

9) <i>EN TORNO A LA NOCIÓN DE PROCESO PRELIMINAR</i> . . . .	453
<i>A) Introducción</i> . . . . .	453
<i>B) Determinación cronológica y teleológica</i> . . . . .	455
<i>C) ¿Fase, procedimiento o proceso?</i> . . . . .	462
<i>D) Presupuesto</i> . . . . .	464
<i>E) Comienzo y término del proceso preliminar; vacación interprocesal.</i> . . . . .	466
<i>F) Posición y nexos del proceso preliminar</i> . . . . .	468
<i>G) Examen de la relación procesal preliminar:</i> . . . . .	469
<i>a) Naturaleza y contenido;</i> . . . . .	469
<i>b) Sujetos;</i> . . . . .	472
<i>c) Constitución, desarrollo y fin;</i> . . . . .	476
<i>d) Relación procesal preliminar ejecutiva</i> . . . . .	481
<i>H) Clases de proceso preliminar</i> . . . . .	482
<i>I) Proceso preliminar penal:</i> . . . . .	487
<i>a) Significado y límites de la instrucción;</i> . . . . .	487
<i>b) Especies del mismo</i> . . . . .	493
<i>J) Consideraciones finales</i> . . . . .	496
<i>Addenda et Corrigenda</i> . . . . .	499

## EN TORNO A LA NOCIÓN DE PROCESO PRELIMINAR \*

A) Introducción. B) Determinación cronológica y teleológica. C) ¿Fase, procedimiento o proceso? D) Presupuesto. E) Comienzo y término del proceso preliminar; vacación interprocesal. F) Posición y nexos del proceso preliminar. G) Examen de la relación procesal preliminar: a) Naturaleza y contenido; b) Sujetos; c) Constitución, desarrollo y fin; d) Relación procesal preliminar ejecutiva. H) Clases de proceso preliminar. I) Proceso preliminar penal: a) Significado y límites de la instrucción; b) Especies del mismo. J) Consideraciones finales.

I) A) *Introducción*.—En anteriores trabajos nos hemos referido al proceso preliminar, como una figura “cuyo fin consistiría en determinar la posibilidad o pertinencia de un proceso principal posterior, que es al que correspondería el pronunciamiento sobre la pretensión de fondo”,<sup>1</sup> y cual una noción acaso perteneciente a los dominios de la llamada jurisdicción voluntaria.<sup>2</sup> Hoy, en el tan merecido homenaje que se rinde a la CEDAM con motivo de sus bodas de oro, y al que tan obligados estamos a contribuir los procesalistas del mundo entero,<sup>3</sup>

(\*) Publicado en el volumen II, pp. 265-316 de los *Scritti giuridici in onore della CEDAM, nel cinquantenario della sua fondazione* (Padova, 1953).

<sup>1</sup> *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*, núm. 34 (sobretiro de “Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina”, Buenos Aires, 1946; ahora, *supra*, *Estudio Número 7*). En el mismo sentido, en *Proceso, autocomposición y autodefensa* (México, 1947; 2ª ed., 1970), núm. 88; con anterioridad, aunque en términos más vagos, en *Orientaciones para una reforma del enjuiciamiento civil cubano*, núm. 28 (en “Ensayos de Derecho Procesal”, —Buenos Aires, 1944—), y en *Derecho Procesal Penal* (en colaboración con LEVENE H.), tomo II (Buenos Aires, 1945), p. 387, nota 160; últimamente, en ob. y lug. cit. en la nota siguiente y en *El antagonismo juez-partes: situaciones intermedias y dudosas* (conferencia dada en la Universidad de Caracas el 26-X-1950, próxima a publicarse) (ahora, *supra*, *Estudio Número 6*).

<sup>2</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria*, núm. 22 —v. también el 23— (en “Studi in onore di Enrico Redenti” —Milano, 1951—) (ahora, *supra*, *Estudio Número 4*).

<sup>3</sup> Ya que acaso ninguna editorial jurídica haya impulsado los estudios procesales en la medida que ella, Editora, desde que se inicia en 1924, de la famosa *Rivista di Diritto Processuale Civile*, cuyo segundo calificativo desaparece, con ampliación del área, en 1946; bajo su signo han aparecido, entre otros muchos libros de capital importancia, las *Lezioni*,

transformamos la episódica referencia en tema central, con el propósito de ahondar en el análisis de una institución que se manifiesta bajo formas diversas en muy distintos códigos<sup>4</sup> y que se entrecruza con otras, de las que resulta indispensable deslindarla.

2) Aun cuando el que denominamos proceso preliminar<sup>5</sup> se exterioriza en los diferentes campos del enjuiciamiento,<sup>6</sup> las dudas que, por lo menos en las legislaciones basadas en el sistema mixto, o anglofrancés,<sup>7</sup> suscita el comienzo exacto del proceso penal (cfr. *infra*, núm. 33), nos llevan a examinar primero los caracteres genéricos del fenómeno, a través, fundamentalmente, del cuadro

del *Sistema*, los *Studi* y el *Progetto* de CARNELUTTI; los homenajes a CHIOVENDA (1927) y a CARNELUTTI (1950); los *Studi* y las *Istituzioni* de CALAMANDREI y la magnífica serie de monografías que éste dirige bajo el título de *Studi di diritto processuale*; etc.

<sup>4</sup> Limitándonos por ahora a algunos de procedimiento civil, citaremos: *Alemania*: §§ 114, 485-93, 926; *Argentina*: arts. 55-6 de la ley 50 (en materia federal) y arts. 67-70, 449, 452 del cód. para la Capital; *Brasil*: arts. 80, 83, 676-7, 684-5; *España*: arts. 22, 460, 497-502, 1411, 1880, 1995; *Francia*: arts. 48-58, 806-11; *Italia*: arts. 80, 672, 692, 696, 698, 700, 810; *México*: arts. 1151-67 cód. de comercio (juicios mercantiles), arts. 193, 199, 201-4, 214, 223, 237, 250-1, 938 cód. del Distrito y arts. 92, 379 y ss., 389 cod. Federal; *Polonia*: arts. 113, 330-8, 838; *Portugal*: arts. 11, 387, 389,

<sup>5</sup> En atención al *calificativo* empleado por las dos leyes de enjuiciamiento civil españolas, que lo toman, como nosotros, en su acepción usual; si bien en cuanto al *substantivo*, la de 1855 hablaba de “disposiciones” (parte primera, tit. VII, sec. 1<sup>ª</sup>), mientras que la de 1881 lo hace de “diligencias” (lib. II, tit. II, cap. I, sec. 2<sup>ª</sup>), sin que tampoco el articulado respectivo se valga del término “proceso”. En nuestro *Programa de Estudios Superiores de Derecho Procesal* (sobretiro de “Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia”, 1950, núm. 46) utilizamos la rúbrica *fase preliminar*, para bautizar a la primera de las seis (además, estas cinco: expositiva, demostrativa, conclusiva, impugnativa y ejecutiva) que en el total desarrollo de un proceso pueden darse (cfr. pp. 263-4). FENECH, a su vez, mediante una traducción poco feliz del alemán *Vorverfahren* (v. *infra*, núm. 34), se sirve de la denominación *preproceso* para designar una de las manifestaciones del género, a saber: la instrucción criminal (cfr. su *Curso elemental de Derecho procesal penal* —Barcelona, 1945—, tomo I, p. 43). (También de *preproceso*, pero en sentido muy singular y en contraste con *proceso* y *postproceso*, habla CHICO GOERNE: el primero abarcaría la investigación previa a cargo del ministerio público, que tan desorbitado relieve alcanza en México; el segundo, todo el enjuiciamiento criminal hasta la sentencia inclusive; y el tercero, el juicio de amparo subsiguiente: cfr. su glosa como ministro de la Suprema Corte al voto emitido en el asunto Castrillón, en “Boletín de Información Judicial” —México, núm. 64; 2-V-1951—, p. 150). *Actos prejudiciales* es el epígrafe que prevalece en el derecho mexicano: cfr. *infra*, nota 210, en la que efectuamos puntualizaciones y crítica. La caracterización como *proceso* la encontramos en GUASP (cfr. *infra*, notas 11 y 149) y en los estudios nuestros cit. en la nota 1<sup>ª</sup>.

<sup>6</sup> Véanse las notas 4, 12-14, 195-197, 199, 201 y 202.

<sup>7</sup> Acerca de sus características y de las de los demás del enjuiciamiento criminal, véase nuestro *Derecho proc. pen.*, tomo II, pp. 216-23.

procesal civil y cuasicivil,<sup>8</sup> para ocuparnos luego de las peculiaridades que presente en el ámbito de la justicia criminal.

3) B) *Determinación cronológica y teleológica.*—Si tomamos como acto inicial del proceso que, en contraste con el *preliminar*, llamaremos de ahora en adelante *principal*, la demanda en que se deduzca la pretensión de fondo,<sup>9</sup> fácil es acotarlo *cronológicamente*, aunque eso sí, dentro de límites sumamente variables, como después veremos (cfr. *infra*, núms. 11-14). En este sentido, *por proceso preliminar habríamos de entender el conjunto de actuaciones*<sup>10</sup> *desenvueltas con anterioridad a la demanda de fondo y relacionadas con el proceso principal en virtud de factores que mudan según la finalidad perseguida por aquél* (cfr. *infra*, núms. 4-6). Si ese conjunto de actuaciones justifica el nombre de *proceso* o si solo merece el de *procedimiento*,<sup>11</sup> si engendra actividad propiamente jurisdiccional, es decir, *contenciosa* o, por el contrario, se detiene en el campo de la jurisdicción *voluntaria*; y si el concepto abarca las diligencias previas vinculadas con procesos ulteriores de fondo, pero tramitadas o emanadas del Ejecutivo,<sup>12</sup> de la Adminis-

<sup>8</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Programa de Derecho Procesal Civil* (México, 1948), p. 40, y *Examen del enjuiciamiento mercantil mexicano, y conveniencia de su reabsorción por el civil*, núm. 6 (en "Revista de la Facultad de Derecho de México", 1952, núm. 6).

<sup>9</sup> O más exactamente: la demanda notificada en forma (v. *infra*, nota 137), puesto que de acuerdo con las teorías publicistas acerca de la naturaleza del proceso, su momento constitutivo viene determinado, no por la *litiscontestatio*, como entendían las concepciones privatistas, sino por la *litispendencia*; cfr. nuestro *Proceso, autocomposición*, núm. 76.

<sup>10</sup> Vocablo más expresivo que "actos", al que, por tanto, debería reemplazar en el lenguaje procesal español: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Acertos terminológicos e institucionales del derecho procesal hispánico*, núm. 12 (sobretiro de "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", 1948, núm. 38) (ahora, *infra*, *Estudio Número 24*).

<sup>11</sup> GUASP, tras rechazar que se trate de "diligencias" (a las que, erróneamente, atribuye siempre naturaleza *documental*, con olvido de preceptos tan explícitos, como los arts. 313 y 634 l. enjto. civ. o como los 332 —a *sensu contrario*—, 366 ó 369, entre otros varios, de la l. enjto. crim.), afirma que las de los arts. 497-502 del primero de los textos citados, caen bajo la noción de "procedimiento" e incluso bajo la de "proceso": cfr. sus *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, 1ª ed., tomo II, vol. I, 1ª parte (Madrid, 1945), p. 149; véase, además, *infra*, nota 147. A su vez, DE LA PLAZA, por influjo notorio de la doctrina italiana, le llama "proceso" al cautelar (o preventivo, como también le denomina: cfr. *infra*, notas 18 y 149), pero incluye los restantes como "actos previos al planteamiento del proceso" (cfr. su *Derecho procesal civil español*, 2ª ed., vol. II —Madrid, 1945—, pp. 29 y ss. y 109 y ss.). Acerca de la distinción *proceso-procedimiento*, véanse las referencias que en la nota 44 consignamos.

<sup>12</sup> Por ejemplo: la "excitación especial del Gobierno" para proceder por injuria o calumnia contra Jefes de Estado o agentes diplomáticos extranjeros (art. 467 cód. pen. esp. de 1944); la consulta del Gobierno (o de las Cortes) al Tribunal de Garantías Constitucionales acerca de la necesidad de dictar una ley de bases a que hubieran debido acomodarse las regiones autónomas, cuando así lo exigiese la armonía de sus intereses con el general de la República, y cuya finalidad *preventiva* de ulteriores procesos

tración<sup>13</sup> o del Legislativo,<sup>14</sup> serán extremos que intentaremos puntualizar a lo largo del trabajo (cfr. *infra*, núms. 9, 17, 21, 27 y 29), puesto que no cabía englobarlos ni resolverlos dentro de una formulación a la vez apriorística y provisional del concepto.

4) Ya no es tan sencilla la determinación *teleológica*; y si en los ensayos citados en la nota 1<sup>3</sup> le asignamos una sola meta, fue, de un lado, por tratarse de una

(“conflictos”) ante la expresada jurisdicción aparece indudable (cfr. arts. 19 y 121 de la Constitución española de 1931 y arts. 22, 54 y ss. y 101 de la ley orgánica de dicho tribunal, de 1933); o bien en México la llamada “averiguación previa” en materia penal, que al encomendarse a la policía y al ministerio público, dependientes del Ejecutivo, desemboca en un procedimiento preparatorio *gubernativo*, pero no *judicial* (cfr. arts. 113-33 cód. proc. pen. federal de 1934 y 262-86 cód. Dist. de 1931).

<sup>13</sup> Verbigracia: dentro del derecho español, la reclamación previa en vía gubernativa, tratándose de demandas contra la Hacienda pública (cfr., entre otros, los arts. 533, n. 7, l. enjto. civ., 21 del Estatuto —de 21-I-1925— y 63 del Reglamento del Cuerpo de Abogados del Estado —de 27-VII-1943—, así como el r. d. de 23-III-1886 y la r. o. de 30-VI-1915); la orden ministerial o el acuerdo de la Dirección General de lo Contencioso, que los Abogados del Estado necesitan para ejercitar acciones civiles (art. 55 del Reglamento cit.); el recurso de alzada gubernativo o bien el procedimiento económico-administrativo (éste, ante unos titulados “tribunales”), como actuaciones previas del “recurso” (proceso) contencioso-administrativo (cfr. arts. 2-3 Reglto. conto-adv. de 1894 y 43 Reglto. de procedimiento económico-adv. de 1924); el pago precio de contribuciones y demás rentas públicas, en los recursos contenciosos que a ellas conciernan (cfr. arts. 6 de la ley —texto de 8-II-1952— y 8 y 262 del Reglto. conto-adv. cit.); en determinados casos, el “procedimiento administrativo” para el castigo de “faltas” de contrabando o defraudación (cfr. arts. 99, núms. 3-4, y 101, núms. 4-5, ley sobre la materia, de 14-I-1929), así como las diligencias gubernativas anteriores a la instrucción judicial en el supuesto de “delito” (art. 118 de la cit. ley penal y procesal); la autorización administrativa para procesar a funcionarios públicos (prevista por el art. 77 de la Constitución monárquica de 1876 y por el 666, n. 5, l. enjto. crim., y que únicamente el r. d. de 26-XI-1926 llegó en parte a desenvolver); en cierto modo, el informe de los superiores gubernativos acerca de si obró en virtud de obediencia debida el funcionario policial a quien se intente enjuiciar por homicidio o lesiones (cfr. decreto de 28-VII-1944), así como la cesión del fuero eclesiástico que los prelados hagan a las autoridades civiles cuando un sacerdote delinca (cfr. orden de 30-X-1941), hipótesis las dos últimas muy significativas respecto del régimen existente en España.

<sup>14</sup> Además del supuesto mencionado en la nota 12 (consulta de las Cortes al Tribunal de Garantías), recordemos: el levantamiento de la inmunidad para proceder contra parlamentarios (cfr., por ejemplo, el art. 56 de la Constitución española de 1931; v. también el 108 de la mexicana de 1917); el llamado juicio político, cuando se reduzca al desafuero del presunto culpable y deje después expedito el camino a los tribunales ordinarios (cfr. arts. 46, 52 y 53 de la Const. argentina de 1949; v. asimismo el 109 de la mexicana); la denominada acusación parlamentaria de altos funcionarios, bien de la Cámara Baja ante la Alta (cfr. art. 11 Const. mexicana: régimen del Gran Jurado), bien de las Cortes ante el Tribunal de Garantías Constitucionales (cfr. arts. 85 y 92 de la Const. de 1931; 77, 79 y 80 de la ley del cit. tribunal y 5 de la de Responsabilidad del Presidente de la República, de 1933, todas ellas en la España anterior a la guerra civil).

indicación incidentalmente deslizada en trabajos que tenían otro objeto y donde, por tanto, no se profundizó en la idea y, de otro, por no haber pensado sino en la modalidad más característica, la de índole preparatoria, a la cual, por añadidura, se aplica el calificativo "preliminar" en la legislación española (cfr. *supra*, nota 5). Pero con posterioridad,<sup>15</sup> le hemos atribuido un triple fin: *preparatorio, preventivo y cautelar*, e incluso habría que pensar en otros dos, en que si no *preliminaridad*, con el alcance que al vocablo le damos, hay, desde luego, *prioridad* y nexo entre un proceso antecedente y otro consiguiente.

5) Pasemos ahora rápida revista a las cinco situaciones en cuestión. Sea cual fuere su especie, pertenece a la categoría de lo axiomático que las actuaciones preparatorias de un proceso ulterior poseen naturaleza preliminar. Dudoso, en cambio, puede parecer que incluyamos bajo la rúbrica de preliminares a los medios preventivos y a las medidas cautelares:<sup>16</sup> apresurémonos a proclamar que ni unos ni otras lo son en sí ni de manera absoluta y sí tan sólo cuando se recaben *antes* de la demanda de fondo. En otros términos: tomando como prototipo de los medios preventivos la conciliación<sup>17</sup> y de las medidas cautelares el embargo,<sup>18</sup> únicamente serán preliminares cuando funcionen como *preprocesales* y no como *intraprocesales*<sup>19</sup> respecto del proceso principal o de fondo.

<sup>15</sup> Cfr. nuestro *Programa* cit. en la nota 5 (cap. X, ap. A). Pero esa triple finalidad se infería ya de anteriores trabajos nuestros, a saber: *Programa de Derecho Procesal y Cuestionario para el Acto del Examen* (1ª ed., Santiago, 1933, pp. 34-6; 2ª ed., Valencia, 1935, pp. 32-3), *Der. proc. pen.*, tomo II, cap. XIV (pp. 259-313) y *Programa de Derecho Procesal Civil* (México, 1948, pp. 27-8), en todos los cuales asociamos la prevención, la preparación y el aseguramiento de los juicios.

<sup>16</sup> Medidas, providencias o proveimientos, en cuanto al sustantivo; cautelares, asegurativas o precautorias, respecto del adjetivo: cfr. nuestro *Der. proc. pen.*, tomo II, pp. 271-2.

<sup>17</sup> En su evolución española, comenzó siendo catalogada como *decisión extrajudicial* (art. 283 de la Constitución de 1812) y luego después como *juicio* (textos, desde 1812 a 1830, mencionados por DE LA PLAZA, ob. cit., vol. II, p. 111); la ley de enjto. civ. de 1855, aunque regulándola, como la actual de 1881, dentro de la jurisdicción contenciosa, le cambió aquel nombre por el de *acto*, peculiar, en ambos cuerpos, de los expedientes de jurisdicción voluntaria (cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la ley de enjuiciamiento civil*—Madrid, 1857—, pp. 62 y 213-4). El susodicho contraste entre el *juicio* (contencioso) y el *acto* (voluntario) se manifiesta con todo relieve en los arts. 4, 10, 460-1, 1811 y 1823, entre otros, de la ley de 1881.

<sup>18</sup> Nos referimos, claro está, al preventivo o provisional y no al apremiativo o ejecutivo. Mejor dicho: al primero, tan sólo cuando es anterior a la demanda (cfr., v. gr., art. 1411 l. enjto. civ. esp. o arts. 237, 244 y 250 cód. proc. civ. mexicano del Distrito). Por razones que luego se expondrán (cfr. *infra*, nota 149), estimamos preferible llamarle "provisional" en vez de "preventivo"

<sup>19</sup> Cfr. *Proceso, autocomposición*, núms. 14, 48 y 114.

6) Siempre en atención a su finalidad, las otras dos situaciones a que hemos aludido podrían ser caracterizadas como *prejudicial* la primera y como *revisora* la segunda, con la particularidad de que en aquélla el adjetivo se refiere al proceso *anterior* y en ésta al *posterior* en el tiempo, dentro de la relación de antecedente a consiguiente que las dos hipótesis reclaman. Ahora bien: cuando hablamos de proceso anterior prejudicial, dicho se está que no pensamos en las llamadas *cuestiones prejudiciales*<sup>20</sup> surgidas como homogéneas o heterogéneas<sup>21</sup> en un proceso pendiente, y sea cual fuere el sistema que rija para su solución,<sup>22</sup> las cuales determinan un proceso incidental *lato sensu*, más no preliminar, sino en la *influencia prejudicial* que un proceso principal número 1, concluido mediante sentencia con autoridad de cosa juzgada, ejerza sobre otro proceso principal número 2, iniciado inclusive mucho tiempo después de haberse clausurado el primero, con el que, sin embargo, se conecta en forma homogénea o heterogénea<sup>23</sup> y con más o menos amplitud. En cuanto a los supuestos de revisión, y tras insistir en que el proceso preliminar sería, en todo caso, el revisado y no el revisante, es decir, el anterior y no el posterior, adoptamos la rúbrica en su acepción genérica, para comprender cualquier hipótesis de impugnación mediante nuevo juicio,<sup>24</sup> ya se trate de “recursos” excepcionales que reabran una relación procesal cerrada mediante sentencia firme,<sup>25</sup> ya de procesos ordinarios para

<sup>20</sup> Para su estudio en el derecho español, véase GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*, tomo I (Barcelona, 1947), pp. 128-261. Con anterioridad, AGUILERA DE PAZ, *Tratado de las cuestiones prejudiciales y previas en el procedimiento penal* (Madrid, 1904). En la literatura de lengua castellana no española, cfr. últimamente ODERIGO, *Prejudicialidad civil en el proceso penal* (Buenos Aires, 1945), y ARLAS, *La cosa juzgada penal y su eficacia sobre la materia civil* (Montevideo, 1950).

<sup>21</sup> Acerca de esta, distinción, cfr. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale* (Torino, 1931), vol. I, núms. 59-60.

<sup>22</sup> Una recapitulación de los mismos, en nuestro *Der. proc. pen.*, tomo I, pp. 237-8; véase también GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, tomo I, pp. 129-32.

<sup>23</sup> *En forma homogénea*: por ejemplo, un proceso penal anterior, a efectos de declarar la reincidencia o la reiteración en uno posterior; un proceso civil que proclame la calidad de hijo a favor de una determinada persona, con otro en que basándose en dicho reconocimiento, se demanden alimentos o se deduzca una pretensión sucesoria. — *En forma heterogénea*: verbigracia, la precedente sentencia sobre nulidad de matrimonio, se opone en causa penal por supuesto delito de bigamia; el fallo condenatorio por delito de falsificación de documentos, se invoca en ulterior pleito civil donde se aduzca para justificar el pretendido derecho.

