prejuzgar una adhesión doctrinal se prefiere llamarles así o en el orden de los sujetos de la relación procesal;<sup>64</sup> o en los

<sup>61</sup> Cfr. ONDEL, *ob. cit.*, pp. 183-7. Hace años, un recorrido minucioso a lo largo de la legislación procesal mexicana fundamental, con objeto de redactar la ponencia correspondiente para un congreso, me permitió comprobar cómo en códigos de carácter dispositivo existen, sin embargo, numerosísimos preceptos que confieren potestades de toda índole al juzgador: cfr. *El papel del juez en la dirección del proceso civil mexicano* (en “Comunicaciones Mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado (Hamburgo, 1962)” —México, 1962—, pp. 49-96), pp. 70-95. En cambio, a base de sólo dos artículos (el 55, que proclama el principio de formalismo, y el 133, que consagra, con algunas salvedades, la preclusión), BAZARTE CERDÁN llega a la temeraria conclusión de que el código mexicano de 1932 (objeto de preferente análisis en mi susodicha ponencia) es *inquisitivo (sic)*: véanse las pp. 28 y 53 de su libro *La caducidad en el código de procedimientos civiles para el Distrito Federal y Territorios* (México, 1966).

<sup>62</sup> Acerca de la propugnada dilatación del concepto de litigio, en relación con las sucesivas posturas de CARNELUTTI respecto del mismo, véanse mis siguientes trabajos: *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción* (en “Estudios Alsina”, cit., pp. 759-820, y en “Anales de Jurisprudencia” de México, abril de 1947, pp. 263-359), núms. 11, 13, 19 y 28; *Proceso, autocomposición y auto-defensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)* (México, 1947; 2ª ed., 1970), núms. 2-4; *Prólogo a las Lecciones sobre el proceso penal*, de CARNELUTTI, vol. I (Buenos Aires, 1950), núms. 3-8, y *Concepciones menores naturaleza proceso*, cit., núms. 12-20. En cuanto a la consideración del litigio como *presupuesto procesal*, cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Enseñanzas acción*, cit., núm. 13, y BUZARD, *Do agravo de petição no sistema de código do processo civil* (São Paulo, 1945), p. 117 (2ª ed., 1956, p. 94).

<sup>63</sup> Dada la crisis por que atraviesa esta doctrina, aun no habiendo sido desbancada por ninguna de las que han intentado sustituirla, y pese a no haber prevalecido tampoco, hasta la fecha, los ensayos para combinarla con la de GOLDSCHMIDT al concebir el proceso como situación jurídica: acerca de ambos extremos, cfr., mis citadas *Concepciones menores, passim*, así como ALSINA, *La teoría de la situación jurídica no se opone, antes bien, integra el concepto de relación jurídica*, en “Rev. Der. Proc.” argentina, cit., 1952, I, pp. 1-12. En contra, en cambio, de la concepción goldschmidtiana, LIEBMAN, *La obra científica de James Goldschmidt y la teoría de la relación procesal* (en *rev. cit.*, 1951, II, pp. 57-73).

<sup>64</sup> En tal sentido, CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. II (reimpresión: Padova, 1930), núm. 94; PODETTI, *Abreviación convencional de la prescripción libe-*

dominios del juzgador (*jurisdicción*), hecha la advertencia de que la circunstancia de que un código comience por una u otra de tales nociones, no basta *por sí sola* para encuadrarlo en éste o en aquel sector, siempre que no trascienda de manera decisiva al resto del articulado;<sup>65</sup> *d*) ligado también en parte con los dos precedentes, la proyección de ciertos *principios rectores de la actividad procesal*, tanto si han de inferirse de disposiciones dispersas, como si se encuentran reunidos a su frente, cual hizo Couture en su citado proyecto para el Uruguay (*supra*, núm. 3), y ello con independencia, en esta última hipótesis, de que se les reconozca o no naturaleza normativa;<sup>66</sup> y *e*) el grado mayor o menor en que como resultado de los aludidos principios rectores quede asegurado el funcionamiento del que por influjo norteamericano se suele llamar *debido proceso legal*,<sup>67</sup> es decir, la observancia estricta de un mínimo de garantías en el enjuiciamiento.<sup>68</sup>

*ratoria* (*Aspecto procesal*), en "Jurisprudencia de Mendoza" (Argentina), 3 de febrero de 1945, p. 2, col. 1<sup>a</sup>, y ALCALÁ-ZAMORA, *Enseñanzas acción*, cit., núm. 26; sin contar a BARROLONI FERRO, *Unidad de la acción* (en "Rev. Der. Proc." argentina, cit., 1943, I, pp. 334-45), p. 342, donde se limita a mencionar la posición de CARNELUTTI.

<sup>65</sup> "Acerca de la orientación privatista o publicista de los códigos procesales, no creo que se puedan extraer consecuencias demasiado absolutas a base de que se abran por la acción o por la jurisdicción. Ciertamente que en Italia el código procesal civil de 1940 se inicia (arts. 1-6) con una sección relativa a la jurisdicción, a diferencia del de 1865, que en rigor, si prescindimos del título preliminar sobre conciliación y arbitraje (arts. 1-34), comienza por la acción (cfr. art. 35); pero en el propio país, el código de procedimiento penal empieza por la acción, y nadie lo tildará de privatista. Y en México, la circunstancia de que a diferencia de los que colocan a su cabeza un título sobre acciones y excepciones, el código federal de procedimientos civiles carezca de él, no acentúa en éste su carácter publicista en comparación con aquéllos, que son la mayoría": ALCALÁ-ZAMORA, *Autoridad y libertad*, cit., núm. 32.

<sup>66</sup> Véase la "Sesión de Mesa Redonda" celebrada en México con ocasión del cursillo de COUTURE sobre *Interpretación e integración de las leyes procesales*, publicado; tanto éste como aquélla en "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", núms. 43, julio-septiembre de 1949, pp. 83-121, y 44, octubre-diciembre del mismo año, pp. 9-68. Existe edición brasileña en un volumen: *Interpretação das leis processuais* (São Paulo, 1956), comprensiva de las dos partes, a la segunda de las cuales (principalmente a las intervenciones de los profesores Esteva Ruiz y García Máynez) pertenece el examen de la cuestión suscitada en el texto.

<sup>67</sup> Véase, por ejemplo, LINARES, *El "debido proceso legal" como garantía innominada en la Constitución argentina* (Buenos Aires, 1944), o bien COUTURE, *ob. cit.*, en el núm. 3.

<sup>68</sup> Hecha la aclaración de que el *due process of law* rebasa o traspasa a menudo el área estrictamente procesal, para penetrar en el campo administrativo: véase mi reseña del libro de LINARES mencionado en la nota anterior, en "Rev. Der. Proc." argentina, 1945, II, pp. 79-80. Las garantías del enjuiciamiento se hallan consagradas en las Declaraciones de Derechos del Hombre, tanto en la Americana como en la Universal, ambas de 1948. Acerca de la cuestión, cfr., verbigracia, CONSO, *I diritti dell'uomo e il processo penale*, en "Riv. Dir. Proc.", 1968, pp. 307-27, y con mayor amplitud y más indicaciones bibliográficas, ALCALÁ-ZAMORA, *La protección procesal internacional de*

11) b') *Sinonimia procesal entre "liberal" y "dispositivo", por un lado, y "autoritario" e "inquisitivo", por otro.* A tenor de ella, el proceso dominado por la iniciativa de las partes y el juego del contradictorio sería *liberal*,<sup>69</sup> mientras que aquel en que al juzgador se le confiere amplia "facultad de vigilancia y ordenación", según la recordada expresión de Couture (*supra*, núm 3), sería *autoritario*. No vamos a discutir aquí, porque nos desviaría de nuestra ruta y porque, además, se trata de extremo magistralmente analizado por Carnacini en su ensayo *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*,<sup>70</sup> si *Dispositionsmaxime* y *Verhandlungsmaxime* son dos principios distintos o uno solo. Para nuestro propósito, basta con fijarnos en el titular de ellos (suponiendo que sean dos y no uno), es decir, en las partes, y en diferenciar la *disponibilidad* respecto del *litigio* y la *dispositividad* en cuanto al *processo*.<sup>71</sup> El segundo aspecto requiere,

*los derechos humanos* (cursillo de diez lecciones sustentado los días 17-21 y 24-28 de febrero de 1969 en el "Seminario Internacional de Derechos Humanos", conjuntamente organizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos y por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México), pendiente de publicación.

<sup>69</sup> Cfr. LIEBMAN, *Fundamento del principio dispositivo*, en "Riv. Dir. Proc.", 1960, pp. 551-65. En contra de GUASP, para quien el principio en cuestión no sería sino "una arcaica reminiscencia de ordenamientos primitivos" (véase su *Derecho Procesal Civil* —Madrid, 1956—, p. 340), LIEBMAN destaca su "significado liberal", como freno contra la introducción en el proceso de "una tendencia paternalística" que, según él, no debe fomentarse (*ob. cit.*, p. 564). Véase también CAPPELLETTI, *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato* (en "Processo e ideologie", cit., pp. 169-251); "I. Il principio dispositivo e le sue principali manifestazioni", pp. 169-92; así como con anterioridad, NIESE, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen: Ein Beitrag zur allgemeinen Prozessrechtslehre* (Göttingen, 1950), pp. 16-21.

<sup>70</sup> En "Scritti Redenti", cit., vol. II, pp. 693-772; traducción en "Rev. Fac. Der. Méx.", cit., núm. 12, octubre-diciembre de 1953, pp. 97-182; reseña mía del sobretiro italiano (Milano, 1950), en *rev. cit.*, núm. 8, octubre-diciembre de 1952, pp. 216-8.

<sup>71</sup> Aun cuando *dispositividad* sea un neologismo, prefiero valerme de él, para reflejar su directa derivación del verbo *disponer* y su también entronque inmediato con el sustantivo *disposición*, los cuales operan asimismo respecto del principio de *disponibilidad*. Dicho de otro modo: ambas máximas giran alrededor de la facultad de *disponer* que a las partes se confiere, y la diferencia hay que establecerla en atención a su objeto, o sea al contraste entre litigio y proceso. Y esa esencial nota común se esfuma cuando en la denominación de una de ellas se elimina la idea de *disponer* o de *disposición*, para reemplazarla por otra: así, por CARNACINI, cuando acoge la terminología alemana y enfrenta *Dispositionsmaxime* y *Verhandlungsmaxime* (cfr. *Tutela giurisdizionale*, cit., núm. 6, *passim*), y por PRIETO-CASTRO, cuando distingue, aunque no con la necesaria nitidez, el principio *dispositivo*, por un lado, y el de *controversia* o *controversial*, por otro (cfr. *Principios políticos*, cit., pp. 221-5), con olvido, además, de que *controversiar* (sinónimo de *discutir*) no expresa, en manera alguna, la idea de *disponer*, que es sobre la que ha de cargarse el acento en las dos direcciones. En definitiva, *dispositividad* y *disponibilidad* se relacionarían íntimamente con los dos que, a mi entender, constituyen los elementos objetivos de la acción, es decir, la *instancia* y la *pretensión*: véase mi

a su vez, tomar en consideración dos factores: a) los tipos de proceso<sup>72</sup> imaginables en atención a las atribuciones de los sujetos principales en ellos, y b) la muy diversa intensidad con que la disponibilidad respecto del litigio opera en el ámbito del proceso civil y en el cuadro del enjuiciamiento criminal.

12) En orden al primero de esos puntos, y sin que, dada la escasa distancia entre los correspondientes trabajos haya mediado influjo alguno de un autor sobre el otro, Allorio en 1955 y yo en 1954<sup>73</sup> establecimos dos clasificaciones cuaternarias de procesos, coincidentes en tres de sus miembros, aun siendo distinto en uno y otro el punto de partida. La divergencia entre *derechos* y *estados* y el deslinde entre contenido *subjetivo* y *objetivo* del accertamiento<sup>74</sup> judicial, llevaron a Allorio a acoger cuatro tipos de proceso: A) de contenido *subjetivo*: 1) sobre *derechos* (posiciones *disponibles*), y 2) sobre *estados* (posiciones *indisponibles*), y B) de contenido *objetivo* (sobre el *deber jurisdiccional*): 1) proceso *penal*, y 2) proceso de *interdicción*. Por mi parte, he señalado asimismo cuatro

citada reseña de CARNACINI (*supra*, nota 70), p. 217, en relación con mis *Enseñanzas acerca de la acción*, cit., núms. 23-25 y 28-31.

<sup>72</sup> "...cuando hablamos de tipos de proceso, no nos referimos a *diferencias secundarias de forma* (diversa duración de un plazo, sustitución del emplazamiento por una citación, desarrollo oral o escrito del debate, etcétera), sino a *divergencias esenciales en la estructura, en la finalidad o en el contenido*. Es decir, que lejos de confundir, contraponemos *tipos de proceso y formas de procedimiento*, hasta el punto de que éste podría ser el mismo o muy semejante respecto de procesos de muy distinta índole, y viceversa, a un mismo tipo procesal desenvolverse conforme a procedimientos diversos": ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, cit., p. 127 (2ª ed., p. 174).

<sup>73</sup> Véase de ALLORIO su artículo *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, en "Jus", 1955 (pp. 154-204), pp. 188-90. Constituye la segunda parte del titulado *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, en "Rivista di Diritto Civile", 1955, pp. 247-90. Los dos trabajos reunidos integran el volumen *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale* (Milano, 1957), traducido al castellano (Buenos Aires, 1958; cfr. pp. 184-8). Reseña mía de ambos estudios, en "Boletín Bibliográfico de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público", de México, núm. 104, 1º de marzo de 1957. En cuanto a mi posición, hállese expuesta en el artículo citado en la nota 38, 1954, I, pp. 310-1, nota 48.

