

11) LA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PROCESAL

C) Problema previo referente a la unidad o diversidad del derecho procesal 543

11) C) *Problema previo referente a la unidad o diversidad del derecho procesal.*—Concebida la teoría general del proceso con el alcance que le dimos al comienzo del número 4, podemos prescindir aquí de una fijación conceptual suya más minuciosa, efectuada por nosotros en otro trabajo, en la doble dirección de deslindarla respecto de disciplinas afines o conexas y de señalar sus caracteres esenciales. A ese estudio remitimos como complemento del presente en este particular aspecto.⁷⁵ En cambio, según dijimos desde el primer momento (*supra*, núm. 1), resulta indispensable abordar con un mínimo de detenimiento la cuestión acerca de la *unidad o diversidad del derecho procesal*, porque, en definitiva, de la respuesta que a ella se dé dependerá que la teoría general del proceso cuente con sólido cimiento o que, por el contrario, haya de reconocerse tienen razón quienes, como Angioni en 1913, llegaron a hablar, con esa tendencia tan italiana al uso de superlativos, de contrastes “estridentísimos” entre el proceso civil y el penal,⁷⁶ o, como en fecha más reciente, 1964, el argentino Alfredo Vélez Mariconde, de “abismo entre el proceso penal y el civil”.⁷⁷ Antes de seguir adelante, bueno será advertir que no cabe plantear el problema en *términos cuantitativos de presente*, sino *cualitativos de futuro*. Dicho de otro modo: no se trata de averiguar si *hoy en día* en literatura, planes de enseñanza y legislación predomina la corriente diversificadora —planteamiento de acuerdo con el cual la contestación sería abrumadoramente afirmativa,⁷⁸ de igual modo que si en los comienzos de la navegación a vapor se hubiese preguntado si no era superior a ella en unidades y tonelaje global la efectuada a vela—, sino de dilucidar si *en el mañana* debe prevalecer la tendencia unificadora, por ofrecer evidentes ventajas —ni más ni menos, volviendo a nuestro ejemplo, que el buque de vapor respecto del velero—.

12) *La corriente diversificadora* la integran principalmente procesalistas penales italianos, como Angioni (*supra*, nota 76), Lucchini, Stoppatto y los dos acaso más conocidos entre el público de habla española, a causa de la traducción de sus obras a nuestro idioma, es decir, Eugenio Florian y Vincenzo Manzini,⁷⁹

⁷⁵ Cfr. *Trayectoria teor. gral. proc. cit.*, núms. 2-8.

⁷⁶ En su obra *La dottrina del rapporto processuale civile nelle sue applicazioni al processo penale* (Cagliari, 1913), citado por RENDE, *L'unità fondamentale del processo civile e del processo penale*, en “Rivista di Diritto Pubblico”, 1921, núms. 3-4, p. 373.

⁷⁷ Véase su artículo *Acción penal dependiente de instancia privada*, en “Rev. Der. Proc.” iberoamericana, 1964 (pp. 745-77), p. 746, y luego en “Estudios Procesales en Memoria de Carls Viada” (Madrid, 1965, pp. 359-91), p. 360.

⁷⁸ Los ejemplos de España (*supra*, nota 14) o de Chile en la esfera de la *docencia*; los de Panamá, Honduras, Dinamarca o Suecia en la de la *codificación* (*infra*, núm. 25), o los que se mencionan en orden a la *literatura* en el número 28, representan, en efecto, cuantitativamente muy poco frente a los de signo contrario.

⁷⁹ Del primero, *Elementos de Derecho Procesal Penal* (traducción y referencias al derecho español, de Leonardo PRIETO CASTRO; Barcelona, 1934); del segundo, *Tratado*

amén del argentino Vélez Mariconde (*supra*, núm. 11). Pero no faltan tampoco entre ellos *unitaristas*, como Sabatini (*supra*, núm. 8), Tolomei⁸⁰ o, en cierto sentido, Massari, muy influido por Chiovenda, que fue, sin embargo un cultivador casi exclusivo del proceso civil,⁸¹ además del alemán Von Kries (*supra*, núm. 8). Y en una *posición intermedia* encontramos, verbigracia, a los italianos Leone, Bellavista y Foschini, éste muy en la órbita de Carnelutti, expositor eminente de los dos procesos, así como al argentino Fornati.⁸² Con todo, lo que interesa no es cuántos ni quiénes se alineen en cada bando, sino los argumentos esgrimidos a favor de las enfrentadas tesis.

13) Para *negar la unidad del derecho procesal* se ha sostenido que las semejanzas entre sus dos ramas capitales se reducen a una mera coincidencia exterior

de Derecho Procesal Penal (trad. de Santiago SENTÍS MELENDO y Marino AYERRA REDÍN; prólogo mío; cinco tomos; Buenos Aires, 1951-2-3-4).

⁸⁰ Cfr. ob. cit. en la nota 55, capítulo II, núm. 5, donde se ocupa de «la unidad fundamental del proceso».

⁸¹ La obra principal de MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana* (dos vols., Napoli, 1932 y 1934), se encuentra, en efecto, muy a menudo bajo el signo de CHIOVENDA. En cuanto a éste, podríamos, en rigor, suprimir el adverbio «casi» que le aplicamos en el texto, ya que ni uno solo de sus trabajos versa sobre temas del proceso penal (véase la *Nota bibliográfica* elaborada por ANDRIOLI y que encabeza —pp. vii-xvi— el folleto de CALAMANDREI, *In memoria di Giuseppe Chiovenda* —Padova, 1938—), aun cuando en varios de ellos figuren referencias al mismo. El empeño aislacionista de CHIOVENDA (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *La influencia de Wach* cit. pp. 401-3) explica, aunque no justifique, que su conocida doctrina acerca de la jurisdicción —concepto éste notoriamente común a las diferentes ramas procesales— resulte inadaptable, en varias direcciones, al enjuiciamiento criminal (véase lo que al respecto digo en *Der. Proc. Pen.*, tomo I, pp. 189-91).

⁸² Cfr. LEONE, *Lineamenti di diritto processuale penale*, vol. I (Napoli, 1949), pp. 5-6; BELLAVISTA, cuando sin duda como director efectivo de la “*Rivista di Diritto Processuale Penale*”, en el *Programa* que encabeza su primer número (1954, p. 1), dice literalmente: «Nessuno e soprattutto i Direttori di questa Rivista —negherà che sia possibile, e forse urgente, l'elaborazione di un complesso di principi generali validi per il processo civile, per il processo penale e (perchè no?) anche per il processo amministrativo. Il problema, allora, non sarà di unificazione delle due relative discipline giuridiche o peggio ancora —di degradazione del diritto processuale penale ad un'appendice del diritto processuale civile; bensì di costruzione di una teoria generale del processo»; FOSCHINI, en los artículos en que concibe el proceso como entidad jurídica compleja, es decir, en *Natura giuridica del processo* (en “*Riv. Dir. Proc.*”, 1948, I, pp. 110-5), *La complessione del processo* (rev. cit., 1949, I, pp. 15-30) y *Discernimento del processo* (rev. cit., 1951, I, pp. 129-41) —para su crítica, ALCALÁ-ZAMORA, *Concepciones menores* cit., pp. 270-2—, y luego en su *Sistema di diritto processuale penale*, vol. I (Milano, 1956); CARNELUTTI, véanse *supra*, notas 59 y 60; FORNATI, *Excepciones previas en el proceso penal* (Buenos Aires, 1952; reseña mía, en “*Rev. Fac. Der. Méx.*”, número 14, abril-junio de 1954, pp. 220-3) y *El proceso civil inquisitorio en la doctrina y en la ley 14.237 y sus semejanzas con el proceso penal* (en “*Rev. Der. Proc.*” argentina, 1954, I, pp. 83-110).

y formal,⁸³ pero que tan pronto como se ahonda en el análisis de la finalidad y de los caracteres esenciales de uno y otro proceso, las divergencias aparecen irreductibles. Y dicho se está que por procesalistas penales se ha denunciado la tesis unitaria como una maniobra de los procesalistas civiles para absorber el enjuiciamiento criminal,⁸⁴ como si no tuviesen de sobra con el suyo. Semejante actitud, en la que se combinan el afán de ser “antes cabeza de ratón que cola de león” y un singular complejo, que llamaríamos de Abel, porque, a tenor suyo, los procesalistas civiles desempeñarían en el binomio el odioso papel de Caín —como si precisamente el fratricidio, que, además, en la esfera procesal nadie ha soñado siquiera en cometer, no supusiese la previa condición de hermanos, o sea, la de ramas de un mismo tronco (*supra*, número 4) genealógico—, no vale la pena de ser comentada, aunque trasluzca inexplicable sentimiento de inferioridad y hasta manía persecutoria en quienes lo padecen y haya originado a menudo el retraimiento de los procesalistas penales (por fortuna, no de todos, máxime en América) ante invitaciones cordialísimas de aquéllos para colaborar hombro con hombro en tareas científicas, como asociaciones, congresos, etc.⁸⁵ Sí importa, en cambio, analizar los razonamientos aducidos en apoyo de la tendencia diversificadora, una de cuyas consecuencias, de ser ciertos, sería la de que no debe acudir, a título de analogía, a los códigos procesales civiles para cubrir las lagunas de los procesales penales, aun cuando varios de éstos —por ejemplo, el chileno o el venezolano—⁸⁶ remitan en más de una ocasión a las

⁸³ Así, FLORIAN, *Principi* cit., p. 8.

⁸⁴ Cfr. FLORIAN, *Principi* cit., p. 10; BELLAVISTA, pasaje transcrito en la nota 82.

⁸⁵ Con ocasión del Segundo Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, celebrado en Viena en 1953, el Comité de Relaciones Internacionales, encargado de organizar la Asociación Internacional de Procesalistas, acordó por unanimidad (con asistencia de REDENTI, presidente; ALCALÁ-ZAMORA, COUTURE, POHLE y SCHIMA, vocales, y CARNACINI, secretario) acoger en ella a los procesalistas de cualquier rama, y entre ellos, dicho se está, en destacado lugar a los cultivadores del enjuiciamiento criminal, quienes, sin embargo, han seguido desde entonces dando la callada por respuesta. Antes de esa fecha, el propósito que desde la Argentina formulé para agrupar a los procesalistas del mundo entero, tampoco se circunscribía a los civiles: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proyecto de creación de una Asociación o Instituto Internacional de Derecho Procesal* (en “Rev. Der. Proc.” argentina, 1943, II, pp. 109-11, y luego en “Ensayos” cit., pp. 745-8) e *Instituto Der. Proc.* cit. Recordemos también la renuencia de los procesalistas penales mexicanos a incorporarse al Instituto Mexicano de Derecho Procesal y su recentísima oposición a que se implantase en la Facultad de Derecho (*supra*, núm. 7 *in fine*) la enseñanza de la Teoría General del Proceso, pese al valiosísimo respaldo que en su día le prestó la “Rivista di Diritto Processuale Penale” en Italia (*supra*, nota 82). Señalemos, en cambio, como ejemplo de comprensión el de los profesores CONSO y PISAPIA, que desde 1966 figuran como codirectores de la “Rivista di Diritto Processuale”, junto a varios procesalistas civiles (LIEBMAN, CAPPELLETTI, DENTI, FURNO, MICHELI, FAZZALARI y GARBAGNATI).

⁸⁶ Con carácter general, el artículo 43 del código de procedimiento penal chileno de 12 de junio de 1906 (texto de 1942) establece que «son aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente código o en leyes especiales, las

disposiciones de aquéllos, y aun cuando cabría trocar la oración por pasiva y pensar en la utilización de preceptos de una ley de enjuiciamiento criminal para en vía integrativa suplir los casos no previstos por una de procedimiento civil —verbigracia, a propósito de medidas asegurativas de índole personal—. ⁸⁷ Análoga consideración regiría acerca de la jurisprudencia, y surge entonces la duda de si ni siquiera cuando se trate de interpretación impecable de normas no ya semejantes, sino idénticas en los dos códigos, ⁸⁸ habría que rechazar en cada uno la recaída en torno a las del otro, sólo por dicha circunstancia, y que reemplazarla por una solución menos correcta o incluso ciento por ciento errónea, sin otra meta que la de sostener la diversidad contra viento y marea, y ahora sí que con auténtico espíritu cainesco.