<sup>24</sup> Expediente que en unión de los *recursos* en estricto sentido (sean o no devolutivos) y de la *oposición* constituyen las tres manifestaciones más típicas del género impugnativo en el derecho español; cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Adiciones al Derecho procesal civil de Goldschmidt* (Barcelona, 1936), pp. 411-2; *Adiciones a los números 569 y 600 del Sistema de Carnelutti* (Buenos Aires, 1944), tomo III, pp. 630-1 y 721; *Derecho proc. pen.*, tomo III, p. 257-8; *Aciertos terminológicos*, núm. 50; *Programa Der. proc. civ.*, pp. 34-5.

<sup>25</sup> Tienen este carácter en el proceso civil español (acerca del penal, *infra*, notas 201-205) la audiencia al rebelde (arts. 773 y ss. y 785 l. enjto.), la tercería (en la

efectuar un examen del litigio más completo que el llevado a cabo en un precedente juicio sumario concluso en virtud de sentencia con fuerza de cosa juzgada *formal*, pero no *material*.<sup>26</sup>

7) De los cinco posibles tipos de proceso preliminar, el *preparatorio* lo es siempre y por esencia, aun cuando no se siga luego<sup>27</sup> el proceso principal previsto como secuela al deducirlo; el *preventivo* y el *cautelar* lo son únicamente cuando, según dijimos (cfr. *supra*, núm. 5), funcionen como preprocesales respecto del de fondo; y en cuanto al *prejudicial* y al *revisivo*, lo serán, aunque parezca paradójico, a *posteriori*, o sea tan solo cuando la sentencia del proceso número 1 repercuta sobre el número 2, o bien cuando el proceso *potencialmente* revisable quede *efectivamente* sujeto a revisión. En este sentido, cabría contraponer los procesos preliminares *originarios* (los tres primeros) y los procesos preliminares *sobrevenidos* (los dos últimos).<sup>28</sup>

8) En cambio, no podemos incluir como tipos de proceso preliminar las actuaciones destinadas a pronunciar sobre *admisibilidad de la demanda*<sup>29</sup> o a encauzar la *marcha del procedimiento*,<sup>30</sup> porque por muy pronto y rápido que sea su desenvolvimiento, son siempre posteriores al acto que como límite *ad quem*

hipótesis del 1543 en relación con el 919) y la revisión (arts. 1796 y ss.), ya se las considere como recursos excepcionales (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Los recursos en nuestras leyes procesales* —en “Estudios de Derecho Procesal”, Madrid, 1934—, pp. 56-7 y 65) o cual acciones autónomas que reabren una relación procesal cerrada mediante sentencia con autoridad de cosa juzgada (cfr. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 4ª ed. —Napoli, 1928—, pp. 998-9; ALCALÁ-ZAMORA, *Notas para la reforma de la ley de enjuiciamiento civil* —en “Estudios”—, pp. 248-9).

<sup>26</sup> Para la legislación española, cfr. nuestras *Adiciones al Goldschmidt*, p. 397, y al núm. 106 del *Carnelutti*, tomo I, pp. 365-6; en el derecho mexicano, véanse los arts. 461 y 486 cód. proc. civ. del Distrito. Agreguemos otros supuestos: el incidente para la revocación del patrocinio gratuito (art. 33 l. enjto. civ.), la revisión de las declaraciones de incapacidad (cfr. art. 219 cód. civ. español), de ausencia o de muerte presunta (cfr. arts. 187, 195 y 197 cód. civ. y 2043 l. enjto. según la redacción, respectivamente, de 8-IX y 30-XII-1939), la impugnación del juicio monitorio (cfr. art. 656 cód. proc. civ. italiano), etcétera.

<sup>27</sup> Por cualquier causa: muerte, autocomposición, frustración (o sea cuando el resultado imaginado por el promovente discrepa esencialmente del que en realidad se consigne).

<sup>28</sup> Nos valemos del postrer calificativo, por analogía con las excepciones de tal índole, es decir, con las que el art. 260 cód. proc. del Distrito llamada “supervenientes”.

<sup>29</sup> *Bien de oficio* (fórmula del art. 257 cód. proc. del Distrito en México) o a *instancia de parte* (defecto legal en el modo de proponer la demanda, en funciones de excepción dilatoria: art. 533, n. 6, l. enjto. civ. española).

<sup>30</sup> Pensemos en la audiencia preliminar (*Erste Tagsatzung*) del derecho austriaco (cfr. KLEIN y ENGEL, *Der Zivilprozess Oesterreichs* —Mannheim, 1927—, pp. 260-5) o o del cód. proc. civ. del Vaticano (arts. 243-9) o en el despacho saneador de los códigos lusitanos de 1939 (arts. 104 y 514 del portugués y arts. 293-6 del brasileño, ambos de procedimiento civil).



hemos señalado a la figura que nos ocupa (cfr. *supra*, núm. 3). Por el mismo o análogo razonamiento descartamos también del catálogo las denominadas *cuestiones previas*, que son incidentales e intraprocesales;<sup>31</sup> el *reemplazo del proceso público por el arbitraje*, o viceversa,<sup>32</sup> en que si bien media cambio de juzgador (como, en otro sentido, cuando se acude a la vía impugnativa) y aun de procedimiento,<sup>33</sup> la demanda de fondo perdura y se proyecta sobre la unidad del proceso principal, que prosigue su marcha; y la *transformación de un expediente de jurisdicción voluntaria en juicio contencioso*,<sup>34</sup> porque, a nuestro entender, el primero no puede ser considerado como genuino proceso,<sup>35</sup> ni la *solicitud* con que se inicie, cual verdadera *demandada*.<sup>36</sup> [Claro está que para quienes sustenten la tesis contraria, la conclusión será asimismo opuesta,<sup>37</sup> y, además, hay que exceptuar los procedimientos que aun siendo voluntarios, se vinculen, en cuerda preventiva, como la conciliación,<sup>38</sup> o preparatoria, cual las habilitaciones para comparecer en juicio,<sup>39</sup> con eventualidades estrictamente procesales]. Resulta,

<sup>31</sup> Cfr. nuestro *Derecho proc. pen.*, tomo I, pp. 243-4, así como GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, tomo I, pp. 136-7.

<sup>32</sup> Cfr. arts. 487, 824-6, 836 y 1774 y ss., l. enjto. civ. española o bien arts. 610 y 635 cód. proc. civ. del Distrito en México.

<sup>33</sup> Puesto que el arbitral, que en algunas legislaciones incluso puede ser establecido por las partes (cfr. arts. 1051-4 cód. com. mexicano —juicio convencional mercantil, aplicable también por jueces públicos, aunque letra muerta en este sentido—, 619 cód. proc. civ. del Distrito, 816 cód. proc. italiano, entre otros, así como 299 del proyecto uruguayo) o no estar sujeto a “formas legales” (art. 833 l. enjto. española, en orden a la amigable composición), suele ser más sobrio y sencillo que el desenvuelto ante los juzgadores estatales u oficiales; pero cabe también que se acomode a éste en mayor o menor medida (cfr. arts. 804, 811, 816 y 825 l. enjto. española, o art. 619 cód. del Distrito).

<sup>34</sup> Cfr. arts. 1817 l. enjto. civ. española (v. también los arts. 1088, 1114 y 1118: juicios sucesorios) y 896 (v. asimismo el 875) cód. proc. civ. mexicano del Distrito.

<sup>35</sup> Cfr. nuestras citadas *Premisas*, núms. 9, 31 y 41; en contra CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 81, e *Istituzioni*, núm. 23.

<sup>36</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Orientaciones ref. enjto. civ. cubano*, núm. 42 (en “Ensayos”, p. 128), y *Premisas jurisd.* vol., nota 105.

<sup>37</sup> Autores como CASARINO VITERBO (*La jurisdicción voluntaria ante la doctrina*, en “Revista de Derecho Procesal” argentina, 1948, I, p. 349), VISCO (*I procedimenti di giurisdizione volontaria*, 2ª ed. —Roma, 1950—, pp. 21-3) y FINA (*Notas sobre la jurisdicción voluntaria*, en “Derecho Procesal (Temas)” —México, 1951—, pp. 221-3) persisten, en los últimos tiempos, en proclamar la índole propiamente jurisdiccional de la llamada jurisdicción voluntaria. En una posición ecléctica en el fondo se coloca, por su parte, URRUTIA SALAS, al considerarla como una institución jurídica compleja que se manifiesta a través de los distintos poderes del Estado (*La jurisdicción voluntaria*, en “Estudios en memoria de James Goldschmidt”, vol. II —Buenos Aires, 1951—, pp. 304-6, 312-3 y 316-8).

<sup>38</sup> Cfr. *supra*, nota 17, e *infra*, nota 142.

<sup>39</sup> Una deficientísima regulación de las normas referentes a las partes, ha hecho que pese a comenzar la ley de enjuiciamiento civil española con un libro de “Disposiciones

por el contrario, discutible si en los casos de *acumulación y de escisión de procesos* puede considerarse como preliminar la fase anterior al momento en que se produce la confluencia o en que opera la difluencia; pero nos inclinamos a una contestación negativa, porque la *crisis procesal*<sup>40</sup> que entonces se origina, no refleja la característica desigualdad de plano que entre el proceso preliminar y el principal se advierte cuando aquél responde a cualquiera de los tres primeros tipos (preparatorio, preventivo o cautelar), ni tampoco acusa la relación de antecedente a consiguiente que se da en los dos últimos (prejudicial y revisivo). Por último, cuando un *proceso termina con sentencia que no decide sobre el fondo*, por mediar obstáculo al efecto,<sup>41</sup> pero que no impide renovar la pretensión en debida forma o ante la autoridad a quien corresponda, ¿puede estimársele como preliminar del que con posterioridad se deduzca? También ahora propendemos a la respuesta negativa: a) porque la renovación podría traducirse en reclamación en vía administrativa y, correlativamente, en abandono de la jurisdiccional, declarada improcedente, y entonces faltaría la necesaria ligazón entre el proceso preliminar y el principal, o mejor dicho, no se daría el segundo; y b) porque aun en el caso de emprenderse un nuevo proceso (por ejemplo: la pretensión mal llevada ante la jurisdicción civil, pertenece, en realidad, a la laboral, y ante ésta se renueva), el primero aparecería *siempre* como un proceso incorrecto o indebidamente seguido, mientras que este sambenito no puede endosársele con carácter *general* a los procesos preliminares propiamente tales. Cosa muy distinta es que un proceso preliminar pueda preceder o combinarse con otro igualmente preliminar: verbigracia, fracasada la conciliación, se pide como preprocesal una medida cautelar, o bien la exhibición de cosa mueble se convierte en depósito.<sup>42</sup>

comunes a la jurisdicción contenciosa y a la voluntaria”, no se ocupe en él de las habilitaciones para comparecer en juicio, recludas en el título IX, parte primera, del libro III, como si se tratase de un procedimiento exclusivamente voluntario que nada tuviese que ver con eventualidades contenciosas. Con mejor criterio en este punto obró respecto de la conciliación (cfr. *supra*, nota 17). El mismo defecto en cuanto a las habilitaciones se advierte en el cód. proc. civ. mexicano del Distrito (cfr. su art. 938, frac. I, perteneciente al título XV).

<sup>40</sup> Acerca de este concepto, CARNELUTTI, *Sistema*, núms. 615 y 723; y si bien reduce sus manifestaciones a la suspensión, conversión y cesación del *procedimiento*, no vemos dificultad alguna en proyectar la noción de crisis al *proceso* y en considerar como formas suyas la *acumulación* y la *escisión de procesos*, que él estudia bajo otras rúbricas (cfr. ob. cit., núms. 372 y 379).

<sup>41</sup> Es decir, siempre que, en términos generales, se produzca la llamada *absolutio ab instantia*, entendida con el alcance que le da CARNELUTTI (cfr. su *Sistema*, núms. 397, 492, 649 y 700).

<sup>42</sup> Cfr. art. 499 l. enjto. civ. española, y acerca del mismo, nuestro dictamen *Naturaleza del depósito de cosa mueble exhibida* (1933; próximo a ser publicado).

9) C) *¿Fase, procedimiento o proceso?*—Ese conjunto de actuaciones cronológicamente anterior al proceso de fondo, o al segundo proceso principal en ocasiones (cfr. *supra*, núms. 3 y 6), ¿constituye una mera *fase*, un *procedimiento* o un *proceso*? Por de pronto, al componerse siempre de una *serie* de actos y no de uno *solo*,<sup>43</sup> es evidente que se traduce en un *procedimiento*, más o menos complejo. Pero como *proceso* y *procedimiento* no son términos que se repelen, sino que por fuerza coexisten, por responder a un distinto enfoque del mecanismo procesal— a saber: teleológico respecto del primero y formalista acerca del segundo—,<sup>44</sup> el hecho de que la etapa preliminar exija un procedimiento, en manera alguna prejuzga que se encuentre adscrito a un proceso o a una mera fase del mismo, como, en otro sentido, al no ser concepto monopolizado por nuestra disciplina,<sup>45</sup> tampoco excluye que su desarrollo se efectúe a veces fuera del área judicial.<sup>46</sup> Entonces, siempre teniendo en cuenta las distinciones y consideraciones hechas en los números 3 a 8, llegaríamos a la conclusión de que en las situaciones 4ª (prejudicial) y 5ª (revisiva) el procedimiento desenvuelto como preliminar se corresponde con un *verdadero proceso*, que incluso pudo haber recorrido diferentes instancias<sup>47</sup> y hasta haberse consumado en él la ejecución,<sup>48</sup> mientras que en las otras tres hipótesis —o sea en las *originarias*, a diferencia de las *sobrevenidas* (cfr. *supra*, núm. 7)—, en que el enlace con el proceso principal único se tiene en cuenta desde el primer momento, lejos de ser eventual o *a posteriori*, parece más correcto hablar de *simple fase*, al manifestarse la conexión más próxima y directa. Con todo, no debe olvidarse que por diversas causas, y como más relevantes dos de signo antagónico: el *éxito* del medio preventivo y el *fracaso* de la actividad preparatoria (véase, además, *supra*, nota 28), no siempre el procedimiento preliminar va seguido del principal que *se pensaba* acometer; y en tales casos, no es posible considerarle como fase de un proceso, deseado o

<sup>43</sup> Para el deslinde entre el acto y el procedimiento, cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, núms. 392 y 613. Véase también nuestro *Derecho proc. pen.*, tomo II, pp. 137-147.

<sup>44</sup> Para la distinción entre el proceso y el procedimiento, cfr. CHIOVENDA, *Principii*, 4ª ed., pp. 95 y 960-1, y con más amplitud, CARNELUTTI, *Sistema*, núms. 614 y 710, y *Lezioni sul processo penale*, núms. 331 y 443 (trad. española, Buenos Aires, 1950). Véase también ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, procedimiento, enjuiciamiento* (en "Estudios", pp. 461-75), *Adiciones a los núms. 92, 428 y 613-615 del Sistema de Carnelutti*, y *Proceso, autocomposición*, núms. 65-68, 77 y 78.

<sup>45</sup> Cfr. nuestro *Derecho proc. pen.*, tomo I, p. 16.

<sup>46</sup> Según sucede en varias de las hipótesis mencionadas en las notas 12-14.

<sup>47</sup> O más exactamente, para incluir la casación si se acudió a ella: toda la jerarquía jurisdiccional de un país, desde el juez de primer grado al tribunal supremo.

<sup>48</sup> Como sucedió en el error judicial de Osa de la Vega, en que los condenados por un homicidio que no habían perpetrado, no pudieron promover la revisión sino después de extinguida la pena, por haberse comprobado la existencia de la supuesta víctima tras haber salido ellos de presidio (cfr. la sentencia del Tribunal Supremo español de 10-VII-1926, en relación con el art. 954 l. enjto. crim. antes de su reforma por ley de 24-VI-1933).

imaginado en un cierto instante, pero que no llega a nacer. Es decir, que si el procedimiento preliminar de tipo preparatorio, preventivo o cautelar va efectivamente seguido del proceso del fondo, será en rigor una mera *fase accesoria* del mismo (cfr. *infra*, núm. 30), mientras que si esa sucesión no se produce, habrá que contemplarle como un *proceso autónomo*, con independencia del resultado positivo o negativo que alcance. Ello, de no comparar el *iter criminis* y el *iter procesal*, a fin de presentar la última perspectiva citada como una *tentativa de proceso*, susceptible incluso de desistimiento.<sup>49</sup> Por otra parte, al otro extremo del proceso principal de conocimiento, o sea en la ejecución, puede presentarse una situación similar, en dos hipótesis distintas: a) en los códigos que con tal fin admitan una doble vía, a saber: la de apremio y la del juicio ejecutivo,<sup>50</sup> cuando se opte por ésta, ya que pese a su nombre, dicho procedimiento es, ante todo, de cognición (aunque, eso sí, abreviada o sumaria)<sup>51</sup> y, por tanto, tendríamos una sucesión de procesos de esa índole; b) cuando, exista o no la dualidad mencionada, se acuda al apremio *no inmediatamente después* de concluida la fase de conocimiento, sino *tras un prolongado lapso*, que podría ser hasta de años,<sup>52</sup> en tanto no se haya extinguido la acción ejecutiva.<sup>53</sup> Todavía, donde rijan, o si se acepta, un proceso de ejecución autónomo e inmediato, desligado del de conocimiento y que vendría a ser el reverso de la acción declarativa,<sup>54</sup>

<sup>49</sup> Si bien en lo penal, para operar como arrepentimiento, habrá de ser activo (cfr. art. 9, circunstancia 8ª, cód. penal español), mientras que en el preliminar podría mediar el mero abandono o deserción (tácita): véanse arts. 469 (conciliación) y 1411 (embargo) l. enjto. civ.

<sup>50</sup> Como en el mexicano del Distrito (cfr. sus arts. 444, 500, 502 y 505); véase también el Proyecto uruguayo de 1945, arts. 416 y 443. Tal situación se daba asimismo, aunque sin dualidad de vía, en el proceso español anterior a la ley de 1855, donde al término del juicio (ordinario) de condena había de seguirse el ejecutivo (cfr. FÁBREGA y CORRÉS, *Lecciones de Práctica Forense* —2ª ed., Barcelona, 1921—, pp. 134-5).

<sup>51</sup> En tal sentido, nosotros, en *Orientaciones ref. enjto. cubano*, núm. 36 (en “Revista del Colegio de Abogados de La Habana”, mayo de 1942, p. 197; luego en “Ensayos”, p. 119), y, aunque de manera menos explícita, PRIETO CASTRO, en *Derecho procesal civil*, tomo II (2ª ed., Zaragoza, 1946), pp. 192-3.

<sup>52</sup> Como en la ley 63 de TORO (1505), incorporada a la *Novísima Recopilación* (lib. XI, tit. VIII, ley 5) —acerca de su alcance, cfr. MANRESA, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, 5ª ed., tomo IV (Madrid, 1929), pp. 179-180—, y que inspira en este punto al art. 529 cód. proc. civ. mexicano del Distrito (“La acción para pedir la ejecución de una sentencia... durará diez años...”).

<sup>53</sup> El plazo correspondiente (véase nota anterior), ¿es de prescripción de la acción (léase, del derecho material subjetivo reconocido en la sentencia) o de caducidad de la instancia ejecutiva? El art. 1971 del cód. civil español resolvió la duda en la primera dirección; pero téngase en cuenta su fecha (1888) y, sobre todo, la concepción privatista, y no procesal, de la acción a que responde. Más cauto, el antes cit. art. 529 mexicano soslayó la cuestión, no hablando de caducidad (institución que el cód. de 1932 no regula) ni de prescripción, sino de duración; pero no se olvide que dicho cuerpo legal acoge la clasificación privatista de las acciones (cfr. sus arts. 3 y ss.).

<sup>54</sup> Cfr. LIEBMAN, *Execução e ação executiva* (sobretiro de “Revista Forense”; Río de

nos hallaríamos ante un supuesto que sería la contrafigura del proceso preliminar no seguido de proceso principal de cognición: en ambos casos faltaría éste, si bien en el uno como *posterius* o secuela y en el otro como *prius* o antecedente, por lo mismo que en un desarrollo normal ocuparía la posición central (preliminar-conocimiento-ejecución). Finalmente, cabe que el proceso de conocimiento no vaya ni precedido por fase preliminar ni seguido por ejecución: la sentencia que lo clausure es desestimatoria, o bien, por su índole, la pretensión que acoge no requiere ejecución.<sup>56</sup> Recapitulando, llegaríamos a la conclusión de que en caso de *desenvolvimiento normal* o fisiológico, las actuaciones preliminares que hemos llamado originarias, y lo mismo sucede en el extremo opuesto con las ejecutivas, compondrían tan sólo la *primera fase de un proceso* (la última, si se trata de ejecución), que como máximo abarcaría tres en su conjunto (previa, cognoscitiva,<sup>56</sup> ejecutiva) —accesoria la primera,<sup>57</sup> principal la segunda y complementaria la tercera—,<sup>58</sup> mientras que en la hipótesis de *desarrollo anormal* o patológico, esas etapas, inclusive la de conocimiento, funcionarían como verdaderos procesos, por reducirse o identificarse entonces la parte con el todo.

10) D) *Presupuesto*.—Veamos ahora cual es el *presupuesto* de la actividad procesal preliminar, ya se reduzca a mera fase o ascienda hasta proceso autó-

Janeiro, 1943), pp. 216-7, así como nuestra reseña del trabajo, en "Revista de Derecho Procesal" argentina, 1944, II, pp. 94-6.

<sup>56</sup> Cuando sea declarativa o constitutiva, ya que entonces, al quedar satisfecha su finalidad con la sentencia estimatoria, no requiere *ejecución*, aun cuando pueda reclamar ciertos actos de *cumplimiento* (anotación en registros, por ejemplo). Lo mismo sucede, a veces, con las absolutorias, tanto civiles como penales (revocación de medidas cautelares, liberación de detenidos, devolución de cosas o documentos, etc.).

<sup>56</sup> Incluida en ella la etapa impugnativa. Tratándose de la ejecución de sentencias o laudos extranjeros, entre la fase cognoscitiva y la ejecutiva —es decir, entre la *exterior* y la *interior*—, si las miramos desde el punto de vista de la jurisdicción nacional ejecutante, se intercala la de reconocimiento o declaración de ejecutabilidad de la resolución extranjera, también de *desenvolvimiento interno*.

<sup>57</sup> Hecha la aclaración de que el preliminar no es el único de naturaleza accesoria: lo son asimismo el incidental (en toda su gama), el cautelar (en sus diferentes especies, y ahora nos referimos al intraprocesal) y las cuestiones prejudiciales, ¿*Quid* cuando funciona como preliminar un proceso de fondo? Pues entonces, si lo aislamos del proceso consiguiente, será principal; y accesorio si lo conectamos con él.