<sup>74</sup> Acerca de las razones para traducir "*accertamento*" por *acertamiento*, véase mi *Adición a los números 45 y 46 del Sistema de Carnelutti*, en el citado tomo I de la traducción de dicha obra, p. 181. SENTÍS MELENDO, por su parte, ha hablado de "declaración de simple o de mera certeza": véanse sus reseñas del tomo I del *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial* (1ª ed., Buenos Aires, 1941), de ALSINA, en "Mundo Forense" de 7 de noviembre de 1941 y en "Jurisprudencia Argentina" de 3 de diciembre de 1941, así como su artículo *La ciencia procesal argentina: Manifestaciones actuales*, en "Rev. Der. Proc." argentina cit., 1943, II (pp. 22-56), p. 55. Su punto de vista es compartido por LORETO, *La sentencia de "declaración de simple o de mera certeza"* (en "Estudios Alsina", cit., —pp. 409-38—, pp. 413-8, y después en los "Estudios de Derecho Procesal Civil" del autor —Caracas, 1956; pp. 133-61—, pp. 135-41). Sin embargo, como traductor de ALLORIO, SENTÍS se olvida de sí mismo y traslada *accertamento* por *declaración* (véase *supra*, nota 73).

clases de procesos, a saber: dos en el campo civil (*dispositivo e inquisitorio*) y otras dos en la esfera *penal* (por *delitos públicos* y por *delitos privados*, esta última en países, como España y varias naciones hispanoamericanas,<sup>75</sup> donde rige para su persecución la querrela máxima del ofendido), con la particularidad de que el segundo y el cuarto de la serie significan el enlace y el tránsito hacia los otros dos. En otras palabras: mientras el civil inquisitorio, como ha mostrado Calamandrei en su fundamental estudio acerca de él,<sup>76</sup> integra un proceso civil impregnado de características penales, el relativo a delitos privados, como en el punto 14 mostraremos, constituye un proceso punitivo saturado de rasgos civilistas. Según es fácil comprobar, nuestra clasificación coincide en tres de sus miembros con la de Allorio, puesto que su proceso sobre estados concuerda con el inquisitorio nuestro; y en cuanto al penal, sólo se ha imaginado una perspectiva, en consonancia con el código de su patria, donde únicamente tiene cabida la querrela mínima<sup>77</sup> y en que el ministerio público monopoliza el ejercicio de la acción penal.<sup>78</sup> En cuanto a los procesos de interdicción, estimamos, rechazada la figura intermedia del *proceso sin litigio* (que, por lo menos, dos de sus propugnadores de antaño —Carnelutti y Couture— acabaron dejando que navegase a la deriva, sin que tampoco Di Serego se haya vuelto a acordar de ella),<sup>79</sup> que, o son contenciosos, y entonces se reabsorberían en el inquisitorio,

<sup>75</sup> Por ejemplo: *Argentina*, código para la capital y federal de 1888, arts. 591-6; idem de la provincia de *Córdoba* de 1939, arts. 441-59; *Chile*, código de 1906, arts. 571-88; *El Salvador*, código de 1882, arts. 360-6; *Honduras*, código de 1906, arts. 1291-9; *Panamá*, código de 1916, art. 2004; *Perú*, código de 1939, arts. 302-13; *Venezuela*, código de 1926, arts. 105 y 414.

<sup>76</sup> *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, en “Studi di diritto procesuale, in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento” (Padova, 1927), pp. 131-77, y después en sus “Studi”, cit., vol. II, pp. 321-58. Traducción, en “Estudios Proc. Civ.”, cit., pp. 225-61.

<sup>77</sup> Véanse los artículos 1 y 9-14 del código de procedimiento penal, en relación con los 120-6 del código penal, ambos de 1930. Sobre la distinción entre querrela *máxima* y *mínima*, *infra*, nota 88.

<sup>78</sup> Cfr. art. 74, en relación con el 1, del código proc. pen. italiano, con la salvedad concerniente al pretor, quien respecto de los delitos de su competencia desempeña el doble papel de acusador y de juzgador: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas*, en “Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei”, vol. II (Padova, 1958; pp. 1-78), p. 14, nota 44.

<sup>79</sup> Acerca de la cambiante actitud de CARNELUTTI frente al *proceso sin litigio* —considerado por mí como “un absurdo y suicida torpedo” dirigido contra “el cimiento de su construcción procesal” (cfr. *Proceso, autocomposición*, cit., p. 135; 2ª ed., p. 144)—, desde las *Lezioni dir. proc. civ.*, en que surge (núm. 89), hasta las *Istituzioni*, en que ni se le menciona, véase mi artículo *Concepciones menores naturaleza proceso*, cit., pp. 227-8. En cuanto a COUTURE, alza sobre dicho concepto su libro *El divorcio por voluntad de la mujer: Su régimen procesal* (Montevideo, 1931); pero cuando años después compone su proyecto de código procesal civil (*supra*, nota 12), no se acuerda para nada de él, y la “declaratoria de incapacidad”, que sería su prototipo, la incluye en la jurisdicción voluntaria (parte I, libro V, título III, arts. 309-21). Finalmente, Dr Se-

o no lo son, y en tal caso pertenecerían a la jurisdicción voluntaria, es decir, no serían procesos, de acuerdo, justamente, con la opinión de Allorio.<sup>80</sup> Mostradas las coincidencias esenciales entre la clasificación de Allorio y la mía, es evidente que en aquél solo el número 1º, o sea el proceso sobre derechos disponibles, podría ser catalogado como liberal a tenor del criterio que venimos examinando, mientras que según mi punto de vista lo sería también el penal por delitos privados, quedando, claro está, los otros dos tipos suyos y míos bajo el signo, ya que no de un proceso ciento por ciento autoritario, sí, desde luego, de uno con menos libertad de movimientos para los contendientes.

13) En principio, el enjuiciamiento civil brinda mayores oportunidades que el penal a la iniciativa de las partes, tanto desde el ángulo de la *disponibilidad* respecto del *litigio*, como de la *dispositividad* en cuanto al *proceso* (*supra*, núm. 11), hasta el extremo de hablarse de *facultatividad* del primero y de *necesidad* o *ineludibilidad* del segundo.<sup>81</sup> Pero esa divergencia dista mucho de ser absoluta, y en sus dos sentidos brotan las excepciones. En efecto, el proceso civil inquisitorio versa sobre estados indisponibles, conforme a la tesis de Allorio (*supra*, núm. 12), y, por el contrario, en materia penal, como pasamos a señalar, existen ordenamientos donde la disponibilidad sobre la cuestión debatida reviste manifestaciones muy variadas.

14) Venimos hablando desde el número 11 de *disponibilidad* respecto del *litigio* y de *dispositividad* en cuanto al *proceso*. La primera es más propia, desde luego, del proceso civil y cristaliza a través de las distintas modalidades de *autocomposición*, tanto *unilateral* (desistimiento y allanamiento) como *bilateral* (transacción), amén de otras de contornos más imprecisos o que pueden reabsorberse en alguna de las tres mencionadas.<sup>82</sup> El proceso penal, en cambio, exceptuado el

REGO, a quien CARNELUTTI ensalzó en el prólogo que puso a su libro *Il processo senza lite* (Padova, 1930), acaso desanimado por la despiadada reseña que el propio CARNELUTTI hizo tiempo después de su obra *La sentenza inesistente* (Verona, 1938), en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1938, I, p. 345, parece haber abandonado el cultivo de nuestra disciplina.

<sup>80</sup> Véase la nota 41 *bis* del primero de los artículos suyos mencionados en la nota 73 (con ella se corresponde la nota 130 de la traducción castellana). Desde "La divergencia entre *derecho y estados*", hasta la llamada de la presente nota, este número 12 proviene de la reseña mía citada en la referida nota 73 (letra *b* y nota 2 de la misma).

<sup>81</sup> Acerca de la cuestión, véase ALCALÁ-ZAMORA, *La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal*, ponencia sobre el tema para las "IV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal" (Caracas, 27-III-3-IV-1967), en "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", número 1 de 1968 (pp. 9-91), pp. 19-20 (núm. 15).

<sup>82</sup> Como es sabido, el término *autocomposición* se debe a CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 55. Para el estudio de las tres manifestaciones autocompositivas definidas, cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, *cit.*, núms. 55-8, y ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición, cit.*, núms. 47-52, así como núms. 53-60 por lo que toca a las figuras afines y dudosas. En cuanto

perdón del ofendido dentro de los restringidos límites en que se le reconoce eficacia,<sup>83</sup> parece ofrecer en la actualidad<sup>84</sup> escaso margen para soluciones auto-compositivas. Al menos, así ocurre en los códigos, a manera del italiano o de los mexicanos, entre otros,<sup>85</sup> con régimen, como dijimos (*supra*, núm. 12), de querrela mínima, o sea reducida a mera condición de procedibilidad, y de monopolio acusador en manos del ministerio público. Pero al lado de ellos tenemos enjuiciamientos, cual el inglés, en que el reo puede reconocerse culpable al abrirse la audiencia ante el pequeño jurado o de sentencia, con el resultado de extinguir el proceso y de satisfacer a la par la exigencia punitiva.<sup>86</sup> Desde la vertiente contraria, en los textos que acogen en su plenitud el principio acusatorio (*nemo iudex sine actore*), la falta o la retirada de la acusación desemboca en una decisión absolutoria.<sup>87</sup> En España y en algunos países hispanoamericanos

a la *transacción procesal*, que a diferencia de la de fondo o substantiva, sería expresión de *dispositividad* y no de *disponibilidad*, véase POHLE, *Sobre la terminación del proceso civil por medio de la transacción*, en "Revista de Derecho Privado", Madrid, enero de 1954, pp. 1-19.

<sup>83</sup> Véanse, verbigracia, los artículos 112 del código penal español de 1963, 152-6 del italiano de 1930 y 93 y 276 del mexicano de 1931, a la vez distrital y federal.

<sup>84</sup> Es decir, abstracción hecha, como recuerdo histórico, de la *composición pecuniaria*, que a su vez representó un progreso respecto de la *venganza de la sangre*. Sin embargo, en ordenamientos vigentes, como el chileno (art. 30 cód. proc. pen.) o el peruano (arts. 306 y 308), entre otros, se habla "todavía de transacción en causas penales, sin percatarse de que sea público o privado el delito perseguido, el acusado *no dispone*... de ninguno de los *dos* derechos fundamentales que entran en juego en el proceso criminal, a saber: el derecho de penar, que corresponde al juzgador como representante del Estado, y el derecho de acusar, que como su nombre revela, compete al acusador y se dirige contra el acusado. Por consiguiente, lo único posible en esa supuesta transacción (se sobreentiende, que respecto de delitos privados, ya que no es imaginable, y resultaría depresivo, una referente a delitos públicos, en que participase el ministerio fiscal), es renuncia (desistimiento) de la parte actora, sin que el legislador deba reconocer, sino prohibirlas y negarles eficacia jurídica, las turbias componendas que en ocasiones suelen determinar la actitud de aquél": ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, cit., p. 83 (2ª ed., p. 90), en relación con *La reforma en el Perú*, cit., pp. 332-3.

<sup>85</sup> Acerca del italiano, véase *supra*, nota 77; en cuanto a México, país con una treintena de códigos procesales penales, véanse los artículos 2, 9, 262-4 y 275-6 del de 1931 para el Distrito y Territorios Federales y los artículos 1, 2, 113-5, 118-9, 136 y 141 del Federal de 1934.

<sup>86</sup> Aludimos a la institución del *plea guilty*: cfr. GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos*, cit., núms. 25-c y 34, y ALCALÁ-ZAMORA, *El juicio penal truncado del derecho hispano-cubano*, en "Ensayos" cit. (pp. 411-500), pp. 413-4, o como volumen independiente y título cambiado, *El allanamiento en el proceso penal* (Buenos Aires, 1962), pp. 27-30. A los efectos oportunos, téngase en cuenta que el Gran Jurado, o de acusación, fue suprimido en Inglaterra en 1933 (subsiste, en cambio, en Estados Unidos): cfr. PASTOR LÓPEZ, *El proceso penal inglés*, cit., pp. 86-7.

<sup>87</sup> Bajo la forma de sentencia o de mero auto de sobreseimiento libre, como en el caso del artículo 69 de la ley del jurado española de 1888 (en suspenso desde 1936): cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Dev. proc. pen.*, cit., tomo III, pp. 212-4, y *Ministerio Público y Abo-*

hallamos, además, una serie de interesantísimas figuras, que alteran por completo el escueto panorama del derecho italiano: en primer lugar, la pálida querrela *mínima* está en ellos reemplazada por una vigorosa querrela *máxima*, que permite al querellante intervenir durante la instrucción y constituirse después en parte acusadora durante el plenario;<sup>88</sup> en segundo término, *junto* al ministerio fiscal y en igualdad de plano (no como subordinado o coadyuvante)<sup>89</sup> tenemos, respecto de delitos públicos, al acusador particular, y *en lugar* de aquél, al acusador privado en orden a los delitos contra la honestidad o el honor, sin contar con la acción popular, ejercitable por cualquier ciudadano, de uso poco frecuente e incluso peligroso;<sup>90</sup> y los tres (particular, privado y popular) moviéndose a impulso de intereses muy distintos de los deberes funcionales inherentes al acusador oficial. Tratándose de delitos de gravedad intermedia, puede producirse el allanamiento.<sup>91</sup> Finalmente, en la zona colindante representada por el derecho procesal penal administrativo, y ello no sólo en España y en los países hispanoamericanos, tropezamos con una curiosa medalla, con anverso dispositivo-liberal, la oblación voluntaria, y con reverso inquisitivo-autoritario, la condonación total o parcial de la sanción pecuniaria imponible.<sup>92</sup>

15) La inmensa mayoría de las normas procesales son *absolutas* o *imperati-gacia del Estado*, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 40, enero-abril de 1961 (pp. 37-64), pp. 47-48.