14) Veamos ya cuáles son las discrepancias que se suelen señalar entre proceso civil y proceso penal. La primera se refiere al *objeto de uno y otro*, que sería *privado* en aquél (un litigio entre particulares) y *público* en éste, como ligado con el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. Ahora bien, con independencia de que el concepto de litigio ha sido referido al proceso penal, ⁸⁹ pocas

disposiciones comunes a todos los juicios, contenidas en el libro I del código de procedimiento civil». Invocaciones de éste con alcance más circunscrito encontramos, además, en los artículos 5º, 186, 245, 399, 489, 513, 535, 537 y 538 de aquél (con la salvedad del 63). Véanse también los artículos 16, 19, 20, 21, 22, 31, 38, 153, 236, 240, 250, 275, 278, 292, 302, 337, 339, 345 y 357 del código de enjuiciamiento criminal venezolano de 13 de julio de 1926, así como los artículos 48, 51, 258 y 614 de la ley de enjuiciamiento criminal española, y en México, los artículos 490 y 493 del código de procedimiento penal federal y 537-9 del distrital.

⁸⁷ Como el arresto, conocido en diversos países todavía, Así, en Alemania (cfr. §§ 899-915 de su “Zivilprozessordnung”, que lo asocia con el juramento de manifestación), en España (respecto del quebrado: arts. 1.335-6 y 1.340 de la ley de enjuiciamiento civil, de dudosa constitucionalidad durante la República —cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *La Constitución y el enjuiciamiento criminal*, en mis “Ensayos” cit., p. 619—, y el segundo de los cuales se remite a las normas procesales penales, al revés que los preceptos mencionados en la nota anterior) o en Puerto Rico (arresto del demandado, conforme a los artículos 143-69 del código de enjuiciamiento civil, edición de 1933). Funcionó asimismo en Italia bajo el derogado código de 1865: cfr. Sergio COSTA, *Un antiquato istituto mantenuto nei codici di 1865: l'arresto personale per debiti*, en “Riv. Dir. Proc.”, 1966, pp. 32-6. Nada digamos de restablecerse la prisión por deudas, como llega a apuntar PRIETO CASTRO en *Correcciones al derecho sobre ejecución forzosa de la ley de enjuiciamiento civil*, en “Rev. Gen. Legis. y Jurisp.”, mayo de 1952 (pp. 513-49), pp. 522-3.

⁸⁸ A título de ejemplo, registraremos las siguientes parejas de artículos en el derecho español, hecha la aclaración de que en cada una el primer precepto corresponde a la ley de enjuiciamiento civil de 1881 y el segundo a la de enjuiciamiento criminal de 1882: 279 y 180; 280, ap. 1º, y 181; 284-5 y 183-4; 288-9 y 186-7; 302, ap. 1º, y 199; 351, ap. 1º, y 163, etc. Véase *infra*, nota 339.

⁸⁹ Por el propio CARNELUTTI en los trabajos suyos mencionados, así como los de crítica a él dirigidos por PAOLI e INVREA, en el volumen I, p. 4 nota 5, de mi *Prólogo* a la traducción de sus *Lezioni proc. pen.* cit.

distinciones más discutidas y discutibles que la que contrapone *público* y *privado*, especialmente en nuestros tiempos, cuando *tout devient droit public*,⁹⁰ y cuando existen doctrinas que intentan superar el contraste.⁹¹ ¿Cabe hoy afirmar de manera rotunda que la *familia* es una institución de derecho privado y que, en consecuencia, lo es el objeto de los procesos concernientes a ella, en que a veces se hace prevalecer un interés diverso del de las partes?⁹² ¿Y qué decir de la materia *mercantil*, fuertemente administrativada en sectores como el régimen bancario, el de seguros o el derecho de la navegación, o bien de la *laboral*, con el derecho de huelga, sujeto a menudo a intervención gubernativa e incluso constitucionalizado en algunos países,⁹³ y con los conflictos colectivos y económicos, tan alejados del juego estricto de las conveniencias privadas, para trascender al de las categorías obrero-patronales afectadas?⁹⁴ Sin embargo, las contiendas mercantiles se sustancian casi siempre como las civiles *stricto sensu*, y allí donde

⁹⁰ Según la frase de PORTALIS en la exposición de motivos del código civil francés, erigida por RIPERT en epígrafe del capítulo II (pp. 37-66) de su obra *Le déclin du droit: Etudes sur la législation contemporaine* (París, 1949); reseña mía, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 7, enero-abril de 1950, pp. 189-92).

⁹¹ Como las *comunitarias* y las *institucionalistas*. Acerca de las primeras, véase nuestro *Prólogo* (pp. v-vii) al sobretiro de *El abuso del derecho: Teoría de los actos antinormativos* (México, 1954), de RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE. En cuanto a las segundas, han sido proyectadas por algunos autores (GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, GUASP, COUTURE, etc.) al campo de nuestra disciplina como tesis explicativa de la naturaleza del proceso: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Concepciones menores* cit., pp. 252-68, así como con posterioridad, BRISEÑO SIERRA *Categorías institucionales del proceso* (Puebla, 1956; reseña mía, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 22, abril-junio de 1956, pp. 212-5). Acerca del deslinde entre derecho público y derecho privado, véanse, entre otros, los trabajos de PÉREZ LEÑERO, *Sobre la distinción romana entre "ius publicum" y "ius privatum"*, en "Información Jurídica" (Madrid), junio de 1949, pp. 877-913, y D'ORS, *De la "privata lex" al derecho privado y al derecho civil*, en "Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra", 1949, fasc. I, pp. 29-46.

⁹² Como sucede en México cuando en caso de divorcio consensual, el ministerio público se oponga a la disolución del vínculo, por entender que los derechos de los hijos menores no quedan salvaguardados, en cuyo caso si el juez considera que el convenio de los cónyuges al respecto no es aprobable, denegará aquél (cfr. art. 680 cód. proc. civ. Distrito de 1932).

⁹³ Según ocurre en México, conforme al artículo 123, fracciones XVII y XVIII, de su Constitución de 1917. Véase también el preámbulo de la derogada Constitución francesa de 1946.

⁹⁴ Y, en consecuencia, al de la decisión que les pone término, es decir, a la *sentencia colectiva*, que por razón de su alcance constituye una figura intermedia entre la sentencia individual y la ley: cfr. CARNELUTTI, *Sistema* cit., núms. 79 y 89; COUTURE, *Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo*, sobretiro del volumen «Tribunales del Trabajo-Derecho Procesal del Trabajo» (Santa Fe, Argentina), 1943, pp. 121-5, y la bibliografía en ellas citada; TRUEBA URBINA, *Derecho Procesal del Trabajo*, tomo III (México, 1943), pp. 179-205; PATRICKA KURCZYN VILLALOBOS, *Bosquejo del proceso laboral mexicano y referencia al de diversos países* (México, 1968), pp. 45 y 65.

todavía cuentan con un procedimiento privativo, éste puede reabsorberse sin la menor dificultad en el civil.⁹⁵ En cuanto al enjuiciamiento laboral, la índole cuasicivil del de tipo individual es indudable, y nada se opone a que todo él, incluso el colectivo, se inserte en un código procesal civil o se acomode a sus prescripciones.⁹⁶ De fijarnos, además, como rasgo diferenciativo en el objeto, tendríamos que llegar a la conclusión, que Florian sustenta,⁹⁷ de que mediarían afinidades entre el proceso penal y el administrativo, al ser público aquél en ambos, como si el más elemental cotejo no revelase que el segundo se parece mucho más al civil, del que con frecuencia es un calco y con el que puede refundirse, según en más de una nación ha acontecido o sucede aún.⁹⁸ Por si todo

⁹⁵ Véase ALCALÁ-ZAMORA, *Examen enjuiciamiento mercantil* cit., pp. 29-43.

⁹⁶ Cómo aconteció en Italia al promulgarse el código de procedimiento civil de 1940, que reabsorbió en sus artículos 409-73 el enjuiciamiento laboral, inclusive el colectivo (acerca de los cambios en él sobrevenidos a consecuencia de la caída del fascismo y de la supresión del régimen corporativo, véase PERGOLESI, *Alcune osservazioni sulla fase attuale del processo del lavoro*, en "Studi Redenti" cit., vol. II, pp. 171-84). En cuanto a Alemania, el procedimiento laboral se acomoda, con simplificaciones, al de la *Zivilprozessordnung*: cfr. SCHÖNKE, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts* séptima ed. (Karlsruhe, 1951) pp. 460-70. Véase también KURCZYN VILLALOBOS, *Bosquejo* cit., pp. 184-5 y 193-4.

⁹⁷ Cfr. FLORIAN, *Principi* cit., p. 11. No deja de ser significativo que pese a su irreductible dualismo, FLORIAN, además de reconocer que históricamente se conocieron formas de proceso único, declare taxativamente que «naturalmente la nostra conclusione vale pel diritto vigente, mentre de lege ferenda si potrebbe escogitare un tipo di processo civile eguale più o meno al penale, come anzi taluni illustri autori propugnano» (ob. cit., p. 10).

⁹⁸ En confirmación de lo dicho en el texto recordemos: a) en España, los decretos de 13 y 16 de octubre y 26 de noviembre de 1868 suprimieron la jurisdicción contencioso-administrativa, y la ley de organización judicial, de 15 de septiembre de 1870, encomendó el conocimiento de dichos negocios a la jurisdicción ordinaria; y si bien los textos de 1888 y 1890 (ley y reglamento, reformados en 1894) restablecieron aquélla, desde el punto de vista procesal fueron —sobre todo, el segundo— un calco de la ley de enjuiciamiento civil de 1881; esta circunstancia determinó que la vigente ley sobre la materia, o sea la de 27 de diciembre de 1956, suprimiese el reglamento y condensase su propio texto, del cual es supletorio el mencionado código procesal civil (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Nueva ley reguladora jurisd. cont. adva.*, cit., pp. 83-6); en la esfera doctrinal, la unidad esencial de las distintas ramas procesales es afirmada categóricamente por el máximo procesalista administrativo español, GONZÁLEZ PÉREZ, en su *Derecho Procesal Administrativo*, tomo I (Madrid, 1955), pp. 87-100, especialmente 96-8; b) en Inglaterra, si bien sobre todo a partir de la segunda guerra mundial han proliferado los tribunales administrativos —cfr. ROBSON, *Justice and Administrative Law: A Study of the British Constitution*, tercera ed. (London, 1951)—, la fiscalización de la actividad administrativa se había venido considerando incumbencia de la jurisdicción ordinaria (cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, ob. y tomo cit., pp. 364-7); c) en Argentina, y con independencia de que después fuese vetada por el Poder Ejecutivo, la ley de 30 de septiembre de 1948 (véase GONZÁLEZ PÉREZ, *El proceso contencioso-administrativo argentino*, en «Revista de Estudios Políticos» —Madrid—, 1949, núm. 48, pp. 250-77), que quiso implantar una regulación nacional del proceso administrativo, se remitía para su tramitación a la ley

ello fuese poco, el *objeto*, tal como lo imagina Florian —a diferencia de posiciones más recientes dentro de la doctrina germánica—,⁹⁹ se identificaría con el *contenido jurídico-material* y no con el continente *jurídico-formal*, o conforme al deslinde carneltuttiano, el objeto se relacionaría con el *litigio* y no con el *proceso*.¹⁰⁰

15) Se ha sostenido, en segundo lugar, que mientras el proceso penal es *indispensable* para la aplicación de las normas penales sustantivas, el proceso civil no siempre lo es, puesto que las partes pueden poner término a sus divergencias en vía autocompositiva, inclusive después de haber acudido ante los tribunales. Semejante contraste, que lleva a hablar de *necesidad* del proceso penal y de *facultatividad* del civil, tampoco es absoluto. Comienza por olvidar la historia, en la que la composición pecuniaria de los delitos fue una realidad y constituyó un progreso comparada con la venganza de la sangre.¹⁰¹ Más aún: formas de composición subsisten todavía respecto de ciertas infracciones, y no me refiero a las transacciones *de facto* que sirven a veces para conseguir el perdón del ofendido por ciertos delitos privados, sino a las que el legislador autoriza en algunos ordenamientos.¹⁰² Téngase, además, en cuenta que si en principio la autocomposición se compagina mejor con la índole de los litigios civiles, en tanto

federal de procedimiento civil (*supra*, nota 71), pese a sus notorias deficiencias, sin que se le ocurriese montar un enjuiciamiento privativo: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso administrativo* cit., núm. 4, nota 22; d) en Uruguay, el artículo 1º del proyecto de 1945 prescribía que «la jurisdicción civil, de menores, de hacienda y de lo contencioso-administrativo, se rige, salvo disposiciones especiales, por el presente código» (cfr. COUTURE, *Proyecto de código de procedimiento civil, con exposición de motivos* —Montevideo, 1945—, p. 137; e) en Cuba, el proyecto Montagú de 1951 y el anteproyecto Gorrín de 1953 proclaman ambos en su artículo 1º que las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa se ejercerán por los tribunales ordinarios y con arreglo al mismo enjuiciamiento: cfr. MONTAGÚ, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil para la República de Cuba*, en el volumen doble “Origen y formación del proceso civil moderno. Proyecto de código procesal civil” (Habana, 1951), p. 151, y GORRÍN PADILLA, *Anteproyecto de código procesal civil cubano* (Habana, 1953), p. 5. (En realidad, el anteproyecto es el de MONTAGÚ y el proyecto el de GORRÍN.)