<sup>58</sup> "... puesto que, cuando sea pertinente, lo que importa en definitiva es la ejecución del pronunciamiento jurisdiccional, que se encontraría con ella en la relación de medio a fin, y que sin su complemento ejecutivo (voluntario o forzoso), no pasaría de ser una declaración platónica" (ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho proc. pen.*, tomo I, p. 193). Claro que en el campo de la ejecución tendríamos que distinguir tres situaciones: a) la ejecución inmediata, en que falta el proceso de conocimiento (LIEBMAN) o se reduce a su mínima expresión (tesis nuestra: cfr. *supra*, obs. y lugs. cit. en nota 54); b) la ejecución mediata en vía de apremio; y c) la ejecución mediata en vía ejecutiva (cfr. *supra*, nota 50), que ocuparía en tal caso la posición antípoda del proceso preliminar.

nomo. En contraste con el proceso principal de conocimiento, que, a nuestro entender, siempre tiene como presupuesto el *litigio*,<sup>59</sup> e incluso con la ejecución, lo mismo si la reputamos simple fase que si la contemplamos cual proceso, que arranca o se basa en el *título* correspondiente, sea cual fuere su índole,<sup>60</sup> no es posible asignar un presupuesto único o común a los diversos tipos de proceso preliminar, agrupados o agrupables en virtud de una consideración cronológica, pero profundamente distintos por las finalidades a que responden (cfr. *supra*, núms. 3-7). Si ahora recordamos las cinco clases de proceso preliminar, advertiremos que los tres *originarios* cuentan cada uno con su presupuesto respectivo, a saber: en el *preparatorio*, una duda, obstáculo o deficiencia que conviene o es indispensable despejar, remover o subsanar antes de penetrar en el proceso principal;<sup>61</sup> en el *preventivo*, la satisfacción de un propósito autocompositivo, que, de fracasar, se reduce a la observancia de una mera condición de procedibilidad en cuanto al ulterior proceso de fondo;<sup>62</sup> y en el *cautelar*, el deseo de conjurar

<sup>59</sup> Concepto-clave del pensamiento de CARNELUTTI en las *Lezioni di dir. proc. civ.* (cfr. núms. 13, 14 y 44-47) y en el *Sistema* (cfr. núms. 16, 57, 82, 83, 410 y 519), sin contar con su examen en trabajos menores del autor (una lista de ellos, en nuestro *Prólogo* a la trad. de sus *Lezioni sul processo penale*, vol. I —Buenos Aires, 1950—, p. 4, nota 5), ha sido considerado por nosotros como el genuino presupuesto procesal (cfr. *Enseñanzas acerca de la acción*, núm. 13; *Proceso, autocomposición*, núm. 3; *Premisas jurisd.* vol., núm. 31). En el mismo sentido, BUZAD, *Do agravo de petição no sistema do código do processo civil* (São Paulo, 1945), pp. 115-7, y en cierto modo GUASP, con su contraste *pretensión-proceso*, en el que la primera ocuparía el puesto que el procesalista brasileño y nosotros atribuimos al litigio (cfr. sus *Comentarios*, tomo I —Madrid, 1934—, pp. 12-3 y 339-43, y últimamente, con más amplitud, en *La pretensión procesal*, en “Estudios en memoria de James Goldschmidt”, vol. I, especialmente pp. 363-9, o bien en la trad. italiana de “Jus”, diciembre de 1951, pp. 487-91).

<sup>60</sup> Para nosotros, que enfocamos el problema desde el ángulo de la mecánica procesal, el título ejecutivo no es sino el presupuesto que permite provocar la ejecución, ya consista aquél en una sentencia de condena (título judicial por antonomasia) ya en títulos judiciales impropios, ya, por último, en títulos contractuales (extrajudiciales o negociales) sometidos a homologación o verificación sumaria.

<sup>61</sup> Además de los contenidos en varios de los preceptos citados en la nota 4, véase una relación más explícita en la nota 147.

<sup>62</sup> Véase *supra*, nota 4, e *infra*, nota 149. En sentido muy amplio, cabría reputar medio preventivo la *preconstitución de instrumentos*, especialmente mediante la actividad notarial (cfr. COUTURE, *El concepto de fe pública: Introducción al estudio del Derecho notarial*, núms. 63, 83, 86 y 87 —primero en folleto: Montevideo, 1947, y luego en “Estudios de Derecho Procesal Civil”, tomo II: Buenos Aires, 1949—). También la *acción declarativa* satisface en ocasiones esa finalidad respecto de un eventual proceso posterior (cfr. nuestras *Enseñanzas acerca de la acción*, núm. 15; en contra, MACHADO GUIMARÃES, *A ação declaratoria na jurisprudência dos tribunais*, en “Revista Forense” brasileña, enero de 1945, p. 6); y asimismo la cumplen algunos *negocios de jurisdicción voluntaria* (por ejemplo: las informaciones *ad perpetuam*, de no reputarlas cautelares) e incluso toda ella, conforme a la tesis de MENGER, GOLDSCHMIDT, CARNELUTTI, etc. (cfr. nuestras *Premisas jurisd.* vol., nota 150). Por el contrario, en estricto sentido, medios preventivos

las desfavorables contingencias del *periculum in mora*,<sup>63</sup> en orden a las personas, los bienes o la prueba.<sup>64</sup> Cabría, eso sí, en aras de una caracterización genérica, englobar las tres expuestas situaciones como especies de *litigio preliminar*, en contraste con el *litigio principal* o *de fondo*; pero la señalada diversidad de contenido, que trasciende en forma paralela a los correspondientes tipos de proceso, si bien no impide hallar el denominador común, dificulta sobremanera dar una noción unitaria del concepto, so pena de ser, o muy casuística o muy vaga. En cuanto a los procesos preliminares sobrevenidos (cfr. *supra*, núms. 6-7), sus dos especies se componen de genuinos procesos principales que funcionan como preliminares respecto de procesos también principales, sólo que posteriores: el presupuesto del proceso número 1, o sea el preliminar, no es sino el litigio de fondo que le hizo surgir; el presupuesto del proceso número 2 (que en relación con el número 1 resulta un proceso principal elevado al cuadrado) es asimismo un litigio de fondo, pero no de índole *extraprocesal*, según acontece como regla,<sup>65</sup> sino *procesal*, en el sentido de que se vincula o deriva del proceso anterior. En otras palabras: el primitivo litigio, es decir, el que en su día determinó el proceso principal que *a posteriori* se contempla como preliminar (cfr. *supra*, núm. 7), llega al proceso-consiguiente, en forma más o menos completa, a través del proceso-antecedente.

#### II) E) *Comienzo y término del proceso preliminar; vacación interprocesal*

El proceso preliminar se halla, como es natural, encuadrado por un *dies a quo* y un *dies ad quem*, que lo acotan a modo de paréntesis.<sup>66</sup> El *dies a quo*, o momento inicial del proceso preliminar, se produce cuando el promotor de éste realice ante la autoridad competente<sup>67</sup> el primer acto dirigido a recabar de ella la resolución o el acuerdo pertinentes<sup>68</sup> sobre el objeto del respectivo tipo de proceso. serían únicamente los que tienden a evitar el proceso de fondo, facilitando la autocomposición entre las partes.

<sup>63</sup> Cfr. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* (Padova, 1936; trad. esp., Buenos Aires, 1945), núms. 8, 18 y 22-4; ALLORIO, *Per una nozione del processo cautelare* (en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1936, I), pp. 38-40; DOS REIS, *A figura do processo cautelar* (Lisboa, 1947), pp. 12, 16, 17, 20, 25, 27 y 29; FARELL, *Las providencias cautelares en el anteproyecto* (en "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", núm. 47-48), pp. 132, 135 y 139; VIERA, *Las medidas de seguridad y el embargo* (Montevideo, 1949), pp. 33-5.

<sup>64</sup> Véase *infra*, nota 148.

<sup>65</sup> Según la concepción carneluttiana: cfr. pasajes de las *Lezioni* y del *Sistema* citados en la nota 59 y lo que decimos en *Francisco Carnelutti* (nota biobibliográfica que precede a la trad. del "Sistema", vol. I), núm. 10.

<sup>66</sup> De la misma manera que *dos términos* (inicial y final) delimitarían un *plazo*: cfr. PEREIRA BRAGA, *Exegese do código de processo civil*, vol. III, tomo I (Rio de Janeiro, 1944), pp. 5 y 153.

<sup>67</sup> Ya sea judicial, gubernativa o administrativa; cámara parlamentaria u órgano parajudicial: cfr. *supra*, notas 12-14, e *infra*, notas 147-149, 195-197, 199, 201 y 202.

<sup>68</sup> *Resolución*, cuando emane de órgano (judicial o no) que se halle *supra partes*;

Ese acto, de naturaleza provocatoria, equivale y hasta podría revestir la estructura de la demanda del proceso principal; pero en él no se deduce la pretensión de fondo, sino una de carácter preliminar; y de ahí que para evitar confusiones, convenga designarle con nombre distinto, como solicitud u otro análogo,<sup>69</sup> Por supuesto, tratándose de los procesos preliminares sobrevenidos, que integran las especies impropias o anómalas del género, su acto inicial habrá sido una genuina demanda de fondo, e incluso ésta podría haber ido precedida por un proceso preliminar originario.

12) ¿Cuándo termina el proceso, preliminar? Pues cuando recaiga la resolución o el acuerdo recabados; y de ser impugnables y haber sido impugnados, cuando se agote la vía impugnativa preliminar; pero puede suceder que el proveimiento preliminar reclame ejecución, y entonces, en tanto no se consume ésta, ya sea de modo voluntario o forzoso, no podremos estimar concluso el procedimiento preliminar, que en tal hipótesis contará con fases de conocimiento y de ejecución, en forma análoga a la de los procesos principales que dispongan de ambas (cfr. *supra*, nota 55), aun cuando desde el punto de vista procedimental su tramitación suela ser más sencilla.

13) El *dies ad quem*, o momento final del proceso preliminar, constituye a su vez el *dies a quo* para el cómputo del plazo que por su semejanza con la *vacatio legis*, llamaremos de *vacación interprocesal*. Por tal entendemos el lapso que medie entre la *clausura* del proceso preliminar y la *apertura* del proceso principal. Esa vacación falta, desde luego, cuando por cualquier causa el proceso preliminar no vaya seguido del principal (cfr. *supra*, núm. 9); y es de duración indeterminada en ocasiones,<sup>70</sup> pero como regla, el legislador se cuida de señalarla conforme a plazos variables, así como de establecer las consecuencias de su rebasamiento.<sup>71</sup>

*acuerdo*, cuando se produzca *inter partes*, siempre que una de ellas (la Administración, en la hipótesis más frecuente) se reserve, a causa de la posición preeminente que ocupe o se atribuya, el pronunciamiento previo acerca de sus divergencias con la contraparte, o dicho de otro modo: la opción entre autocomposición y proceso.

<sup>69</sup> *Pidiendo*, es el gerundio con que de consuno comienzan los cinco números del art. 497 l. enjto. civ. española y las ocho fracciones del 193 cód. proc. civ. mexicano del Distrito. En aquél se habla, además, de "pretensión", y en el 198 del cit. cód. mexicano, de "solicitud".

<sup>70</sup> Tal acontece con el proceso que al cabo de más o menos tiempo ejerza influjo prejudicial sobre otro, o con algunos de los de tipo revisivo (como la *revisión penal* en España: cfr. arts. 954 y 961 l. enjto. crim.; en cambio, la *revisión civil* está supeditada a que no hayan transcurrido más de cinco años desde la publicación de la sentencia que la motive: art. 1800 l. enjto. civ., y para su crítica, ALCALÁ-ZAMORA, *Los recursos*, pp. 59-60 de "Estudios").

<sup>71</sup> Véanse, por ejemplo, en la l. enjto. civ. esp. los arts. 478 (dos años de validez para el acto de conciliación), 499 (treinta días para interponer la demanda tras la



14) F) *Posición y nexos del proceso preliminar*.—Se sobreentiende que respecto del proceso de fondo; y cuando el preliminar, por pertenecer al sector de los *sobrevenidos*, sea a la vez principal, respecto del posterior y consiguiente. En los cinco tipos, la *posición* del proceso preliminar es, por definición, cronológicamente anterior al proceso principal (cfr. *supra*, núms. 3 y 7); pero la derivación y los nexos varían en cada especie. En los procesos *originarios*, la *derivación* puede faltar, como hemos dicho (cfr. *supra*, núms. 9 y 13); pero cuando en la hipótesis que debemos considerar como normal y deseada, ella se produce, entonces surge de manera inmediata, en el doble sentido del tiempo y dé la actividad procesal o, por lo menos, se encuentra fijado el plazo máximo dentro del cual haya de emprenderse el proceso principal ulterior; exigencia ésta que asimismo rige frente a algunos casos de procesos revisables (cfr. *supra*, notas 70-71); en cambio, en las demás hipótesis de procesos *sobrevenidos* (es decir, en las restantes de tipo revisivo y en todas las de índole prejudicial), la derivación no es preclusiva y puede brotar en cualquier momento, incluso al cabo de mucho tiempo (años y, en ocasiones, hasta siglos).

15) En cuanto a los *nexos*, el *preparatorio*, quede o no luego en tentativa de proceso (cfr. *supra*, núm. 9), implica el *anuncio* o *exteriorización* de un propósito de litigar acerca del fondo,<sup>72</sup> tan pronto como mediante él se resuelvan las dudas o dificultades que a ello se opongan: se presenta, pues, con rasgos indudables de *proceso-medio* para desembocar en un *proceso-fin*, o sea el principal; el *preventivo* y el *cautelar*, con finalidades ya señaladas (cfr. *supra*, núm. 10), pueden funcionar, según dijimos (cfr. *supra*, núm. 5), lo mismo como *intraprocesales* que como *preprocesales*, y si en el primer supuesto poseen indudable carácter *incidental*,<sup>73</sup> en el segundo no serían más que *incidentes anticipados*,<sup>74</sup>

exhibición y depósito de cosa mueble), 1411 y 1602 (veinte días para pedir en el juicio que proceda, la ratificación del embargo preventivo o del especial efectuado en un desahucio), 1800 (cfr. nota 70; además, la revisión civil habrá de intentarse dentro de los tres meses siguientes al descubrimiento del motivo que la autorice: art. 1796) y 1890 (un mes para que la mujer depositada demande a o se querelle contra su marido); cfr. también art. 6 1. conto.-advo. En el cód. mex. Dist., arts. 214 (diez días, en el depósito de mujer casada) y 250 (tres días, en orden a la providencia precautoria).

<sup>72</sup> Ya que el legislador no podría permitir su empleo al solo objeto de curiosear o molestar. De ahí que se refiera a quien “pretenda demandar”, o a quien “trate de entablar” una acción (art. 497 l. enjto. civ.), o bien hable de que “antes de promover un juicio declarativo” (art. 460 idem), o de la mujer que “se proponga intentar” demanda o querrela contra su marido (art. 1880 idem). En el mismo sentido, arts. 193 y 241 cód. mex. Dist.

<sup>73</sup> Cuando, ya se trate del cautelar (por ejemplo, embargo a tenor del art. 1412, o medidas de los arts. 1419 y 1428 l. enjto. civ. esp.) o del preventivo (v. gr., conciliación conforme al art. 185 cód. proc. civ. italiano), funcionen como *intraprocesales*, no creemos que se les pueda caracterizar como *procesos*, sino como *incidentes* del proceso principal, ni más ni menos que el de competencia, el de recusación u otro cualquiera.

<sup>74</sup> De acuerdo con la siguiente representación:

por último, el *prejudicial* y el (más tarde) *revisado*, son *procesos-antecedentes*, determinados *a posteriori* por los respectivos *procesos-consiguientes* (cfr. *supra*, núms. 6 y 10).

16) *G) Examen de la relación procesal preliminar.*—Pese a todas las críticas lanzadas contra la explicación de la naturaleza del proceso como una relación jurídica,<sup>75</sup> continúa siendo la teoría que goza de mayor predicamento, sin que ninguna de las varias que han pretendido reemplazarla haya conseguido su objetivo y sin que todas ellas juntas hayan contribuido al adelanto científico de nuestra disciplina, en la medida de la que intentaron derribar.<sup>76</sup> Por esas razones, aun estimando que necesita ser reelaborada y depurada,<sup>77</sup> la tomamos como base para el examen del proceso preliminar y la recorreremos de acuerdo con el plan seguido al efecto por Chioventa.<sup>78</sup>

17) *a) Naturaleza y contenido.*—Si en todo proceso preliminar interviene, como regla,<sup>79</sup> un funcionario estatal para dictar una resolución, adoptar un acuerdo

- A) *Proceso preliminar* — Vacación interprocesal — *Proceso principal*.  
B) *Proceso principal* (Incidente de previo pronunciamiento) *Proceso principal*.  
C) *Proceso principal* — Incidente de simultánea tramitación — *Proceso principal*

En A), el incidente se hallaría *antes* del proceso principal, y en B), en cualquiera de sus variantes, *dentro*. A su vez, las dos perspectivas de prejudicialidad (la segunda de ellas de carácter preliminar se mostrarían así:

- C) *Proceso principal* (Cuestión prejudicial) *Proceso principal*.  
D) *Proceso (principal) prejudicial* — Vacación interprocesal — *Proceso principal (ulterior)*.

Como se ve, desde el punto de mira de la mecánica procesal, la situación D) se corresponde con la A), y a su vez, la C) con la B). En cuanto a los supuestos de revisión, el panorama se presenta como en A) y D), o sea:

- E) *Proceso revisable* — Vacación interprocesal — *Proceso revisor*.  
Finalmente, cuando la ejecución se emprenda tras una vacación más o menos larga respecto del término de la cognición (cfr. *supra*, notas 52 y 53), nos hallaríamos ante el reverso de la situación A), a saber:  
F) *Proceso (principal) de conocimiento* — Vacación interprocesal — *Proceso de ejecución*.

<sup>75</sup> Una recapitulación de las mismas, en GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage* (Berlín, 1925), pp. 1-4; véase también GUARNERI, *Sulla teoria generale del processo penale* (Milano, 1939), pp. 19-90.

<sup>76</sup> Véase nuestro ensayo *Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso* (en prensa, en los Estudios ofrecidos a la Universidad de México en su IV Centenario por la "Unión de Profesores Universitarios Españoles en el Extranjero"). [Véase *supra*, Estudio Número 8].

<sup>77</sup> Y acaso que combinarse con la de la situación jurídica de GOLDSCHMIDT (cfr. nuestro *Proceso, autocomposición*, núm. 74), aunque éste rechace semejante tentativa (cfr. su *Teoría general del proceso* —Barcelona, 1936—, p. 61).

<sup>78</sup> Cfr. *Principii*, 4ª ed., pp. 89-95.

<sup>79</sup> Entre las excepciones, anotaremos algunas formas de conciliación desenvueltas ante

u homologar un acto,<sup>80</sup> no ofrece dudas que la relación jurídica a que aquél da lugar es de *derecho público*. Más dentro de éste, ¿pertenece siempre y en realidad al derecho procesal? La circunstancia de que en cualquier hipótesis de proceso preliminar se desenvuelva un *procedimiento*, más o menos complejo, no es razón bastante para dar una respuesta afirmativa, puesto que dicha noción, diferente de la de proceso, entra en juego en campos jurídicos distintos del nuestro, principalmente en el ámbito del derecho administrativo.<sup>81</sup> Tampoco lo es que el proceso preliminar se encuentre regulado, por motivos de conexión, en una ley procesal, y más concretamente en los códigos de enjuiciamiento, o que, por el contrario, se halle en textos de otra índole.<sup>82</sup> Además, aun en el caso de figurar en el código procesal las normas pertinentes, habría que dilucidar si con independencia del criterio distributivo seguido por el legislador, corresponden en rigor al campo del proceso, o sea el de la jurisdicción *contenciosa*, o bien al de la llamada jurisdicción *voluntaria*<sup>83</sup> e incluso, de admitirse su existencia, al de la jurisdicción *mixta*.<sup>84</sup> Para despejar tales incógnitas hay que atender, como es

organismos no pertenecientes al Estado oficial, aunque se hallen reconocidas por él. Así, en España las encomendadas a las Cámaras de Comercio, a la Lonja de Valencia o bien al capitán del buque (en el caso del art. 851 cód. com.). En ocasiones, no se llega tan lejos, y el órgano conciliador se compone en forma mixta: con funcionarios públicos, en número singular o plural, y una representación paritaria de las categorías o interesados que se hallen en pugna. Siempre en España, ello acontece en los tribunales para la redención de foros (facultados para la conciliación en cualquier estado de las actuaciones) o en las juntas de detasas ferroviarias (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Adiciones a los núms. 59 y 245 del Sistema de Canelutti*, y DE LA PLAZA, *Derecho proc. civ.*, vol. II, p. 120).

<sup>80</sup> *Dictar una resolución*: por ejemplo, art. 497 l. enjto. civ. esp.; *adoptar un acuerdo*: cfr. nota 68, en relación con las situaciones pertinentes dentro de las citadas en la nota 13; *homologar un acto*: v. gr., arts. 472-3 (conciliación) y 1430 l. cit. (reconocimiento de firma del documento privado); v. art. 202 cód. mex. Dist.).

<sup>81</sup> Cfr. *supra*, núm. 9, y las referencias bibliográficas que para la distinción entre proceso y procedimiento consignamos en las notas 44. Acerca del segundo de esos conceptos en el cuadro administrativo, véanse últimamente ROYO-VILLANOVA (Segismundo), *El procedimiento administrativo como garantía de justicia* (en "Revista de Estudios Políticos" —Madrid, 1949—, núm. 48) y AMORÓS RICA, *El procedimiento administrativo español* (en "Rev. Gen. de Legisl. y Jurisp.", Madrid, junio de 1949).

<sup>82</sup> Por ejemplo, de carácter administrativo e incluso constitucional, según se comprueba con sólo pasar revista a varios de los supuestos citados en las notas 12-14, 147-9, 199 y 201-2.

<sup>83</sup> Cfr. *Premisas jurid.* vol., núm. 22.

<sup>84</sup> O sea, conforme al cód. proc. civ. mexicano de 1884 y a los que aún le siguen, la integrada por los juicios universales tanto sucesorios como concursarios, respecto de los cuales se dan actuaciones preliminares: pensemos en la llamada "prevención" de los abintestatos y testamentarias —cuya naturaleza no es, en realidad, preventiva, sino cautelar— (cfr. arts. 63, regla 5ª, 959 y ss. y 1041-4 l. enjto. esp.; v. también los arts. 769-70 cód. mex. Dist.); en el convenio de quita y espera (arts 1130 y ss. l. esp.); en el preventivo de la quiebra (cfr. arts. 394 y 398 l. mex. de quiebras, de 1942); en la sus-

natural, a la finalidad perseguida por el proceso preliminar o, mejor dicho, por sus diversos tipos, extremo al que nos hemos referido antes (cfr. *supra*, núms. 4-7, 10 y 15) y sobre el que volveremos luego (cfr. *infra*, núm. 27).

18) En cambio, ninguna dificultad suscita atribuir a la relación procesal preliminar la cualidad de *autónoma*, por añadidura, en un doble sentido: *a*) como *independiente* de la relación jurídica material, y *b*) como *distinta* de la relación procesal principal, por la que no siempre va seguida y de la que puede estar separada por un prolongado lapso (cfr. *supra*, núms. 7, 9, 13-14). Finalmente, ¿podemos reputarla *compleja*? Entendemos que sí, aun cuando por su objeto, más circunscrito, y por su desarrollo, más sencillo, los derechos y obligaciones que funcionen a lo largo del proceso preliminar suelen ser en menor número y de menos importancia que los que se ventilen luego en el proceso principal.