<sup>88</sup> La distinción entre querrela *máxima* y querrela *mínima*, por mí establecida en *Der. proc. pen., cit.*, tomo II, pp. 329-30, es acogida por CAMAÑO ROSA, en *La instancia del ofendido* (Montevideo, 1947), p. 81. La querrela máxima no se reduce, pues, a una mera condición de procedibilidad, que haya de removerse por el legitimado para ello, a fin de que el ministerio público pueda actuar: véase al respecto, VÉLEZ MARICONDE, *Acción penal dependiente de instancia privada*, en "Rev. Iber. Der. Proc.", 1964, pp. 745-77, y en "Estudios procesales en memoria de Carlos Viada" (Madrid, 1965), pp. 359-91. Agreguemos que frente al monopolio acusador del ministerio público están ya reaccionando los propios países comunistas, en el sentido de autorizar el funcionamiento más o menos amplio de acusaciones no estatales: respecto de Yugoslavia, véase KUKAVICA, *The substance of the amendments and supplements to the code of criminal procedure*, en "The New Yugoslav Law", enero-junio de 1960, pp. 8-12, y en cuanto a la Unión Soviética, HERCE QUEMADA, *Principios fundamentales del proceso penal soviético*, en "Rev. Der. Proc." española, abril-junio de 1966, (pp. 113-26), pp. 117-8. Recordemos también, pese a su fecha, la clásica monografía de ROSENFELD, *Die Nebenklage des Reichsstrafprozesses. Ein Beitrag zur Lehre von den Rechten des Verletzten im Strafverfahren* (Berlín, 1900).

<sup>89</sup> Conforme a la posición que ocupa en México (cfr. art. 9 cód. proc. pen. distrital), hasta el extremo de haberse dicho de él que "una torpe y viciosa práctica judicial lo considera como un *nadie*" (cfr. FRANCO SODI, *Código de procedimientos penales para el Distrito Federal, comentado* —México, 1946—, p. 16).

<sup>90</sup> Véase el artículo 101 de la ley de enjuiciamiento criminal española. Y acerca del mismo, mi *Der. proc. pen., cit.*, tomo II, pp. 77-8, y mi dictamen *¿Puede darse una pluralidad de acusaciones penales populares?* (de próxima publicación).

<sup>91</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Juicio penal truncado o Allanamiento penal, cit.*, núm. 40-53.

<sup>92</sup> Más datos, en la nota 116 de mi ponencia sobre *La teoría general del proceso*, cit.

vas, sin perjuicio de que en los códigos correspondientes queden resquicios para algunas *relativas* o *dispositivas*, objeto de uno de los más penetrantes artículos de Bülow.<sup>93</sup> Estas últimas, que pueden ser *unilaterales*, cuando la opción entre dos o más alternativas se encomiende a una sola de las partes,<sup>94</sup> o *bilaterales*, cuando se requiera el concierto, así sea tácito, de ambas,<sup>95</sup> son también más frecuentes en el proceso civil que en el penal, pero sin ser desconocidas en éste.<sup>96</sup> En todo caso, la *dispositividad sobre el proceso*, que de ellas fluye, oscila entre límites muy alejados. Así, dentro del derecho mexicano, y pese a la tesis contraria de autores como los alemanes Sartorius y Bolgiano,<sup>97</sup> subsiste el *procedimiento convencional*, no ya ante árbitros, sino también ante jueces públicos respecto de litigios mercantiles, que son de índole nacional y se acomodan al código de comercio, e igualmente en alguna entidad federativa a propósito de los civiles en estricto sentido.<sup>98</sup> Y si bien en la práctica se acude a él raras veces,<sup>99</sup> mientras

<sup>93</sup> El titulado *Dispositives Civilprozessrecht un die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, en "Archiv für die Civilistische Praxis", tomo 64 (Freiburg i.B.—Tübingen, 1861), especialmente pp. 1, 2, 8, 15, 16, 44, 99 y 100.

<sup>94</sup> Como en el caso típico de elección entre inhibitoria y declinatoria para promover las cuestiones competenciales (cfr., verbigracia, los artículos 72 de la ley de enjuiciamiento civil y 26 de la de enjuiciamiento criminal en España o los 163 del código procesal civil y 450 del procesal penal del Distrito Federal en México). Más ejemplos, en mi comunicación *El papel del juez*, cit., pp. 58-60.

<sup>95</sup> Mediante los llamados *convenios procesales*, como la prorrogación de competencia (cfr., verbigracia, los artículos 56-8 ley enjto. civ. española, 151-3 cód. proc. civ. D. F. en México o 28-9 cód. proc. civ. italiano), el compromiso para someter un litigio a arbitraje (cfr. arts. 2, 3, 5-9 y 12 de la ley española de 22 de diciembre de 1953 sobre arbitrajes de derecho privado; arts. 220 y 609-17 cód. proc. civ. D. F. u 806-8 cód. proc. civ. italiano), la suspensión concordada del procedimiento (cfr. art. 57 de la "Instrucción" del MARQUÉS DE GERONA —*supra*, nota 56— y art. 1º del real decreto del 2 de abril de 1924, ambos en España, o art. 296 cód. proc. civ. en Italia; en contra, art. 305 cód. proc. civ. mexicano del D. F., que prohíbe la suspensión de los plazos probatorios "ni aun por consentimiento común de los interesados"), el nombramiento acorde de peritos o de árbitros (cfr. art. 614 ley enjto. civ. y 1-2 ley de arbitraje, en España, o 347, 616, 618 y 622 cód. proc. civ. D. F.). Más datos, en *El papel del juez*, cit., pp. 60-1.

<sup>96</sup> Como ejemplos de normas procesales penales dispositivas citaremos, además de la referente a la elección entre inhibitoria y declinatoria (*supra*, nota 94), las contenidas en los siguientes artículos de la ley de enjuiciamiento criminal española: 601 (opción entre enajenación o conservación de los bienes embargados), 605 (*idem* entre administrar por sí mismo o mediante otra persona las sementeras, plantíos, etcétera, embargados), 655 y 689 y ss. (*idem* entre juicio truncado —*supra*, notas 86 y 91— y juicio completo), etcétera.

<sup>97</sup> El primero, en el artículo *Die Erzeugung und Bedeutung des Gewohnheitsrechts im Civilprocesse*, en "Archiv für die Civilistische Praxis", tomo 27 (Heidelberg, 1844), pp. 86-7, y el segundo, en su *Handbuch des Reichs-Civil-Prozessrechts auf rationalen Grundlagen, mit vergleichender Darstellung des gemeinen deutschen Civilprozesses, für Studierende und zum Gebrauch in der Praxis. Allgemeiner Theil* (Stuttgart, 1879), p. 18.

<sup>98</sup> Véanse los artículos 1051-4 del código de comercio de 1889 y los 1028-42 del código procesal civil de Michoacán de 1936. Para su estudio, ALCALÁ-ZAMORA, *Examen del en-*

no se le derogue constituirá la máxima expresión de dispositividad sobre el desarrollo del proceso, puesto que las partes sólo han de respetar unas bases legales sobremanera elásticas.<sup>100</sup> En el extremo opuesto, siempre en México, recordaremos el artículo 55 del código procesal civil del Distrito y Territorios Federales, al proclamar de modo categórico el *principio de formalismo*, quedando a salvo, por un lado, unas cuantas normas dispositivas y, por otro, la libertad de forma (aun cuando no absoluta) para los procesos tramitados ante la justicia de paz.<sup>101</sup>

16) Ahora bien: ¿hasta dónde puede o debe llegar la iniciativa de las partes en la conducción del proceso? Si no se le marcan cortapisas, ¿no se corre el riesgo de confundir la libertad con la anarquía? Porque si un proceso fuese tanto más liberal cuanto mayor sea el dominio de las partes o de una de ellas sobre su marcha, y menores correlativamente los poderes del juez, la sorprendente conclusión sería la de que los procesos más liberales de la historia habrían sido la primitiva *manus iniectio*, sobre todo cuando permitía a los acreedores el desuartizamiento inclusive del deudor;<sup>102</sup> el duelo judicial de los germanos, con

*juiciamiento mercantil mexicano, y conveniencia de reabsorción por el civil*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 7, julio-septiembre de 1952 (pp. 19-93), pp. 72-5, y *Síntesis de Derecho Procesal (Civil, Mercantil y Penal)* (México, 1966), pp. 160-1. Puesto que en el texto hablamos de árbitros, diremos que la *exclusión* del arbitraje en códigos procesales civiles, como los mexicanos de Guanajuato y de la Federación (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *La ejecución de las sentencias arbitrales en México*, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 32, mayo-agosto de 1958 —pp. 45-64—; p. 48), habríamos de colocarla bajo el signo del proceso *autoritario* y, por el contrario, la *aceptación* del proceso ante jueces privados, como una manifestación de proceso *liberal*.

<sup>99</sup> Y aun en ellas, cabe que se acuda a la *estructura* de un proceso preestablecido por el legislador, pero asignándole *función* distinta: se emplea, verbigracia, el procedimiento (sumario) del juicio *ejecutivo* mercantil (arts. 1391-414 cód. com. mexicano de 1889), pero con finalidad *declarativa*, para eludir las lentitudes del proceso ordinario: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Informe acerca de diferentes cuestiones procesales, principalmente probatorias, con motivo de un arbitraje mercantil*, en "Estudios de Derecho Probatorio" (Concepción, Chile, 1965; pp. 127-81), pp. 151-6. En cuanto al contraste entre *estructura* y *función*, es peculiar del *Sistema* de CARNELUTTI (cfr. núms. 38, 117, 409, 441, *passim*).

<sup>100</sup> Véase el artículo 1052 del código de comercio de 1889. El juicio convencional puede desenvolverse tanto ante juez público como ante árbitro (cfr. art. 1053, frac. IX, cód. cit.); y en esta segunda hipótesis, las partes escogen lo mismo el juzgador que el procedimiento.

<sup>101</sup> Según proclama el artículo 41 del título especial sobre justicia de paz incluido al final del código procesal de 1932 para el Distrito. Acerca de su alcance, véanse las consideraciones que respecto de su concordante el 912 chihuahuense hago en *Examen crítico del código de procedimientos civiles de Chihuahua (Comparado con el del Distrito y Territorios Federales)* (Chihuahua, 1959), p. 194. Téngase también en cuenta el 619 cód. proc. civ. distrital, en materia de arbitraje.

<sup>102</sup> Cfr., por ejemplo, WENGER, *Institutionen des Römischen Zivilprozessrechts* (München, 1925), pp. 213-5. Véase también MOMMSEN, *Historia de Roma*, tomo I, libro I, capítulo IX (p. 180 del volumen I en la colección "Biblioteca Premios Nobel" —Madrid, 1957—), en relación con la libra de carne exigida por Shylock a Antonio en *El mercader de Venecia*.

un juez más cercano al árbitro de una competición deportiva que a un verdadero juzgador,<sup>103</sup> o la ejecución de la pena en los casos en que se encomendaba, asimismo en textos germánicos, al ofendido o a los suyos.<sup>104</sup> Entonces, en bien del proceso liberal hay que eliminar en él los desbordamientos y extravíos dispositivos. A título de ejemplos, referidos ahora no al pasado sino al presente, mencionaremos unos cuantos: a) el susodicho *procedimiento convencional* (*supra*, núm. 15), que responde a una concepción privatista del proceso y que de haber prevalecido en la práctica, habría provocado el caos en los tribunales de justicia;<sup>105</sup> b) el *acuse de rebeldía*, en virtud del cual no basta con que haya transcurrido el plazo adscrito a la realización de un acto procesal, sin llevarlo a cabo, para que automáticamente se produzca la preclusión, sino que ha de esperarse a que lo solicite la parte contraria;<sup>106</sup> c) la *prorrogación de competencia*, la excepcionalísima de *jurisdicción*<sup>107</sup> y el *reemplazo del proceso público por el arbitraje*,<sup>108</sup> cuando lejos de ser fruto de un verdadero y libre convenio entre las partes, vengan impuestos por el litigante fuerte al débil, a través casi siempre de contratos de adhesión, que entrañan a menudo perturbadoras alteraciones de fuero;<sup>109</sup> d) acaso también la *inhibitoria*, al hacer intervenir a juez

<sup>103</sup> Es decir, llamada a velar por la observancia de las reglas correspondientes, pero que no decide la contienda, cuya suerte queda librada al esfuerzo y a la habilidad de los competidores (*infra*, núm. 18).

<sup>104</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Instituciones Fuero Cuenca*, cit., núm. 107, pp. 360-3.

<sup>105</sup> "...y la locura en los funcionarios judiciales, que en vez de atenerse a un solo código procesal (el oficial de la jurisdicción respectiva: federal o local), habrían tenido que guiarse, o extraviarse, por una serie de enjuiciamientos distintos (en principio, tantos como parejas de litigantes hubiesen sentido la malhadada ocurrencia de pactar su procedimiento conforme a las bases del 1052, que tanto margen dejan a la iniciativa, o a la fantasía, de las partes y de sus abogados)": ALCALÁ-ZAMORA, *Enjuiciamiento mercantil mexicano*, cit., p. 74.