⁹⁹ Véanse los trabajos de BLOMEYER, BÖTTICHER, HABSCHIEL, LENT, NIKISCH y SCHWAB que citamos en el número 47 de *Veinticinco años evol. de . proc.*, y a título de recapitulación, el artículo de TARZIA, *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo*, en “Jus”, 1956, pp. 266-76.

¹⁰⁰ Cfr. *Sistema* cit., núms. 14, 16, 57, 80, 82, 83, 118, 119, 132, 359, 410 y 519.

¹⁰¹ Según aparece con especial relieve en el derecho germánico mediante el tránsito de la *Blutrache* a la *Busse* o al *Wergeld*.

¹⁰² Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *La reforma proc. pen. Perú* cit., en “Ensayos” cit., pp. 304, 332-4 y 377-8. En el derecho *portorriqueño*, la norma 246 de las «Reglas de Procedimiento Criminal» de 26 de junio de 1963 para el Tribunal General de Justicia, dispone que «sólo podrán transigirse aquellos delitos menos graves (*misdemeanors*) en los que la persona perjudicada pudiere ejercer acción civil por los daños sufridos», y aun ellos, con las salvedades que a continuación señala el precepto.

que las más peculiares manifestaciones de autodefensa operan en el campo penal, tal predominio no entraña exclusividad ni monopolio. Aparte de las hace un momento mencionadas, se conocen, en efecto, otras expresiones autocompositivas en la esfera penal, según veremos en el número 16, como también modalidades autodefensivas, que aquí no interesa examinar, en el ámbito civil.¹⁰³ Y si no evocamos las perspectivas, peligrosísimas unas y utópicas otras,¹⁰⁴ de eliminación del proceso penal, que dejaría así de ser necesario, es porque entonces, al cortarse una de las dos ramas, carecía de sentido suscitar como problema vivo el de la unidad entre ella, suprimida, y la civil, subsistente.

16) La separación se ha buscado también por el lado del *poder dispositivo de las partes*, amplio en los procesos civiles y restringido en los penales. Pero frente a tal regla, que dista mucho de ser absoluta, se alzan, en un sentido, las formas autocompositivas (perdón del ofendido, reconocimiento de culpabilidad del derecho angloamericano, allanamiento hispánico, retractación de injurias, etc.)¹⁰⁵ y las normas procesales dispositivas¹⁰⁶ permitidas en el enjuiciamiento criminal de diversos Estados, y en otro, como contrapartida, el proceso civil inquisitorio, cuyas discrepancias respecto del civil dispositivo no conciernen a la estructura y desarrollo de uno y otro, que son o podrían ser las mismas, sino a una

¹⁰³ Más datos, en ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición* cit., núms. 7, 11, 13, 17, 19, 35 y 92, y *Legítima defensa y proceso* cit., p. 3. Véase, además, BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità nel diritto civile* (Padova, 1963), *passim*.

¹⁰⁴ En el primer sentido, el reemplazo del proceso penal por la represión policial, con todos los peligros a ella inherentes (interrogatorios inhumanos, tormento, comunicaciones arbitrarias, detenciones indefinidas, ley de fugas, etc.); y en el segundo, fórmulas de tratamiento criminológico que, al menos respecto de delinquentes mayores —y en relación con el de los menores, el alarmante aumento mundial de la delincuencia juvenil está poniendo en entredicho la eficiencia de los organismos y tribunales tutelares—, no parecen llamadas a generalizarse en un futuro próximo.

¹⁰⁵ *Perdón del ofendido*: cfr., verbigracia, art. 112, núm. 5, cód. penal español de 1963, o 93 del mexicano distrital y federal de 1931; *plea guilty* inglés: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Juicio penal truncado* cit., núm. 3; *allanamiento hispánico*: véase el trabajo que acabamos de citar y su ampliación ulterior (*supra*, nota 8); *retractación de injurias*: *infra*, nota 109. Añadamos aún, no como manifestación autocompositiva, pero sí como aplicación en el ámbito procesal penal de una figura esencialmente civil, la posibilidad de *compensar* ciertos delitos (lesiones o injurias recíprocas, según prevé respecto de las segundas el artículo 349 del código penal mexicano mencionado al comienzo de esta nota).

¹⁰⁶ Cfr. BÜLOW, *Dispositives Zivilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, en "Archiv für die Civilistische Praxis", tomo 64, Freiburg i. B.-Tübingen, 1861, pp. 1, 2, 8, 15, 16, 44, 99, 100, *passim*. Como ejemplos de normas procesales penales dispositivas citaremos, entre otras, las contenidas en los artículos 26 (opción entre inhibitoria y declinatoria), 601 (ídem entre enajenación o conservación de los bienes embargados), 605 (ídem entre administrar por sí mismo o mediante otra persona las sementeras, plantíos, etc., embargados), 655 y 689 y ss. (ídem entre juicio truncado —*supra*, nota 105— y juicio completo), etcétera, de la ley de enjuiciamiento española.

serie de rasgos relacionados con el objeto respectivo, comenzando, precisamente, por el carácter necesario de aquél,¹⁰⁷ que en este y otros extremos se aproxima sobremanera al penal. Entre el proceso civil dispositivo, cauce normal, pero no único, para sustanciar los litigios de derecho privado, y el penal existen, pues, tipos intermedios que establecen transición y no ruptura. Desde distintos ángulos, y sin influencia ninguna del uno sobre el otro, así lo hemos mostrado Allorio y yo. El procesalista de Milán, tras dividir los procesos en: a) de contenido *subjetivo*, y b) de contenido *objetivo* (relativos al deber jurisdiccional), adscribe a cada uno de dichos sectores dos especies, a saber: al primero, los que versan, 1) sobre *derechos* (disponibles), y 2) sobre *estados* (indisponibles); y al segundo, 3) el proceso *penal*, y 4) el proceso de *interdicción*.¹⁰⁸ Por nuestra parte, habida cuenta de las peculiaridades que en España y en varios países hispanoamericanos ofrece el enjuiciamiento por delitos privados,¹⁰⁹ adoptamos la siguiente clasificación de procesos: 1) *civil dispositivo*; 2) *civil inquisitorio*; 3) *penal por delitos privados*, y 4) *penal por delitos públicos*.¹¹⁰ En ambas catalogaciones coinciden los números 1) y 2), así como el 3) de la de Allorio con el 4) de la nuestra, porque al ser Italia nación con monopolio acusador del ministerio público y régimen de querrela mínima,¹¹¹ el jurista italiano no tenía por qué imaginar aparte la hipótesis del proceso por delitos privados. En cuanto al

¹⁰⁷ Acerca de los caracteres del proceso civil inquisitorio, véase el capital estudio de CALAMANDREI citado en la nota 32.

¹⁰⁸ Véase su artículo *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, en "Jus", 1955 (pp. 154-204), pp. 188-90 (reseña mía, en el "Boletín Bibliográfico de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público", núm. 104, 1 de marzo de 1957; traducido en el volumen *El ordenamiento jurídico en el prisma de la declaración judicial* —Buenos Aires, 1957—; cfr. pp. 184-8).

¹⁰⁹ Régimen de querrela máxima (que en ellos se extiende, además, a los delitos públicos: *infra*, nota 111), acusación privada (*infra*, nota 122), conciliación, efecto extintivo del perdón e inclusive, en Argentina, término del proceso por obra de la retractación del ofensor (cfr. RAMOS MEJÍA, *La retractación en los delitos contra el honor*, en "Jurisprudencia Argentina", de 3 de mayo de 1943, y sobre todo, MOLINARIO, *La retractación en los delitos contra el honor: Un ensayo de historia interna en derecho penal* —Buenos Aires, 1949—), o sea con la posibilidad que se le brinda de desdecirse (cantar la palinodia: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Estampas procesales de la literatura española* —Buenos Aires, 1961—, pp. 114-8).

¹¹⁰ La situación y el nexo de los cuatro se pueden configurar así:

PROCESO CIVIL

PROCESO PENAL

a) Dispositivo. b) Inquisitorio

c) Delitos privados. d) Delitos públicos.

Véase ALCALÁ-ZAMORA, *Los conceptos de jurisdicción y de competencia, en el pensamiento de Lascano*, en "Rev. Der. Proc." argentina, 1954, I (pp. 299-344), nota 48.

¹¹¹ La distinción entre *querrela mínima*, propia de ordenamientos como el italiano y el mexicano, y *querrela máxima*, peculiar del derecho español, la establecimos en *Der. Proc. Pen.* cit., tomo II, pp. 329-30, y es acogida por CAMAÑO ROSA, *La instancia del ofendido* (Montevideo, 1947), p. 81.

proceso de interdicción, de muy discutible naturaleza,¹¹² creemos que Allorio debió haberlo colocado en el número 2) de su lista, ya que se refiere a una cuestión de estado (indisponible). De cualquier modo, aun dando de baja en la relación de Allorio el proceso de interdicción, por el motivo expuesto, e incluso en la nuestra el penal por delitos privados, a título de singularidad de algunos códigos tan sólo, siempre quedaría el civil inquisitorio como elemento de enlace entre el civil dispositivo y el penal. Señalemos todavía: a) que la nota de *necesidad* se da asimismo en diversos procedimientos de *jurisdicción voluntaria*, territorio de difícil caracterización,¹¹³ pero que tradicional y generalmente se ha venido asociando con el proceso civil, aunque se haya proyectado a veces a otras zonas del enjuiciamiento;¹¹⁴ y b) que, según el propio Florian reconoce,¹¹⁵ la *dispositividad* se manifiesta en el cuadro del *proceso penal administrativo*, donde reviste diferentes formas.¹¹⁶

17) Para Manzini, una diferencia acusada entre los dos procesos estriba en que el *concepto de parte* posee en la esfera penal significado *formal*, mientras

¹¹² Además de la antes señalada posición de ALLORIO (*supra*, nota 108), al contemplarlo como uno de los cuatro tipos de proceso, tanto la doctrina como los códigos lo catalogan de muy diferente manera: proceso contencioso, procedimiento de jurisdicción voluntaria, proceso sin litigio (CARNELUTTI, DI SEREGO), proceso voluntario por el contenido y contencioso por la forma (MICHELI): cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Premisas jurisd.* vol. cit., núm. 25 y notas 100 y 102; CARNELUTTI, *Lezioni dir. proc. civ.* cit., núm. 89, y *Sistema* cit., núm. 80; DI SEREGO, *Il processo senza lite* (Padova, 1930), pp. 137-40, y MICHELI, *Forma e sostanza nella giurisdizione volontaria*, en "Riv. Dir. Proc." cit., 1947, I (pp. 101-24), p. 109.

¹¹³ El carácter «necesario» de la jurisdicción voluntaria se proclama taxativamente en diversos artículos, por ejemplo, de la ley de enjuiciamiento civil española, como el 1.811 (de naturaleza genérica), el 1.825, el 1.994, el 2.011, el 2.012 o el 2.131. Acerca de las distintas doctrinas referentes a la misma, cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Premisas* cit., núms. 36-40; véase también FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria. Profilo sistematico* (Padova, 1953), pp. 23-36.