19) Entendiendo por *contenido* de la relación procesal los derechos y obligaciones que entre sus sujetos se producen, hallamos como *obligación fundamental* de la de índole preliminar una de carácter *funcional*, o sea la de la autoridad (cfr., sin embargo, *supra*, nota 79, e *infra*, núm. 20) llamada a proveer, ya lo sea mediante una resolución en estricto sentido o en virtud de un acuerdo o de un acto de homologación (cfr. *supra*, núms. 12 y 17). Funcional es asimismo la obligación del ministerio público, cuando le toque intervenir en un proceso preliminar.<sup>85</sup> De aquella obligación fundamental derivan, o con ella se conectan, los demás derechos y obligaciones (de los sujetos principales y de los secundarios) que a lo largo del proceso preliminar se manifiestan<sup>86</sup> y que al acomodarse a un determinado procedimiento, originan el llamado *contenido formal* de la relación procesal, que, por descontado, se da igualmente en la de carácter preliminar (cfr. *supra*, núm. 9).

pensión de pagos (cfr. leyes españolas de 2-I-1915 y de 26-VII-1922, o arts. 395 y 399 l. mex. de quiebras).

<sup>85</sup> Por ejemplo: en las habilitaciones para comparecer en juicio (cfr. arts. 1996 l. enjto. esp. y 938 cód. mex. Dist.) o en el nombramiento de defensor judicial (cfr. art. 165 cód. civ. esp.). En cambio, la referencia que al ministerio público consigna el art. 30 l. enjto. en cuanto a las declaraciones de pobreza, ha de entenderse reemplazada por una al Abogado del Estado (cfr. arts. 55 y 64 Reglto. de 1943); pero su obligación es igualmente funcional.

<sup>86</sup> Verbigracia: *obligación* de exhibir, tanto el presunto demandado (cfr. arts. 500 y 501, ap. 1º, l. enjto. esp. y 200 cód. mex. Dist.), como terceros (cfr. art. 288 cód. mex.); *derecho* de oponerse a la exhibición (cfr. arts. 501, ap. 2º, esp. y 200 mex.) o de pedir el levantamiento del embargo (cfr. art. 1411 esp. y 251 mex.); *obligación funcional* del secretario de levantar actas (cfr. arts. 472 —conciliación—, 499 —exhibición—, 1404 —embargo— l. enjto. esp.). Junto a derechos y obligaciones en estricto sentido, entran asimismo en juego *cargas* procesales, con la secuela explícita de la *facta confessio* en algún caso (véase *infra*, nota 124).

20) *b) Sujetos.*—Desde el punto de vista subjetivo, la relación procesal preliminar ofrece coincidencias y divergencias comparadas con la principal o de fondo. En el primer sentido, tanto en una como en otra cabe dividir los sujetos procesales en *principales* y *secundarios*,<sup>87</sup> y estos últimos actúan en el proceso preliminar con fines y posición jurídica idénticos o muy semejantes a los que persiguen o tienen en el proceso de fondo (pensemos en la intervención del secretario judicial o en la de testigos, peritos o suministradores de prueba, etc.).<sup>88</sup> En cambio, el panorama varía cuando se trata de los sujetos principales: exceptuada la anómala figura del proceso con una sola parte,<sup>89</sup> se estima, en general,<sup>90</sup> que la relación procesal de fondo se establece entre dos partes y un juzgador; en el proceso preliminar, además de que no siempre lo encabeza un juez<sup>91</sup> o en funciones de tal,<sup>92</sup> sucede en ocasiones que los sujetos se reducen a dos:<sup>93</sup> el promotor y la autoridad a quien se dirige, con la consecuencia de que si reputamos característica del proceso la existencia de un litigio entre *dos partes*, a

<sup>87</sup> A saber: *principales*, las partes y el juzgador; *secundarios*, todos los demás que, con carácter profesional o sin él, en forma permanente, intermitente u ocasional, intervengan en un proceso.

<sup>88</sup> Por lo que atañe a los secretarios, véase *supra*, nota 86; testigos: cfr. arts. 502 l. esp. y 193, frs. VII-VIII (en relación con el 198) cód. mex. Dist.; peritos: arts. 467 y ss. l. enjto. crim. esp.; suministradores de prueba: arts. 278 y 288 cód. mex. Dist.

<sup>89</sup> Cfr. nuestro *Proceso, autocomposición*, núm. 4 (procesos penales en que el juzgador asuma a la vez el papel de acusador).

<sup>90</sup> Con las conocidas excepciones de KOHLER, para quien la relación se produce tan sólo entre las partes (cfr. *Der Prozess als Rechtsverhältnis* —Mannheim, 1888—, pp. 6-13), y de R. SCHMIDT, para quien, en cambio, se daría únicamente entre el juzgador y el Estado (cfr. *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts* —Leipzig, 1899—, p. 25). A su vez, HELLWIG estima que la relación surge nada más entre las partes y el tribunal, sin que procesal y directamente medie derecho alguno de un litigante contra el otro (cfr. *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, vol. II —Leipzig, 1907—, pp. 34-37).

<sup>91</sup> Así, la conciliación en ocasiones (v. nota 79), o bien actuaciones preliminares en que el acuerdo emane de órganos administrativos, del Parlamento o del Gobierno (v. notas 12-14).

<sup>92</sup> Cuando, verbigracia, la conciliación se encomienda a un miembro de la judicatura (caso del juez de paz en Francia —art. 48 cód. proc. civ.— o del juez municipal en España —art. 460 l. enjto.—), la actividad que con tal motivo despliega nada tiene de jurisdiccional (cfr. art. 471 l. esp.) y, por tanto, sólo puede reputarse juez en sentido orgánico, pero no funcional: v. *infra*, nota 103.

<sup>93</sup> Como en la reclamación previa en vía gubernativa o en el recurso administrativo de alzada (v. nota 13), en que sólo intervienen el particular reclamante o recurrente y la Administración, por lo mismo que se trata, a fin de cuentas, de una tentativa de autocomposición, circunscrita a las partes, sin la actuación de un tercero imparcial, bien en funciones de juzgador (proceso jurisdiccional de fondo), bien en las de mediador o avenidor (conciliación). Otras veces se dan los tres sujetos, pero con inversión en la posición normal de algunos de ellos: así en las peticiones de suplicatorios, el judicial aparece como requirente y el legislativo como jurisdicente, respecto del parlamentario cuyo desafuero se pide.

resolver por un *tercero imparcial*, semejante hipótesis no podría incluirse en el género procesal, como tampoco aquella otra en que si bien media triangularidad subjetiva, el funcionario no resuelve, sino que se limita a presidir, certificar u homologar.<sup>94</sup> Cosa muy distinta es la supresión o posposición del contradictorio en algunos procesos preliminares,<sup>95</sup> eventualidad que se da asimismo en ciertos procesos principales, en los que de manera potencial o latente se hallan determinadas las dos partes, aunque de momento sólo una de ellas tome parte en el procedimiento.<sup>96</sup> En otro sentido, los sujetos principales del proceso preliminar no siempre son los mismos del proceso de fondo. Concretándonos, como más típicos, a los procesos preliminares *originarios* (cfr. *supra*, núm. 7),<sup>97</sup> y contando con que efectivamente vayan seguidos por el respectivo proceso principal, la correspondencia puede faltar en una triple dirección: a) cuando el juzgador de primer grado del proceso principal sea diferente del juez o autoridad que entendió en el preliminar;<sup>98</sup> b) cuando el promotor del proceso preliminar sea reemplazado por un sucesor suyo en el de fondo;<sup>99</sup> c) cuando el sujeto pasivo del proceso preliminar no coincida con el que después sea demandado en el proceso principal.<sup>100</sup> A esas tres situaciones hemos de agregar todavía la ya señalada

<sup>94</sup> *Presidir*: por ejemplo, en los tribunales de foros cuando actúan como conciliadores (v. nota 79); *certificar*: v. gr., la frustración del acto conciliatorio a que no hayan concurrido los demandados (cfr. art. 473 l. enjto. esp.); *homologar*: v. nota 80.

<sup>95</sup> Así, en el embargo preventivo (cfr. arts. 1403 —en relación con el 1411— l. enjto. esp. y 246 cód. mex. del Distrito), en el depósito de mujer casada (cfr. arts. 1822 l. esp. y 209 cód. mex.).

<sup>96</sup> La hipótesis se da tanto en materia civil (monitorio, ejecutivo o contumacial) como penal (monitorio, contumacial, truncado: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *El juicio penal truncado del Derecho hispano-cubano*, núms. 60-61 —en “Ensayos”, pp. 456-7—).

<sup>97</sup> Si bien en los sobrevenidos esos cambios se producen también e incluso con mayor frecuencia, ya que en ellos la vacación interprocesal suele ser larga y, en consecuencia, determinar fácilmente mutaciones en las personas de las partes e incluso en el *oficio judicial* (nada decimos de los funcionarios, por no ser con ellos, sino con aquél con quien la relación procesal se trava), ya por razones de competencia o bien por haberse reformado en el interín la demarcación de los tribunales o sus atribuciones.

<sup>98</sup> Tal sucede: a) siempre que la fase preliminar se desenvuelva extrajudicialmente (v. notas 12-14, 79, 147-9, etc.), y b) incluso en casos en que su desarrollo es judicial, como ocurre en España con la conciliación relativa a juicios declarativos de menor o de mayor cuantía, encomendada a los jueces municipales, mientras que el correspondiente proceso principal incumbe a los jueces de primera instancia (cfr. arts. 460 y 491-2 l. enjto. y 273 l. org. jud.; v. también el art. 63, regla 12, l. enjto., en cuanto al embargo preventivo). En México, en cambio, el juzgador del proceso principal es el competente para conocer de los procesos preparatorios y cautelares de índole judicial (cfr. art. 162 cód. proc. del Distrito).

<sup>99</sup> A título singular o universal, *inter vivos* o *mortis causa*. Pensemos también en ciertas hipótesis de sustitución procesal, en que el sustituto (v. gr., el capitán) intervenga en el proceso preliminar y luego el sustituido (el naviero, en el ejemplo) en el principal, o viceversa.

<sup>100</sup> Por ejemplo: la confesión sobre personalidad no da el resultado previsto, y en

de que el proceso preliminar se desenvuelve entre sólo dos sujetos, por confluir en uno las cualidades de sujeto pasivo y órgano proveyente.<sup>101</sup>

21) Para cerrar este epígrafe, nos queda por abordar una postrera cuestión: la de cómo deben ser denominados los sujetos principales del proceso preliminar ¿Podemos sin más y en cualquier caso llamarles *actor* (o demandante), *reo* (o demandado) y *juzgador*?<sup>102</sup> Entiendo que no. Por de pronto, no siempre interviene un genuino juzgador, sino que su papel lo asume quien es sólo juez en sentido orgánico, pero no funcional,<sup>103</sup> o bien personas extrañas por completo al orden jurisdiccional.<sup>104</sup> Entonces, y en atención tanto a la posición que ocupan como a las atribuciones que les competen, parece más correcto o menos inexacto hablar, simplemente de *autoridad*, hecha la advertencia de que en ocasiones ella no está integrada por funcionarios públicos.<sup>105</sup> Si ahora nos fijamos en que, por un lado, se admite una acción cautelar<sup>106</sup> y, por otro, en que el proceso preparatorio sirve con frecuencia para el ejercicio de la *actio ad exhibendum* (cfr. *infra*, núm. 29), no habría inconveniente en valernos de la voz *actor*, con el aditamento, dicho se está, de preliminar, para diferenciarle del actor *stricto*

vista de ello, la demanda de fondo se dirige contra sujeto distinto del confesante o declarante, o bien desde el punto de vista *pasivo*, en las hipótesis a que por el lado *activo* se refiere la nota anterior.

<sup>101</sup> Véase *supra*, nota 93.

<sup>102</sup> Acerca de la superioridad del término *juzgador* respecto de *juez*, para la designación del oficio jurisdiccional en abstracto, cfr. ALCALÁ-ZAMORA. *La reforma del enjuiciamiento penal argentino* (sobretiro de "Rev. Der. Proc.", 1945, I), núm. 30, y *Aciertos terminológicos*, núm. 10.

<sup>103</sup> El contraste entre "Derecho procesal *funcional*" y "Derecho procesal *orgánico*" se recoge en nuestro cit. *Programa de Ests. Sup. Der. Proc.*, p. 260; y de él nos valemos en *El antagonismo juez-partes (passim)*, y en el *Informe acerca de la legislación procesal promulgada en México durante el periodo 1938-1951* (remitido a la "Société générale de législation" de París).

<sup>104</sup> En todo (v. gr., Cámaras de Comercio, Lonja de Valencia, Juntas de detasas) o en parte (p. ej., Tribunal de foros) —cfr. *supra*, nota 79—; o bien órganos administrativos (como en México la Secretaría de Hacienda en la conciliación inherente a controversias sobre fianzas: cfr. art. 92 de la ley de 31-XII-1942), legislativos (cual el pronunciamiento parlamentario sobre el levantamiento de inmunidad a diputados o senadores) o parajudiciales (no en la acepción restringida que al concepto atribuye CARNELUTTI —cfr. *Sistema*, núm. 200—, sino en la amplia que le damos en la nota 208 de *Proceso, autocomposición*; en este sentido, recordemos las juntas de acreedores en la aprobación del convenio de quita y espera —arts. 1139-44 l. enjto. civ. esp.— o en la del de suspensión de pagos —arts. 14-17 l. de 26-VII-1922—).

<sup>105</sup> Véase *supra*, nota 79.

<sup>106</sup> Cfr., por ejemplo, CHIOVENDA, *Principii*, 4ª ed., p. 58; ALSINA, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, tomo I Buenos Aires, 1941), pp. 196 y 203; PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, *Instituciones de Derecho procesal civil* (1ª ed., México, 1946), pp. 121 y 123. CALAMANDREI, en cambio, prefiere hablar de *providencias cautelares* y no de *acciones*: cfr. *Introduzione*, cit., pp. 3-5.

*sensu*, o sea del principal; pero si tenemos en cuenta que a veces el acto inicial del proceso preliminar no implica ejercicio de verdadera acción, si por tal entendemos su correlación con la jurisdicción,<sup>107</sup> sería preferible llamarle, sencillamente, *promotor* o *iniciador*. Desde el punto de vista formal, ya indicamos que el proceso preliminar se abre con una solicitud que si en su *estructura* puede coincidir con la demanda de fondo (cfr. *supra*, núm. 11), en su *finalidad* —léase, en el alcance de la pretensión respectiva—<sup>108</sup> discrepa de ella; y, por tanto, habría también que agregar el consabido calificativo a los substantivos “demandante” y “demandado”, para no confundirlos con quienes lo son por antonomasia, es decir, los del proceso principal. En cuanto al sujeto pasivo, y de no bautizarle como reo o demandado preliminar, según acabamos de exponer, podría designársele como *requerido*, ya que en todos o por lo menos en la mayoría de los casos se le formula un *requerimiento*<sup>109</sup> (para que exhiba, deposite, confiese, comparezca, se avenga, etc.). En resumen: la relación procesal preliminar, con tres posiciones,<sup>110</sup> aunque en ocasiones dos de ellas se refundan en un mismo sujeto, se desenvuelve entre un *promotor*, un *requerido* y una *autoridad* (o *proveyente*), los dos primeros en papeles *análogos* a los de las partes litigantes del proceso principal y el tercero en función *equivalente* a la del juzgador, e incluso a veces estrictamente jurisdiccional.<sup>111</sup>

<sup>107</sup> Ya que podría responder a un móvil autocompositivo, como en la conciliación, reclamación previa en vía gubernativa, etc.; o bien a la necesidad de remover por anticipado un obstáculo que se oponga a la apertura del proceso principal o que, por lo menos, la dificulte. En cambio, la acción del proceso de fondo tiene por objeto una definición jurisdiccional (aunque luego en concreto el proceso no concluya mediante sentencia), hasta el extremo de que, a nuestro entender, frente a la clasificación obligacionista de las teorías acerca de aquélla, se alza hoy, desbancándola, la jurisdiccionalista (cfr. *Enseñanzas acerca de la acción*, núm. 12).

<sup>108</sup> De acuerdo con el significado que a *pretensión* damos en *Enseñanzas acerca de la acción*, núms. 16, 23 y 24, o sea como la visión que del litigio formula el actor (a la que se opone la contrapretensión del demandado), y no con el que le asigna GUASP (obs. y lugs. cites. en la nota 59).

<sup>109</sup> Cfr. arts. 500 y 501 l. enjto. civ., que se valen de esta terminología y, concretamente el segundo, del substantivo “requerido”; véase también, en el texto cit., el art. 471, ap. final.

<sup>110</sup> A no confundir con *sujetos* (véase *supra*, núm. 20 y nota 93). Dos de esas posiciones corresponden a quienes hagan veces de partes en el proceso preliminar, al que también resulta aplicable la tesis de HELLWIG conforme a la cual tales posiciones no pueden ser ni más ni menos de dos (cfr. su *Lehrbuch*, vol. II, pp. 296-7, así como en apoyo de la misma lo que decimos al reseñar en “Rev. Esc. Nac. Jurisp.”, núm. 44, pp. 160-1, el *Tratado de la tercera* —Buenos Aires, 1944—, de PODETTI).

<sup>111</sup> Por ejemplo, cuando el juez decida sobre la oposición a la exhibición (cfr. arts. 501 l. enjto. esp. y 200 cód. mex. Dist.) o al convenio de quita y espera (art. 1150 l. esp.) o falle acerca de la tercera deducida contra una providencia precautoria procesal (cfr. art. 253 cód. mex. Dist.).



22) c) *Constitución, desarrollo y fin.*—La relación procesal preliminar se constituye con la deducción del acto provocatorio a que hemos llamado *solicitud* (cfr. *supra*, núms. 11 y 21), ante la autoridad competente. Cuando por confluir las posiciones de autoridad y de requerido, sólo intervengan dos sujetos en el procedimiento, o cuando participen tres, pero se posponga o suprima el contradictorio, bastará con la mera *interposición*,<sup>112</sup> en las demás hipótesis, ella habrá de ir seguida por la *citación* del requerido.<sup>113</sup> A partir del momento constitutivo debe, a nuestro entender, estimarse interrumpida la prescripción, pese a imprecisiones del legislador y a vacilaciones de la jurisprudencia en algunos países.<sup>114</sup>

23) La relación jurídica preliminar, lo mismo que la de fondo, y ambas en consonancia con el carácter dinámico de la acción y del proceso,<sup>115</sup> es una relación en movimiento. Desde la solicitud (cfr. *supra*, núms. 11, 21 y 22) hasta el acto de autoridad que lo defina,<sup>116</sup> o hasta que se concluyan las diligencias ejecutivas en que eventualmente se traduzca,<sup>117</sup> el proceso preliminar abarca una *serie de actuaciones*, ligadas entre sí por la unidad del fin a que cada clase de ellos responde. El número y la complejidad de las actuaciones integrantes de los procesos preliminares originarios serán, como regla, menores que los de los

<sup>112</sup> Así, v. gr., en la reclamación previa del actor cuando se trate de demandas contra la Hacienda pública (cfr. art. 533, n. 7, l. enjto. esp. y nota 13) o en el embargo preventivo (cfr. arts. 1403 l. cit. y 246 cód. mex. Dist.).

<sup>113</sup> Que podría, en definitiva, ser distinto de aquel a quien luego se demande en el proceso principal (v. nota 100), o bien requerirse desde el primer momento la exhibición de cosas o de documentos que se hallen en poder de terceros y no de la contraparte, a quien se citará asimismo en tal caso (relacionense los arts. 193, fracs. II-VI, 199 y 288 cód. mex. Dist.).

<sup>114</sup> Según la jurisprudencia española en torno al art. 1973 cód. civ., interrumpe la prescripción la demanda de pobreza, si se expresa en ella el objeto del litigio que se propone entablar el actor después de fenecido dicho incidente; y otro tanto proclama respecto de la celebración del acto de conciliación, aun intentado ante juez incompetente. Estima, en cambio, que no la interrumpe el requerimiento al poseedor de la cosa mueble que se pretende reivindicar, para que la exhiba (art. 497, n. 2, l. enjto.), si no se le hace conocer, al requerirle, que va a ser demandado y con qué objeto (cfr. MEDINA y MARAÑÓN, *Leyes civiles de España*—Madrid, 1935—, Código Civil, p. 497). En México se ha entendido, en relación con el frac. IV del art. 259 cód. Dist., que la interpelación judicial no sólo se origina con el emplazamiento subsiguiente a la demanda, sino también cuando el requerimiento o intimación tienen lugar con anterioridad a ella (cfr. *Anales de Jurisprudencia*, tomo XVII, p. 314).

<sup>115</sup> Véase respecto del de la primera, ALCALÁ-ZAMORA, *Enseñanzas acerca de la acción*, núms. 20-22; y en cuanto al del segundo, GOLDSCHMIDT, *Prozess als Rechtslage*, pp. 227-53, y *Teoría gen. proc.*, pp. 43-63.

<sup>116</sup> Ya sea resolución o acuerdo: v. nota 68.

<sup>117</sup> Por ejemplo: las medidas apremiativas para conseguir la exhibición de cosas o de documentos (cfr. art. 200 cód. mex. Dist.), las actuaciones para trabar el embargo preventivo (cfr. arts. 1403-10 l. enjto. esp.) o las complementarias del depósito de personas (cfr. art. 1885-8 l. esp. y 209-13 cód. mex.).

procesos principales respectivos y suelen determinar, por tanto, procedimientos de tipo sumario o abreviado.<sup>118</sup> Sin embargo, no por ello ha de creerse que el proceso preliminar se reduzca necesariamente a la primera instancia ni que responda en todo caso al principio de concentración. Dentro de límites variables, la *vía impugnativa* se conoce en el cuadro de los procesos preliminares<sup>119</sup> y, a su vez, pese a que, por su índole, los de carácter originario debieran reclamar el uso constante de la concentración, los ordenamientos positivos, muy negligentes en la regulación de los mismos, la olvidan y conculcan con frecuencia.<sup>120</sup>

24) ¿Puede resultar afectado el proceso preliminar por la *inactividad de sus sujetos*? La insuficiente ordenación de tales procesos dificulta la respuesta, pero sin hacerla imposible. Por de pronto, hemos de diferenciar la *inactividad parcial* y la *oficial* y luego, en relación con la primera, la *unilateral* y la *bilateral*. Dentro de enjuiciamientos dispositivos, como siguen siéndolo en su mayoría los de naturaleza civil, la *inactividad parcial* es inevitable, tanto en el proceso principal como en el preliminar, aun cuando respecto de éste no siempre se encuentre expresamente prevista o regulada. En cuanto a la *inactividad oficial*, la norma que prohíbe al juzgador rehusar su ministerio so pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, y la que sancionan el retardo malicioso en la administración de justicia,<sup>121</sup> parecen descartarla, salvo incurrir en responsabilidad, cuan-

<sup>118</sup> La palabra *sumario* tiene procesalmente varios significados: a) se aplica a las acciones civiles con predominante función ejecutiva (así, CHIOVENDA, *Principii*, pp. 58 y 196 y ss.); b) vale tanto como procedimiento breve, aligerado de trámites si se le compara con el ordinario del respectivo código procesal. (cfr. BECEÑA, *Los procedimientos ejecutivos en el Derecho español: notas de sistematización* —en “Revista de Derecho Privado”; Madrid, 1920—, p. 223), y por esa pendiente se llega al sumarísimo e incluso, durante la guerra civil española, al sumarísimo de urgencia; c) es sinónimo de instrucción en el enjuiciamiento penal. De las tres acepciones, es la segunda, dicho se está, la que acogemos en el texto.