<sup>106</sup> Y menos mal que ha desaparecido el triple acuse de rebeldía, subsistente en España hasta bien entrado el siglo XIX: cfr. GÓMEZ y NEGRO, *Elementos de Práctica Forense, precedidos de un discurso académico, como preliminar y plan de la obra, sobre el arte de litigar, etcétera.* (Valladolid, 1825), pp. 59-60. Como indicamos en la nota 61, el artículo 133 cód. proc. civ. D. F., pese a consagrar la preclusión, no ha eliminado del todo el acuse de rebeldía, que subsiste en algunos casos: véase mi citada *Síntesis*, p. 294, nota 241. Como expresión de dispositividad en cuanto al proceso, mencionaremos todavía, dentro de la división de los plazos en *legales, judiciales y convencionales*, los del tercer sector (es decir, los pactados por las partes), aun siendo escasos (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *La regulación temporal de los actos procesales en el código de 1932 para el Distrito Federal*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núms. 66-67, abril-septiembre de 1967 —pp. 355-97—, pp. 357 y 378-9, notas 14-17), y, en cierto modo, la prórroga de cualquiera de ellos, en la medida en que los códigos procesales facultan a los litigantes para pedirla (cfr., por ejemplo, los arts. 306 y 307 de la ley de enjuiciamiento civil española de 1881).

<sup>107</sup> Véase art. 2 cód. proc. civ. italiano.

<sup>108</sup> Véase *supra*, nota 95.

<sup>109</sup> Singularmente, cuando la contienda verse sobre inmuebles y sea indispensable realizar sobre ellos determinadas diligencias (deslinde; apreciación de daños causados por

distinto del que esté conociendo del asunto, aunque a su favor exista —al menos, en España— la preferencia acentuadísima de los promotores de cuestiones competenciales, frente a su rival la declinatoria;<sup>110</sup> e) la aducción de los *defectos legales de la demanda* como excepción dilatoria de previo pronunciamiento a esgrimir por el demandado, en lugar de facultar al juez para llamar acerca de ellos la atención del actor;<sup>111</sup> f) la *caducidad de la instancia*, cuando se establezcan lapsos desaforados para su cómputo,<sup>112</sup> como si el servicio judicial tuviese por qué soportar la prolongada inactividad de ambas partes, es decir, exorbitantes *entre actos procesales*;<sup>113</sup> g) la descarada *negativa a reconocer la*

incendios, inundaciones, etcétera, con vistas al cobro de seguros; etcétera): la expedición de exhorto, a cumplimentar por el juez requerido, atenta contra el principio de inmediatividad; y el desplazamiento del juez que conozca del asunto al lugar donde se encuentre el inmueble (suponiendo superada su falta de jurisdicción para actuar en demarcación distinta de la suya), perturbaría y encarecería el procedimiento. Sobre el concepto de “fuero” en relación con la competencia territorial, que es la prorrogable, véase LORETO, *Errores de interpretación en la teoría de la competencia territorial* (sobre-tiro de “Revista de Derecho y Legislación” —Caracas, 1947; 32 pp.—, y luego en sus citados “Estudios”, pp. 39-63), núm. 9. En cuanto a las formas de prorrogación imaginables (causa a causa, lugar a lugar —que es a la que acabamos de referirnos—, tiempo a tiempo, cantidad a cantidad, grado a grado y persona a persona), cfr. DE VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva ley de enjuiciamiento, con sus correspondientes formularios*, tomo I (Madrid, 1856), pp. 257-79.

<sup>110</sup> Pese a esa tendencia manifiesta, la base 12 del anteproyecto español de código procesal civil de 1966 la suprime, aun cuando en forma un tanto evasiva, que, sin embargo, no ha logrado engañar a nadie y menos todavía a los abogados, enérgicamente opuestos al propósito de eliminarla: cfr. Ministerio de Justicia, *Cuadernos Informativos, N° 1* (marzo 1966): *Anteproyecto de bases para el código procesal civil* (base 12), y N° 3-a (mayo 1967): *Estudios y observaciones sobre el anteproyecto de bases para el código procesal civil*, pp. 75-7.

<sup>111</sup> Artículo 533, núm. 6, de la ley de enjuiciamiento civil española. En su lugar, debería pensarse en soluciones como la de la *audiencia preliminar* del derecho austriaco (cfr. §§ 239-42 de la “Zivilprozessordnung” de 1895; véase también los arts. 243-9 cód. proc. civ. Vaticano de 1946), la del *despacho saneador* de los códigos portugués (arts. 514 del de 1939 o 510 del de 1961) y brasileño (arts. 293-6 del de 1939) o la del artículo 257 cód. proc. civ. mexicano del Distrito (prevención del juez al actor para que aclare, corrija o complete la demanda oscura o irregular). Para el estudio del despacho saneador, véanse BUZARD, *Do despacho saneador*, en “Revista de Direito Processual Civil” (Brasil), enero-junio, pp. 45-58, y julio-diciembre de 1960, pp. 82-90; LACERDA, *Despacho saneador* (Porto Alegre, 1953), o BRISEÑO SIERRA, *El despacho saneador, cuestiones previas y condiciones procesales*, en “Rev. Fac. Der. Méx.”, núm. 48, octubre-diciembre de 1962, pp. 603-37.

<sup>112</sup> Como sucede en el artículo 411 de la ley de enjuiciamiento civil española, que requiere, para declararla, cuatro años en primera instancia, dos en apelación y uno en casación.

<sup>113</sup> Acerca del trasplante de este vocablo desde los dominios teatrales al terreno procesal, véase ALCALÁ-ZAMORA, *La regulación temporal de los actos procesales*, cit., pp. 369-70 y 389-91 (notas 98-108).

*firma puesta en un título ejecutivo*, con la consecuencia de impedir así el juicio sumario establecido con tal objeto y de que el acreedor tenga que acudir a la lenta y costosa tramitación ordinaria;<sup>114</sup> h) en la esfera de la justicia punitiva, el efecto extintivo, a la vez procesal y en cuanto al fondo, atribuido por algún código penal substantivo, como el argentino, a la *retractación del ofensor en delitos de injuria o calumnia*, eco de la vieja diligencia conocida como *cantar la palinodia*,<sup>115</sup> cuando no disponiendo el inculpado de ninguno de los derechos clave del enjuiciamiento criminal —a saber: el de acusar y el de penar—,<sup>116</sup> carece de sentido que se le reconozca tal efecto a su sola e interesada actitud.

17) Si la iniciativa procesal de las partes requiere que se le marquen cortapisas, para que la libertad no degenerare en anarquía, desde la otra vertiente hay que hacer otro tanto, a fin de que la autoridad no se convierta en tiranía. Singularmente en materia penal, donde por razones obvias el riesgo resulta muchísimo mayor que en la esfera civil, habrá también que eliminar, como dijimos antes (*supra*, núm. 16) “los desbordamientos y extravíos”, sólo que ahora los de índole inquisitiva. Y asimismo a título de ejemplos, puesto que este número es el reverso del anterior, señalaremos algunos de los más destacados, históricos unos y actuales otros: a) el *procedimiento inquisitivo tradicional*, sobre todo en sus formas de máxima acumulación de poderes en el juez,<sup>117</sup> sin perjuicio de que para juzgar a menores y a sujetos peligrosos no delinquentes se habiliten procedimientos con predominio del principio de oficialidad;<sup>118</sup> b) junto a él, los

<sup>114</sup> Cfr. art. 1433 de la ley de enjuiciamiento civil española. La negativa dolosa de la firma por el deudor debería castigarse, al término del declarativo ordinario originado por la misma, y siempre que en él recaiga sentencia estimatoria, como tentativa de estafa, de no crear un delito *ad hoc* sobre entorpecimiento malicioso de la administración de justicia.

<sup>115</sup> Cfr. art. 117 cód. penal argentino de 1921 y sus concordantes en los códigos procesales penales de la capital y de las provincias. Acerca de dicha institución. RAMOS MEJÍA, *La retractación en los delitos contra el honor*, en “Jurisprudencia Argentina” de 3 de mayo de 1943; VERNENGO, *La retractación como eximente de pena* (Buenos Aires, 1945); MOLINARIO, *La retractación en los delitos contra el honor (Un ensayo de historia interna en derecho penal)* (Buenos Aires, 1949).

<sup>116</sup> El argumento es el mismo utilizado en la nota 84 para descartar la posibilidad de transacción en materia penal: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, cit., pp. 86-7 (2ª ed., pp. 93-4), y *Estampas procesales*, cit., pp. 114-8.

<sup>117</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Der. Proc. Pen.*, cit., tomo I, pp. 66-9, y tomo II, pp. 47-8.

<sup>118</sup> Determinante del que ha sido llamado procedimiento inquisitivo moderno, influido en mayor o menor escala por los postulados del positivismo italiano. Entre quienes representan esta tendencia figuran GAROFALO, en su artículo *Ciò che dovrebbe essere un giudizio penale* (en “Archivio di Antropologia Criminale”, vol. III, pp. 85 y ss.); DORADO MONTERO en diversos trabajos (por ejemplo, en las pp. 235-6 de sus *Estudios de Derecho Penal Preventivo* —Madrid, 1901—) y, en cierto modo, LONGHI, en *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale* (Milano, 1911), pp. 926-7. Este sistema inquisitivo moderno, que en realidad es mixto, aunque con sacrificio o relegación del contradic-

métodos ultraexpeditivos que durante siglos se usaron, más para exterminar que para sentenciar a los *bandoleros*;<sup>119</sup> c) los *juicios sumarísimos castrenses*, en que todo se sacrifica a la ejemplaridad, aun a riesgo de cometer los más graves e irreparables errores, ya que con frecuencia desembocan en condenas a muerte: la rapidez, consubstancial con ellos, lejos de oponerse, reclama que correlativamente se aumenten las garantías de la defensa y que los tribunales llamados a conocer de tales causas posean una preparación que casi siempre les falta;<sup>120</sup> d) las *jurisdicciones excepcionales*, sean o no *ex post facto*, para la defensa a rajatabla de determinados regímenes políticos y, en consecuencia, para la persecución vengativa de sus adversarios o discrepantes;<sup>121</sup> e) los *tribunales seudointernacionales* mediante los que los vencedores castigan como criminales de guerra a los vencidos, mientras que dejan sin sanción a los suyos, autores de iguales o mayores atrocidades;<sup>122</sup> f) los textos procesales que confieren al juzgador un tan desaforado *arbitrio judicial*, que fácilmente puede desembocar en *arbitrariedad* y conculcar los más elementales derechos de los justiciables y el principio de igualdad ante la ley;<sup>123</sup> g) la *atribución de cometidos esencialmente distintos a un mismo funcionario*, ya sean los de acusar y juzgar (sistema inquisitivo puro), ya los de instruir y acusar, cuando converjan en manos del ministerio

torio a segundo plano, ha plasmado en recientes leyes sobre estado peligroso: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *El sistema procesal de la ley relativa a vagos y maleantes* (en "Ensayos", *cit.*, pp. 175-234; su segunda parte vio la luz en la "Rivista Italiana de Diritto Penale", 1937, pp. 526-42). En cierto sentido, y de igual modo que CARNELUTTI cree que el proceso de interdicción funciona en interés del presunto incapaz (cfr. *Sistema*, *cit.*, núm. 99; y para su crítica, ALCALÁ-ZAMORA, *Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria*, en "Studi Redenti", *cit.*, vol. I. —pp. 1-55—, núm. 25), podría también estimarse que el proceso sobre peligrosidad sin delito opera en beneficio del vago o maleante, a quien se trata de regenerar.

<sup>119</sup> Véase la voz *Hermandad (Santa)*, en el tomo XVII, pp. 751-3, de la "Enciclopedia Jurídica Española", 1ª ed. (Barcelona, s.f.), así como BERNALDO DE QUIRÓS, *El bandolerismo en España y en México* (México, 1959), pp. 20-1, y MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, vol. I (traducción; Buenos Aires 1955), pp. 83-5. Y desde hace meses, recordemos, en Brasil, el execrable "Escuadrón de la Muerte", integrado, al parecer, por policías que se dedican en sus ratos de ocio a asesinar a la gente del hampa que se les antoja.

<sup>120</sup> Para una crítica de la jurisdicción militar en España, donde ha llegado a los desbordamientos más inauditos, véanse las notas suplementarias ñ y rr de mi citado artículo *Justice pénale de guerre civile*, añadidas al mismo al publicarse en castellano en mis "Ensayos" (pp. 277 y 282-3).

<sup>121</sup> Con apariencia de tribunales, son en realidad formas de autodefensa estatal o, más exactamente, del partido o grupo encaramado al poder: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, *cit.*, núm. 42 y la literatura mencionada en su nota 49.

<sup>122</sup> Véase ALCALÁ-ZAMORA, *Processo dei criminali di guerra*, *cit.*, pp. 208-9, 220-1, 225 y 231.

<sup>123</sup> Como, verbigracia, la ley española de 30 de noviembre de 1938, penal y procesal sobre delitos monetarios, cuyos artículos 16 y 20 confieren al juzgador "libertad procesal absoluta" (*sic*).

público,<sup>124</sup> o bien: h) la *subordinación de la jurisdicción al mando* en el ámbito de la justicia militar, con los serios peligros que ello entraña.<sup>125</sup> En definitiva, desde el punto de vista autoritario, los poderes conferidos al juzgador no deberían rebasar nunca la línea de su *soportabilidad por los justiciables*.<sup>126</sup> A esta exigencia, cuyo logro constituye una de las más nobles conquistas del liberalismo, obedecen diferentes instituciones y medidas, desde la abolición del tormento como medio de obtener la confesión,<sup>127</sup> hasta la libertad provisional,<sup>128</sup>

<sup>124</sup> De ahí nuestra resuelta oposición a la instrucción sumaria del código italiano (art. 398-401) o del argentino de Córdoba de 1939 (arts. 311-24), manifestada ya en nuestro trabajo *En torno al "codice di procedura penale" italiano* (en "Revista de Derecho Público", julio-agosto de 1932, pp. 197-210, y luego en "Estudios" cit., pp. 79-116), p. 100; y después en *Primer Congreso Argentino sobre Oralidad en los Juicios* (La Plata, 1942), pp. 93-4; en *Algunas observaciones al proyecto de código procesal penal para el Distrito* (en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 10, enero-abril de 1951, pp. 9-29), pp. 23-4, y en *Min. Púb. y Abog. Est., cit.*, pp. 56-7.