¹¹⁴ Así, al penal por OETKER, primero (*infra*, nota 179), y después, en términos más amplios, por CARNELUTTI, o al constitucional por CALAMANDREI y CAPPELETTI: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Premisas* cit., núm. 33; *Prólogo* a las *Lecciones proc. pen.* de CARNELUTTI, núms. 4-9, y *Eficacia provids. jurisd.*, vol. cit., núm. 3 y notas 22 y 23.

¹¹⁵ Cfr. *Principi cit.*, pp. 2-4, así como los pasajes de otros trabajos suyos mencionados por CALAMANDREI en *Linee fondamentali proc. inquisitorio* citado, notas 7-9.

¹¹⁶ Compensación, condonación total o parcial, cancelación por incobrabilidad o incosteabilidad, oblación voluntaria, etc. Sin duda, a esas peculiaridades del proceso penal administrativo obedece que en España fuesen los abogados del Estado quienes asumiesen la acusación respecto de los delitos de contrabando y defraudación (cfr. art. 122 de la ley penal y procesal sobre la materia, de 14 de enero de 1929, y 75 del reglamento orgánico del mencionado cuerpo de funcionarios, de 27 de julio de 1943), hecha la aclaración de que dicho régimen ha sido modificado por los decretos de 11 de noviembre de 1953 y de 31 de mayo de 1957, que son los hoy vigentes en esa zona del enjuiciamiento.

que en la civil lo tendría *material* y los dos contendientes actuarían en pie de *igualdad*.¹¹⁷ Pero además de que, como afirma Goldschmidt, la idea de parte es siempre *formal*, en cualquier rama del enjuiciamiento,¹¹⁸ la tesis de Manzini olvida: a) que el ministerio público, figura en torno a la cual gira principalmente su noción de parte en sentido formal, interviene asimismo en el proceso civil, con intensidad variable, eso sí, y con independencia de que su actuación en él se reputa o no perturbadora;¹¹⁹ b) que la sustitución procesal, al escindir sustituto (sujeto del proceso) y sustituido (sujeto del litigio), brinda un magnífico ejemplo de parte puramente formal en el proceso civil;¹²⁰ c) que la posición del contradictorio en ciertos procedimientos civiles, como el juicio ejecutivo, el monitorio o el embargo preventivo, rompe, mientras subsiste, la igualdad de las partes, así como también, aunque por causa distinta, el juicio contumacial o en rebeldía,¹²¹ y d) que, por el contrario, el juzgamiento de delitos privados, cuando no intervenga ministerio público y sí un acusador designado por la víctima o sus representantes legítimos, sitúa a las partes del proceso penal en igual plano o por lo menos, reduce extraordinariamente el desnivel entre la atacante y la atacada.¹²²

18) ¿Será exacto que en el proceso civil entran en juego “*exclusivamente*” criterios jurídicos, en tanto que en el penal, donde se juzga a un hombre, han de tenerse en consideración *factores éticos, sociales y antropológicos*.¹²³ De ningún modo: hay litigios civiles en que dichos motivos repercuten de igual manera que en una controversia penal, como sucede en las declaraciones de incapacidad, en los divorcios basados en ciertas causas¹²⁴ o en pleitos que pugnen con las

¹¹⁷ Cfr. su *Trattato* cit., núms. 12-IV, 114-III y 206.

¹¹⁸ Cfr. su *Der. Proc. Civ.* cit., p. 191.

¹¹⁹ Según opina, verbigracia, JOFRÉ, cuando lo presenta como la quinta rueda del carro de la justicia: cfr. su *Manual de procedimiento (civil y penal)*, quinta ed., actualizada por HALPERÍN, tomo II (Buenos Aires, 1941), p. 284.

¹²⁰ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Enseñanzas acción* cit., núm. 29.

¹²¹ Véanse, por ejemplo, los artículos 8º y 12 (monitorio), 451-2 (audiencia en justicia frente a correcciones disciplinarias), 281, 527, 766 y 1.462 (juicio en rebeldía, 1.403 (embargo preventivo), 1.442 y 1.459-61 (juicio ejecutivo) y 1.549-50 (apremio en negocios de comercio) de la ley de enjuiciamiento civil española, o 63 (audiencia en justicia), 246 (providencias precautorias), 271, 637 y 645-7 (juicio en rebeldía) y 453 (juicio ejecutivo) del código procesal civil mexicano del Distrito.

¹²² Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Der. Proc. Pen.* cit., tomo II, pp. 24-30, y *Ministerio Público y Abogacía del Estado* (en “*Bol. Inst. Der. Comp. Méx.*”, núm. 40, enero-abril de 1961), pp. 55-6.

¹²³ Cfr. FLORIAN, *Principi* cit, p. 9.

¹²⁴ Véanse, por ejemplo, las causas III (propuesta del marido para prostituir a la mujer), IV (incitación para cometer un delito), V (actos inmorales para corromper a los hijos), VII (enajenación mental incurable), XI (sevicias, amenazas e injurias graves), XIII (acusación calumniosa), XIV (comisión de delito infamante) o XV (hábitos de juego o de embriaguez o uso persistente de drogas) del artículo 267 del código civil mexicano de 1928/32 para el Distrito y la Federación.

“buenas costumbres”. Además, junto a la decisión (civil) conforme a estricto derecho, tenemos la asentada en la equidad.¹²⁵ Y en el orden penal, el enorme sector de los delitos relacionados con la circulación de vehículos, así como algunos otros, rara vez obligarán a complicadas determinaciones antropológicas,¹²⁶ que tampoco es probable medien cuando se castiguen contravenciones administrativas.¹²⁷

19) En España, el profesor Emilio Gómez Orbaneja, aun siendo unitarista, destaca como divergencia la de que en el proceso penal el juez ha de *consultar el derecho sustantivo desde el comienzo de la instrucción* —verbigracia, para epígrafar el sumario o para dictar un auto de procesamiento—,¹²⁸ mientras que

¹²⁵ Es decir, la determinante de un «proceso dispositivo», conforme a la terminología de CARNELUTTI (cfr. *Sistema* cit., núm. 40), o de una «amigable composición», a tenor de la denominación hispánica (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Aciertos terminológicos e institucionales del derecho procesal hispánico*, en “Rev. Esc. Nac. Jurisp.”, de México, núm. 38, abril-junio de 1948 —pp. 43-108—, p. 101, y *Examen de la nueva ley española de arbitraje*, en “Rev. Fac. Der. Méx.”, núm. 15, julio-septiembre de 1954 —pp. 105-24—, pp. 109-10). La opción entre el juzgamiento de derecho y el de equidad, no ya ante jueces privados, sino asimismo ante públicos se halla prevista por diferentes códigos procesales civiles, como el italiano, el portugués o el brasileño. A nuestro entender, acogida la dualidad, «el vocablo *sentencia* debería reservarse siempre para la de derecho y, en cambio, *laudo* para la decisión de equidad, con independencia de que aquéllos o éste provengan de juez público o de juez privado» (ALCALÁ-ZAMORA, *La regulación temporal* cit., p. 394, nota 132).

¹²⁶ Los primeros representan, por ejemplo, en Inglaterra más de la mitad de las infracciones punibles perpetradas por año (cfr. SILVEIRA, *La justicia inglesa de hoy* —en relación con estadísticas de RADCLIFF y CROSS para los años 1934 a 1952—, en “Rev. Fac. Der. Méx.”, núm. 17-18, enero-junio de 1955 —pp. 197-221—, p. 216), y en Estados Unidos es muy probable que la proporción sea aún mayor. En este mismo orden de cosas, es muy significativo también que en España se haya reformado la legislación procesal a fin de juzgar con mayor rapidez y energía los delitos de tránsito sometidos al procedimiento de urgencia de los nuevos artículos 779 a 803 de la ley de enjuiciamiento criminal, reformados primero por la ley de 8 de junio de 1957 (estudiada por mí en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, núm. 30, septiembre-diciembre de 1957, pp. 203-5) y luego por la de 8 de abril de 1967, que deroga y reabsorbe las disposiciones pertinentes de la ley penal y procesal sobre la circulación de vehículos de motor, de 24 de diciembre de 1962. (Acercas de ésta, LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, *Diligencias preparatorias de la nueva ley del automóvil* —Madrid, 1965—, y PASTOR LÓPEZ, *El proceso penal especial de la ley del automóvil: Examen crítico*, en “Rev. Der. Proc.” española, 1966, núm. 3, pp. 101-37). Pues bien: respecto de esos delitos, realizables con frecuencia por personas perfectamente normales y no siempre debidos a imprudencia o imprevisión del conductor, las investigaciones antropológicas saldrán sobrando muchas veces. Otro tanto cabe decir de ciertos sectores muy numerosos de delitos, como los hurtos domésticos, los llamados *timos*, etc.

¹²⁷ Delitos de contrabando y defraudación (*supra*, nota 116), evasión de impuestos, etcétera.

¹²⁸ Véanse, entre otros, los artículos 299, 303, 313 y 384 de la ley de enjuiciamiento criminal española, así como en el título V del libro II, muchos de los concernientes a inspección ocular y cuerpo del delito.

en el civil, únicamente al final, llegado el momento de dictar sentencia en cada instancia o grado.¹²⁹ Basta pensar en la aducción de ciertas excepciones en contiendas civiles, para mostrar cómo también el juzgador civil habrá de acudir al derecho substantivo durante las actuaciones iniciales; así, cuando se suscite incompetencia por razón de la materia o las gemelas de litispendencia y de cosa juzgada, si bien esta última tan sólo cuando sea la única que se esgrima y se tramite de manera inmediata.¹³⁰

20) Junto a las divergencias hasta ahora analizadas, que son, a mi entender, las de mayor enjundia, todavía se mencionan otras, a las que pasaremos revista con mayor rapidez. Se ha dicho, por ejemplo, que el *proceso penal es oral, y escrito el civil*. Produce asombro que afirmación tan inconsistente provenga de un insigne procesalista,¹³¹ como si no se tratase de una discrepancia variable en el tiempo y en el espacio, puesto que lo mismo en el pasado que en el presente hallamos formas de procedimiento penal orales unas y escritas otras,¹³² y viceversa, la justicia civil se ha administrado unas veces con predominio de la oralidad y otras de la escritura,¹³³ y en cualquier nación se puede abandonar uno de esos

¹²⁹ Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios cit.*, tomo I, pp. 35-6.

¹³⁰ Véase el artículo 261 cód. proc. civ. mexicano del Distrito. Acerca del paralelismo entre las excepciones de litispendencia y de cosa juzgada; cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Examen código Chihuahua cit.*, p. 33, y *Síntesis cit.*, p. 288, nota 193, en relación con *Inconvenientes de no acumular cuanto antes las denuncias penales deducidas contra una misma persona* (en "Lecturas Jurídicas", de Chihuahua, núm. 21, octubre-diciembre de 1964, pp. 3-14), nota 36. También la acumulación y su reverso la escisión de procesos requerirán que se acuda al derecho substantivo para resolver sobre ellas.

¹³¹ Cfr. MANZINI, *Trattato cit.*, vol. I, pp. 70-1 de la edición italiana de 1931. El argumento referente a la oralidad no figura, en cambio, en la traducción española de la obra (véanse sus pp. 109-11) —tomada de la tercera italiana: 1949—, sin duda porque después de aquélla el autor se dio cuenta de su vulnerabilidad, ante la experiencia de países con enjuiciamiento civil verbal, y a la cabeza de ellos Austria. Es sorprendente a este propósito que MANZINI, nacido en Udine (véase nuestro *Prólogo* para la citada traducción, p. IX), población que hasta el término de la primera guerra mundial se encontraba en la frontera casi con Austria, olvidase esa circunstancia.

¹³² En cuanto al pasado, véanse los capítulos sobre evolución del proceso penal en cualquier exposición general que contenga indicaciones históricas. Respecto del presente, baste recoger las palabras de JORRÉ cuando refiriéndose al código para la ciudad de Buenos Aires afirma que el plenario en él previsto (y con doble motivo el sumario) «ni es público, ni es contradictorio, ni es oral» (cfr. *Manual cit.*, tomo II, p. 170), y otro tanto sucede en diversos países hispanoamericanos, no sin aclarar que en Argentina la oralidad en materia penal ha ido progresando a partir del código de Córdoba de 1939, obra principalmente de VÉLEZ MARICONDE (véase su folleto *Los defectos del juicio escrito y las ventajas del oral*; Buenos Aires, 1948).