<sup>119</sup> Bajo las tres formas mencionadas en la nota 25, a saber: a) promoción de un nuevo juicio, en los de naturaleza revisiva (cfr. *infra*, nota 151; b) oposición: por ejemplo, a la exhibición (art 501 l. enjto. esp.), al embargo preventivo (cfr. arts. 252-3 cód. mex. Dist.), al convenio de quita y espera (arts. 1149-50 l. esp.); c) recursos: véanse los arts. 477 (conciliación), 497 (diligencias preparatorias), 1411 (embargo preventivo), 1896 (depósito de personas), todos de la l. esp.

<sup>120</sup> Procede aquí diferenciar los originarios judiciales y los extrajudiciales: en los primeros, se da a veces la concentración (v. gr. en la conciliación o en la quita y espera: cfr. arts. 466, 471, 1131 y 1139 l. enjto. esp.) o, sin llegarse tan lejos, revisten formas incidentales y sumarias (véanse los arts. 30, 501, 1150, 1403 l. cit.); en cambio, los segundos suelen desenvolverse mediante lentos procedimientos escritos, llenos de idas y venidas.

<sup>121</sup> En el derecho español, cfr. arts. 6 cód. civ., 362 cód. pen., 361 l. enjto. civ. y 759 l. enjto. crim.; en el mexicano, arts. 18 cód. civ. de 1928 y 214, fr. V, y 225, fr. VIII, cód. pen. de 1931 (ambos comunes para el Distrito y la Federación). Claro que siempre queda en pie el retardo no malicioso, debido a fuerza mayor o exceso de trabajo, este último, realidad frecuente, cuando no socorrido pretexto.

do sean jueces quienes conozcan del proceso preliminar; pero ¿y cuándo de éste —o si se prefiere, con una terminología carneltuttiana, del *equivalente jurisdiccional preliminar*—<sup>122</sup> entienda una autoridad administrativa, a la vez en papel de requerido (sfr. *supra*, núm. 21), y dé la callada por respuesta? La hipótesis no es imaginaria, como lo demuestra que el legislador se haya tenido que cuidar de fijar plazo y alcance al tan debatido como nada elogiabile silencio administrativo, en este punto.<sup>123</sup> Pasando ahora a la *inactividad unilateral*, los códigos procesales reaccionan frente a ella (especialmente si es del demandado) con medidas y limitaciones más o menos eficaces, las cuales, en virtud de prescripción directa unas veces y de remisión o de extensión analógica otras, se aplican asimismo al campo del proceso preliminar.<sup>124</sup> Finalmente, ¿cabe *inactividad bilateral*, y su prolongación más allá de cierto tiempo desemboca en caducidad? A la primera parte de la pregunta contestamos sin vacilar que sí: el promotor, una vez deducida su solicitud, puede desentenderse por completo del procedimiento iniciado, y con mayor motivo el requerido no contestar ni comparecer en momento alguno; en cuanto a la segunda, nos encontramos, por un lado, con que los textos legales que reglamentan la caducidad lo han hecho pensando de manera taxativa en el proceso principal y no en la etapa preliminar,<sup>125</sup> y de otro, con que la eficacia de los procesos preliminares originarios suele condicionarse a que el principal se interponga dentro de plazos preclusivos señalados de antemano (cfr. *supra*, núms. 13 y 14). En ocasiones, sin embargo, el concepto de caducidad se ha referido a procesos preliminares inequívocos.<sup>126</sup>

<sup>122</sup> Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 49. Teniendo en cuenta el referido concepto, así como el deslinde que CARNELUTTI marca entre jurisdicción y ejecución (cfr. ob. cit., núm. 39), y proyectándolos mediante un cambio de adjetivo sobre los tres territorios procesales que admitimos (cfr. *supra*, núm. 9, e *infra*, núm. 39) resultaría la existencia de equivalentes *procesales* (en vez de «jurisdiccionales») no sólo en el ámbito del proceso jurisdiccional (o de conocimiento), único tomado en consideración por nuestro autor, sino también en el de ejecución (v. gr., ejecución extrajudicial o por obra del acreedor) y en el preliminar, según indicamos en el texto.

<sup>123</sup> Véanse, entre otros, el art. 36 l. contencioso-administrativo española (texto de 1952) y los arts. 16 y 58-60 Rglto. de los Abogados del Estado, de 1943.

<sup>124</sup> Así, en virtud de la remisión expresa que a «la forma prevenida para la confesión en juicio» hace el art. 498 l. enjto., podrá aplicarse la *ficta confessio* (cfr. art. 593) a la declaración preparatoria sobre personalidad (art. 497, n. 1). Del mismo expediente se hace uno en la preparación del juicio ejecutivo (cfr. arts. 1430-2 l. enjto. esp. y 201-2 cód. mex. Dist.). En la conciliación, la incomparecencia de cualquiera de las partes determina que se dé por intentada sin efecto, con condena en costas al incompareciente (art. 469 l. esp.).

<sup>125</sup> Al menos, en normas tan categóricas en este punto, como el art. 411 l. enjto. esp. o el 307 del cód. proc. italiano según la reforma de 1948-50 (puesto que el cód. de 1940 abolió la caducidad). En cambio, en el art. 397 cód. proc. civ. francés (y lo mismo en el 338 del italiano de 1865), ello dependerá del alcance que se le dé a la frase «toute instance», que sin gran violencia cabría referir asimismo a la etapa preliminar.

<sup>126</sup> Así, en la jurisprudencia española se ha extendido a las demandas de pobreza (cfr.

25) De un proceso preliminar civil o cuasicivil (cfr. *supra*, nota 8), que son a los que desde el número 2 nos venimos refiriendo, puede derivar no sólo el proceso principal correspondiente (cfr. *supra*, núm. 14), que al ser de la misma naturaleza jurídica determinará *derivación homogénea*,<sup>127</sup> sino también un procedimiento disciplinario o un proceso penal,<sup>128</sup> y entonces nos hallaremos ante *derivación heterogénea*. Cabe, además, según dijimos (cfr. *supra*, núm. 8 *in fine*), que un preliminar preceda o se combine con otro preliminar, o bien que entre un mismo promotor y un mismo requerido se desenvuelvan al mismo tiempo varios procesos preliminares, e incluso que sus posiciones se inviertan en ellos, a manera, en cierto modo, de lo que sucede en el proceso de fondo cuando media reconvencción.<sup>129</sup> Añadamos aún que la relación procesal preliminar, lejos de ser *simple* (una sola persona como promotor y otra sola como requerido), podría revestir aspecto *liticonsorcial* (activo, pasivo o doble), así como suscitar alguna *tercería*,<sup>130</sup> sin que por su propia evidencia tales posibilidades exijan mayores esclarecimientos.

26) En el proceso principal, el *fin* (en el sentido de finalidad y no en el de finalización) de la relación jurídica está constituido por la obtención de una sentencia con autoridad de cosa juzgada<sup>131</sup> y que sea llevada a ejecución, en su caso, o sea cuando siendo de condena —es decir, estimatoria de una pretensión de ese tipo—,<sup>132</sup> no sea voluntariamente cumplida por el vencido.<sup>133</sup> ¿Ofrece

MEDINA Y MARAÑÓN, *Leyes civiles de España*, l. enjto. civ., p. 112, en relación con el art. 22 de la cit. ley). No ha de confundirse la posible *caducidad* de un proceso preliminar, que produciría su extinción, con la *vacación interprocesal* (cfr. *supra*, núm. 13).

<sup>127</sup> Cfr. *supra*, notas 21 y 23.

<sup>128</sup> Cfr. arts. 200, 211 y 242 cód. mex. Dist.; véase también el 1890 l. enjto. esp.

<sup>129</sup> Por ejemplo: *A* pide confesión sobre personalidad, y *B* la declaración anticipada de testigos para probar alguna excepción (cfr. art. 193, fracs. I y VIII, cód. mex. Dist.); o bien *A* recaba el beneficio de pobreza, y *B*, en conocimiento de tal pretensión (cfr. arts. 22 y 30 l. enjto. esp.) y teniendo, a su vez, el propósito de reconvenir, promueve exhibición de documento.

<sup>130</sup> Cfr. por ejemplo, el art. 253 cód. mex. Dist.

<sup>131</sup> Cfr. GOLDSCHMIDT, *Prozess als Rechtslage*, pp. 155 y ss., si bien en él, dado su papel de demoleedor de la doctrina de la relación jurídica procesal, este concepto se reemplaza por el de proceso.

<sup>132</sup> Puesto que como ha destacado CHIOVENDA, las desestimatorias son todas declarativas, sea cual fuere la clase de acción (pretensión) que rechacen: cfr. *Azione e sentenze di mero accertamento* (en "Rivista di Dir. Proc. Civ.", 1933, I, pp. 3-31), núm. 1. Aunque hablando no de fin, sino de *resultado*, CARNELUTTI estima que la «cosa juzgada» lo es sólo del proceso jurisdiccional, o de conocimiento, en tanto que la «restitución forzosa» lo sería del de ejecución, y el «proveimiento cautelar», del de este tipo (cfr. *Sistema*, núms. 90, 91, 108 y 114).

<sup>133</sup> Cfr. art. 506 cód. mex. Dist., y en relación con él, *Partida III*, tít. XXVII, ley V, que en España dio lugar a dudas, hasta que la ley enjto. civ. de 1855 suprimió el plazo que concedía al vencido (cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, *Motivos de las variaciones*, pp. 166-7).

similitud o paralelismo el panorama que en este punto brinda el proceso preliminar? Dejando la faceta ejecutiva para el epígrafe siguiente, nos concretaremos ahora al extremo de la *cosa juzgada*. Si vinculamos este atributo con la sentencia (jurisdiccional) de fondo, llegaríamos a una conclusión negativa, ya que el acto en que culmina el proceso preliminar, rara vez reviste la forma de aquélla, sino la de resoluciones menores, o bien la adopta pero carece de firmeza en sentido material,<sup>154</sup> e incluso puede no encerrar actividad jurisdicente, sino administrativa y hasta parlamentaria.<sup>155</sup> Los procesos preliminares *originarios*, es decir, los que lo son por antonomasia, concluyen, en cuanto no se abandonen por los interesados, mediante un acto de autoridad, que posee la cualidad de *final*, pero no la de *firme*.<sup>156</sup> Cosa distinta acontece con los preliminares *sobrevenidos*, por lo mismo que son verdaderos procesos principales, que adquieren a *posteriori* la nota de preliminaridad.

27) En otro sentido, incluso tratándose de los que se desenvuelven ante jueces y se regulan por los códigos procesales, surge la duda de si son *contenciosos* o *voluntarios*. Si como momento constitutivo del proceso (contencioso) tomamos la notificación de la demanda de fondo,<sup>157</sup> entonces huelga decir que por una

<sup>154</sup> En España, las diligencias preparatorias del 497 se acuerdan o deniegan mediante «providencias», pero la jurisprudencia habla de «sentencias» en dicha hipótesis (cfr. MEDINA Y MARAÑÓN, *Leyes civiles*, l. enjto. civ., p. 131). y a nuestro entender, de acuerdo con el 369, ni una ni otra denominación sería correcta, y habría de reemplazarse por «auto». En el depósito de personas alternan «providencias» y «autos» (cfr. arts. 1889-90 y 1896-7); el embargo preventivo se decreta mediante «auto» (art. 1404), y la declaración de pobreza se concede o se niega mediante «auto» (art. 1404), y la declaración de pobreza se concede o se niega mediante sentencia sin autoridad de cosa juzgada (art. 33). Y en ocasiones no recaen resoluciones, sino que se extienden *actas* (como en la conciliación —art. 473— o en la quita y espera —art. 1139—).

<sup>155</sup> Cfr. *supra*, notas 12-14, e *infra*, notas 147-149, 195-7, 199, 201 y 202. Téngase, por otra parte, en cuenta que el concepto de cosa juzgada se ha referido al ámbito administrativo (cfr. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata* —Padova, 1937—, pp. 3-4) y que la estabilidad jurídica se alcanza inclusive en materia de jurisdicción voluntaria (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Premisas jurisd.* vol., núm. 40).

<sup>156</sup> En el derecho procesal español se diferencian la resolución o, mejor dicho, la sentencia *definitiva* y la *firme* (ejecutoria o con autoridad de cosa juzgada material): cfr. arts. 369, 1689-90 y 1796 l. enjto. civ., 141, 848 y 954 l. enjto. crim. (v. también arts. 79, 92, 93 y 426 cód. mex. Dist.), y para la crítica de semejante terminología, ALCALÁ-ZAMORA, *Los recursos* (en «Estudios», pp. 47-8. Sin embargo, esa clasificación no es completa, y a los dos mencionados miembros hay que agregar en realidad uno más, el citado en el texto, es decir, las sentencias (en términos más amplios, las resoluciones)  *finales de juicios conclusos* mediante una decisión con autoridad de cosa juzgada formal, pero no material (cfr. nuestras *Adiciones al Goldschmidt*, p. 397, y al *Carnelutti*, núm. 106).

<sup>157</sup> Cfr., por ejemplo, WACH, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts* (Leipzig, 1885), p. 39; HELLWIG, *Lehrbuch*, vol. II, pp. 2-8; CHIOVENDA, *Principii*, p. 92. Véase, además, *supra*, nota 9.

manifiesta razón cronológica, el proceso preliminar tendríamos que encajarlo en los dominios de la llamada jurisdicción voluntaria<sup>138</sup> y cambiarle el nombre de “proceso” por el de “expediente”,<sup>139</sup> cuando no que recluirlo en el campo propiamente administrativo o parlamentario, según antes dijimos (cfr. *supra*, nota 135). El argumento, claro está, se aplicaría exclusivamente a los preliminares originarios y no a los sobrevenidos, que fueron, en su día, íntegra e inequívocamente contenciosos. Por otra parte, las tres clases de originarios se comportan a este propósito de distinto modo: en los *preparatorios*, puede haber contradictoriedad y aun contenciosidad, bien que ésta no emane del litigio de fondo, que hubimos de señalar como presupuesto del proceso principal, sino de una especie de sublitigio o de litigio accesorio (preliminar), cuyo contenido ya enunciamos (cfr. *supra*, núm. 10); en los *cautelares*, falta, por de pronto, la contradictoriedad,<sup>140</sup> pero en relación con un ulterior proceso de fondo, obedecen a una finalidad contenciosa indudable, aun cuando en concreto ella no se lleve luego adelante;<sup>141</sup> por último, los *preventivos*, orientados hacia una meta autocompositiva, tienden a eludir la contenciosidad, aunque no siempre alcancen su objetivo. En tales condiciones, estimamos que el tipo preventivo (por supuesto, el preprocesal, no el intraprosesal: cfr. *supra*, núm. 5) pertenece de lleno a la jurisdicción voluntaria;<sup>142</sup> que el cautelar, en cambio, corresponde a la contenciosa y que el preparatorio se encuentra en una situación intermedia, que cabría caracterizar como de contenciosidad *inferior* o *semiplena*, en contraste con la *superior* o *plena* del proceso principal.<sup>143</sup> Y, naturalmente, en cuanto los tres se desenvuelvan dentro del área judicial.

**28) d) Relación procesal preliminar ejecutiva.**—Los tres tipos de proceso preliminar originario pueden ocasionar *ejecución* o, por lo menos, actos de *cum-*

<sup>138</sup> Cfr. *Premisas jurisd. vol.*, núm. 22.

<sup>139</sup> Cfr. *Premisas jurisd. vol.*, núms. 9 y 41.

<sup>140</sup> Véanse, por ejemplo, los arts. 1403 (embargo preventivo) y 1882 (depósito de personas) 1. enjto. civ. esp. o los 209 (depósito de personas) y 246 (providencia precautoria) cód. mex. Dist.

<sup>141</sup> Véanse, respectivamente, en los códigos citados en la nota anterior, los arts. 1397 1400 y 1411 (en cuanto al embargo preventivo), 1880 y 1890 (en orden al depósito), 205-6 y 214 (asimismo acerca del depósito), 235 y 250-1 (a propósito de la providencia precautoria).

<sup>142</sup> Como acerca de la conciliación sostenemos en *Premisas jurisd. vol.*, núm. 23 (v. además, *supra*, notas 17 y 62, e *infra*, nota 149). En contra, MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 4ª ed., vol. III (Milano, 1923), núm. 9, pp. 9-12.

<sup>143</sup> Al expresarnos así, no nos colocamos en una situación similar a las de quienes admiten o admitieron (CARNELUTTI, DI SEREGO, COUTURE) un proceso sin litigio, de acuerdo con razones por nosotros combatidas (cfr. *Premisas jurisd. vol.*, núm. 31; *Prólogo* a la trad. *Lez. proc. pen.*, núm. 3; *Proceso, autocomposición*, núm. 80): lo que sostenemos, sencillamente, es que nos hallaríamos ante una contenciosidad más tenue o desvaída que la del proceso principal.

*plimiento*.<sup>144</sup> En términos generales, y sin descender a detalles no susceptibles de exposición en un trabajo cual el presente (por ejemplo: posible reducción, por decirlo así, de la escala en el procedimiento ejecutivo), la ejecución preliminar determina los mismos o similares cambios nominales y subjetivos<sup>145</sup> y opera de análogo modo<sup>146</sup> a la que tenga lugar en el proceso principal, ya sea de índole cautelar o definitiva.

**29) H) Clases de proceso preliminar.**—A lo largo del artículo hemos sentado algunos criterios de clasificación, que ahora completaremos dentro de una recapitulación sistemática.

En atención al *nexo entre el proceso preliminar y el principal*, hubimos de contraponer (cfr. *supra*, núm. 7) los *originarios* (*a priori* o por antonomasia) y los *sobrevenidos* (*a posteriori* o impropios), que acaso cabría diferenciar también reservando el calificativo de *preliminares* para los primeros y dando el de *previos* a los segundos. Los *originarios* podemos, a su vez, dividirlos y subdividirlos en la forma siguiente:

- I) *Preparatorios*<sup>147</sup>
- |   |                    |   |                         |
|---|--------------------|---|-------------------------|
| { | 1) Ordenadores     | { | a) Del proceso público. |
|   | 2) Habilitantes.   |   | b) Del arbitraje.       |
|   | 3) Legitimatorios. |   |                         |
|   | 4) Exhibitorios.   |   |                         |

<sup>144</sup> Véase *supra*, nota 55; cfr. también nuestro *Derecho proc. pen.*, tomo III, pp. 426-7.

<sup>145</sup> Así, el promotor pasará a ser ejecutante y el requerido a ejecutado (cfr., p. ej., arts. 476 y 499 l. enjto. civ. esp.), o bien entrará en funciones, en los países donde exista la figura, el ejecutor judicial (cfr. v. gr., § 928, en relación con el 753, Z.P.O. alemana, o art. 677 en relación con los 672 y 606 cód. proc. civ. ital.).

<sup>146</sup> Así, al depósito de cosa mueble exhibida se aplican disposiciones del embargo preventivo (cfr. MANRESA, *Comentarios*, tomo II, pp. 499-500, ed. cit., y ALCALÁ-ZAMORA, dictamen cit. en la nota 42, núms. 11-15, 19-21 y 29); la providencia precautoria se acomoda a las reglas del secuestro apremiativo (cfr. art. 249 en relación con el 534 y ss. cód. mex. Dist.); y en el embargo provisional o preventivo repercute que el documento de donde resulte la existencia de la deuda constituya o no título ejecutivo (cfr. art. 1401 l. esp. y 244 cód. mex.).

<sup>147</sup> Refiriéndose a las «diligencias preliminares» de los arts. 497-502 l. enjto. civ. esp. afirma GUASP que «integran un tipo de proceso caracterizado por tender a la facilitación de una eventual y posterior decisión judicial», y más concretamente, que tiende a «facilitar el desarrollo de la actuación procesal» (*Comentarios*, tomo II, vol. I, 1ª parte, p. 151). Pero como la rúbrica procesos *facilitadores* (o *facilitantes*) resultaría rara, optamos, sin vacilar, por su calificación como *preparatorios*, que se halla más generalizada (cfr. arts. 222 l. enjto. civ. esp. de 1855; 497 y 1432-3 de la vigente; 193, 201, 204 y 220 cód. mex. Dist.; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, 2ª ed., tomo II —Madrid, 1856—, p. 7; FÁBREGA Y CORTÉS, *Lecciones de Procedimientos Judiciales*, 3ª ed. —Barcelona, 1928—, pp. 578-9; ALCALÁ-

- II) *Cautelares*<sup>148</sup> { 1) Anticipativos.  
2) Conservativos.

ZAMORA, obs. y lugs. cits. en la nota 15; DE LA PLAZA, ob. y vol cits., p. 117) y a la que no sería difícil encontrar viejos antecedentes (el procedimiento *in iure* en Roma o los *preparatoria iudicii* en el proceso medieval italiano —cfr. CHIOVENDA, *Principii*, p. 94—; la fase primera de las cinco que abarcaba el concurso *común* —cfr. KISCH, *Grundriss des deutschen Konkursrechts*, 6ª-7ª ed. —Mannheim, 1929—, p. 6; véase también SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthus creditorum* —ed. utilizada, Venecia, 1701—, pars I, cap. II, n. 18). En el grupo de los preparatorios distinguimos: 1º, *Ordenadores*, o sea los destinados a encarrilar la marcha de un proceso principal posterior, pertenecza al campo: a) *del proceso público* (v. gr., del juicio ejecutivo —arts. 1430-3 l. esp. o 201-4 cód. mex.—, o bien, conforme al criterio del legislador, los procedimientos para la apertura, homologación y protocolización de testamentos— cfr. tít. XIV, caps. IX-XIV cód. mex.—, respecto del llamado «juicio» de testamentaria, que en rigor presenta carácter voluntario: cfr. *Premisas jurisd. vol.*, núm. 21), o b) *del arbitraje* (v. arts. 220-3 cód. mex. y, aunque con alcance más limitado, arts. 2175-7 l. esp.: procedimiento judicial para el nombramiento de árbitros). En cambio, aun siendo preparatorios, no incluimos aquí los *meros convenios* relativos a la determinación de competencia, elección de vía procesal o fijación del procedimiento (prorrogación expresa, cláusula compromisoria, escritura de compromiso, pacto sobre juicio convencional —acerca de él, cfr. *supra*, nota 33—), por faltar en ellos el órgano proveyente (cfr. *supra*, núm. 21) y hasta la apariencia procesal, pese a que el concierto de voluntades recae con vistas a un proceso. —2º, *Habilitantes*, es decir, los llamados a poner en condiciones *jurídicas* (como en las habilitaciones para comparecer en juicio los menores o la mujer casada —arts. 1994-2001 l. esp.—; en el nombramiento de defensor judicial a menores, incapaces o pródigos —arts. arts. 165, 215 y 219 cód. civ. esp.—; o en la autorización para litigar que necesitan instituciones como las de Beneficencia —cfr. art. 65 de la Instrucción de 14-III-1899— o los Abogados del Estado —cfr. *supra*, nota 13—) o *económicas* (concesión de patrocinio gratuito —arts. 21-22 l. esp.— u obtención de litis expensas —cfr. PRIETO CASTRO, ob. y vol. cits., p. 557—) a una persona para actuar como parte en un proceso. —3º *Legitimatorios*: no es posible (en contra, PRIETO, ob. cit., vol. I, p. 167, donde confunde la especie con el género) incluir como tales las cinco hipótesis del art. 497 l. esp., sino sólo la primera (acerca de ella, COUTURE, *La declaración jurada sobre hechos relativos a la personalidad* —en “La Rev. de Der., Jurisp. y Admón.”, 1940 y ahora en “Estudios de Der. Proc. Civ.”, tomo II, Buenos Aires, 1949, pp. 259-78—; CARNELLI, *Las diligencias preparatorias de la demanda son elementos de prueba y, en tal concepto, revisten el carácter de las posiciones*, en rev. y año cits., núm. 6). —4º, *Exhibitorios* (de cosas o de documentos— arts. 497, núms. 2-4, l. esp. y 193, frs. 2-6. cód. mex., que no se han representado, en cambio, la exhibición de personas como diligencia preparatoria de pleitos sobre patria potestad, depósito o guarda de menores o incapaces—; véase LEVI, *L'actio ad exhibendum in diritto romano nelle sue linee fondamentali*— en “Studi in onore di Mariano D'Amelio”, vol. II, Roma, 1933, pp. 311-324—). La clasificación finalista que acabamos de hacer, no se opone a que desde el punto de vista orgánico se dividan estos procedimientos en *judiciales* y *extrajudiciales*.