<sup>125</sup> La supuesta indisolubilidad del mando y de la jurisdicción, olvida que mientras aquél requiere esencialmente *obediencia*, ésta se basa fundamentalmente en la *independencia*, así como que en cualquier orden procesal sólo debe juzgar quien haya conocido la causa: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, reseña del libro de CLARÍ OLMEDO, *Competencia penal en la República Argentina: Doctrina, Legislación, Jurisprudencia* (Buenos Aires, 1945), en "Rev. Der. Proc." arg. 1945, II (pp. 192-4), nota 6. Véase también la nota suplementaria *rr* citada en la nota 120 del presente ensayo.

<sup>126</sup> Véase mi reseña del libro de LINARES citado en la nota 67, en "Rev. Der. Proc." argentina 1945, II (pp. 79-80), nota 9. Por su parte, BRUNS considera que "en el proceso, los bastiones contra un obrar ilimitado del juez son los principios de disponibilidad y de discusión", pese a que hoy en día se encuentran "fuertemente comprimidos por motivos de tutela social": *Legame e libertà del giudice nel diritto processuale civile*, en "Jus", 1945 (pp. 196-206), p. 200. El interés social en el proceso es, a mi entender, distinto del individual de los litigantes y del estatal en cuanto a la prohibición de la autotutela, según se comprueba a propósito de la sentencia. En efecto, mientras el interés de cada una de las partes tiende a la *sentencia favorable*, y el del Estado se cumple mediante la emisión de la *sentencia que defina la controversia*, el social, sólo se satisface con la *sentencia justa*: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Función y proyecciones sociales del proceso* (cursillo inédito dado en Monterrey del 18 al 22 de agosto de 1952, núm. IV) y *Los problemas jurídicos suscitados por la planificación económica y social* (en "Problèmes contemporains de droit comparé", tomo I —Tokio, 1962—, pp. 415-46), pp. 426. Acerca de la proyección social del proceso, véase el fundamental artículo de KISCH, *Die soziale Bedeutung des Zivilprozesses* (en "Judicium", 1928-9, pp. 1-32), así como ALCALÁ-ZAMORA, *Causas y efectos sociales del derecho procesal (civil y penal)* (en "Estudios Sociológicos. Volumen octavo, tomo segundo" —México, 1959—, pp. 171-94). Referencia a manifestaciones autoritarias en orden al arbitraje y a los plazos, *supra*, notas 98 y 106, respectivamente.

<sup>127</sup> Acerca de su gradual supresión, a partir de Federico el Grande de Prusia en 1740, así como de las tentativas para reemplazarlo en nuestros días mediante la llamada *tortura moderada* (sueros de la verdad, etc.), véase lo que decimos en *Teoría gen. proc. y ens. der. proc.* cit., notas 143 y 265, y en *Veinticinco años de evolución del derecho procesal: 1940-65* (México, 1968), adición al número 96. Una información espeluznante acerca de las... técnicas utilizadas en diferentes épocas y países para atormentar a los presuntos delincuentes, puede verse en el libro de SUERO, *El arte de matar* (Madrid/Barcelona, 1968), pp. 67-312.

pasando por las limitaciones a los embargos,<sup>129</sup> la prohibición de la prisión por deudas<sup>130</sup> y las restricciones a la incomunicación de detenidos y presos,<sup>131</sup> amén de otras de menor importancia.<sup>132</sup> En términos generales, y como brújula que le oriente en el empleo correcto de los poderes que la ley le confiera, el juzgador deberá actuar “sin lesionar el derecho de las partes, oyéndolas y procurando en todo su igualdad”,<sup>133</sup> salvo, claro está, los casos en que por motivos plenamente justificados se hallen autorizadas derogaciones taxativas a tal regla.<sup>134</sup>

<sup>128</sup> Instaurada para suprimir los graves inconvenientes y perjuicios de la prisión preventiva.

<sup>129</sup> Tendientes a asegurar el mínimo indispensable para la subsistencia del embargado y de las personas que de él dependan. Junto a esa finalidad primordial, cabría descubrir alguna otra que podría ser denominada *honoris causa*, como la prohibición de embargar condecoraciones (cfr., verbigracia, el art. 514, núm. 6, cód. proc. civ. italiano). Con todo, combinados en este terreno liberalismo y socialismo, acaso se haya extremado la protección al deudor, en perjuicio del *pobre acreedor*.

<sup>130</sup> Acerca de lo que la misma fue, véanse o, mejor dicho, léanse las impresionantes páginas que DICKENS le consagró en las *Aventuras de Mr. Pickwick* (1836-7). Pese a ello, una añoranza, por lo menos, de retorno a la prisión por deudas adviértase en PRIETO-CASTRO, en *Correcciones al derecho sobre ejecución forzosa en la ley de enjuiciamiento civil* (en “Rev. Gen. Legisl. y Jurisp.”, mayo de 1952, pp. 513-49), pp. 522-3.

<sup>131</sup> Véanse, por ejemplo, los artículos 407-8, 506-11 y 527 de la ley de enjuiciamiento criminal española.

<sup>132</sup> O que proteger al justiciable contra abusos de quienes intervienen en el proceso sin tener la cualidad de funcionarios, como sucede con los abogados en orden a la impugnación de sus honorarios por indebidos o por excesivos: véanse, por ejemplo, los artículos 12 y 427-9 de la ley de enjuiciamiento civil española, así como mi trabajo *La ética profesional y el régimen jurídico de las corporaciones forenses* (en “Rev. Tribunales”, *cit.*, del 22 de octubre de 1932, pp. 599-604 y 609-10, y luego en “Estudios” *cit.*, pp. 116-34), pp. 128-33.

<sup>133</sup> Según se lee en el artículo 279 cód. proc. civ. mexicano del Distrito. Acerca del mismo, ALCALÁ-ZAMORA, *Alcance del artículo 279 del código procesal civil del Distrito Federal y A propósito de las facultades de los artículos 278 y 279 del código procesal civil del Distrito Federal* (ambos en “Clínica Procesal” —México, 1963—, pp. 341-5 y 357-61, respectivamente). La mencionada disposición consagra, en orden al punto concreto que regula, el principio de igualdad de armas, que hoy en día constituye una metáfora, pero que históricamente, en tiempos del duelo judicial, fue una realidad, puesto que se iniciaba mediante el “igualamiento” o “emparejamiento” de los lidiadores, tanto si combatían a pie (peones) como si lo hacían a caballo (caballeros): cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Instituciones Fuero Cuenca*, *cit.*, pp. 334-5. Sobre el tema de la paridad de las partes en el proceso, véase BÖTTICHER, *L'uguaglianza di fronte al giudice*, en “Jus”, 1956, pp. 472-83. Más datos, *infra*, nota 183.

<sup>134</sup> Como en el caso del juicio ejecutivo de los códigos procesales hispanoamericanos, en el que por alzarse frente al deudor como una presunción (*iuris tantum*) de culpabilidad el título ejecutivo, se altera la marcha del procedimiento, y en lugar de la del declarativo ordinario (demanda-notificación-contestación), se adopta esta otra: demanda-embargo o consignación-oposición. A este respecto, destacaremos dos singularidades: a) la de que pese a los resultados en contra de la estadística, en materia penal se arranca de una presunción de inocencia y no de una culpabilidad, según pretendió Alfredo

18) c') *Dialecticidad forense y liberalismo procesal*. ¿Será cierto que un proceso es tanto más liberal cuanto mayor margen brinde al llamado *principio de dialecticidad*,<sup>135</sup> es decir, al “giuoco sottile di ingegnosi ragionamenti” (manejados, dicho se está, por los abogados de las partes) mediante los que se convierte en “una serie di atti che si incrociano e si corrispondono come le mosse di un giuoco: di domande e risposte, di repliche e controrepliche; di azioni che danno luogo a reazioni, suscitatrici a loro volta di controreazioni”?<sup>136</sup> ¿Lo será asimismo que en él es lícito el empleo de una cierta dosis de astucia,<sup>137</sup> que una vez puesto en marcha, todo está en la punta de la espada<sup>138</sup> —léase, de la pluma o de la lengua, según que sea de índole escrita o de naturaleza oral—, o que la *cross examination* del derecho angloamericano, arma de dos filos, que “lo mismo puede servir para arrancar la verdad a un testigo renuente o reticente que para embrollar a uno tímido o sugestionable”, sea “the most important branch of the advocat’s art”?<sup>139</sup> Pese a que entre quienes exponen tales ideas figuran tres de los más insignes procesalistas contemporáneos (Calamandrei, Carnelutti y Goldschmidt), y a la ideología inequívocamente liberal del primero y del tercero de ellos,<sup>140</sup> me resisto a compartir sus pareceres. La circunstancia de que *en ocasiones* la victoria se deba a la habilidad y aun a las malas artes de un patrocinador sin escrúpulos,<sup>141</sup> no significa, en manera alguna, que ésa sea la finalidad del proceso: el hecho, por ejemplo, de que a *veces* los trenes descarrilen, los buques se hundan o los aviones se estrellen, no autorizaría, en manera alguna, a definirlos como medios de transporte que tienen por objeto conducir a tales catástrofes. El proceso, por tanto, no puede ni debe ser exhibido, y menos

Rocco en la *Prefazione al Trattato* de MANZINI (ed. de 1931), y b) la de que el proceso germánico partiese a menudo de esa presunción de culpabilidad, reflejada en los nombres que algunos de sus textos dan a las partes (a saber: *querrelloso* al actor y *sospetoso* al demandado), con la consiguiente repercusión sobre la mecánica de la prueba: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Instituciones Fuero Cuenca*, cit., pp. 313-4 y 329, así como GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil* (Barcelona, 1936), p. 15.

<sup>135</sup> Cfr. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, en “Atti Congresso Dir. Proc. Civ.: 1950”, cit. (pp. 9-23), p. 23; *Processo e democrazia*, cit., capítulo V, “La dialetticità del processo” (pp. 119-41; en la traducción, pp. 146-73). Véase también PRIETO-CASTRO, *Principios políticos*, cit., p. 223.

<sup>136</sup> CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, en “Scritti Carnelutti”, cit., vol. II (pp. 485-511), pp. 490-1.

<sup>137</sup> Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, cit., núm. 505, que lleva el muy significativo epígrafe de “Engaño”.

<sup>138</sup> Cfr. GOLDSCHMIDT, *Teoría gral proc.*, cit., p. 58.

<sup>139</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, reseña del libro de MUNKEMAN, *The technique of advocacy* (London, 1951), en “Rev. Fac. Der. Méx.”, núm. 6, abril-junio de 1952, pp. 160-2, en relación con una frase estampada en el forro de la obra.

<sup>140</sup> Véase el trabajo de CALAMANDREI referente a GOLDSCHMIDT, citado en la nota 17, así como *Processo e giustizia*, cit., p. 23.

<sup>141</sup> Acerca de ellas, ampliamente, GÓMEZ JIMÉNEZ DE CISNEROS, en su magnífica aunque tendenciosa obra mencionada en la nota 41, *passim*.

todavía por procesalistas eminentes, como una mezcla de esgrima,<sup>142</sup> prestidigitación y lotería, sino “como el más perfecto medio de administrar justicia entre los hombres”, y si esta meta no siempre se alcanza, atribuyámoslo a la falibilidad humana y a las deficiencias del instrumental para lograrla.<sup>143</sup> La cuidadosa selección del personal judicial, las normas sobre ética forense,<sup>144</sup> la inhibición y la recusación, el sistema probatorio, el régimen impugnativo, las multas procesales,<sup>145</sup> la exigencia de las diversas clases de responsabilidad, etcétera, no son dispositivos, desde luego, para que prevalezca la habilidad, sino para que triunfe la justicia.

19) d') *Razonabilidad, y observancia del “debido proceso”, como criterios caracterizadores de un enjuiciamiento liberal.* Descarada, pues, la dialecticidad como pauta para diferenciar el proceso liberal respecto del autoritario, el agudo contraste que el genial pensador español don Miguel de Unamuno estableció entre regímenes *totalitarios* y *liberales*, a base de contraponer los verbos *vencer* y *convencer*, que reflejarían las preocupaciones respectivas, brinda, a mi entender, una de las guías para encontrar la solución. Conforme a semejante enfoque, todos los actos procesales que tengan por objeto persuadir de su fundamento fáctico y/o jurídico a su destinatario, se hallarán bajo el signo del liberalismo. Y aquí sí estamos de acuerdo con Goldschmidt cuando atribuye esa finalidad de convencimiento a los *actos de obtención (Erwirkungshandlungen)*,<sup>146</sup> integran-

<sup>142</sup> Así, el susodicho libro de MUNKMAN, “fundamentalmente a lo que tiende es a enseñar la forma de dar pronto y bien la estocada en las contiendas ante los tribunales”; y lanzado por esa pendiente, nada de extraño tiene que se cierre con un capítulo “sobre estrategia general y táctica, terminología militar esta que claramente descubre la índole y finalidad del trabajo”, según subrayo en mi mencionada reseña (*supra*, nota 139).

<sup>143</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición, cit.*, núm. 140.