¹³³ Para una amplia información, véase el volumen *Processo oral* editado por la "Revista Forense" (Río de Janeiro, 1940), donde se recogen trabajos de FRANCISCO MORATO, PEDRO BATISTA MARTINS, JOSÉ ALBERTO DOS REIS, CHIOVENDA, FRANCISCO CAMPOS, CALAMANDREI, BILAC PINTO, NOÉ AZEVEDO, EDUARDO AUGUSTO GARCÍA, GUILHERME ESTELITA, COU-

principios para reemplazarlo por el otro.¹³⁴ La *iniciativa instructora del juez penal* se ha querido erigir asimismo en línea divisoria,¹³⁵ tan vulnerable casi como la antes señalada, por varias razones: a) porque no siempre el proceso penal cuenta con fase de instrucción;¹³⁶ b) porque, en cambio, sí dispone de ella el civil en ocasiones;¹³⁷ c) porque si por actividad instructora se entiende no la *preparatoria*, sino la *probatoria*,¹³⁸ la iniciativa judicial en orden a la prueba se

TURE, REZENDE FILHO, SEMON, LYRA, BERNHARDT, CRISTOFOLINI, MARANINI, HERMES LIMA, SABOIA DE MEDEIROS, MACHADO GUIMARAES y HELLMANN (*infra*, nota 270).

¹³⁴ Citemos tan sólo dos casos: el del reemplazo de la escritura por la oralidad en Austria (*Zivilprozessordnung* de 9 de agosto de 1895; y acerca de su primer cincuentenario de vigencia, véase el volumen *Festchrift zur Fünfzigjahrfeier der Osterreichischen Zivilprozessordnung 1898-1948* —Wien, 1948—, con trabajos de GERÖ, ABEL y BRESCH, DEMILIUS, ESSER, GRÜN, KAISER, KIENBÖCK, KLANG, KÜBL, LEONHARD, MADLÉ, MALANIUK, MODLER, SACHERS, SCHIMA y SPERL) y en la provincia argentina de Córdoba (código de procedimiento penal de 28 de agosto de 1939).

¹³⁵ Cfr. MANZINI, ob. y lugs. cit. en la nota 131, tanto de la edición italiana como de la traducción española.

¹³⁶ Que es peculiar del sistema mixto o anglofrancés: véase nuestro *Derecho Proc. Pen.* cit., tomo II, pp. 221-3. Téngase, además, en cuenta: a) que incluso en códigos pertenecientes al citado sistema, cual sucede con el italiano de 1930, la instrucción se elimina o se reduce al mínimo en ocasiones, como las determinantes del «giudizio direttissimo» de sus artículos 502-5: cfr. BELLAVISTA, *Il procedimento direttissimo*, primero en “Archivio Penale”, marzo-abril de 1952, y luego en sus “Studi sul processo penale: I (1949-1952)” (Milano, 1952, pp. 127-66), singularmente las pp. 137-9, en las que considera que su rasgo diferenciativo más saliente estriba en la carencia de cualquier actividad que merezca el nombre de instrucción; b) que importantes iniciativas del juzgador penal se producen fuera de la fase de instrucción: recordemos, a título de ejemplo, los artículos 733 (a fin de rectificar una calificación errónea del fiscal o de los defensores) y 897 (según la reforma de 28 de junio de 1933: solicitud de mayor esclarecimiento de la cuestión debatida, en las vistas de los recursos de casación) de la ley de enjuiciamiento criminal española; y c) que con su habitual agudeza, ya GÓMEZ Y NEGRO, en 1825, había captado esa divergencia determinada por el sumario, pero sin erigirla en diferencia absoluta: «Este juicio —dice, refiriéndose al criminal— tiene grande analogía con el civil, de tal manera que lo pudiéramos llamar en cierto sentido juicio civil declarativo irregular por lo que hace a sus trámites. La irregularidad que le distingue en su forma del civil consiste en el antejuicio que le precede, llamado comúnmente *sumario*.» (*Elementos* cit., p. 188.)

¹³⁷ Si bien la figura del juez instructor civil no es una creación del código procesal civil italiano de 1940, como con notario error supuso CARNELUTTI (*Storia e natura del giudice istruttore*, en “Riv. Dir. Proc.”, 1955, I, pp. 157-63), puesto que bastantes años antes la implantó el derecho español: véanse, en efecto, los artículos 283 de la ley de propiedad industrial de 26 de julio de 1929 (270 en virtud del nuevo texto de 20 de abril de 1930) y 41 de la hoy derogada ley de divorcio de 2 de marzo de 1932; y para una refutación más completa, SENTÍS MELENDO, *El juez de instrucción en lo civil*, en “Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales” (Santa Fe, Argentina), 1957, núms. 90-91, pp. 91-115.

¹³⁸ Véase el contraste que al respecto se advierte en Italia, por ejemplo, entre el libro II del código procesal penal de 1930 y el libro II, título I, capítulo II y sección III de

manifiesta también en materia civil, desde las viejas diligencias para mejor proveer, a atribuciones más modernas y mejor encuadradas,¹³⁹ y d) porque, en general, la tendencia de los ordenamientos procesales civiles de nuestros días es hacia el aumento en los poderes de dirección del juez.¹⁴⁰

21) En torno a la prueba se han querido encontrar igualmente diferencias tajantes. Dado que su cometido es el mismo en cualquier rama procesal,¹⁴¹ las divergencias se han intentado marcar en dos direcciones: utilización de los diversos medios probatorios, y criterios para su apreciación. En el primer sentido, la circunstancia de que el testimonio de terceros tenga mayor relieve en el enjuiciamiento criminal que en el civil, al revés de lo que ocurre con los documentos, refleja una tendencia ligada con la distinta forma de brotar el presupuesto de uno y otro proceso (*infra*, núm. 22), pero no representa frontera infranqueable, puesto que, como revela la lectura de cualquier código procesal civil, en ellos se encuentra prevista la prueba de testigos, y, por el contrario, los códigos procesales penales se ocupan todos, con mayor o menor detenimiento, de la prueba documental.¹⁴² En cuanto a la confesión, que históricamente fue *regina probationum* en ambos campos procesales, y de ahí el empleo del tormento para arrancarla en lo penal,¹⁴³ se encuentra en franca decadencia en los

éste en el procesal civil de 1940. Acerca de la índole preparatoria, dentro del género «proceso preliminar», de la instrucción penal, véase ALCALÁ-ZAMORA, *Der. Proc. Pen.* cit., tomo II, pp. 315-7, y tomo III, pp. 7-11, y *Proceso preliminar* cit., pp. 304-11.

¹³⁹ Véase ALCALÁ-ZAMORA, *El papel del juez* cit., pp. 72 y 86-91, así como *Prólogo* (núms. 17, 18, 20, 21, 39 y 42) al libro de RODRÍGUEZ U., *Autoridad del juez y principio dispositivo* (Valencia, Venezuela, 1968). Dicho prólogo acaba de publicarse en folleto aparte con el título de *Autoridad y libertad en el proceso civil*.

¹⁴⁰ A partir fundamentalmente de la legislación elaborada para Austria por KLEIN (*infra*, notas 270 y 271) y que va a gravitar con intensidad sobre el proyecto Chioevenda de 1919: cfr. su *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla commissione per il dopo guerra*, seguida del articulado, en "Saggi di Diritto Processuale Civile", vol. II (Roma, 1931, pp. 1-196; traducción, vol. II —Buenos Aires. 1949—, pp. 219-466). Sobre el carácter autoritario del proyecto Solmi, *infra*, nota 267. Véase, además, el libro de RODRÍGUEZ U. que se cita en la nota anterior.

¹⁴¹ Cfr. CARNELUTTI, *Prove civile e prove penali* cit., pp. 8 y 9. A una visión de teoría general del proceso responde asimismo el artículo de CORDERO, procesalista penal, *Note sul procedimento probatorio*, en "Jus", enero-junio de 1963, pp. 1-108 (reseña mía, en "Bol. Der. Comp. Méx.", núm. 49, enero-abril de 1964, pp. 219-21).

¹⁴² Baste citar unos pocos de cada sector como demostración al canto: a) *Regulación de la prueba testifical en códigos procesales civiles*: Alemania, §§ 373-401; Austria §§ 320-50; España, arts. 637-66; Francia, 252-80; Italia, 244-57; México: Federal, 165-87, y Distrito, 356-72; Vaticano, 110-20; Venezuela, 343-67; b) *Idem de la documental en códigos procesales penales*: Alemania, §§ 249 y 256; España, arts. 335 y 726; Francia, 344, 430 y 432; Italia, 309, 326, 340-2; México: Federal, 269-78, y Distrito, 230-44; Venezuela, 252-4.

¹⁴³ Abolido de *iure*, aunque no *de facto*, el tormento (*infra*, nota 265), se ha suscitado en los últimos decenios la cuestión relativa a la *tortura moderada*, mediante los denomi-

dos: reducción a simple indicio en el cuadro de la justicia punitiva (aunque todavía códigos anticuados le atribuyan valor de prueba plena, inclusive a la prestada ante la policía),¹⁴⁴ y reemplazo o coexistencia con la llamada declaración libre de parte en los dominios del proceso civil.¹⁴⁵ Finalmente, según es fácil comprobar, cualquiera de los criterios valorativos de la prueba rige indistintamente la materia civil o la penal, sin que, por tanto, ni histórica ni actualmente quepa asociar indisolublemente la libre convicción con el proceso penal y la apreciación legal o tasada con el civil,¹⁴⁶ como tampoco con uno de ellos sólo la sana crítica, referible por igual a los distintos enjuiciamientos.¹⁴⁷

nados sueros y detectores de la verdad. Su empleo ha provocado honda preocupación en los espíritus liberales, que han elevado sus voces contra métodos de indudable peligro para los más sagrados derechos de la persona humana. A título informativo, véanse los trabajos (de LÓPEZ-REY, GRAVEN, CARNELUTTI y CALAMANDREI, GARCÍA RADA, FUENTES CARSI VINCENTIS) que citamos en la "Adición al número 96" de nuestro mencionado libro *Veinticinco años evolución der. proc.*

¹⁴⁴ Es inconcebible que los códigos procesales penales mexicanos, y a la cabeza de ellos los dos más importantes —a saber: el Federal (arts. 174, 177, 207 y 279) y el del Distrito (arts. 249 y 286)—, confieran ese valor a la confesión rendida ante la policía.

¹⁴⁵ De acuerdo con la solución del derecho inglés, adoptada en Austria en 1895, Alemania en 1933 y luego en otros países: cfr. GLÜCKLICH, *Parteivernehmung nach deutschem Zivilprozessrecht* (Berlín, 1938), pp. 1, 19 y 31-43. Véase también, con mayor amplitud, CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile* (Milano, 1962), pp. 421-533. Coexistencia de la confesión vinculativa y de la declaración libre encontramos, entre otros, en los códigos mexicanos de Sonora (1949; arts. 265, 271-8 y 279-81), Morelos (1954; artículos 244, 250-7 y 258-60) y Zacatecas (1965; arts. 265, 271-8 y 279-81), integrantes los tres de una misma familia, cuyo texto matriz es el anteproyecto de 1948 para el Distrito Federal, y en mi anteproyecto para Honduras (*infra*, nota 172; arts. 42-50). A su vez, el proyecto uruguayo de COUTURE (*supra*, nota 98) incluye bajo el epígrafe «declaración de las partes» (arts. 170-9), tanto la libre como el juramento decisorio.

¹⁴⁶ Algunos botones de muestra: mientras en México, y en otros varios países hispano-americanos, la prueba penal está dominada en gran parte por disposiciones tasadas (cfr. arts. 279-90 cód. proc. pen. Federal y arts. 256-61 del del Distrito), en naciones como Alemania (§ 286), Austria (§§ 272 y 327), Italia (artículo 116) o la Ciudad del Vaticano (art. 76), la prueba civil quedará librada, con alguna que otra salvedad, a la libre convicción del juzgador.