<sup>148</sup> Se extienden a personas, cosas y pruebas. Precisamente la Z.P.O. alemana se vale del epígrafe «aseguramiento de la prueba» en el título XII del libro II; en cambio, el código italiano (cfr. lib. IV, tít. I, cap. III, sec. III) habla de “procedimientos de instrucción preventiva”, rúbrica que objetamos, tanto por el motivo aducido en la nota



- III) Preventivos <sup>149</sup> { 1) Judiciales.  
2) Parajudiciales.  
3) Administrativos.

149, como por no ser correcto indentificar la instrucción y la prueba. Por otra parte, en el aseguramiento de la prueba hay que considerar dos situaciones distintas, aunque ambas determinadas por el *periculum in mora* (cfr. nota 63), a saber: una, la de *anticipación*, con plenos efectos, de la diligencia probatoria (cfr. arts. 502 l. enjto. civ. esp. y 193, fra. VII-VIII, cód. mex. —testigos—; 448, 467, 471 y ss. l. enjto. crim. esp. —testigos y peritos—; véase SENTÍS MELENDO, *La pericia in futurum*, en “Rev. Der. Proc.”, argentina, 1943, II, pp. 256-80), que, por tanto, tiene carácter *definitivo* (entre otras razones, porque podría ser irreproducible: muerte del testigo, alteración o destrucción de la substancia analizable), y la de *mera custodia* de objetos con fines de prueba (cfr., p. ej., art. 338 l. enjto. crim. esp.), en que la índole *provisional* y *conservativa* aparece patente (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, reseña del folleto citado de VIERA, en “Rev. Esc. Nac. Jurisp.”, núms. 47-48, pp. 448-9). La prueba *anticipada* o *asegurativa* es, a su vez, la contrafigura de la *retardada* o *suplementaria*, y entre ambas se sitúa la practicada en el momento procesal *oportuno* (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Adiciones a los núms. 36 y 297 del Carnelutti y Der. proc. pen.*, t. III, pp. 39-40 y 176-7). La idea de anticipación de la prueba se encuentra tanto en textos *doctrinales* como *legales* (cfr. GÓMEZ ORBANEJA, *La confesión judicial anticipada* —Madrid, 1929—, aunque con referencia al art. 549 y no al 497, n. 1º, l. enjto.—; ALCALÁ-ZAMORA, *Programa*, 1º ed., p. 44, y 2º ed., p. 40; VALCARCE, *Medidas cautelares*, en “Rev. Der. Proc.” española, 1947, p. 240; cód. proc. civ. portugués, art. 525; proyecto uruguayo de 1945, parte 1º, lib. I, tít. I, cap. II). Además de los referentes a la prueba, pertenecen a este grupo el depósito de cosa mueble exhibida (cfr. *supra*, nota 42), el embargo preventivo (respecto de deudas vencidas o futuras: cfr. VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, *Embargos de futuro*, en “Rev. Der. Proc.” española, 1948, pp. 75-87), el arraigo del demandado (arts. 235, 237 y 241 cód. mex. Dist.), la consignación previa respecto de ciertos juicios, la retención de bienes con ocasión de un desahucio (arts. 1602 l. esp. y 498 cód. mex.), el depósito de mujer casada (arts. 1880 y 1890 l. esp. y 205-6 y 214 cód. mex.), las medidas precautorias anteriores a la declaración de ausencia, etcétera.

<sup>149</sup> Tanto la l. enjto. civ. esp. a propósito del embargo (lib. II, tít. XIV), como DE LA PLAZA al referirse al proceso cautelar (cfr. ob. cit., vol. II, pp. 29 y ss.), como, por último, el cód. proc. civ. italiano en cuanto a la anticipación de la prueba (v. nota 148), se valen del vocablo «preventivo» en sentido distinto del que aquí le asignamos, que concuerda con la acepción de *precauer*, *evitar* o *impedir* del verbo «prevenir». Sería, por tanto, preferible llamar al embargo preventivo «provisional» (en atención a su eficacia) o «conservativo», como en Italia (en consideración a su finalidad). En dirección diversa, tampoco compartimos el criterio del proyecto uruguayo de 1945 al incluir (Parte 1º, lib. I, tít. I) bajo la rúbrica «Preparación del juicio», tanto la conciliación, que aspira a prevenirlo, es decir, a evitarlo, como las pruebas anticipadas, que sí encajan dentro de tal epígrafe. Puntualizado así el alcance que le damos al calificativo, en el grupo de los preventivos figuran las diferentes modalidades de conciliación preprocesal (cfr. *supra*, notas 17, 79 y 104), así como sus equivalentes (reclamación previa en las demandas civiles contra el Fisco; recurso de alzada en materia administrativa: v. nota 13) y el procedimiento constitucional mencionado en la nota 12. En cambio, la transacción extrajudicial, si bien «evita la provocación de un pleito» (art. 1809 cód. civ. esp.), no posee naturaleza procesal, sino autocompositiva (cfr. *Proceso, autocomposición*, núms. 6, 14 y 43), y no

Los dos primeros sectores responden a una clasificación *objetiva* o *teleológica*, mientras que el tercero se basa en un enfoque *subjetivo* u *orgánico*, por ser en sus tres variantes una misma la finalidad, a saber: *autocompositiva*, aunque, por descontado, no siempre cristalice tal propósito.<sup>150</sup>

A su vez, los *sobvenidos* se descomponen, como indicamos (cfr. *supra*, núms. 6, 7 y 15), en:

IV) *Prejudiciales* y

V) *Revisables*.<sup>151</sup>

30) En orden a la *derivación* y *ligamen* entre el *proceso preliminar* y el *fondo*, entran en juego las siguientes distinciones:

interviene en ella órgano proveyente (cfr. *supra*, núm. 21); y en cuanto a su autorización judicial respecto de bienes de menores e incapacitados (cfr. arts. 2025-9 l. esp. y 922 cód. mex.), constituye un procedimiento de jurisdicción voluntaria, preliminar de un negocio autocompositivo, pero no de un proceso de fondo.

<sup>150</sup> La conciliación preprocesal obligatoria ante los jueces municipales (art. 460 l. enjto.), daba en España decepcionantes resultados (cfr. nuestras *Notas para la reforma de la ley de enjuiciamiento civil* —en “Estudios Der. Proc.”; Madrid, 1934—, pp. 234-5). Y sus equivalentes ante la autoridad administrativa, para la reconsideración de sus acuerdos, no rendían mejores frutos.

<sup>151</sup> Entre los *prejudiciales* (cfr. *supra*, nota 23), mencionaremos el motivado por la calificación civil del concurso (art. 1300 l. enjto. esp.) o de la quiebra (art. 1386 idem; arts. 111-3 l. quiebra mex.) respecto de la causa penal subsiguiente (cfr. FINZI, *Quiebra culpable y relación de causalidad* —Buenos Aires, 1944—, pp. 5-32, y nuestra reseña en “Rev. Der. Proc.” argentina, 1944, II, pp. 190-2—). En cuanto a los *revisables*, pensemos en los que dan lugar a los recursos de revisión y de audiencia; en los sumarios sin autoridad de cosa juzgada material, tras los que se autorice el proceso ordinario (cfr. *supra*, nota 136); en los juicios revisados a tenor de los arts. 531 y 610 cód. mex. Dist.; en cierto sentido, en la acción de nulidad contra lo convenido en conciliación (art. 477 l. esp.); en el procedimiento monitorio con respecto a la oposición y aun revocación de que sea objeto: cfr. arts. 645-6 cód. proc. civ. y 506-10 cód. proc. pen. de Italia, y acerca de la cuestión, CALAMANDREI, *El procedimiento monitorio* —trad. esp., Buenos Aires, 1946—, pp. 214-23; SEGNI, *L'opposizione del convenuto nel processo monitorio* —en “Studi Sassaresi”, 1924—; BELLAVISTA, *Il processo penale monitorio* —Milano, 1938—, núms. 17, 30-32, 61, 62 y 79-80; ALCALÁ-ZAMORA, *Acercas del juicio monitorio penal* —en “Ensayos”, pp. 241-7 y 249-50—); en el proceso que dé luego lugar a una demanda de responsabilidad civil contra el juzgador (cfr. art. 904 l. esp. y 729 cód. mex.); en el procedimiento contencioso-administrativo sobre la infracción lesiva, como antecedente de la acción civil de responsabilidad contra funcionarios públicos (art. 4º del Reglamento español de 23-IX-1904), etc.

- I) *Derivación* <sup>152</sup>
- 1) Existencia de ella
    - a) Naturaleza
      - a') Homogénea.
      - b') Heterogénea.
    - b) Tiempo
      - a') Inmediata (o próxima).
      - b') Mediata (o alejada).
  - 2) Ausencia de la misma.
- II) *Ligamen* <sup>153</sup>
- 1) Procesos preliminares independientes (Los previos o sobrevenidos).
  - 2) Procesos preliminares dependientes, accesorios o subordinados (Los originarios).

Desde el *punto de vista subjetivo*, el proceso preliminar puede ser *simple*, *litisconsorcial* o *con intervención de terceros* (cfr. *supra*, núm. 25) y, en otro sentido, de pretensión dirigida contra quien en su día vaya a ser el *demandado* del proceso principal o contra *persona ajena* a la relación jurídica de fondo.<sup>154</sup> La *pretensión*, por su parte, podría ser o haber sido *declarativa*, *constitutiva* o *de condena*.<sup>155</sup>

31) Por último, si nos fijamos en la *índole y el mecanismo procesales* de estos procedimientos, tendríamos el siguiente cuadro:

- I) Por su naturaleza <sup>156</sup>
- 1) Contenciosos.
  - 2) Voluntarios.

<sup>152</sup> Cfr. *supra*, núms. 8 *in fine*, 14 y 25.

<sup>153</sup> Cfr. *supra*, núms. 7 y 14.

<sup>154</sup> Cfr. *supra*, núm. 21 y nota 113.

<sup>155</sup> Por de pronto, cualquiera de las tres, como es obvio, puede ser objeto de la conciliación o de sus equivalentes, o pudo haberlo sido del proceso prejudicial o del revisado. En los preparatorios, la habilitación para comparecer en juicio responderá a una pretensión constitutiva, y la exhibición de cosas o de documentos caerá bajo el signo de la *de condena*; y con eventualidades de este tipo se relacionarán, por lo general, aunque no siempre, los cautelares.

<sup>156</sup> Más la contenciosidad semiplena de que hablamos al final del núm. 27 y en la nota 143.

- II) *Por su estructura*<sup>157</sup>
- |                   |   |  |
|-------------------|---|--|
| 1) Desarrollo     | } | a) Con sólo fase de conocimiento.          |
|                   |   | b) Con fase también de ejecución.          |
| 2) Funcionamiento | } | a) Con contradictorio.                     |
|                   |   | b) Sin contradictorio o con él postpuesto. |

32) 1) *Proceso preliminar penal*.—Al comienzo del trabajo (cfr. *supra*, núm. 2) anunciamos que haríamos objeto al proceso preliminar penal de examen aparte, por las dudas que origina la determinación del momento en que surge el principal o de fondo en las legislaciones que responden al sistema mixto o anglosajón. Nos toca ahora dilucidar dicha cuestión, para ocuparnos luego de las especies de proceso preliminar penal, únicos extremos que en relación con el mismo abordaremos.

33) a) *Significado y límites de la instrucción*.—¿Existe verdadero proceso desde el instante en que se inicia la instrucción o sumario<sup>158</sup> por la perpetración de un hecho con apariencias delictivas o de una conducta que se supone peligrosa?<sup>159</sup> Al formular la pregunta, pensamos, por supuesto, en el sistema

<sup>157</sup> *Con sólo fase de conocimiento*: todos aquellos en que la pretensión del promovente sea desestimada (cfr., p. ej., arts. 497, aps. finales, y 1403, ap. 2º, l. enjto. esp.); y entre los que la acojan, el relativo a confesión sobre personalidad o los anticipativos de la prueba, so pena de que confundamos la ejecución propiamente dicha y la práctica de tales diligencias —*Con fase también de ejecución*: los exhibitorios, los cautelares conservativos o el cumplimiento del convenio conciliatorio (cfr. art. 476 l. esp., y acerca de él. LÓPEZ-REY, *¿Tienen fuerza ejecutiva las certificaciones de actos de conciliación?* —en “Rev. Gen. de Legis. y Jurisp.”, noviembre de 1931—, pp. 613-9). —*Con contradictorio*: v. gr., el acto de conciliación o la oposición a las diligencias preparatorias (cfr. arts. 471 y 500-1 l. esp. y 200 cód. mex. Dist.). —*Sin contradictorio*: p. ej., el embargo preventivo (cfr. art. 1403, ap. 1º, l. esp.) o la providencia precautoria (art. 246 cód. mex.)— Para completar la clasificación de los procesos preliminares, véase *infra*, núm. 40 (distinción en *genéricos* y *específicos*). Pueden, además, dividirse en atención a la *materia*.

<sup>158</sup> Acerca de las acepciones procesales de *sumario*, véase *supra*, nota 118.

<sup>159</sup> De acuerdo con la dualidad que en el campo penal sustantivo (aunque con posibles derivaciones procesales: cfr. *infra*, nota 174) enfrenta *repression* y *prevención*: cfr. DORADO MONTERO, *Del Derecho penal represivo al preventivo (Ojeada de conjunto sobre la situación actual del Derecho penal)* —publicado primero en “Rev. Gen. Legisl.”, 1896-8, e incluido luego en “Estudios de Derecho Penal Preventivo” —Madrid, 1901—; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Ley de Vagos y Maleantes: Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito* —en rev. cit., noviembre de 1933; luego en folleto: Madrid, 1934—).

procesal penal mixto, que es el más difundido en las legislaciones,<sup>160</sup> ya que cuando la instrucción se practica durante la audiencia (sin perjuicio de la previa averiguación policial),<sup>161</sup> la situación varía por completo, al asociarse dos fases que en aquel otro tipo de procedimiento se contraponen fuertemente. En el mencionado sistema encontramos dos actividades bien distintas:<sup>162</sup> en primer término, los actos mediante los cuales llega la autoridad judicial al conocimiento del delito (adquisición de la *notitia criminis*) y, en segundo lugar, la pretensión deducida al formular la acusación. Cuando comparamos la denuncia con los escritos de acusación, el deslinde no ofrece duda alguna, porque aquélla es una simple *participación de conocimiento*, que —sea cual fuere su clase—<sup>163</sup> no convierte al denunciante en actor, mientras que los segundos son una *declaración de voluntad* de quienes asuman en el plenario la misión de acusar. Cuando el sumario brota en virtud de *inquisitio ex officio*,<sup>164</sup> como quiera que el plenario se funda en el principio *nemo iudex sine actore*, y no puede sostenerse que el instructor ejercite la acusación, porque precisamente su cometido concluye al acabar la instrucción, resulta que tampoco entonces cabe confundir *notitia criminis* y acción penal. El asunto se complica cuando nos fijamos en la querrela, en la que hemos de comenzar por distinguir la *mínima*, mera condición de procedibilidad a remover por el ofendido al solo objeto de dar paso a la acción oficial en los delitos perseguibles a instancia de parte,<sup>165</sup> y la *máxima*, peculiar

<sup>160</sup> Con ligeras modificaciones y algunos cortes, todo este número del ensayo proviene de nuestro *Der. proc. pen.*, tomo II, pp. 83-9.

<sup>161</sup> Véase nuestro *Der. Proc. pen.*, tomo II, p. 361. La literatura policiaca anglosajona (novela, teatro) brinda con frecuencia estampas más o menos fieles de la instrucción practicada en audiencia. Recordemos *El proceso de Mary Dugan*.

<sup>162</sup> Al expresarnos así, no queremos significar que la instrucción y el plenario (o juzgamiento, juicio oral, debate final, etc., ya que el nombre varía bastante en los ordenamientos positivos) sean las únicas fases del proceso penal, aunque sí, desde luego, las capitales. Entendemos, por el contrario, que a lo largo del enjuiciamiento criminal cabe distinguir las seis fases que, por ejemplo, menciona Graf zu DOHNA (cfr. nuestro *Der. proc. pen.*, tomo II, pp. 121-2, en relación con *Das Strafprozessrecht* —3<sup>o</sup> ed., Berlín, 1929— del citado autor), a saber: previa o preliminar, instrucción, procedimiento intermedio o de tránsito —cfr. *infra*, nota 194—, plenario, impugnación y ejecución.

<sup>163</sup> A saber: denuncia-facultad, denuncia-deber y denuncia-obligación, conforme a la gradación peculiar del derecho español en este punto: cfr. nuestro *Der. proc. pen.*, tomo II, pp. 321-3.

<sup>164</sup> Cfr. arts. 106, 303, 638 y 784 l. enjto. crim. esp., y acerca de ellos, HERRERO, *Ley de enjuiciamiento criminal reformada, anotada y comentada* (Valladolid, 1909), p. 297; ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho procesal criminal* (Madrid, 1935), pp. 182-4; JIMÉNEZ ASEÑO, *Derecho procesal penal*, vol. I (Madrid, 1949), pp. 380-5. Véase también art. 182 cód. proc. crim. de la capital argentina.

<sup>165</sup> Acerca de ella, característica, por ejemplo, del derecho italiano, véase el libro de BATTAGLINI, *Il diritto di querela* (Torino, 1915) y últimamente el de CANDIAN, *La querela* (Milano, 1951).

del derecho hispánico,<sup>166</sup> que suscita mayores dudas, porque si bien no posee virtualidad bastante para convertir el sumario en proceso entre partes, al colocar al querellante y al querellado en situación antagónica —singulamente en códigos donde el procesamiento, que, a nuestro entender, sirve para darle un destinatario a la instrucción,<sup>167</sup> se halle debidamente desenvuelto—, produce la impresión de que dichas personas se comportan como partes, aun cuando el inculpado no alcanza esa cualidad durante la instrucción, en la que no pasa de ser *objeto* del procedimiento, sin llegar todavía a *sujeto* de la relación jurídica procesal.<sup>168</sup> Por otra parte, denuncia y procedimiento de oficio pueden funcionar aun siendo desconocido en absoluto el presunto culpable, mientras que la acción penal exige la determinación del sujeto pasivo; y aun cuando el señalamiento de un inculpado se da en la querrela, si analizamos su contenido veremos que en la misma no aparece *todavía* una pretensión punitiva concreta, sino una petición de que se instruya el sumario, se adopten las medidas cautelares pertinentes y se practiquen las diligencias que el querellante solicite.<sup>169</sup> Y si es cierto que en la querrela máxima, mientras no se la abandone o se desista, late el propósito de acusar en su día, no lo es menos que esa intención implícita no se lleva a cabo inmediatamente, sino cuando alcanzando el plenario, llega el momento de que la parte o partes acusadoras deduzcan la pretensión punitiva procedente.<sup>170</sup> En re-

<sup>166</sup> La distinción entre querrela *mínima* y *máxima*, establecida por nosotros en *Der. proc. pen.*, tomo II, pp. 329-30, es acogida por CAMAÑO ROSA, *La instancia del ofendido* (Montevideo, 1947), p. 81.

<sup>167</sup> Según nuestro punto de vista (cfr. *La ref. enjto. pen. arg.*, núm. 35), compartido por LÓPEZ-REV, *Proyecto de código procesal penal para Bolivia* (Córdoba, Arg., 1946), p. 53. Sobre la capital institución hispánica del procesamiento, cfr. RODRÍGUEZ PORRERO, *¿Qué es el procesamiento? ¿Cuáles son su significación y alcance técnico-procesales?* (en "Rev. Gen. Legis. y Jurisp.", febrero de 1929); FONTECILLA, *Interpretación judicial de las leyes de procedimiento penal y especialmente en torno de los vocablos: «inculpado», «reo» y «procesado»* (en "Estudios en honor de Alsina", pp. 259-313); VÉLEZ MARICONDE, *El procesamiento del imputado* (en "Estudios" *cit.*, pp. 721-58); JIMÉNEZ ASENJO, *Der. proc. pen.*, vol. II, pp. 1-18; CARNELUTTI, *Auto de procesamiento* (en "Rev. Der. Proc." arg., 1948, I, pp. 216-8; aunque incurre en el error de presentar dicha institución cual creación argentina); VIADA, *El imputado, el procesado y el acusado en el Derecho español e hispanoamericano* (en "Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales"; Buenos Aires, 1949, tomo XII, núm. 53, pp. 117-31); RUIZ (Urbano), *El procesamiento* (Madrid, 1950).

<sup>168</sup> En contra, es decir, creyendo que en el sumario existe ya relación procesal y que el imputado es sujeto de la misma (¿y si —preguntamos— la instrucción se sigue contra desconocido?), BARTOLONI FERRO, *El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales*, 1ª ed. (Santa Fe, Arg., 1942), pp. 48 y ss.; 2ª ed. (1944), pp. 257 y ss.