<sup>144</sup> Colegiación y oralidad son, a mi entender, “las dos columnas sobre las que se alza el prestigio de las grandes abogacías europeas”: ALCALÁ-ZAMORA, *Miscelánea de libros procesales*, en “Rev. Der. Proc.” arg., *cit.*, 1945, II, p. 83. Resulta por ello sorprendente la resistencia a aceptar el principio de colegiación obligatoria existente en países como Argentina y México, ya que sin la misma, la observancia de la ética corporativa no podrá conseguirse: al abogado indeseable le bastará con no inscribirse en ninguna de las asociaciones profesionales que, en defecto del colegio único, agrupan a un número reducidísimo de colegas, o con darse de baja si aquella a que esté afiliado toma alguna medida contra él: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Índole y eficacia de la jurisdicción ejercida por la Junta de Honor de la Barra Mexicana de Abogados*, en “Revista de Derecho Español y Americano”, núm. 13, julio-septiembre de 1966, pp. 93-103.

<sup>145</sup> Siempre que no lleguen a los excesos del proyecto Solmi de 1937 en Italia: cfr. CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi*, informe emitido en 1937 y que se reproduce en el vol. IV de sus “Studi” (Padova, 1939; pp. 103-213), núm. 26 (pp. 178-9). También la condena en costas impuestas o agravada en atención a la temeridad del litigante, puede alinearse entre las medidas tendientes a que en el proceso se abra paso la justicia.

<sup>146</sup> Acerca de la traducción de *Erwirkungshandlungen* al castellano, véase GOLDSCHMIDT,

tes de la categoría máxima entre los de parte,<sup>147</sup> sólo que nosotros proyectamos la idea con mayor amplitud, es decir, también a los del juzgador y a los de cualesquiera otros sujetos procesales que persigan dicho propósito persuasivo. Creemos, por tanto, que “el principio se extiende no sólo a actos tan capitales, como la demanda, la contestación a la misma, la querrela y la acusación, los medios impugnativos o la sentencia,<sup>148</sup> sino asimismo al señalamiento por los testigos de la razón de ciencia de su dicho,<sup>149</sup> a las explicaciones y aclaraciones de los peritos<sup>150</sup> y, muy especialmente, a la apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica”.<sup>151</sup> A *sensu contrario*, la falta de motivación de la sen-

*Teor. gral. proc. cit.*, p. 102, nota 2, y el trabajo mío que se indica en la nota siguiente, p. 65.

<sup>147</sup> Cfr. GOLDSCHMIDT, *Prozess als Rechtslage*, cit., pp. 364-81; *Derecho proc. civ.*, cit., pp. 227-8 y 242, donde se les denomina “actos de postulación”; *Teor. gral. proc. cit.*, pp. 101-7; ALCALÁ-ZAMORA, *Los actos procesales en la doctrina de Goldschmidt*, en “Rev. Der. Proc.” arg., 1951, I (pp. 49-76), pp. 65-7.

<sup>148</sup> La fundamentación de la sentencia —suprimida en ciertas épocas: *infra*, nota 152— tiende no sólo a brindar el cimiento lógico-jurídico de la parte dispositiva o fallo (cfr. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, en “Rivista Critica di Scienza Sociali”, 1914, y luego en sus “Studi”, vol. I, pp. 1-51; hecha la aclaración de que en *Processo e democrazia*, cit., núms. 7-10, el autor reacciona contra la concepción silogística de la sentencia y propende a una interpretación *sentimental*, por decirlo así, de la misma), sino también a convencer a las partes y, en términos más amplios, a la comunidad de justificables, de la justicia del pronunciamiento emitido.

<sup>149</sup> Acerca de esta exigencia, que los códigos hispanoamericanos mutilan con frecuencia, reduciéndola a “razón del dicho” (verbigracia, art. 369 cód. proc. civ. mexicano del distrito), véase CARAVANTES, *Tratado*, cit., tomo II, pp. 203-4, donde expone sus antecedentes doctrinales y legales en el derecho español.

<sup>150</sup> Véanse, por ejemplo, los artículos 626 y 628 de la ley de enjuiciamiento civil español y los 349 y 350 del código distrital mexicano.

<sup>151</sup> ALCALÁ-ZAMORA, *Principios técnicos*, cit., p. 22. Acerca de la sana crítica, criterio valorativo de la prueba instaurado por los artículos 147 y 148 del reglamento de negocios contenciosos del Consejo Real de España, de 30 de diciembre de 1846, véanse los siguientes trabajos: COUTURE, *Las “reglas de la sana crítica” en la apreciación de la prueba testimonial* (Montevideo, 1941, y en sus “Estudios de Derecho Procesal Civil”, tomo II —Buenos Aires, 1949—, pp. 179-227); ALCALÁ-ZAMORA, *Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba*, en “La Rev. Der. Jurisp. y Admón.”, febrero de 1945, pp. 33-42, y luego en mis “Estudios Der. Probat.”, cit., pp. 29-52; Idem, *A propósito de libre convicción y sana crítica*, en “Revista Jurídica de Córdoba”, Argentina, octubre-diciembre de 1948, pp. 513-22, y en “Estudios Der. Probat.”, cit., pp. 79-89; PINA, *En torno a la sana crítica*, en “Anales de Jurisprudencia”, abril-junio de 1948, pp. 565-76, y luego en “Derecho Procesal (Temas)”, 2ª ed. (México, 1951), pp. 137-48. Una muy sucinta referencia a la sana crítica, en la que para nada se toma en cuenta la literatura específica que acabamos de citar y sí únicamente una simple mención de PRIETO-CASTRO (quien apenas si roza el asunto), hallamos en NAGEL, *Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess: Eine rechtsvergleichende Studie* (Baden-Baden, 1967), p. 74. Véase, además, *infra*, nota 154. Tampoco ha captado el alcance de la sana crítica, que ni siquiera menciona, CORDERO cuando frente a LEONE rechaza el contraste entre libre

tencia o el simple desdén hacia la misma;<sup>152</sup> el monosilábico veredicto del jurado,<sup>153</sup> y, aun cuando parezca paradójico, la valoración de la prueba a tenor de la escueta libre convicción o conforme a una apreciación global en que se omite o escamotee la expresión de las razones que la hagan atendible,<sup>154</sup> nada tendrían de liberales.

20) La otra guía estaría representada, según al final del número 10 indica-

convicción en estricto sentido y libre convicción razonada: cfr. su artículo *Diatriba sul. proc. accusat.*, cit., pp. 212-3.

<sup>152</sup> Ha habido tiempos — y algunos de ellos, recientes: fines del siglo XVIII y comienzos del XIX — en que la motivación de las sentencias estuvo prohibida so pretexto de evitar *cavilaciones* a los juzgadores: véanse datos referentes a España y Argentina, en ALCALÁ-ZAMORA, *Actos doctrina Goldschmidt*, cit., p. 71, nota 120. Y en nuestros días, a propósito del veredicto del jurado (véase nota siguiente) y de la posposición de los fundamentos con respecto al fallo, CALAMANDREI habla de “crisis de la motivación”, en el capítulo IV de *Processo e democrazia*, cit. La emisión inmediata del fallo, a reserva de *engrosarlo* después, es conocida en México (cfr., verbigracia, los artículos 87, 88, 396 y 439 —véase también el 495— cód. proc. civ. distrital de 1932), aun cuando el uso de dicho verbo por *redactar* sea un barbarismo que deba proscribirse: cfr. BERRÓN MUGEL, *Código de procedimientos civiles para el Distrito y Territorios Federales: Bibliografía, concordancias, jurisprudencia y notas* (México, 1934), p. 56. Para una crítica de la motivación, tal como suele practicarse en Italia, y un señalamiento de correctivos a la misma, véase PINTUS, *Indagine sulla motivazione delle sentenze*, en “Il Ponte”, julio de 1968 pp. 883-8.

<sup>153</sup> Que como dice CALAMANDREI, “sembrava fatto apposito, come tante volte la pratica ha dimostrato, per istigare i giurati a giudicare senza ragione: sicchè il loro verdetto, piuttosto che espressione di più pura sensibilità sociale, si reduceva spesso ad essere il trionfo dell’ “irrazionale puro”, tanto más peligroso in quanto la sua irrazionalità istituzionale lo sottraeva ad ogni possibilità de motivata impugnazione”: *Processo e democrazia*, cit., p. 100 (122, en la traducción). Y que como dije antes (*supra*, núm. 8 y nota 49), puede transformar lo blanco en negro. No obstante ello, DEVIS ECHANDÍA se esfuerza por demostrar que la valoración efectuada por los jurados ha de ajustarse asimismo a las reglas de la lógica y la experiencia; pero su tesis supone confundir la *deliberación* (que, además, no siempre se desenvuelve como tal) y el *veredicto*, serie monosilábica de respuestas, cuya motivación se omite en absoluto. “Así las cosas, exhibir como acto *razonado* uno carente de razones de cualquier género y querer proyectar la idea de *sana crítica* a un documento donde no hay *crítica* de ninguna especie, no puede ser más paradójico”: reseña mía del artículo de DEVIS, *El moderno proceso civil inquisitivo y con libertad para apreciar las pruebas* (en “Rev. Iberoam. Der. Proc.”, 1965, núm. 1 —pp. 15-70—, pp. 36-9), en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, núm. 54, septiembre-diciembre de 1965, pp. 885-7.

<sup>154</sup> Para la distinción tajante entre *sana crítica* y libre convicción en estricto sentido, o sea tal como la practican los jurados (*supra*, nota 153) o los tribunales de honor, así como acerca de los inconvenientes de la valoración de la prueba en conjunto, véase mi citado artículo, *Sistemas apreciación prueba*, núm. 6. *Principio de razonabilidad*: véase LINARES, *El “debido proceso”*, cit., pp. VII-VIII, 29-31, 131-56, 179-82, 184-94, 196 y 212. Sobre la singular manera de proceder los tribunales de honor, véase el curiosísimo episodio relatado por CALAMANDREI en *Regole cavalleresche e processo* (en “Riv. Dir. Proc. Civ.”, 1929, I, pp. 155-70, y luego en sus “Studi”, vol. III, pp. 1-18), o el que menciono en la nota 12 de *A propósito de libre convicción y sana crítica*, cit.

mos, por el *debido proceso legal*, con el alcance que allí le atribuimos. A este propósito, y sin que se puedan identificar las dos manifestaciones, es indudable que el *due process of law* coincide en no pocos aspectos, precisamente por su significado liberal, con el fenómeno de la *civilización del proceso penal* por obra del advenimiento del sistema mixto o anglofrancés,<sup>155</sup> mientras que en dirección opuesta, la *penalización del proceso civil*, fruto de una corriente autoritaria, entronca a fin de cuentas con el sesgo impreso al mismo por Klein mediante la reforma austriaca.<sup>156</sup> En todo caso, el pabellón del debido proceso legal ampararía una serie de principios y garantías fundamentales establecidos a favor de los justiciables. Sin el prurito de formar una lista exhaustiva, anotaremos, ante todo, la garantía de audiencia,<sup>157</sup> la publicidad de la instrucción penal,<sup>158</sup> el derecho de impugnar las resoluciones judiciales adversas; la revisión, a favor del reo, de sentencias firmes de condena, la prohibición de la *reformatio in pejus*, el recurso de casación en beneficio del condenado a muerte<sup>159</sup> y, pese a sus gravísimos inconvenientes, la llamada libertad de defensa.<sup>160</sup> Todavía, en el cuadro de enjuiciamientos que miren más al *interés de las partes* que al de la administración de justicia como *servicio público*, según expondremos en el punto inmediato, cabe traer otras varias instituciones y fórmulas: verbigracia, el diligenciamiento de exhortos por los litigantes,<sup>161</sup> la percepción de las multas procesales

<sup>155</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Teoría gen. proc. y enseñanaza der. proc.*, cit., núm. 36.

<sup>156</sup> La frase *penalización del proceso civil* la encontramos, por ejemplo, en CALAMANDREI, *Sul progetto Solmi*, cit., pp. 115-6, y en GOLDSCHMIDT, *Bemerkungen zum italienischen Zivilprozessentwurf*, en "Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi", 1938, fasc. IV (pp. 229-77), pp. 236-8.

<sup>157</sup> Véase el artículo 14 de la vigente Constitución mexicana de 5 de febrero de 1917.

<sup>158</sup> Acerca de las garantías que debe revestir la instrucción penal, véanse los dos primeros artículos de CORDERO citados en la nota 26.

<sup>159</sup> El cual "se considerará admitido de derecho", es decir, aun cuando el reo no hubiese recurrido de la sentencia en que se le impuso la pena máxima: cfr. arts. 947 y 948 del capítulo (comprensivo de los artículos 947-53) que la ley de enjuiciamiento criminal española dedicada a la cuestión.

<sup>160</sup> "Sostener que la defensa por sí mismo debe admitirse como un homenaje a la libertad individual, sería el más hermoso de todos los postulados, si en el juicio no existiera más interesado que el que quiere defenderse a sí mismo. Pero esa idea, olvida que los protagonistas del proceso son varios: en primer término, además del defensor de sí mismo, el adversario, que no tiene por qué padecer los efectos de la inexperiencia de su contendor; en segundo término, el juez, que debe cumplir su misión altísima de dispensar la justicia, sin que sea lógico reclamar una amplia parte de su esfuerzo para reparar errores de la impericia ajena; y en último término, el propio servicio de justicia, que reclama el mayor rendimiento con el menor esfuerzo posible. Y es tiempo y esfuerzo irremparablemente perdidos el que se invierte en enmendar, subsanar y perdonar los errores de las partes. Un mínimo de solidaridad social exige que la abogacía se haga por los abogados; no ya en bien de éstos, sino en bien, de la justicia misma": COUTURE, *De la organización judicial y del régimen procesal* (Montevideo, 1945), p. 45.