¹⁴⁷ Véanse sobre el tema los siguientes trabajos: COUTURE, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial* (Montevideo, 1941; ALCALÁ-ZAMORA, *Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba*, en "La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", de Montevideo, febrero de 1945, pp. 32-42; idem, *A propósito de libre convicción y sana crítica*, en "Revista Jurídica de Córdoba", Argentina, octubre-diciembre de 1948, pp. 613-22; PINA, *En torno a la sana crítica*, en "Anales de Jurisprudencia", enero-marzo de 1949, y luego en "Derecho Procesal (Temas)", segunda ed. (México, 1951), pp. 137-48. La fórmula «sana crítica» aparece por primera vez en los artículos 147-8 del «Reglamento en negocios contenciosos del Consejo Real de España», de 30 de diciembre de 1846, y de ellos ha pasado a numerosos códigos procesales hispanoamericanos.

22) Dejando para más adelante la posible nota diferenciativa representada por la intervención de ministerio público en el proceso penal (*infra*, núm. 31), nos fijaremos, por último, en otros dos extremos: *presupuesto* y *procedimiento*. Concebida la idea de *presupuesto* no con el alcance que desde Bülow ha solido prevalecer,¹⁴⁸ sino con el que reputamos más exacto, o sea, el de causa originadora del proceso, creemos que ella se identifica con la noción de *litigio*,¹⁴⁹ si bien imaginado con mayor amplitud de la que inicialmente le atribuyó Carnelutti, y que, al resultar inaplicable al proceso penal,¹⁵⁰ le arrastró a manipulaciones posteriores tan hábiles como poco convincentes.¹⁵¹ Para nosotros, el litigio, de contenido substantivo, sería el conflicto de intereses jurídicamente trascendente y susceptible, a su vez, de solución, jurídica, como regla, a través del proceso.¹⁵² En todo caso, se acepte o se rechace el anterior concepto de litigio respecto del enjuiciamiento criminal,¹⁵³ tanto en él como en cualquier otro campo jurisdicente, tenemos que arrancar de un presupuesto, es decir, de un elemento *extra o meta procesal*, a cuyo servicio está adscrito el proceso.

¹⁴⁸ Para BÜLOW, presupuestos procesales serían los que “precisan entre qué *personas*, sobre qué *materia*, por medio de qué *actos* y en qué *momento* se puede dar un proceso”: *Teoría de las excepciones* cit., trad., pp. 5-6.

¹⁴⁹ Véase lo que decimos en *Der. Proc. Pen.* cit., tomo II, p. 136, y especialmente en *Enseñanzas acerca de la acción* cit., núm. 13: También BUZARD estima que el litigio es el presupuesto procesal, cuando afirma: «A lide é certamente um pressuposto do processo, como a natureza é um pressuposto da pintura que a retrata»: *Do agravo de petição no sistema do código do processo civil* —São Paulo, 1945—, p. 117; segunda ed., 1956, p. 94).

¹⁵⁰ El error de CARNELUTTI en este punto consistió en querer explicar el proceso penal a base de una fórmula iusprivatista a todas luces. Para su crítica, véase lo que decimos en *Proceso, autocomposición* cit., pp. 15-7, y luego en *Prólogo* a sus *Lecciones proc. pen.* cit., pp. 4 y 5, y en *Concepciones menores* cit., pp. 227-9.

¹⁵¹ Es decir, a un gradual escamoteo del proceso sin litigio, que fue, desde el primer momento, «un absurdo y suicida torpedo» dirigido por él mismo «contra el cimiento de su construcción procesal» (ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición* cit., p. 135), pese a lo cual prodigó entusiastas elogios al citado libro de DI SEREGO, *Il processo senza lite*, en el prefacio con que lo encabezó, por reputarlo inspirado en la más pura línea carneltuttiana, sin perjuicio de poco después, en plan de arrojarlo desde la cima a la sima, darle a su infeliz discípulo uno de los más tremendos garrotazos aplicados por el maestro en funciones de crítico implacable: véase su reseña del volumen de aquél, *La sentenza inesistente* (Verona, 1938), en “*Riv. Proc. Civ.*” cit., 1938, I, pp. 345.

¹⁵² En la medida o en los casos en que no sea susceptible de autodefensa o de autocomposición: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Der. Proc. Pen.* cit., tomo I, pp. 7-11, o *Proceso, autocomposición* cit., pp. 12-4, en relación con las pp. 31-63 (autodefensa) y 65-95 (autocomposición), así como con alcance más circunscrito, *Legítima defensa y proceso* cit., *passim*.

¹⁵³ En el que hay que arrancar de un hecho con apariencias delictivas, que sería su presupuesto material y, a fin de cuentas, el equivalente del litigio civil en estricto sentido y el punto de partida de la controversia a dilucidar mediante el proceso penal.

23) Si partimos de contraste entre *tipos de proceso* y *formas de procedimiento*,¹⁵⁴ las meras diferencias procedimentales no pueden servir por sí solas para rechazar la unidad del derecho procesal, ya que, de atenernos a ellas, tendríamos que situar en territorios jurídicos distintos el proceso penal inquisitivo, con una sola parte¹⁵⁵ y con el inculpaado más como objeto que como sujeto, y el proceso penal acusatorio, con dos partes y con el acusado como verdadero sujeto; o bien que negar, en la legislación española, el parentesco entre el concurso de acreedores y la quiebra, por un lado, y los juicios declarativos por otro, pese a regularse en un mismo cuerpo legal, todos como procedimientos civiles; o, en fin, sostener que los juicios monitorios (el civil y el penal) nada tienen que ver con los demás del respectivo campo. Al diferenciarse *proceso* y *procedimiento*, cabe, sin la menor dificultad, que se den la unidad en el tipo y la diversidad en la forma, o al revés, y que ambas perspectivas se manifiesten dentro de una misma rama procesal o trasciendan a otras, y entonces nos encontraríamos con un nuevo argumento a favor de la tesis unitaria. La antes recordada dualidad concurso-quiebra brinda un excelente ejemplo de unidad en el tipo y diversidad en la forma, dentro de los ordenamientos que no han unificado la institución y, con mayor motivo, en los que se ocupan de los dos en un mismo código.¹⁵⁶ La substanciación, que en la práctica española había llegado a uniformarse, entre el juicio verbal civil y el juicio penal sobre faltas, nos muestra el reverso de la medalla: unidad procedimental y diversidad procesal.¹⁵⁷ Siempre el derecho español, permite recordar el caso singularísimo de la ley de propiedad industrial de 1929, cuyo procedimiento sirvió de modelo para el de la luego derogada ley de divorcio de 1932 y para el

¹⁵⁴ «...cuando hablamos de tipos de proceso, no nos referimos a *diferencias secundarias de forma* (diversa duración de un plazo, sustitución del emplazamiento por una citación, desarrollo oral o escrito del debate, etc.), sino a *divergencias esenciales en la estructura, en la finalidad o en el contenido*. Es decir, que lejos de confundir, contraponemos *tipos de proceso* y *formas de procedimiento*, hasta el extremo de que éste podría ser el mismo o muy semejante respecto de procesos de muy distinta índole, y viceversa, un mismo tipo procesal desenvolverse conforme a procedimientos distintos»: ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición* cit., p. 127.

¹⁵⁵ Véanse *infra* núm. 31 y nota 231.

¹⁵⁶ Como ocurre en la ley de enjuiciamiento civil española, que regula en dos títulos consecutivos de su libro segundo el «concurso de acreedores» (en el XII, arts. 1.130-1.317) y el «orden de proceder en las quiebras» (en el XIII, arts. 1.318-96). En la planeada reforma de estos juicios se adopta una reglamentación unitaria: cfr. VACAS MEDINA, *La nueva ley concursal española (El anteproyecto)*, en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, núm. 36, septiembre-diciembre de 1959, pp. 67-84 —pp. 67-9 y 83—, solución propugnada por nosotros con anterioridad, en *Notas reforma enj. civ.* cit., pp. 256-60.

¹⁵⁷ Aludimos aquí a la situación creada en torno a la ley de justicia municipal de 5 de agosto de 1907, combinada con las disposiciones de la ley de enjuiciamiento civil de 1881 sobre juicio verbal (arts. 715-40) y con las de la de enjuiciamiento criminal de 1882 respecto del de faltas (arts. 962-82). A partir de la ley de bases de 19 de julio de 1944, la justicia municipal española ha experimentado, tanto en materia civil como penal, una serie de cambios, de que no es ahora la ocasión de dar cuenta.

de un proyecto de 1933 sobre vagos y maleantes (distinto del de la ley aprobada en definitiva),¹⁵⁸ es decir, el de una forma de substanciación que se adaptaba a tres diferentes zonas del enjuiciamiento.

24) Rebatidos, según creemos, los argumentos de los separatistas, expondremos con mayor brevedad *los de los unitaristas*, puesto que al refutar los de aquéllos quedaron enunciados en buena parte. La defensa de la tesis unitaria empieza por contar con una serie de ensayos específicos a su servicio, además de los desarrollos referentes al punto en obras generales, monografías y artículos.¹⁵⁹ Aparte de los ya mencionados de Sabatini, Schima, Miguel y Romero y Bettermann (*supra*, núms. 8 y 9), recordaremos, por orden alfabético de autores, los de Carlos, *Acotaciones al problema de la unidad o diversidad del derecho procesal* (en “Revista de Derecho Procesal” argentina, 1951, I, págs. 169-82); D’Agostino, *L’unità fondamentale del processo civile e penale* (Nicastro, 1928); Diana, *L’unità del processo e della dottrina processuale* (Siena, 1914); Fairén Guillén, *Hacia una parte general del derecho procesal (doctrina, legislación, enseñanza)* (sobretiro de la “Revista de Derecho Judicial” española, 1966, núm. 26, 19 págs.); Miguel y Alonso, *En torno a la unidad de los procesos civil y penal* (sobretiro de la “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, Madrid, abril de 1948, 35 págs.); Morón Palomino, *Sobre el concepto de derecho procesal* (en “Revista de Derecho Procesal” española, 1962, pp. 507-65), o Rende, *L’unità fondamentale del processo civile e del processo penale* (en “Rivista di Diritto Pubblico”, 1921, núms. 3-4). El pensamiento central de todos ellos podríamos reflejarlo con palabras de Diana, cuando sostiene que “el principio procesal se divide al tutelar las diversas ramas del derecho substantivo, pero tiene caracteres esenciales inalterables, a causa de la identidad de la función y del fin”.¹⁶⁰

25) Desde el punto de vista *histórico*, tuvimos ya oportunidad de señalar la indiscriminación del proceso germánico primitivo (*supra*, núm. 5), así como, a lo largo del siglo XIX, la existencia de regulaciones conjuntas del enjuiciamiento civil y del criminal e incluso de la organización judicial (*supra*, núm. 9). Y

¹⁵⁸ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición* cit., pp. 127-8, y *El sistema proc. ley vagos* cit., pp. 192, nota 49 y 196, nota 53, de “Ensayos”.

¹⁵⁹ Véase, por ejemplo, mi *Der. Proc. Pen.* cit., construido conforme al patrón unitario, según se proclama en él desde el primer momento (cfr. tomo I, pp. 37-47), así como el *Suplemento Bibliográfico* que acompaña a esta ponencia. Aun cuando no desenvuelta en un libro de derecho procesal, recogeremos aquí la creencia de MENDER, a tenor de la cual, la desaparición del derecho privado determinaría la fusión en uno solo de los procesos civil, administrativo y penal: cfr. su obra *L’Etat socialiste* (traducción francesa: París, 1904), pp. 218-20 (citada por CAPPELLETTI, *Ideologie nel diritto processuale*, en “Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile”, 1962, pp. 193-219; traducido en “La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”, de Montevideo, abril de 1962, pp. 85-99; véase su nota 36).

¹⁶⁰ *L’unità* cit., poco antes en el texto, p. 6.

según anunciamos entonces, completaremos ahora la información con la cita de textos legislativos vigentes de contenido unitario. A la cabeza, el *Código Judicial de Colombia*, que con el susodicho carácter perduró en ella hasta que en 1938 se separó de él el proceso penal,¹⁶¹ y que sin desgajamiento ninguno continúa rigiendo en Panamá,¹⁶² y a su lado, el *Código de Procedimientos de Honduras* de 1906,¹⁶³ entre los del continente americano. En Europa son unitarios el *Código de Dinamarca* de 1916, en vigor desde 1919,¹⁶⁴ y el de *Suecia* de 1942, que empezó a regir en 1948.¹⁶⁵ Sin llegar tan lejos, mencionaremos asimismo la *Orden militar* que a raíz de su separación de España unificó en *Cuba* los *recursos de casación y de revisión* de ambas leyes de enjuiciamiento;¹⁶⁶ los *Principios gene-*

¹⁶¹ Véase *supra*, nota 71.