<sup>169</sup> Cfr. arts. 277, núms. 3, 5 y 6, l. enjto. crim. esp., y 172, núms. 2, 4 y 5, y 181 cód. proc. pen. argentino para la Capital

<sup>170</sup> Basta la lectura de los artículos citados en la nota anterior, para comprobar que la querrela no va acompañada de pretensión punitiva, cuya formulación corresponde a fase posterior (cfr. arts. 649-51 l. esp. y 457 cód. arg.).

sumen: la acción penal surge en el momento en que, sobre la base de la presunta culpabilidad de una persona, se formula por el actor una concreta pretensión punitiva contra uno o más reos individualizados. A lo sumo, cabrá admitir, con Beling, que la acción penal realiza un doble cometido: a) poner en conocimiento de la autoridad judicial<sup>171</sup> la perpetración de un delito para que proceda a incoar el sumario, y b) pedir el castigo del culpable.<sup>172</sup> Pero esta solución conduce a que el proceso penal (ya se considere que en él funcionan *dos acciones distintas, ya una sola orientada hacia un doble objetivo*) aparezca con una dualidad actora sin ligazón alguna entre sí en multitud de casos, y a que haya que reputar actores penales al denunciante que se despreocupe por completo de la suerte de su denuncia, al juez instructor que proceda *ex officio* y que no participe en el plenario y al querellante particular que desista o abandone su querrela frente a delitos públicos, en los que su actitud no cierra el paso a la acusación oficial.<sup>173</sup> Razones análogas habríamos de aplicar a la acción de peligrosidad,<sup>174</sup> siempre que el enjuiciamiento de la supuesta conducta antisocial responda a un deslinde semejante al que en materia de delitos se da entre la instrucción y el juicio.<sup>175</sup>

<sup>171</sup> Cuando no del ministerio público o inclusive de la policía (cfr., por ejemplo, los arts. 3-5, 262, 265-6 y 274-6 cód. proc. pen. mex. del Distrito —1931—, o bien los arts. 118, 155, 179 y 194 cód. proc. pen. arg. para la Capital). Véase, además, *infra*, notas 192 y 193.

<sup>172</sup> Cfr. BELING, *Derecho procesal penal* (trad. de R. GOLDSCHMIDT y R. C. NÚÑEZ; Córdoba, Arg., 1943), p. 109. (Esta traducción no ha de confundirse con la que con igual título y en el mismo año efectuó FENECH del *Deutsches Reichsstrafprozessrecht* —3ª ed., Berlín-Leipzig, 1928— del propio autor e impresa en Barcelona. La que ahora citamos proviene de un artículo inserto en la “Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Darstellung” —1914—).

<sup>173</sup> Cfr. arts. 264 (denuncia), 274-5 (apartamento y abandono de la querrela y 303 (en relación con el 54, n. 12: instructor que no intervenga en el plenario) l. enjto. crim. esp., o bien los arts. 168 (denuncia), 173-5 (en relación con los 14 y 15, en cuanto a la querrela) y 32 y 195 (separación entre las funciones de instructor y de sentenciador) cód. proc. arg. para la Capital.

<sup>174</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Il sistema processuale della legge spagnuola sui vagabondi e pericolosi* (en “Riv. Ital. Dir. Pen.”, 1937, n. 5), núm. 1; CALVO, *El juicio de peligrosidad* (en “Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México”, 1952, núm. 13), pp. 44-5.

<sup>175</sup> En el texto español y completo de nuestro trabajo citado en la nota anterior —incluido como *El sistema procesal de la ley relativa a vagos y maleantes*, en las pp. 175-234 de “Ensayos”— se expone no sólo el procedimiento vigente en España desde 4-VIII-1933, sino en un apéndice (pp. 224-34) el de las leyes similares promulgadas por influjo de aquella en Venezuela (14-VIII-1939) y Uruguay (22-X-1941) y el de los proyectos preparados en Chile (agosto-septiembre de 1941) y Argentina (septiembre de 1943). A ellos hay que añadir en el Paraguay el decreto-ley núm. 1429, de 23-V-1940, que reprime la vagancia, mendicidad y estados afines de peligrosidad sin delito, compuesto por el jurista español CABANELLAS e inspirado asimismo en la ley de 1933, y en Chile, el decreto núm. 2682, de 17-V-1951, que nombró una comisión para redactar un proyecto de ley sobre

34) Si ahora, de acuerdo con la doctrina dominante, compartida inclusive por acérrimos *dualistas*,<sup>176</sup> concebimos el proceso penal como relación jurídica entre un juzgador y dos partes, y comprobamos que en la instrucción no existen en rigor ni aquél<sup>177</sup> ni éstas, sino a lo sumo de manera aparente (contradictoriedad a veces y en ciertos momentos), tendremos que llegar a la conclusión de que el sumario no constituye verdadero proceso, si por tal entendemos el principal de naturaleza contenciosa. ¿Qué será entonces? Examinemos algunas de las posibles respuestas: a) conforme a la terminología alemana<sup>178</sup> sería un *Vorverfahren*, o sea literalmente un *preprocedimiento*, pero como en realidad la instrucción integra un auténtico procedimiento, por lo general más largo y complejo que el de la etapa conclusiva o de audiencia, parécenos preferible traducir el vocablo por *procedimiento previo o preliminar*, con lo que nos situaríamos ya, por el lado del calificativo, en el campo de nuestra indagación; b) sin duda bajo el influjo de la denominación germánica, pero mediante una sustitución en el substantivo que, con propósito deliberado o sin él, cambia el alcance del concepto, Fenech habla de *preproceso*,<sup>179</sup> y si como antes hicimos, reemplazamos el prefijo por los adjetivos adecuados, nos encontraríamos con que semejante caracterización equivaldría a la de *proceso previo o preliminar*; c) por razones análogas a las empleadas por Oetker para colocar el juicio monitorio en el terreno de la *jurisdicción voluntaria*,<sup>180</sup> podría adscribirse a ella la instrucción, si

represión y prevención de asaltos y robos y cuyo título I trata de los estados antisociales y de las medidas de seguridad, inclusive el procedimiento, también conforme al modelo español. Añadamos las leyes sobre vagancia de Guatemala (8-V-1934), Colombia (13-III-1936), y El Salvador (16-VII-1940) y la reforma de la de Venezuela en 15-VII-1943: v. RUIZ-FUNES, *La peligrosidad y sus experiencias legales* (La Habana, 1948), pp. 469-70, 476-8, 501 y 505.

<sup>176</sup> Por ejemplo, como FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale* (Torino, 1927), pp. 8-11 y 54-59; MANZINI, *Trattato* cit., vol. I, núms. 11 y 16, por un lado, y 12-13, por otro; FONTECILLA, *Derecho procesal penal*, tomo I (Santiago de Chile, 1943), núms. 6, 8, 19-21 y 24-26, por una parte, y 39-41, por otra.

<sup>177</sup> El instructor, incluso cuando pertenezca a la judicatura (nada digamos si es funcionario de la policía o del ministerio público: cfr. *supra*, nota 171, e *infra* notas 192-3), no se comporta como verdadero juez, salvo durante los paréntesis de actividad jurisdiccional cognoscitiva que en la instrucción se abran (por ejemplo: en cuanto a la anticipación de pruebas —cfr. *supra* nota 148— o, en algunos países, respecto del sobreseimiento —cfr. arts. 432 y ss. cód. arg. Capital—) y que son análogos, sólo que *antes* y no *después* de la sentencia, a los que se producen durante la ejecución, tanto civil (cfr. arts. 937 y ss., 1524-6, 1531, 1543 l. enjto. esp. o 515, 518, 523, 531, 578 cód. mex. Dist.) como penal (cfr. arts. 992-4 l. enjto. crim. esp.: incidente de demencia).

<sup>178</sup> Cfr., v. gr. KOHLRAUSCH, *Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgezet mit Nebengesetzen* (Berlín-Leipzig, 1927), p. 17, donde las diferentes etapas del procedimiento penal hasta la sentencia aparecen agrupadas en tres fases: *Vorverfahren*, *Zwischenverfahren* y *Hauptverfahren*.

<sup>179</sup> Véase *supra*, nota 5.

<sup>180</sup> En su ensayo *Strafprozessbegründung und Strafklaageerhebung* (en "Würzburger



bien el argumento perdería su fuerza, de acogerse la concepción carneltutiana que trasplanta a los dominios de aquélla el proceso penal de fondo, conforme a una singularísima visión que me parece, a su vez, indefendible,<sup>181</sup> d) según Rende, la instrucción sería una *etapa preprocesal*, por no mediar en ella relación jurídica,<sup>182</sup> y poseería naturaleza *administrativa* o más concretamente *policial*,<sup>183</sup> aun cuando —aclaramos— esa característica, incluso de reputársela indudable, no debe en manera alguna interpretarse como si hubiese que encomendarla íntegramente y sin cortapisas a la policía o que regularla fuera de los códigos procesales: al contrario, su inclusión en éstos y su atribución a miembros de la judicatura, aunque al proceder a ella no se comporten, como regla, cual jueces en sentido funcional y sí tan solo orgánico,<sup>184</sup> representa una de las más elementales y valiosas garantías para el justiciable penal; e) para Carnelutti, la instrucción caería, en líneas generales, dentro del ámbito de la que llama “acción cautelar”, pero aparte del significado excesivamente amplio que le atribuye, en virtud del cual la especie (*cautelar*) se confundiría con el género (*preliminar*) (cfr. *supra*, núm. 29), sobre aquélla se proyectarían asimismo la “acción introductiva” y la propia “acción consultiva”.<sup>185</sup> Por nuestra parte, teniendo en cuenta la finalidad esencialmente *preparatoria* de la instrucción,<sup>186</sup> no vacilamos en considerarla como proceso preliminar, cuyo objeto estribaría no tanto en pronunciar acerca del fundamento de la *notitia criminis*,<sup>187</sup> que no pasa de ser el *presupuesto* del proceso penal en general y de la fase instructoria en particular,<sup>188</sup> como en decidir si conforme a los elementos de convicción reunidos (tanto reales como personales), ha lugar o no a la apertura del debate final, es decir, del proceso de fondo en estricto sentido.<sup>189</sup>

Festgabe für Dernburg” —1900—, p. 120), cit. por BELLAVISTA, *Il proc. pen. mon.*, p. 89. Para la crítica de semejante tesis, v. nuestro trabajo cit. en la nota 151, pp. 248-50.

<sup>181</sup> Sustentada por CARNELUTTI en sus *Lezioni sul processo penale*, vol. I (Roma, 1946), núm. 60, y luego en *La tutela del terzo nel processo penale* (en “Riv. Dir. Proc.”, 1946, II, p. 41), y combatida por nosotros en el *Prólogo* a la trad. esp. de aquéllas, núms. 5-9.

<sup>182</sup> Véase en la nota 168 la opinión contraria de BARTOLONI FERRO.

<sup>183</sup> Cfr. RENDE, *L'unità fondamentale del processo civile e del processo penale* (en “Riv. Dir. Pubblico”, 1921, núm. 3-4), pp. 381-6.

<sup>184</sup> Véase *supra*, nota 103.

<sup>185</sup> Cfr. *Lez. proc. pen.*, núms. 168-9, 191-2 y 209-11.

<sup>186</sup> Cfr. nuestro *Der. proc. pen.*, tomo II, pp. 315-6, donde bajo el epígrafe «procedimiento penal preparatorio incluimos el preliminar o previo, la instrucción y el procedimiento intermedio (v. *supra*, nota 162, e *infra*, nota 194).

<sup>187</sup> Según entiende LEONE, *Lineamenti di diritto processuale penale*, vol. II (Napoli, 1950), p. 44.

<sup>188</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Der. proc. pen.*, tomo II, p. 136, y *Enseñanzas acerca de la acción*, núm. 13.

<sup>189</sup> Cfr. arts. 631-3, 634, 641 y 645 l. enjto. crim. esp.

35) b) *Especies del mismo*.—La instrucción en sí pertenece, como acabamos de indicar, a la clase de los procesos preliminares *preparatorios* y, dentro de ella, a la especie de los *ordenadores* (cfr. *supra*, núm. 29), aunque con rasgos muy peculiares en contraste con los civiles del grupo, especialmente en dos sentidos: a) en cuanto a su *incoación*, que puede brotar de oficio o a instancia de particulares o de funcionarios distintos del instructor (policía o ministerio público); b) en cuanto a los *sujetos principales* que en ella intervienen, y que podrían reducirse al instructor (la instrucción se abre de oficio y se clausura sin que en ningún momento se haya conseguido individualizar a un presunto culpable: sumario contra desconocido), o a él y al ministerio público (de asumir éste la función instructora), o, por el contrario, abarcar mayor número de personas (denunciante o querellante; inculpado, sin o con la categoría de procesado),<sup>190</sup> así como producirse cambios subjetivos a lo largo de la misma (transformación de una instrucción sumaria en formal, y viceversa; revocación del procesamiento; desistimiento o abandono de la querella).<sup>191</sup> Además de la mencionada distinción en *formal* y *sumaria*, que algunos códigos conocen,<sup>192</sup> a la que todavía cabría sumar la *policial*,<sup>193</sup> en la instrucción *lato sensu* pueden diferenciarse tres periodos o fases: *previo, instructorio en estricto sentido e intermedio*.<sup>194</sup>

<sup>190</sup> En apoyo de las afirmaciones asentadas en el texto, véanse, por el mismo orden en que los indicamos, los arts. 303, 641, núm. 2; 271, 306, 308, 319; 259 y ss.; 270 y ss.; 486 y 384 l. enjto. crim. esp. Y acerca de la defensa durante la instrucción, véase últimamente la comunicación doble de NIETHAMMER y de KERN al Congreso de Derecho Comparado de Londres. Se titula *Das Verteidigungsrecht vor dem Untersuchungsrichter* (en el tomo "Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in London 1950" —Tübingen, 1950—, pp. 879-93).

<sup>191</sup> Transformación del tipo de instrucción: cfr. LEONE *Lineamenti*, vol. II, p. 45-7; revocación del procesamiento: cfr. art. 384 l. enjto. crim. (según el texto adicionado de 14-XII-1925), en relación con las Memorias de la Fiscalía del Supremo de 1885, 1886 y 1899 (núm. 113) y con la r. o. de 5-IX-1906; desistimiento o abandono de la querrela: arts. 274-6 l. cit.

<sup>192</sup> Cfr. arts. 295 y 389 cód. proc. pen. italiano, de donde la dualidad pasó al código de Córdoba (Argentina, 1939), si bien calificada de "judicial" y "sumaria" (cfr. libro II, títs. II y III) y reemplazado, a su vez, el primero de tales adjetivos por «formal», como en Italia, en el proyecto de 1943 para la Capital federal, obra de los mismos autores (VÉLEZ MARICONDE y SOLER y trasunto casi literal de aquel otro. Para la crítica, no tanto de esa solución, como de encomendar la instrucción sumaria al ministerio público, cfr. ALCALÁ-ZAMORA, en *Primer Congreso Argentino sobre Oralidad en los Juicios* (La Plata, 1942), pp. 93-4; *Ensayos*, p. 579, nota s, y *La ref. enjto. pen. arg.*, núm. 34.

<sup>193</sup> Acerca de la llamada *prevención policial* del cód. proc. pen. argentino para la Capital (arts. 184-94) o de la *averiguación previa* del cód. proc. pen. federal mexicano (tít. II; v. también el V), asimismo entregada a las pecadoras manos policíacas, cfr., respectivamente, ALCALÁ-ZAMORA y LEVENE h., *Der. proc. pen.*, tomo II, pp. 344-50, y ALCALÁ-ZAMORA, *Algunas observaciones al proyecto de código procesal penal para el Distrito* (en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", 1951, núm. 10), núms. 23-5.

<sup>194</sup> Cfr. *supra*, nota 186. En cambio, LEONE admite tan sólo dos etapas: *actos prelimi-*

36) Con la instrucción se asocian o combinan otros procesos preliminares, autónomos o no y tramitados en la misma o en distinta pieza de autos.<sup>195</sup> Suelen ser de naturaleza *cautelar*, tanto *anticipativa* como *conservativa* (cfr. *supra*, núm. 29), circunscritos a la prueba los primeros y extendiéndose a ella, a las personas y a las cosas los segundos.<sup>196</sup> Por otra parte, antes o al margen de la instrucción pueden mediar *actuaciones preliminares extrajudiciales o judiciales* a fin de satisfacer una determinada *condición de procedibilidad*.<sup>197</sup>

*nares e instrucción*, que en unión de la de *juicio* abarcarían el desarrollo completo del proceso (cfr. *Lienamenti*, vol. II, p. 39). Guarda, pues, silencio respecto del procedimiento intermedio, y nada dice tampoco acerca de la fase impugnativa ni de la ejecutiva (v. *supra*, nota 162). Sin llegar a desaparecer, el procedimiento intermedio cambió de fisonomía en Alemania en 1942, al reemplazarse el auto de apertura (*Eröffnungsbefehl*) por una orden o decreto del presidente del tribunal (cfr. NIETHAMMER, ob. cit., pp. 884-5).

<sup>195</sup> Así, las diligencias relativas a prisión y libertad provisionales, fianzas y embargos (cfr. arts. 544 y 590 l. enjto. crim. esp.).

<sup>196</sup> *Cautelares referentes a la prueba*: a) *anticipativos*: v. *supra*, nota 148 y art. 657 l. enjto. crim. esp.; b) *conservativos*: cfr. art. 479 l. cit.; añadamos la concesión de salvoconducto al testigo residente en el extranjero cuya comparecencia sea necesaria en causa criminal (cfr. art. 15 del tratado de extradición hispano-francés de 14-XII-1877). — *Cautelares respecto de personas*: v. gr., detención y prisión provisional (lib. II, tít. VI, l. cit.), precauciones para que el presunto culpable no haga en su persona (o traje) alteraciones que dificulten su reconocimiento (cfr. arts. 371-2 l. cit.) — *Cautelares de carácter real*: p. ej., fianzas y embargos para garantizar las responsabilidades pecuniarias (lib. II, tít. IX, l. cit.), retención de efectos, libros, papeles y correspondencia (cfr. arts. 334, 338, 574 y 579 l. cit.). — Un caso de diligencia preliminar no cautelar, sino *exhibitoria*, lo tenemos en el art. 575 l. cit.

<sup>197</sup> Así, en las hipótesis de querrela mínima (cfr. *supra*, notas 165 y 166); de excitación especial del Gobierno para proceder por injuria o calumnia contra Jefes de Estado o agentes diplomáticos extranjeros (cfr. *supra*, nota 12; v. también art. 360, fr. III, cód. pen. mex. federal y del Distrito); de concesión del suplicatorio para enjuiciar a parlamentarios (cfr. *supra*, nota 14) o de autorización administrativa para procesar a funcionarios (cfr. *supra*, nota 13; v. además, el art. 677 l. enjto. crim. esp.); de audiencia previa del superior jerárquico para perseguir a funcionarios del ministerio público (cfr. arts. 33 del estatuto de 1926 y 142, n. 2, del reglamento de 1927 por los que se rige el cuerpo en España); de antejuicio para exigir responsabilidad penal a jueces y magistrados (arts. 757-78 l. enjto. crim. esp.); durante los años de República española, las fases de acusación parlamentaria y de admisión por el Tribunal de Garantías en caso de altas responsabilidades (cfr. arts. 76-83 l. de dicho tribunal y 5-20. l. Responsab. Presidente de la República); de licencia del juzgador ante el que se hubiesen causado, cuando se persigan calumnias o injurias proferidas en juicio (cfr. arts. 467 cód. pen. y 279 y 805 l. enjto. crim. esp. y art. 593 cód. proc. pen. arg. de la Capital); de juicio político o de acusación de una Cámara ante la otra (cfr. nota 14 y arts. 36-47 de la ley mex. sobre responsabilidad de funcionarios, de 30-XII-1939); de declaración por las autoridades fiscales acerca de su comisión, para que puedan perseguirse los delitos de defraudación impositiva (cfr. art. 8 l. mex. sobre la materia, de 1-I-1948); en cierto modo, la orden judicial de proceder contra el autor de denuncia o acusación calumniosa (cfr. arts. 325, cód. pen. y 264, 274 y 638 l. enjto. crim. esp.), etc. — De acuerdo con la clasificación hecha en el número

37) Dentro de límites restringidos, como corresponde a la índole esencialmente pública del proceso penal y a la correlativa reabsorción de los delitos privados,<sup>198</sup> algunas legislaciones conocen formas de proceso preliminar penal de tipo *preventivo*, y como más característica, la *conciliación* respecto de hechos punibles contra la honestidad o el honor.<sup>199</sup> Y como quiera que el presunto culpable no es titular de ninguno de los derechos fundamentales que en el proceso penal entran en juego, a saber: el de penar (que pertenece al Estado) y el de acusar (que sea cual fuere el modo como se exteriorice, es evidente que no puede corresponder al acusado), la conciliación penal, a diferencia de la civil, sólo puede lograrse por el desistimiento o perdón del ofendido.<sup>200</sup>

38) Se dan también en lo penal procesos preliminares *sobrevenidos*, en sus dos variantes, es decir, *prejudiciales* y *revisables* (cfr. *supra*, núms. 6-7 y 29), y estos últimos, tanto en materia *represiva* como *preventiva*,<sup>201</sup> y lo mismo a

29, las actuaciones preparatorias que acabamos de mencionar serían *ordenadoras*. Ya que no *habilitantes*, sí. desde luego, relacionados con la capacidad procesal del presunto culpable se presentan la información sobre el discernimiento del mayor de nueve años y menor de quince, (art. 380 l. enjto. crim. esp., virtualmente derogado por la legislación tutelar de menores) y el informe sobre la capacidad mental del procesado (art. 381 l. cit.).

<sup>198</sup> Que suponen «la elevación de la *ofensa a delito* por obra del principio de oportunidad en cuanto al ejercicio de la acción punitiva, entregada a la víctima o a sus representantes «legítimos» (ALCALÁ-ZAMORA, *Ensayos*, p. 374, nota 226). El enjuiciamiento de tipo dispositivo de que en algunos países (España, Argentina, Perú, etc.) gozan los delitos privados, representa «una supervivencia... de concepciones jurídicas actualmente superadas» (PINA, *Manual de Derecho procesal penal* —Madrid, 1934—, p. 163).

<sup>199</sup> Cfr. arts. 279 y 804 l. enjto. crim. esp.; 591-2 cód. proc. pen. arg. de la Capital; 306-8 cód. proc. pen. peruano de 23-XI-1939.

<sup>200</sup> Cfr. GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal* (Barcelona, 1935), núms. 10-12, y ALCALÁ-ZAMORA, *Ensayos*, pp. 332-3. Junto al perdón del ofendido, citemos la condonación por parte de Estado (cfr., v. gr., el art. 137 de la l. penal y procesal esp. de contrabando y defraudación). La reg'a sentada en el texto tiene dos singularísimas excepciones, de dirección contraria, puesto que la una supone conformidad con la acusación, mientras que la otra la frustra y extingue, si bien ambas coinciden en ser modos anómalos de concluir el proceso penal. Nos referimos, por un lado, a la modalidad de allanamiento penal que algunos códigos hispánicos (España, Cuba, varios en Argentina) conocen (estudiada por nosotros en *El juicio penal truncado del Derecho hispano-cubano*, en "Ensayos", pp 411-500) y, por otro, a la retractación del inculcado en causas por injuria o calumnia, derivada del trámite conocido en el derecho histórico español por *cantar la palinodia* (cfr. *Fuero Real*, IV, III, 2; *Ordenamiento de Montalvo*, VIII, IX, 2; *Novísima Recopilación*, XII, XXV, 1) y que aún subsiste en legislaciones como la argentina (cfr. arts. 117 cód. pen. y 595 cód. proc. pen. de la Capital, y para su estudio, RAMOS MEJÍA, *La retractación en los delitos contra el honor* —en "Jurisprudencia Argentina" de 3-V-1943—, VERNENGO, *La retractación como eximente de pena en el Derecho argentino* —Buenos Aires, 1945—, y MOLINARIO, *La retractación en los delitos contra el honor (Un ensayo de historia interna en Derecho penal)* —Buenos Aires, 1949—).