<sup>161</sup> Véanse, por ejemplo, los artículos 291 (con la salvedad del 14, núm. 5, relativo

por la contraparte,<sup>162</sup> la intervención de acusadores no oficiales junto o en lugar del ministerio público,<sup>163</sup> la transformación de un juicio en otro por obra de uno de los contendientes o de ambos,<sup>164</sup> la máxima de la verdad formal o aparente,<sup>165</sup> y el concurso dominado por el principio de la autonomía de los acreedores.<sup>166</sup>

21) e') *Servicio público judicial y concepción autoritaria del proceso.* Monopolizado hoy en día el ejercicio de la jurisdicción por el Estado,<sup>167</sup> su prestación aparece como un *servicio público*,<sup>168</sup> que ha de acomodarse a las reglas *técnicas y jurídicas* estimadas más convenientes para su mejor rendimiento.<sup>169</sup> Aun en la hipótesis de que la justicia sea gratuita para los justiciables,<sup>170</sup> el Esta-

al litigante pobre) de la ley de enjuiciamiento civil española y 109 del código procesal civil mexicano del Distrito.

<sup>162</sup> Véanse, por ejemplo, los artículos 167, 189, 302 y 352 cód. proc. civ. del Distrito en México.

<sup>163</sup> Véase ALCALÁ-ZAMORA. *Der. Proc. Pen., cit.*, tomo II, pp. 24-30 y 75-8, y *Min. Púb. Abog. Est., cit.*, pp. 55-6 y 58.

<sup>164</sup> Así, la del juicio ordinario en sumario a petición del demandado, cuando la excepción de cosa juzgada sea la única que se oponga (art. 261), o la del ordinario en ejecutivo, sólo que ahora a solicitud del actor, si mediare confesión de la deuda durante la secuela de aquél (art. 445). Añadamos que conforme al artículo 462, cuando el crédito que se intente cobrar esté garantizado con hipoteca, el acreedor podrá escoger entre el juicio hipotecario, el ejecutivo y el ordinario. Además, las partes pueden acudir al juicio arbitral, en lugar de utilizar el proceso ante juzgador público (arts. 609-10, con las salvedades del 615, los tres del código mexicano del Distrito, al igual que los restantes de la nota). Véase también el artículo 477 (conversión del juicio hipotecario en concurso de acreedores), así como el 161 (decisión de una cuestión de competencia por el tercerista).

<sup>165</sup> Que opera esencialmente a través de la admisión que una de las partes hace de hechos aducidos por la contraria y que produce los mismos efectos que la confesión: cfr. arts. 266, 274 y 276 cód. proc. civ. mexicano del Distrito.

<sup>166</sup> Cfr., verbigracia, KISCH, *Grundriss des deutschen Konkursrechts*, 6<sup>o</sup>/7<sup>o</sup> eds. (Mannheim/Berlin/Leipzig (1929), pp. 5-6; STEIN, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts*, 3<sup>o</sup> ed. (Tübingen, 1928), p. 406; PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, 3<sup>o</sup> ed. (Milano, 1955), pp. 60-1.

<sup>167</sup> Ni el arbitraje (a propósito del cual habría que distinguir entre la *institución* en sí y el *nombramiento* de los árbitros) ni la jurisdicción eclesiástica, en los países en que *se reconozca* a sus sentencias efectos en el ámbito estatal, suponen derogación al principio sentado en el texto, por razones que expongo en *Der. proc. pen., cit.*, tomo I, pp. 185-6.

<sup>168</sup> Al expresarme así, en manera alguna quiero significar que la *naturaleza jurídica del proceso* pueda ser explicada conforme a la doctrina francesa del servicio público, sino que el *ejercicio de la jurisdicción*, por el Estado da lugar a una actividad de esa índole: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Concepciones menores proceso, cit.*, pp. 220-4.

<sup>169</sup> Acerca del contraste entre *técnica y derecho*, cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 393, y GUARNERI, *Sulla teoria generale del processo penale* (Milano, 1939), pp. 74-6. Véase también CARNAGINI, *Tutela giurisdizionale, cit.*, núm. 1.

<sup>170</sup> Acerca de los pros y los contras de la justicia gratuita, en relación con el régimen político de un país (más concretamente: en atención a que sea o no socialista), cfr.

do ha de realizar fuertes erogaciones para administrarla (pago de funcionarios; construcción, compra ó alquiler de locales destinados a oficinas; gastos de material), y, como es lógico, aspira a extraer el máximo provecho de los desembolsos realizados. A tal fin, si el desbordamiento del principio dispositivo se traduce en prolongar y complicar la marcha del proceso, en forma, por ejemplo, que lo que podría ser hecho por diez jueces, necesite de veinte, es natural que propenda a cercenar aquél —aunque, a decir verdad, el conservadurismo de los ambientes forenses determine que suela hacerlo con exceso de timidez—. <sup>171</sup> Además, el Estado ha de tomar en cuenta preocupaciones de tipo social o colectivo relacionadas con la administración de justicia. A ese conjunto de factores obedece que como reverso de los principios y garantías enunciados en el número 19, encontremos los siguientes: la posposición del contradictorio respecto de una de las partes, que, al menos de momento, no es oída; <sup>172</sup> el secreto de la instrucción, en cuanto favorece la averiguación del delito, aunque redunde en contra del presunto culpable; <sup>173</sup> las restricciones al empleo de recursos, como medio de descongestionar los tribunales encargados de su conocimiento y de refrenar el espíritu de litigiosidad; <sup>174</sup> la revisión, en contra del reo, de sentencias firmes absolutorias; <sup>175</sup> la posibilidad de la *reformatio in pejus*, <sup>176</sup> y la impo-

ALCALÁ-ZAMORA, *La justicia, según la Constitución española de 1931 y sus leyes complementarias* (conferencia dada en el "Institut de Droit Comparé" de París el 1º de junio de 1937 e impresa en mis "Ensayos", *cit.*, pp. 547-89), pp. 584-5.

<sup>171</sup> Véanse los casos de resistencia forense a innovaciones progresivas que citamos en la nota 24 de *Autoridad y libertad*, *cit.*

<sup>172</sup> Fundamentalmente, la fase inicial del embargo preventivo y del juicio ejecutivo y del procedimiento monitorio, puesto que la falta de contradictoriedad en el juicio contumacial o en rebeldía no se debe a restricción legislativa, sino a la ausencia del demandado.

<sup>173</sup> Véanse los dos primeros trabajos de CORDERO mencionados en la nota 26.

<sup>174</sup> Desde el señalamiento de una *summa gravaminis*, hasta la exigencia de un depósito con caracteres de multa preventiva si se pierde el recurso interpuesto, pasando por una severa motivación de los medios impugnativos y por la condena en costas preceptiva en la hipótesis de desestimación de recursos (cfr., verbigracia, los artículos 426, frac. I, cód. proc. civ. mexicano del Distrito, en cuanto al primer extremo, y los 1692-4, 1698-9, 1748 y 1767 de la ley de enjuiciamiento civil española, respecto de los demás). Acerca del espíritu de litigiosidad, cfr. CALAMANDREI, *L'avvocatura e la riforma del processo civile*, en "Studi", *cit.*, vol. I (pp. 295-350), nota 6 (pp. 300-3), y ALCALÁ-ZAMORA, *Enjuiciamiento de animales y de objetos inanimados, en la segunda mitad del siglo xx* (en el homenaje póstumo al procesalista argentino Mercader; en prensa), nota 64.

<sup>175</sup> Admitida, por ejemplo por el § 362 de la *Straprozessordnung* alemana de 1877. Acerca de sus adopción en los códigos que hayan eliminado el sobreesimiento provisional y conserven tan solo el definitivo o libre, véase lo que digo en *La reforma del enjuiciamiento penal argentino (Con motivo del proyecto Vélez Mariconde-Soler de código para la Capital)*, en "Rev. Der. Proc." arg., 1945, I (pp. 1-63) pp. 59-61.

<sup>176</sup> Autorizada, verbigracia, por el artículo 528 del código de procedimiento penal chileno de 1906, que dice en su párrafo primero así: "Aun cuando la apelación haya sido deducida por el reo, podrá el tribunal de alzada modificar la sentencia en forma desfavorable al apelante."

sición de la carga del patrocinio, aun cuando ella, lejos de lesionar los intereses de las partes, los favorecen, al ponerlas a cubierto de los males inherentes a la libertad de defensa (*supra*, nota 160). Finalmente, desde el ángulo de enjuiciamientos que se fijan de preferencia en la administración de justicia como *servicio público*, por encima del mero *interés de los particulares* en conflicto, encontraríamos aún: el diligenciamiento de los exhortos *ex officio*, la percepción de las multas procesales por el Estado, el monopolio acusador a cargo del ministerio público; el empeño de lograr la verdad material, real o efectiva, si bien el afán de alcanzarla pueda entrañar serios peligros en materia penal, no siempre captados por los entusiastas de la misma;<sup>177</sup> el deseo de incorporar instituciones cual el *contempt of court* o la *astreinte*, como instrumentos para asegurar la obediencia a los mandatos y resoluciones judiciales;<sup>178</sup> la difusión del juicio en rebeldía contra inculpados ausentes, a fin de reducir la cifra de delitos que quedan impunes,<sup>179</sup> etcétera.<sup>180</sup>

22) D) *¿Pugna o conciliación?* Si tras el recorrido efectuado quisiéramos sacar alguna conclusión, ésta sería la de que no existe incompatibilidad alguna entre liberalismo y autoritarismo en el proceso. Libertad y autoridad, en modo alguno son términos antitéticos, so pena de identificar la primera con la algarada y la subversión y la segunda con la reacción y el despotismo. Así las cosas, el examen minucioso de un código autoritario —tomemos como prototipo la *Zivilprozessordnung* austriaca de 1895, obra de Klein— mostrará cómo el aumento en los poderes del juez no se traduce en proscripción de la iniciativa de las partes ni en supresión radical del principio dispositivo; viceversa, el análisis igual-

<sup>177</sup> Imaginemos la comisión de un homicidio acerca del cual no se disponga de prueba testifical directa ni de aportaciones periciales (huellas digitales, por ejemplo) que permitan dirigir el proceso contra una determinada persona, pero en el que medien sospechas respecto de un cierto individuo (verbigracia, a causa de su enemistad manifiesta con la víctima). Lanzados por la pendiente de lograr la verdad material a toda costa, ¿no se corre el riesgo de que se coaccione, hasta llegar inclusive al tormento, a ese sospechoso, que a fin de cuentas podría resultar inocente? Sobre el tema de la verdad material en el derecho soviético, donde se la invoca a menudo, véase, por ejemplo, STARTSCHENKO, *Das Problem der objektiven Wahrheit in der Theorie des Strafprozesses*, en "Rechtswissenschaftlicher Informationsdienst", julio de 1956, cols. 361-74 (reseña mía en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", mayo-agosto de 1957, p. 301).

<sup>178</sup> Literatura sobre las susodichas instituciones: véanse los trabajos de R. GOLDSCHMIDT, GELSI BIDART, BOYER y MOLINA PASQUEL que citamos en *Examen código Chihuahua*, cit., pp. 228-9, por circunscribirme a estudios escritos o traducidos al castellano.

<sup>179</sup> Acerca del juzgamiento en rebeldía en materia penal, véanse las indicaciones que formulo en mis trabajos *Justice pénale de guerre civile*, cit., núm. 21, y *La reforma proc. pen. en el Perú*, cit., núms. 65 y 66.

<sup>180</sup> Recordemos, como reverso del concurso dominado por el principio de la autonomía de los acreedores (*supra*, nota 166), el inspirado en el "burocrático" o de oficialidad: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Salgado de Somoza y los concursualistas alemanes* (primero en folleto —Madrid, 1932— y luego en mis "Ensayos", cit., pp. 63-94), pp. 85-6, *passim*.

mente meticuloso de un código liberal —sírvanos de modelo la *Ley de enjuiciamiento civil* española de 1855, compuesta por Gómez de la Serna, o su sucesora la vigente de 1881, elaborada por Manresa y Navarro— revelará cómo las facultades con que cuentan las partes no suponen exclusión de las atribuciones de que gozan los jueces, aun cuando luego éstos no siempre se acuerden de emplearlas.<sup>181</sup> Más aún: en algún código reciente, que acentuó con exceso la tendencia autoritaria, los imperativos de la realidad le obligaron a moderarla bajo el influjo del principio dispositivo.<sup>182</sup> Por consiguiente, no se trata de tener que escoger necesaria e ineludiblemente una de las alternativas —el Turco o el Papa, Hitler o Stalin—, sino de mezclarlas de tal manera que tomando de cada una lo mejor, se obtenga el enjuiciamiento más progresivo. En este sentido, nuestra opinión coincide con la ya señalada de Ondeí (*supra*, nota 27). Ahora bien: ¿cuál sería la combinación ideal? En cuanto a la posición del juzgador en el proceso, he creído siempre que deben rechazarse por igual las figuras extremas del *juez-espectador*, totalmente inerte e inerte frente a los mayores extravíos de las partes, y del *juez-dictador*, que, por el contrario, se ingiere a cada paso y al buen tuntún en la marcha del procedimiento, e inclinarse resueltamente hacia la intermedia del *juez-director* del proceso,<sup>183</sup> que interviene tan sólo cuando

<sup>181</sup> Véanse algunos ejemplos de ello, en BECEÑA, *Magistratura y Justicia*, *cit.*, pp. 343-84.

<sup>182</sup> Aludimos al proceso civil yugoeslavo, según recuerda BRUNS en el artículo suyo citado en la nota 126. Ese retorno al principio dispositivo, acaso haya obedecido, más que al espíritu conservador de las profesiones forenses, a otros dos factores: “el normal desconocimiento del juzgador respecto de los hechos, y la inconveniencia e inclusive inutilidad de adoptar en materia civil resoluciones en contra del parecer concorde de las partes”: reseña mía del trabajo de BRUNS, en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, núm. 22, enero-abril de 1955, p. 346.