¹⁶² Código judicial de 1916, en vigor desde el 1 de julio de 1917: véase TORRES GU-
DÍÑO, *Panorama del Derecho Procesal Civil Panameño*, primero en "Rev. Fac. Der. Méx.",
núm. 13, enero-marzo de 1954, pp. 79-130, y luego como folleto (Panamá, 1955; con
Prólogo mío), núm. 3.

¹⁶³ Promulgado el 8 de febrero y en vigor desde el 1 de marzo de dicho año. Se divide
en dos partes, la primera relativa a los «Procedimientos civiles» (aunque gran número
de sus disposiciones son comunes a ellos y a los juicios penales) y la segunda a los
«Procedimientos en materia criminal», con un total entre ambas de 1.306 artículos y
uno final.

¹⁶⁴ *Low om Retten Pleje* de 11 de abril de 1916, en vigor desde el 1 de octubre
de 1919: cfr. MUNCH-PETERSEN, *Der Zivilprozess Dänemarks* (Manheim-Berlín-Leipzig,
1924), pp. 3-4.

¹⁶⁵ Se encuentra traducido al alemán por Gerhard SIMSON bajo el título de *Das Zivil-
und Strafprozessgesetz Schwedens*, como volumen de la «Sammlung Ausserdeutscher Straf-
gesetzbücher in deutscher Übersetzung» (Berlín, 1953). Véase nuestra reseña del mismo,
en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 18, septiembre-diciembre de 1953, pp. 213-21.
Abstracción hecha de la literatura sueca, poco accesible por razones idiomáticas; de la
alemana y francesa citada por SIMSON en la introducción a la citada edición germánica,
y del artículo de BLAS ZULETA, *Organización judicial sueca* (en "Rev. Iberoam. Der.
Proc.", 1962, pp. 935-55; reseña mía, en "Bol." cit., núm. 47, mayo-agosto de 1963,
pp. 495-6), véanse acerca de él estos dos trabajos: a) el de EKLÖF, *Il processo svedese*,
en "Riv. Dir. Proc.", 1955, I, pp. 12-55, y b) sobre todo, el libro de BADER GINSBURG
(Ruth) y BRUZELIUS (Anders), *Civil procedure in Sweden* (The Hague, 1965), en la
serie «Project in International Procedure», de la Columbia University School of Law.
Además, según nuestras noticias, FAIRÉN GUILLÉN se encuentra desde hace tiempo tra-
bajando sobre dicho texto.

¹⁶⁶ Nos referimos a la de 26 de junio de 1899, aun pecando por exceso de longitud:
101 artículos, más los de las leyes de enjuiciamiento civil y criminal (esencialmente las
españolas de 1881 y 1882) que dejó en vigor. El mismo resultado se ha conseguido en
México mediante la ley de amparo de 1935, que tanto tiene de casación (cfr. ALCALÁ-
ZAMORA, *Amparo y casación*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 61, enero-marzo de 1966,
pp. 79-96), puesto que si bien los motivos de *error in procedendo* son distintos en ma-
teria civil (art. 159) y penal (art. 160), el procedimiento es común en todos los demás
aspectos. Sin llegar tan lejos como la mencionada orden cubana, la ley de 16 de julio
de 1949 ha unificado en España los procedimientos previstos para la casación por el
texto primitivo de la ley de enjuiciamiento criminal, según que se tratase de infracción

rales de la legislación procesal soviética;¹⁶⁷ el *Proyecto Couture de 1945*, que aun cuando no extensivo al enjuiciamiento penal de los mayores —acaso porque su autor, como Chioventa (*supra*, nota 81), fue un cultivador exclusivo del proceso civil—,¹⁶⁸ preveía su aplicación a diversos sectores procesales;¹⁶⁹ la *Ley española de 1956 sobre la jurisdicción contencioso-administrativa*, que acentúa su aproximación hacia la justicia civil y facilita sobremanera su reabsorción por ésta, el día en que en mi patria se promulgue para aquélla un código moderno y progresivo;¹⁷⁰ la mal llamada *Ley de Evidencia* (léase, sobre prueba) de Puerto Rico, tomada del Código de California,¹⁷¹ así como mi *Anteproyecto* sobre dicho extremo para Honduras,¹⁷² etc. Pocas en número, pero elocuentes muestras de que la unificación procesal es perfectamente realizable en su totalidad (Panamá, Honduras, Dinamarca y Suecia), en sus lineamientos generales (Unión Soviética) o en concretos aspectos (Cuba, Puerto Rico).

de ley (substantiva) o de quebrantamiento de forma. Idéntica refundición se puede efectuar en la de enjuiciamiento civil, en que la dualidad subsiste; y ninguna dificultad habría para, en definitiva, acomodar a unos mismos trámites la casación civil y la penal, con lo que los cuatro procedimientos de antaño se reducirían a uno solo.

¹⁶⁷ Tanto los de 1918-20 como los de 1957. Acerca de los primeros, véanse las indicaciones de TIMASCHEV, HANFMANN y de nuevo TIMASCHEV sobre la organización judicial, el proceso civil y el penal, en el volumen *Das Recht Sowjetrusslands* (Tübingen, 1925) —pp. 414-34, 435-50 y 450-80, respectivamente—, pp. 416-7, 437 y 451. En cuanto a los segundos, véanse estos dos artículos: POLIANSKI, *Die Grundzüge der sowjetischen Strafprozesswissenschaft* (en "Staat und Recht", 20 de febrero de 1957, pp. 105-24), y JUDELSON, *Zur Frage der Grundsatzbestimmungen für die Zivilprozessgesetzgebung* (en "Rechtswissenschaftlicher Informationsdienst", 20 de octubre de 1957, cols. 593-605). (Reseñas mías, en "Bol. Inst. Der. Comp. México", núms. 30, septiembrediciembre de 1957, pp. 301-3, y 32, mayo-agosto de 1958, pp. 300-1, respectivamente).

¹⁶⁸ Si se exceptúa un par de defensas penales, que, además, presentan escaso relieve en el conjunto de su producción. Acerca de ésta, ALCALÁ-ZAMORA, *Bibliografía de Eduardo J. Couture*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 41-60, y ROCCA COUTURE, *Eduardo J. Couture: Biobibliografía* (un folleto de 20 páginas, sin lugar ni año —Buenos Aires, 1958—).

¹⁶⁹ Véase *supra*, nota 98.

¹⁷⁰ Puesto que entonces los 132 artículos actuales de la ley de 1956 podrían reducirse a una treintena a lo sumo e incorporarse como un mero título o capítulo al futuro código de enjuiciamiento civil: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Nueva ley jurisdic. cont. adva. cit.*, pp. 87-9.

¹⁷¹ La actual ley de evidencia no son sino los artículos 363 a 533 del código de enjuiciamiento civil de 1933, tomados de la «Ley para reglamentar la presentación de evidencia en los procedimientos civiles», de 9 de marzo de 1905: cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, *Breve historia de los códigos puertorriqueños*, en "Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico", abril-mayo de 1950 (pp. 233-72), p. 272, así como el volumen *Práctica forense puertorriqueña*, tomo 3: *Ley de evidencia, Proyecto de reglas de evidencia, Uniform Rules of Evidence* (Orford, 1964), pp. VII y 2.

¹⁷² ALCALÁ-ZAMORA, *Anteproyecto que reforma el régimen de la prueba en el código de procedimiento de Honduras*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núms. 17-18, enero-junio de 1955, pp. 377-456, y en "Foro Hondureño", enero-mayo de 1955, pp. 137-89.

26) Si de la legislación pasamos a la *literatura*, la corriente unitaria se exterioriza en dos direcciones capitales: *unidad doctrinal en cuanto a los conceptos fundamentales de la disciplina, y existencia de exposiciones conjuntas*. A propósito de los primeros, compartimos la tesis de Chiovenda-Calamandrei (*infra*, notas 320-1) de que ellos son los de *acción, jurisdicción y proceso*. En torno a la primera, un separatista tan acérrimo, como Florian, sustenta una definición fuertemente influida por la de Chiovenda,¹⁷³ procesalista civil ciento por ciento (*supra*, núms. 12 y 25), y Massari, discípulo del segundo, trasplantó al cuadro del proceso penal la división de las acciones en declarativas, constitutivas y de condena,¹⁷⁴ elaborada por los dogmáticos del proceso civil y considerada hasta él como peculiar del mismo.¹⁷⁵ A su vez, autores como Carnelutti y Alsina, y a respetuosa distancia nosotros, hemos postulado la unicidad del concepto en los diversos campos procesales.¹⁷⁶ En cuanto a la *jurisdicción*, el contraste entre teorías subjetivas y objetivas y la diversidad de éstas,¹⁷⁷ no se opone a que su existencia, necesidad y atributos esenciales sean aceptados por igual en ambos territorios procesales. Más aún: la seudo *jurisdicción voluntaria*, que a nuestro entender no es ni lo uno ni lo otro,¹⁷⁸ pero que durante siglos se estimó pertenecía o se ligaba exclusivamente con el proceso civil, ha sido referida en la actual cen-

¹⁷³ Al considerarla ambos como *poder jurídico*: cfr. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cuarta ed. (Napoli, 1928), p. 45, en relación con *L'azione nel sistema dei diritti*, prolucción leída en Bolonia en 1903; en ("Saggi Dir. Proc. Civ.", vol. I, pp. 3-99; traducción, Buenos Aires, 1949, pp. 3-130), núms. 10 y 11, y FLORIAN, *Principii cit.*, p. 120.

¹⁷⁴ En su cit. libro *Il proc. pen.*, vol. I, pp. 21-2 y 347-8.

¹⁷⁵ Aun cuando, a nuestro entender, la mencionada división no lo es de *acciones*, que sería un concepto único, sino de *pretensiones*: cfr. *Enseñanzas acerca de la acción cit.*, núms. 16, 17, 23 y 24.

¹⁷⁶ Cfr. CARNELUTTI, *Sistema cit.*, núms. 356 y 358, y *Saggio teor. azione cit.*, *passim*, especialmente núms. 1, 9 y 13; ALSINA, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, tomo I, primera ed. (Buenos Aires, 1941), pp. 186 y 195; segunda (1956), pp. 336-7 y 349, y *Naturaleza jurídica de la acción*, en "Rev. Der. Proc." argentina, 1962, I (pp. 187-211), p. 211; ALCALÁ-ZAMORA, *Enseñanzas acerca de la acción cit.*, núm. 16.

¹⁷⁷ Tanto las que atienden al *desenvolvimiento* (IHERING, LABAND, etc.) como la que se fijan en la *finalidad* (JEZE PLÓSZ, DE PALO, CARNELUTTI, GERBER, HELLWIG, KISCH, WACH SCHMIDT, CHIOVENDA, DUGUIT, KELSEN, etc.). Por mi parte, creo que el concepto de jurisdicción no se puede elaborar a base de un solo rasgo o requisito, sino de una concurrencia o confluencia de varios (enfoque pluralista).