<sup>201</sup> Entendido aquí *preventivo*, no en el sentido de la nota 149, sino en el de la 159 (v. también la 175), o sea en relación con el enjuiciamiento de sujetos peligrosos no

*favor que en contra del reo.*<sup>202</sup> Más aún: a través de su estrecha relación con la literatura, profana y técnica, sobre error judicial,<sup>203</sup> la revisión represiva a favor del injustamente condenado ha adquirido mayor relieve que la civil, con repercusión a veces en los respectivos códigos procesales,<sup>204</sup> y hasta ha dado lugar a una modalidad *post mortem*, para *rehabilitar* la memoria del difunto víctima del error.<sup>205</sup>

39) J) *Consideraciones finales.*—No hemos pretendido, en el espacio de un artículo, agotar, ni muchísimo menos, un tema cuyo pleno desenvolvimiento requeriría probablemente un libro. Un propósito más modesto nos ha guiado: el de llamar la atención hacia una serie de figuras situadas en la antesala (judicial o extrajudicial, del proceso de fondo, y cuyas manifestaciones más típicas —a saber: las de carácter preparatorio— han sido, en general, desatendidas en los

delinquentes. Hecha la aclaración, citeamos como revisión en materia *represiva* la de los arts. 954-61 l. enjto. crim. esp. y como de índole *preventiva* la del art. 17 de la ley de vagos de 1933. Añadamos la audiencia al condenado en rebeldía (v. gr., arts. 476-8 cód. inst. crim. francés; art. 6 del decreto español de 28-VIII-1936 durante la guerra civil); la oposición y la revocación respecto del juicio monitorio (cfr. *supra*, nota 151); hasta cierto punto, el juicio verbal cuasipenal que en materia de imprenta se siga cuando un periódico no inserte la rectificación que se pida frente a una noticia ofensiva, falsa o desfigurada (cfr. arts. 14-6 l. esp. de imprenta, de 26-VII-1883); cuando se autorice la revisión en vía judicial de condenas penales-administrativas, etc. —Acerca de los preliminares penales prejudiciales, véanse *supra*, notas 23, 74 y 151.

<sup>202</sup> La revisión en contra del reo la admite, por ejemplo, el § 362 (texto de 1924) de la *Strafprozessordnung* alemana. Su generalización permitiría eliminar el sobreseimiento provisional (v. nuestra reseña del Proyecto López-Rey, en "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", 1947, núm. 35-36, pp. 372-6). Podría asimismo extenderse al caso de conformidad dolosa con la acusación (cfr. *Juicio penal truncado*, p. 492).

<sup>203</sup> Véase, por ejemplo, la bibliografía citada por GORPHE en *La valeur probante des indices* (en "Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé", 1937, pp. 418-37), y más concretamente los trabajos de LAILLER y VONOVEN *Les erreurs judiciaires et leurs causes* (París, 1897), ERICH SELLO, *Die Irrtümer der Strafjustiz und ihre Ursachen* (Berlín, 1911), ALSBERG, *Justizirrtum und Wiederaufnahme* (Berlín, 1913), A. HELLWIG, *Justizirrtümer* (Brünn, 1924), GIURATI, *Gli errori giudiziari* (Bologna, 1932), FINZI, *El error judicial y la cultura psicológica del juez* (en "La Ley", Buenos Aires, 9-VII-1945). Casos de error judicial sumamente interesantes y agudamente analizados, figuran en el libro de GORPHE, *De la apreciación de las pruebas* (trad. castellana de Luis ALCALÁ-ZAMORA —Buenos Aires, 1950—).

<sup>204</sup> Así, en la Argentina, mientras el cód. proc. civ. para la Capital desconoce la revisión (no, en cambio, en materia federal los arts. 241-7 de la Ley núm. 50), el proc. pen. la admite (cfr. arts. 551-6). Otro tanto sucede en México (puesto que la llamada «revisión de oficio» en pleitos sobre estado civil no es más que apelación), si bien los códigos procesales penales, al acogerla, le dan el impropio nombre de indulto necesario (cfr. arts. 560 y ss. cód. fed. o 614 y ss. cód. Dist.).

<sup>205</sup> Cfr. arts. 961 l. enjto. crim. esp. y 552 cód. proc. pen. arg. de la Capital. Aun sin ser tan explícitos, véanse también el art. 443, n. 3, cód. instruc. crim. francés y el § 366 *Strafproz. ord.* alemana.

códigos y desdeñadas por la doctrina, si en ambos dominios se exceptúa la instrucción penal, que se alza con talla de gigante en un grupo de procedimientos enanos. En los códigos, incluso en los que han querido reunir la materia,<sup>206</sup> la sistematización resulta deficiente en extremo y la regulación se halla plagada de lagunas o de remisiones en que se violenta la analogía. Y la doctrina, que ha llegado a presentar como *proceso* no sólo el de ejecución,<sup>207</sup> sino también el cautelar,<sup>208</sup> no se ha percatado de que los preliminares originarios poseen, dada su substancia de contenido y su autonomía de desarrollo, mejores títulos que aquéllos, especialmente que el asegurativo, para ser denominados de dicho modo (cfr. *supra*, núm. 9).

40) Deben, por tanto, preocuparse los investigadores de ir elaborando en todos sus aspectos la teoría del proceso preliminar, meramente aflorada por nosotros

<sup>206</sup> Como los procesales civiles mexicanos que a ejemplo del de 15-V-1884 (cfr. su libro I, tít. IV) regulan dichos procedimientos bajo la rúbrica de *Actos prejudiciales*. Tal sucede con el vigente del Distrito (tít. V); con los de los Estados de la Federación que en él o en el de 1884 se inspiran (p. ej. Chiapas, Chihuahua, Hidalgo, Oaxaca, Morelos, Veracruz, etc.) y con el Anteproyecto para el Distrito de 1948 (lib. I, tít. V). En cambio, el código de comercio de 1889, pese a ser en su parte procesal un calco del proc. civ. de 1884, se contenta con tratar en capítulos consecutivos (lib. V, tít. I, caps. X-XI) de los «medios preparatorios» y de las «providencias precautorias», pero sin incluirlos bajo un común denominador. En cuanto al Proyecto de 1950, si bien coincide casi siempre con el anteproyecto citado, se aparta de él en este punto y suprime su título V, cuyo contenido diluye por diversos lugares, conforme a la crítica que le formulamos en su día, a saber: la de que no integran propiamente «actos» sino *procedimientos*; la de resultar equívoca y no siempre exacta su caracterización como «prejudiciales», y la de aislar ciertos juicios respecto de sus actuaciones preparatorias específicas: cfr. *Nombre, extensión, técnica legislativa, y sistemática del anteproyecto* —en “Rev. Esc. Nac. Jurisp.”, núms. 47-48, julio-diciembre de 1950, pp. 83-4, y en relación con ellas, SANTOS GALINDO, *Resumen y puntos de vista de la comisión redactora*, —en “Anales de Jurisprudencia”, julio-septiembre de 1949— pp. 274-6.

<sup>207</sup> Cfr. *supra*, núm. 9 y nota 54. Véanse asimismo, CHIOVENDA, *Principii*, pp. 26-7 y 95; CARNELUTTI, *Sistema*, núms. 117, 367 y 615; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, 2ª ed. Padova, 1943, §§ 19-20; LIEBMAN, *Corso di diritto processuale civile* (Milano, 1952), núm. 3. A su vez, SCHÖNKE en Alemania ha dividido la exposición de la materia procesal civil de acuerdo con ese criterio: en su *Lehrbuch des Zivilprozessrechts* (7ª ed., Karlsruhe, 1951) desenvuelve el proceso de conocimiento y en su *Zwangsvollstreckungsrecht* (5ª ed., Karlsruhe, 1948) el de ejecución y las medidas cautelares. —La distinción ha trascendido al campo legislativo, en códigos (v. gr., Italia de 1940, libros II y III; Vaticano de 1946, libros I y II) y proyectos (como el de Uruguay de 1945, partes 1ª y 2ª) recientes; y con fines de sistematización legislativa, nosotros mismos la hemos propugnado más de una vez, aunque inclinándonos por *procedimiento* y no por *proceso* (así, en “Estudios”, pp. 194 y 251; “En ayos”, pp. 112-4; *Principios técnicos y políticos de una reforma procesal* —Tegucigalpa, 1950—, núm. 10: ahora, *infra*, *Estudio Número 15*; *Nombre, extensión, etc.* núm. 23).

<sup>208</sup> Cfr. ALLORIO y DOS REIS, obs. cits. en la nota 63; CARNELUTTI, *Sistema*, núms. 72-75; DE LA PLAZA, *Der. proc. civ.*, vol. II, pp. 17, 25 y 29 y ss.

respecto de algunos de su puntos capitales. Explorado y allanado el terreno por la doctrina, el legislador habrá de cuidarse luego de encuadrarla en forma técnica y correcta. Para ello entendemos que podría atenerse a las siguientes bases: a) ante todo, al deslinde tajante que establecimos entre los originarios y los sobrevenidos (cfr. *supra*, núm. 7, 14 y 29); estos últimos, por lo mismo que son auténticos procesos de fondo, no requieren regulación especial como preliminares y sí únicamente señalamiento o anuncio de su eventual repercusión, derivación o enlace con un ulterior proceso principal (es decir, fijación o previsión de la relación de antecedente a consiguiente: cfr. *supra*, núms. 10 y 15); b) en segundo lugar, dentro de los preliminares propiamente tales, ha de aspirarse a que en su mayoría se ventilen ante funcionarios judiciales y se regulen en los códigos procesales, por las mayores garantías que semejante fórmula brinda, y a que correlativamente desaparezcan o se reduzcan a la mínima e inevitable expresión los de signo contrario (administrativos, parajudiciales, parlamentarios); c) los códigos de enjuiciamiento deberán a su vez, diferenciar los preliminares *genéricos*, es decir, los conectados con las distintas clases de juicios o, al menos, con una pluralidad de ellas, y los *específicos*, o sea los que están al servicio exclusivo de un determinado juicio (por ejemplo: preparación del ejecutivo o del arbitral): los primeros no requieren, dada su condición de microprocedimientos, un libro en la distribución de materias de un código, pero sí justifican un título *ad hoc*, bien en un libro de “disposiciones generales”, bien a la cabeza del que se ocupe del proceso de conocimiento;<sup>209</sup> los segundos, en cambio, figurarán junto al respectivo juicio;<sup>210</sup> d) pese a que acabamos de mostrarlos como “microprocedimientos”, necesitan, dentro de la deseable sobriedad, una regulación más metódica y completa de la que en la actualidad suele consagrarseles; y e) en consonancia con todas sus peculiaridades, habrá de rectificarse o de forjarse su terminología privativa.

<sup>209</sup> Como en parte sucede en la l. enjto. civ. española (libro II, tít. I, y tít. II, cap. II, sec. 2<sup>a</sup>), donde, sin embargo, entre la conciliación (art. 460-80), en ella preprocesal, y las diligencias preliminares (arts. 497-502) se intercala una tanda de preceptos sobre división de los juicios declarativos y reglas para determinar el pertinente. En el proyecto de código procesal civil para Cuba del Dr. MONTAGÚ, la preparación de los procesos de conocimiento es objeto de un título a la vez inicial e independiente en el libro II (arts. 135-41): v. su obra *Origen y formación del proceso civil moderno. Proyecto de código procesal civil* (La Habana, 1951), pp. 183-5.

<sup>210</sup> Así debe hacerse en México (v. antes nota 206) con la preparación de los juicios ejecutivo (arts. 201-4) y arbitral (arts. 220-3), separada hoy en el cód. proc. civ. Dist. por centenares de disposiciones de los respectivos procesos (arts. 443 y ss. —ejecutivo— y 609 y ss. —arbitraje—). En España, en cambio, la preparación del ejecutivo va asociada a él dentro del título XV del libro II; pero se hallan enormemente distanciados los juicios de árbitros y amigables componedores (arts. 790-839) y las reglas para su nombramiento en ciertos casos (arts. 2175-7), que, por añadidura, figuran como expediente de jurisdicción voluntaria, mientras que aquéllos se incluyen como contenciosos.

## ADDENDA ET CORRIGENDA

A) **TEXTO:** Núm. 9: Fase cognoscitiva: véase mi libro *Cuestiones de Terminología Procesal* (México, 1972), núm. 65.— Núm. 33: De “instrucción preliminar” habla DENTI en relación con el código procesal penal ruso de 1961; véase su artículo *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, en “Riv. Dir. Proc.”, 1965 (pp. 31-70), p. 63; traducción mía, acompañada de notas suplementarias, en “Bol. Der. Comp.”, 1969 (pp. 543-83): cfr. p. 576. Por su parte, CORDERO recuerda la fórmula de autores alemanes para quienes la instrucción sería un procedimiento preliminar, o sea “un proceso sobre el proceso”: cfr. su artículo *L'istruzione sommaria nel conflitto fra le due Corti* —a saber: la Constitucional y la de Casación—, en “Jus”—, 1965 (pp. 279-98), p. 280 (reseña mía en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, 1967, p. 390). Véase, además, *infra*, suplemento a la nota 11. Indicaré que los cuatro artículos —es decir, los dos aquí mencionados y los dos de CARNELUTTI citados en la adición a la nota 11— son posteriores a mi presente ensayo. Actuación de un mismo funcionario judicial como instructor y cual sentenciador: véanse la nueva regulación del “procedimiento ordinario” (1971) en el título III, capítulo II del cód. proc. pen. distrital de 1931, en México, y la asimismo nueva (1967) del libro IV, título III, capítulo II (“del procedimiento para delitos cuyo fallo compete a los juzgados de instrucción”) de la l. enjto. crim., en España, que supone en tal caso la inaplicación del motivo recusatorio instaurado por el art. 54, núm. 12, del expresado cuerpo legal.

B) **NOTAS:** (4, 30, 148, 204). El nuevo cód. proc. civ. argentino de 1967 ha reemplazado a la ley 50 de 1863 sobre procedimiento federal y al cód. proc. civ. de 1880 para la capital de la Nación. En Polonia, rige actualmente, no el cód. proc. civ. de 1930/33, citado en esta nota, sino el de 1964 (cfr. JODŁOWSKI, *Procédure civile*, en el vol. “Introduction à l'étude du droit polonais”, pp. 381-434), y en Portugal, aunque lo siga muy de cerca, no el de 1939, sino el de 1961.— (11) Con especial referencia a la instrucción penal, CARNELUTTI estima que el proceso preliminar, si bien precede al proceso, es también proceso: proceso —remacha— con todas sus exigencias y con todos su peligros: cfr. su artículo *Crisi della giustizia penale*, en “Riv. Dir. Proc.”, 1958 (pp. 333-63), p. 351; véanse también las pp. 348-9 y 352-3, así como su posterior trabajo *La malattia del processo penale italiano*, en rev. cit., 1962, pp. 1-8, especialmente 4-6 y 8 reseña mía en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, 1962, pp. 755-6). En los dos ensayos invoca la denominación alemana *Vorprozess* como sinónimo de proceso preliminar.— (12, 197) El art. 467 cód. proc. pen. de 1944 coincide a la letra con el de igual número del vigente de 1963.— (13, 71, 93, 123, 149) La ley y el reglamento de lo contencioso-administrativo de 1894 han sido reemplazados por la vigente ley de 1956, que en sus arts. 52-4 habla de “reposición” y no de *alzada*: cfr. *Cuestiones terminología*, núm. 121.— (13, 200); Ya no rige en España la ley de contrabando y defraudación de 1929, sino el texto refundido de 1953.— (33, 147, 210) Téngase en cuenta que el arbitraje y la amigable composición se hallan hoy día regidos en España por la ley de 22 de diciembre de 1953, derogatoria de los arts. 790-839 l. enjto. civ. Acerca del texto de 1953, véase ALCALÁ-ZAMORA,



*Examen de la nueva ley española de arbitraje*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 15, julio-septiembre de 1954, pp. 105-24.— (39, 85) Como consecuencia de haberse fijado por la legislación substantiva la mayoría de edad a los 18 años, en lugar de a los 21, cual antes, las habilitaciones para comparecer en juicio a favor de las personas comprendidas entre los dos mencionados límites, han sido suprimidas en el art. 938 cód. proc. civ. Dist. Fed. por la reforma de 23-XII-1969.— (42, 146) El dictamen a que ambas se refieren, encabeza, bajo el título de *Naturaleza jurídica del depósito de cosa mueble exhibida. Cómputo del plazo para pedir reposición de un auto* (pp. 1-21), mi volumen "Clínica Procesal" (México, 1963).— (52, 53) Por razones que expongo en *Examen crítico del código de procedimientos civiles de Chihuahua (Comparado con el del Distrito y Territorios Federales)* (Chihuahua, 1959), núm. 216, estimo que el plazo del art. 529 de éste lo es de *preclusión* y no de *prescripción*.— (75) 2ª ed. de *Prozess als Rechtslage*: Aalen, 1962.— (77, 115) GOLDSCHMIDT, *Teor. gral. proc.*, nueva ed., Buenos Aires, 1961.— (79, 94, 104) El régimen de foros no se acomoda ya al decreto-ley de 1926, sino al título I de la "Compilación del derecho civil especial de Galicia", de 1963, que ha suprimido los tribunales peculiares de aquél.— (81) Acerca de la ley española de procedimiento administrativo de 17-VII-1958, véase mi comentario, en "Bol. Inst. Der. Com. Méx.", núm. 35, mayo-agosto de 1959, pp. 84-7.— (96) Véase *infra*, *Estudio Número 24, addenda et corrigenda*, suplemento a la nota 223.— (106) Tanto ALSINA como PINA y CASTILLO LARRAÑAGA reiteran su punto de vista en las ulteriores ediciones de sus libros: el primero en la 2ª, vol. I (Buenos Aires, 1956), pp. 350 y 361-2, y los otros dos en la 6ª (México, 1963), pp. 142 y 145.— (110) Reseña del libro de PODETTI, ahora en *Miscelánea Procesal*, tomo I (México, 1972), pp. 167-73. Sobre *tercería*, *Cuestiones terminología*, cit., núm. 138.— (125) *Prueba anticipada y prueba retardada*, cfr. *Cuestiones terminología*, núm. 156.— (136) *Sentencia definitiva y sentencia firme*: cfr. *Cuestiones terminología*, núm. 128.— (161) *El proceso de Mary Dugan*, de BAYARD VEILIER: cfr. mis *Estampas procesales de la literatura española* (Buenos Aires, 1961), núm. 9.— (165) 2ª ed. del libro de BATAOLINI, Bologna, 1939. Véase también QUINTANO RIPOLLÉS, *Naturaleza substantiva y procesal de la querrela privada*, en "Rev. Der. Proc." española, enero-febrero de 1952, pp. 117-33; reseña mía en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 15, septiembre-diciembre de 1952, p. 243.— (167) Más datos sobre *procesamiento*, en mis *Cuestiones terminología*, cit., núm. 149.— (175) a) *España*: la ley de vagos y maleantes de 1933 ha sido reemplazada por la de peligrosidad social de 4-VIII-1970 y por su reglamento de 13-V-1971; b) *Venezuela*: la ley de 14-VIII-1939 fue reformada en 15-VII-1943 y 22-X-1950 ("Estatuto de vagos y maleantes", publicado íntegro en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 10, enero-abril de 1951, pp. 184-92). Véase también en "Criminalia", México, *Importante proyecto venezolano de ley sobre sujetos peligrosos*, con nota preliminar del Dr. Jacobo ALMOSNY, octubre de 1948, pp. 398-423; c) *Argentina*: Juan Carlos DURÁN, *Anteproyecto de ley de mendicidad y vagancia* (Buenos Aires, 1937), un folleto. d) *Chile*: Acerca del decreto de 1951, véase la "Revista de Criminología y Policía Científica", Santiago, agosto de 1951, pp. 41-63. El 21-IX-1954 se promulgó una "ley de estados antisociales", que de hecho no se aplica, por falta de establecimientos *ad hoc*; e) *Colombia*: aparte la ley de 1936 cit., téngase en cuenta la anterior de 28-VI-1930, relativa a sospechosos, ebrios, toxicómanos, locos, vagos y prostitutas; f) *Alemania* (ley de 25-VII-1956), e *Italia* (ley de 27-XII-1956): cfr. la nota 532 de mi libro *Veinticinco años de evolución de derecho procesal: 1940-1965* (México, 1968), p. 156; g) Con referencias contraídas al mundo iberoamericano, el ensayo de Günter BLAU, *Gefährlichkeitsbegriff und sichernde Massregeln im iberoamerikanischen Strafrecht*, en "Rechtsvergleichende Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft", nueva serie, fasc. 4 (Bonn, 1951); h) Datos más recientes, relativos a diver-

sos países: véanse la ponencia general (FAIRÉN GUILLÉN) y las nacionales (HABSCHIED, Alemania; CLARÍA OLMEDO y VÉLEZ MARICONDE, Argentina; MARQUES, Brasil, MORÓN PALOMINO, España; REYNAUD, Francia; NAVARRO BATRES, Guatemala; BRICOLA, Italia; GELSI BIDART, Uruguay y CHIOSSONE, Venezuela) acerca del tema *Enjuiciamiento de sujetos peligrosos no delincuentes*, para el "Quinto Congreso Internacional de Derecho Procesal" (México, 12-18-III-1972).— (192) El vigente cód. proc. pen. de Córdoba, Argentina, de 1970, ya no habla de "instrucción judicial" y de "instrucción sumaria", sino de "instrucción", sin calificativo alguno, a la que consagra el libro segundo, y luego en el tercero, entre los "juicios y procedimientos especiales", de "citación directa"; pero ésta, que descansa en una información "sumaria" (cfr. arts. 421, 425 y 429), concuerda en gran parte con la instrucción sumaria del código de 1939.— (200) GOLDSCHMIDT: *Problemas jurídicos*, nueva ed., Buenos Aires, 1961. Acerca de la *palinodia*, cfr. mis *Estampas procesales*, cit., pp. 114-8, así como mi reseña del trabajo de MOLINARIO, en "Rev. Nac. Jurisp.", núm. 43, julio-septiembre de 1949, pp. 193-4, y ahora en "Miscelánea" cit., tomo I, pp. 164-5.— (202) Reseña mía del Proyecto López-Rey, ahora en "Miscelánea", cit., tomo I, pp. 111-7.— (204, 206) El anteproyecto de código proc. civ. para el Distrito Federal, de 1948, ha sido el modelo para los actuales códigos de Sonora (1949), Morelos (1954) y Zacatecas (1965), los cuales, basándose en él, acogen la revisión, pero bajo el nombre de "juicio de nulidad contra la cosa juzgada": cfr. la nota 849 de mis *Cuestiones terminología*, cit.— (209) Reseña mía del libro de MONTAGÚ, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 8, octubre-diciembre de 1952, pp. 222-4, y ahora en "Miscelánea", cit., tomo I, pp 330-2