<sup>183</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso oral y abogacía* (San Juan, Argentina, 1945), p. 27, y *Autoridad y libertad*, *cit.*, nota 38. Acerca de las atribuciones que en el proceso poseen o deben tener, respectivamente, las partes y el juzgador, véanse, entre otros, los siguientes trabajos, además de los ya mencionados en las notas 19, 50, 56, 61, 73, 76, 78, 88, 93, 126, 133, 136, 145 y 153 del presente artículo: FAIRÉN GUILLÉN, *El principio de autoridad del juez en el proceso civil y sus límites (Sobre los presupuestos procesales)*, en “Revista de Derecho Procesal” española, 1951, pp. 187-213 (ponencia ante el Primer Congreso Español de Derecho Procesal; resumen y discusión, en las citadas “Actas” del mismo, pp. 13-5, 16-20 y 28-34); Roberto GOLDSCHMIDT, *Las funciones del juez dentro del proceso civil en el momento histórico actual* (ponencia presentada al Segundo Congreso Internacional de Derecho Procesal —Viena, 1953—; publicada en diferentes revistas), en “Estudios de Derecho Comparado” (Caracas, 1958), pp. 280-302; FENECH (CARRERAS), *La función del juez en la dirección del proceso civil*, en “Estudios de Derecho Procesal” (Barcelona, 1962); FAZZALARI, *La funzione del giudice nella direzione del processo civile*, en “Riv. Dir. Proc.”, 1963, pp. 64-72; HABSCHEID, *Richtermacht oder Parteifreiheit: Über Entwicklungstendenzen des modernen Zivilprozessrechts*, en “Zeitschrift für Zivilprozess”, 1968, núms. 3-4, pp. 175-96.

abusos, omisiones o desviaciones evidentes de las partes reclamen su función co-rectora, a un tiempo como jurisperito y como jurisprudente.

23) Más difícil resulta la formación de una *lista invariable de principios*, liberales unos y autoritarios otros, que sirva para la substanciación de toda clase de procesos. Circunstancias fluctuantes de lugar y de tiempo<sup>184</sup> y la existencia de distintos tipos de proceso (*supra*, nota 72), adscritos a la satisfacción de diferentes exigencias procesales, impide un señalamiento absoluto. “Sin embargo, en términos generales, los principios que deben inspirar un buen enjuiciamiento o conducir a su reforma si no los satisface, serían: independencia e inamovilidad del juzgador; unidad, independencia respecto del Ejecutivo,<sup>185</sup> y legalidad, en la actuación del ministerio público; dispositivo, en cuanto a la promoción del proceso civil, y mixto de acusación estatal y particular, en materia penal, para que la segunda supla las insuficiencias de la primera; inmediatividad en la asunción de diligencias; sana crítica, para apreciar la prueba; contradicción, para reunir el material del proceso, e instrucción, como freno de los extravíos de las partes y como complemento de su deficiente actividad; escritura, para fijar el tema litigioso, y oralidad, para su discusión; concentración en el desarrollo del procedimiento; publicidad, dentro de los límites que le son propios;<sup>186</sup> bilateri-

<sup>184</sup> Véase CALAMANDREI, *La relatività del concetto d'azione*, *cit.*, *passim*, así como KAUFMANN, *Sulla concezione del diritto in termini di azione* (en “Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.”, 1966, pp. 269-87), p. 287.

<sup>185</sup> Según sostuve ya en mi primer trabajo de índole procesal, *Lo que debe ser el ministerio público* (en “Rev. Gen. Legisl. y Jurisp.”, *cit.*, noviembre de 1929, pp. 519-31, y luego en mis “Estudios”, pp. 1-22); véanse también *Der. proc. pen.*, *cit.*, tomo I, pp. 387-90, y *Min. Púb. y Abog. Est.*, *cit.*, pp. 52-6.

<sup>186</sup> La publicidad activa constituye, desde luego, garantía esencial de un buen enjuiciamiento: aunque no concurra a todas las audiencias, basta la posibilidad de que el público pueda asistir, para que se ejerza sobre la administración de justicia una saludable vigilancia. Pero al mismo tiempo, sería negar la evidencia desconocer que la publicidad se desvía a veces de su verdadero cometido, hasta degenerar en coacción, o se interesa sólo por lo truculento y aun morboso, sin que tales riesgos se conjuren siempre mediante las restricciones que... conducen al desarrollo de los debates a *puerta cerrada*...: ALCALÁ-ZAMORA, *Der. Proc. Pen.*, *cit.*, tomo II, pp. 214-5. En otro sentido, el sistema de la discusión pública de la sentencia ante la Suprema Corte de Justicia de México, además de que no tiene nada de original —FERRAUD-CHARMANTIER recuerda cómo hubo de ser suprimida en Francia por Felipe V en 1320, ante contingencias tan desagradables, como la de que los magistrados se viesan atacados o desafiados por litigantes vencidos: cfr. su libro *Le secret professionnel: Ses limites, ses abus. Étude théorique & pratique* (París, 1926), pp. 64-5—, ofrece mayores inconvenientes que ventajas, según hemos puesto de relieve, PINA, *La publicidad en el periodo de formación de la sentencia* (en “Derecho Procesal (Temas)”, *cit.*, pp. 101-8, y yo en *Amparo y casación* (en “Rev. Fac. Der. Méx.”, núm. 61, enero-marzo de 1966, pp. 79-96, y en el volumen “El control de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado”, de MAURO CAPPELLETTI —México, 1966—, pp. 87-104), nota 48.

dad, juez natural, identidad física del juzgador, libertad formal condicionada fundamentación, moralidad, e impugnabilidad motivada.”<sup>187 y 188</sup>

<sup>187</sup> Con algún insignificante cambio, todo este párrafo final proviene de mis *Principios técnicos*, cit., p. 23, que a su vez deriva de *Proceso, autocomposición*, cit., núm. 132.

<sup>188</sup> *Addenda*: A causa del tiempo transcurrido desde la redacción del artículo (*supra*, núm. 1) hasta su aparición en Italia, ha sido necesario actualizar diversas notas. Con objeto de no perturbar la composición tipográfica, ya paginada, recogemos tales adiciones mediante una nota final.

*Nota 10*: También RUIZ-JARABO Y BAQUERO, presidente actual del Tribunal Supremo español, sostiene, al referirse al autogobierno de la judicatura, que el mismo «tiene como postulado indeclinable una absoluta dependencia del Jefe del Estado»: *La misión de juzgar* (Madrid, 1969), pp. 58-9. Huelga decir que la gravedad de esa supeditación se acentúa de manera alarmante en un régimen totalitario (*infra*, núm. 7), como el vigente en España.— *Nota 15, sub. B*: En junio de 1969 un nuevo intento de reforma procesal civil uruguaya ha sido encomendado al profesor VÉSCOVI, quien es probable tenga en cuenta orientaciones del proyecto Couture.— *Nota 25*: Reseña mía del libro *Processo e ideologie*, de CAPPELLETTI, en “Revista de Derecho Procesal Iberoamericana”, 1969, pp. 1007-10.— *Nota 35*: Véase también DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, en “Riv. Dir. Proc.”, 1965 (pp. 31-70), pp. 37, 59, 62 y 63 (traducción y notas suplementarias mías, en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, núm. 6, septiembre-diciembre de 1969, pp. 541-81).— *Nota 45*: Agreguemos, en relación con la justicia soviética: a) la información, en no pocos puntos tendenciosa a favor del régimen comunista, de B. JOFÉ, *Un procès politique en U.R.S.S.: Le procès du «bloc des droitiers et de trotskistes» antisoviétiques* (sobretiro de la “Revue de Droit Pénal et de Criminologie” belga, octubre de 1938), y b) el capítulo a ella consagrado (“La confesión voluntaria. Justicia de Moscú. 1927-1953”; pp. 275-346) en el volumen de Egon Ert, *Enigmas de los grandes procesos* (título dado a la traducción de *Ilusion der Gerechtigkeit*) (Barcelona, 1967), donde también se dedica uno al terror nacionalsocialista («La arbitrariedad sin máscara. La “justicia” bajo el régimen nazi. 1933-1945», seguidas de un apéndice sobre «Los campos de concentración y exterminio en la Alemania de Hitler»; pp. 365-419).— *Nota 55*: Sobre orientación socialista en la esfera del enjuiciamiento, véase CAO, *Esigenze sociali ed individualismo nel processo civile*, en “Studi per Chironi” (Milano, 1915), pp. 41 y ss., mencionado por DENTI, *ob. cit.* en la adición a la nota 35, p. 41, nota 34.— *Nota 61*: Reseña mía del libro de BAZARTE CERDÁN, en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, núm. 58-59, enero-agosto de 1967, pp. 262-5.— *Nota 62*: 2ª edición de *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1970.— *Nota 118*: Al cabo de treinta y tres años, o sea en 1969, logré saber que la primera parte de mi artículo *El sistema procesal de la ley relativa a vagos y maleantes* llegó a publicarse en España la víspera de la guerra civil, en la “Revista de Derecho Público”, núms. 55-56, julio-agosto de 1936, pp. 201-14.— *Nota 119*: Sobre represión del bandolerismo, véase últimamente, HERNÁNDEZ GIRBAL, *Bandidos célebres españoles (En la historia y en la leyenda) Primera Serie* (Madrid, 1968), *passim*.— *Nota 127*: Reseña mía del libro de SUEIRO, en “Bol. Mex. Der. Comp.”, 1970, núm. 7, pp. 163-6. Sobre modos terribles de ejecutar la pena de muerte, véase también el volumen de José E. LLOPIS, *Enigmas del mundo del crimen*, 2ª ed. (Barcelona, 1966), pp. 307-12.— *Nota 151*: Reseña mía del libro de NAGEL, en “Bol. Mex. Der. Comp.”, 1970, núm. 7, pp. 158-9.— *Nota 174*: Acerca del espíritu de litigiosidad, cfr. CALAMANDREI, *L'avvocatura e la riforma del processo civile*, en “Studi”, cit., vol. I (pp. 295-350), nota 6 (pp. 300-3), y ALCALÁ-ZAMORA, *Enjuiciamiento de animales y de objetos inanimados, en la segunda mitad del siglo xx* (en el homenaje póstumo al

procesalista argentino MERCADER; en prensa, así como también en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 79-80, julio-diciembre de 1970), nota 64.— *Nota 176*: El código de procedimiento penal chileno autoriza asimismo la *reformatio in pejus* con motivo de un recurso de casación (cfr. su art. 548).

*Última hora: Nota 11*: El artículo de MACHADO GUIMARÃES se reproduce en sus *Estudos de Direito Processual Civil* (Río de Janeiro-São Paulo, 1969; reseña mía en "Rev. Der. Proc. Iberoam."; 1970, núm. 2, pp. 427-31), pp. 128-36.— *Nota 68*: cfr. también ALCALÁ-ZAMORA, *Judicial Protection of the Individual against the Executive in Mexico* (en el volumen que recoge el Coloquio de Heidelberg de 1968 sobre el tema: New York, 1970), pp. 1157-77.— *Nota 111: Despacho saneador*: véase el artículo 360 del *Anteproyeto de código de processo civil* (Río de Janeiro, 1964) elaborado para Brasil por BUZÁID.— *Nota 119*: Represión reciente del bandolerismo en España: véanse los textos legislativos de 1º de marzo de 1940, 2 de marzo de 1943, 18 de abril de 1947 y 21 de septiembre de 1960, hecha la aclaración de que con frecuencia se han aplicado a enemigos políticos, muchísimos de los cuales fueron muertos sin previa condena jurisdiccional: cfr. HERNÁNDEZ PETIT, *La Guardia Civil*, en "Los Domingos de A B C" (7-IX-1969; pp. 26-33), p. 31.

### ADDENDA ET CORRIGENDA

A) **TEXTO:** Núm. 1: A causa del retraso en la aparición de la versión italiana de este ensayo, donde el texto mexicano habla de “tres años”, aquélla lo hace de “cuatro”.

B) **NOTAS:** (\*) Estrecha conexión con el asunto aquí abordado guarda el tema segundo de los examinados en el “Quinto Congreso Internacional de Derecho Procesal” (México, 12-18-III-1972), a saber: *Liberalización y socialización del proceso*, acerca del cual presentaron ponencias nacionales los profesores SCHWAB (Alemania Occidental), GUERRERO LECONTE (Argentina), FASCHING (Austria), DA SILVA PACHECO (Brasil), DEVIS ECHANDÍA (Colombia), SERRA DOMÍNGUEZ (España), PERROT (Francia), CAPPELLETTI (Italia), MEDINA LIMA (México), BARRIOS DE ANGELIS (Uruguay) y RODRÍGUEZ U. (Venezuela). La ponencia general estuvo a cargo del profesor alemán BAUR.— (174) *Enjuiciamiento de animales*: publicado en el “Libro homenaje a Amílcar A. Mercader: Problemática actual del derecho procesal” (La Plata, 1971), pp. 93-139, y en “Rev. Fac. Der. Méx.”, núm. cit., pp. 987-1030.

C) **REMISIONES:** Los trabajos míos que se citan en las notas que en seguida menciono, se reproducen todos en la presente obra, en los números que a continuación de cada una de aquéllas se indican: 13: *supra*, núm. 20; 31: *infra*, núm. 23; 33: *infra*, núm. 22; 37: *supra*, núm. 5; 38: *supra*, núm. 3; 39: *supra*, núm. 8; 45: *infra*, núm. 28; 46: *supra*, núm. 19; 49: *infra*, núm. 29; 50: *supra*, núm. 15; 53: *infra*, núm. 26; 59: *infra* núm. 24; 62: *supra*, núms. 8 y 7, respectivamente; 66: *supra*, núm. 1; 78: *supra*, núm. 6; 81: *supra*, núm. 11; 118: *supra*, núm. 4; 126: *supra*, núms. 18 y 17, respectivamente; 147: *supra*, núm. 14; 183: *supra*, núm. 12.