¹⁷⁸ Véase mi ensayo *Premisas jurisd.*, vol. cit., núms. 5, 6, 39 y 41. En contra, últimamente, JODLOWSKI, *El procedimiento civil no contencioso* (ponencia general ante el VII Congreso Internacional de Derecho Comparado —Upsala, agosto de 1966—; versión castellana, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núms. 58-59, enero-agosto de 1967, pp. 165-204), *passim*. Frente al jurista polaco, yo en *Notaciones a la ponencia del profesor Jodlowski* (en "Bol." y núms. cita., pp. 204-9, sub l-ñ).

turia, primero por Oetker,¹⁷⁹ y luego, con mayor amplitud, por Carnelutti,¹⁸⁰ al proceso penal, así como por Calamandrei y por Cappelletti al constitucional,¹⁸¹ sin contar con posibles manifestaciones suyas en enjuiciamientos como el administrativo, el laboral o el canónico.¹⁸² Respecto del *processo*, aun cuando las viejas construcciones privatistas son a todas luces inaprovechables para explicar su naturaleza jurídica,¹⁸³ bueno será recordar que por lo menos en España y en algún país hispanoamericano no ha dejado de invocarse, más o menos conscientemente, el cuasicontrato de litiscontetatio para mostrar los escritos de calificación como paralelos de los de demanda y contestación.¹⁸⁴ Mayor fuerza tiene el hecho de que la mayoría de los procesalistas penales sigan aferrados a la tesis del proceso como relación jurídica, ciertamente aplicable a su disciplina, pero forjada en todas sus piezas por procesalistas civiles, con pequeña labor de adaptación por parte de aquéllos.¹⁸⁵ También la otra gran concepción publicista del proceso, la de Goldschmidt, imaginándolo no cual relación, sino como situación jurídica,¹⁸⁶ ha sido llevada por su creador¹⁸⁷ y por otros autores¹⁸⁸ al ámbito del enjuiciamiento criminal. Y lo mismo diríamos, pese a su inconsistencia o escaso desarrollo, de las que hace años denominé “concepciones menores”, y entre ellas de la institucionalista en particular,¹⁸⁹ todas ellas referibles a cualquier rama procesal. Año-

¹⁷⁹ Para explicar la naturaleza del juicio monitorio penal, al que no consideraba adaptable la doctrina de la relación jurídica procesal: cfr. su trabajo *Strafprozessbegründung und Strafklageerhebung*, en “Würzburger Festschrift für Dernburg” (1900), p. 120, citado por BELLAVISTA, *Il processo penale monitorio* (Milano, 1938), p. 89.

¹⁸⁰ En sus *Lezioni proc. pen.* cit., núm. 60, y en el comentario *La tutela del terzo nel processo penale*, en “Riv. Der. Proc.”, 1946, II, pp. 36-42, donde proyecta el concepto en cuestión al proceso penal en general. Para la crítica de semejante tesis, véase mi *Prólogo* a la traducción de dichas *Lezioni*, vol. I, pp. 5-11.

¹⁸¹ Véanse las indicaciones pertinentes en mi ponencia *Eficacia provids. jurisd.* vol. cit., nota 23.

¹⁸² Véanse mis trabajos *Premisas jurisd.* vol. cit., núm. 33, y *Eficacia provids. jurisd.* vol. cit., núm. 125.

¹⁸³ Exposición y crítica de las mismas pueden verse, por ejemplo, en ALSINA, *Tratado* cit., tomo I, primera ed., pp. 239-41, y segunda, pp. 413-6; COUTURE, *Fundamentos* cit., primera ed., pp. 62-6, y tercera, pp. 126-31, o ALCALÁ-ZAMORA, *Der. Proc. Pen.* cit., tomo II, pp. 102-9.

¹⁸⁴ En España, la equiparación se halla expresamente acogida en la exposición de motivos de la vigente ley de enjuiciamiento criminal de 1882: «La calificación jurídica provisional del hecho justiciable y de la persona del delincuente hecha por el acusador y el acusado una vez concluso el sumario, es en el procedimiento criminal lo que en el civil la demanda y su contestación, la acción y las excepciones. Al formularlas, empieza realmente la contienda jurídica, y ya entonces sería indisculpable que la ley no estableciera la perfecta igualdad de condiciones entre el acusador y el acusado.»

¹⁸⁵ Véanse *supra*, notas 49 y 50.

¹⁸⁶ Véase *supra*, núm. 8.

¹⁸⁷ Véase el segundo de los trabajos suyos mencionados en la nota 52.

¹⁸⁸ Véanse los trabajos de NIESE, LÓPEZ-REY y SCHMIDT citados en la nota 53.

¹⁸⁹ Véanse las referencias a estas últimas consignadas en la nota 91; y por lo que

diremos todavía que la única doctrina acerca de la naturaleza del proceso que cabría exhibir como peculiar del de índole penal, además de su exiguo planteamiento y de no resistir los embates de la crítica, proviene de quien durante la mayor parte de su vida fue procesalista civil, es decir, de Carnelutti, quien la formuló a base de la idea de jurisdicción voluntaria, tradicionalmente, acoplada, como hace poco recordábamos, al proceso civil.¹⁹⁰

27) Va a hacer un siglo [ya ha transcurrido] que Bülow enunció su célebre doctrina acerca del proceso como relación jurídica, y desde poco después¹⁹¹ vienen utilizándola los procesalistas penales. Ocorre entonces preguntar: si entre el enjuiciamiento civil y el penal median *irreductibles* discrepancias, hasta hacer de ellos dos disciplinas *esencialmente* distintas, según proclaman los separatistas a ultranza (*supra*, núm. 11), ¿cómo es posible que la noción-clave en ambos campos, la que les da nombre, responda a una tesis explicativa común? Y si ese resultado se da, y junto a él coincidencias fundamentales en torno a la jurisdicción y perspectivas convergentes a propósito de la acción, es decir, acerca de la que Podetti llamó *trilogía estructural del proceso*,¹⁹² entonces las corrientes diversificadoras se derrumban, carentes de cimiento y apoyadas sólo en diferencias secundarias.

28) En orden a las *exposiciones conjuntas*, Garraud recuerda que antes de la entrada en vigor de los códigos napoleónicos de procedimiento civil de 1806 y de instrucción criminal de 1808 —éste ya derogado—,¹⁹³ eran frecuentes en Francia,¹⁹⁴ pese —agregamos— a que el deslinde legislativo entre las dos zonas

concierna a las demás, la exposición y crítica que de las mismas efectuó en *Concepciones menores naturaleza proceso cit., passim*.

¹⁹⁰ Véanse *supra*, notas 60 y 180.

¹⁹¹ Véase *supra*, nota 49.

¹⁹² Primero en su libro *Teoría y técnica del proceso civil (Ensayo de una sistemática del derecho procesal argentino)* (Buenos Aires, 1942), pp. 64-6, y luego en el artículo *Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, en "Rev. Derecho Proc." argentina, 1944, I, pp. 113-70.

¹⁹³ Y reemplazado por el vigente *code de procédure pénale* de 31 de diciembre de 1957 (título preliminar y libro I) y de 23 de diciembre de 1958 (libros II a V). Acerca del mismo, véanse mis estudios legislativos en «Bol. Inst. Der. Comp. Méx.», núm. 32, mayo-agosto de 1958, pp. 183-9, y núm. 38, mayo-agosto de 1960, pp. 101-6, así como mi reseña de los números consagrados por la «Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé» a *Le nouveau code de procédure pénale* (a saber: 1959, núm. 2, abril-junio, pp. 269-361, y núm. 3, julio-septiembre, pp. 539-668), con artículos de BESSON, VOUIN, LEVASSEUR (dos), LARGUIER, BROUCHOT, LE CLERE, VITU, GRANIER, MALHERBE, y ROCHE, en "Bol." cit., número 37, enero-abril de 1960, pp. 250-5.

¹⁹⁴ Véase su *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tomo I (París, 1907, reimpresso en 1929), pp. 134-7, con especial referencia a Philippe de BEAUMANOIR, jurista del siglo XIII, cuya obra *Les coutumes de Beauvaisis*

había cristalizado con anterioridad en las ordenanzas de Luis XIV de 1667 y de 1670.¹⁹⁵ En mayor o menor escala, otro tanto sucede, por ejemplo, en Alemania,¹⁹⁶ Italia¹⁹⁷ o España.¹⁹⁸ Y ya en pleno siglo XIX y después, podemos citar la famosa *Esposizione compediosa*, de Pescatore (1864-72),¹⁹⁹ o, en lengua alemana, las obras generales de Rintelen (1881-3) y de Fosetti (1926).²⁰⁰

29) La tendencia unitaria se revela también en la *actividad colectiva de los procesalistas*, o sea en la llevada a cabo a través de *revistas, asociaciones y con-*

(reeditadas en dos volúmenes, París, 1842) muestra cómo en tal época proceso civil y proceso penal eran esencialmente idénticos.

¹⁹⁵ A saber: la de abril de 1667, relativa al procedimiento civil, y la de agosto de 1670 (conocida como *Ordonnance criminelle*), que contiene la más acabada regulación del sistema penal inquisitivo.

¹⁹⁶ Donde los precursores de CARPZOV (*supra*, nota 47), es decir, ROTSCITZ (*Processus iuris deutsch oder Ordnungen der Gerichtsteute*; s. l., 1529) y KÖNIG (*Process, Practica und Gerichtsordnung*; Leipzig, 1541), trazan sus obras con arreglo a patrón unitario.

¹⁹⁷ Recordemos, ante todo, el famoso *Speculum iudiciale*, de Guillermo DURANTI, escrito hacia 1271, y que marca una divisoria en los estudios acerca del proceso. Con anterioridad a DURANTI, deben señalarse la *Summa de iudiciis*, de BULGARO (aparecida antes de 1148), y la serie de *Ordines iudicarii*, debidos a diversos autores de los siglos XII y XIII. Después de DURANTI prosiguen en Italia las obras de este tipo, cual sucede con la *Practica iudiciaria*, de BALDO (siglo XIV), o con la *Praxis sive tractatus de ordine iudicarium* (1520-5), de Roberto de MARANTA.

¹⁹⁸ Las obras fundamentales de los grandes prácticos de los siglos XVI y XVII suelen ocuparse a la vez de los juicios civiles y penales. Tal sucede, entre otras, con las de Juan GUTIÉRREZ, *Praxis tandem criminalis, civilis et canonica* (Madrid, 1592); HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica, Primero y Segundo Tomos: El primero... donde se trata breve y compendiosamente de los juicios civiles y criminales, eclesiásticos y seculares* (Lima, 1603; existe una *Curia Filípica Mexicana* —París y México, 1858—, refundición actualizada de la anterior); VILLADIEGO, *Instrucción política y práctica judicial, conforme al estilo de los Consejos, Audiencias y Tribunales de Corte y otros ordinarios del Reyno* (Madrid, 1612), etc. En el siglo XVIII, en cambio, hallamos libros importantes consagrados a una sola rama procesal, como ocurre con los de FEBRERO, *Librería de Escribanos e Instrucción jurídica teórico práctica de principiantes. Parte segunda, dividida en tres tomos. Trata de los Cinco Juicios de inventario, y partición de bienes de difunto, ordinario, ejecutivo, y de concurso, y prelación de acreedores* (Madrid, 1786; hay también un *Nuevo Febrero Mexicano* en cuatro tomos, por Mariano GALVÁN RIVERA —México, 1851-2—); CONDE DE LA CAÑADA [Juan ACEDO Y RICO], *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios en todos sus límites, según que se empiezan, continúan y acaban en los tribunales reales* (Madrid, 1793), o la de ÁLVAREZ POSADILLA, *Práctica criminal por principios, o modo y forma de instruir los procesos criminales de las causas de oficio de justicia contra los abusos introducidos* (Valladolid, 1794). Véanse, además, *supra*, núm. 2 y notas 18 y 26.

¹⁹⁹ Véase *supra*, nota 38.

²⁰⁰ a) RINTELEN, *Systematische Darstellung des gesamten neuen Prozessrecht, einschließlich des Gerichtsverfassungsrechts in seiner Gestaltung für die ordentlichen Gerichte des Preussischen Staats*, tres vols. (Breslau, 1881-3); b) FOSSETTI, *Grundzüge des Gerichtsverfassungs-, Strafprozess- und Zivilprozessrechts* (Bonn, 1926).

gresos. Cierta que en Alemania y en Italia las dos grandes revistas de nuestra disciplina surgieron al servicio del proceso civil,²⁰¹ pero al reanudarse la publicación de la italiana, tras el colapso de los años 1944 y 1945, lo hace como *Rivista di Diritto Processuale* tan sólo, es decir, con abreviación en el título, al eliminarse al adjetivo *civile*, y ampliación en el contenido, al quedar abiertas sus páginas a colaboraciones de cualquier rama procesal, las cuales también antes, durante el periodo 1924 a 1943, habían sido acogidas en ella de cuando en cuando.²⁰² De índole general lo fue a lo largo de sus trece años de vida (1943 a 1955) la argentina,²⁰³ y lo son igualmente las dos o si se quiere, las tres publicadas en España desde 1943 hasta hoy en día,²⁰⁴ y el mismo carácter tendrá la planeada en México,²⁰⁵ en contraste todas ellas con la brasileña, específicamente procesal civil.²⁰⁶ La edición, desde 1954 a 1957, de la *Rivista di Diritto Processuale Penale* representó, en el fondo, un esfuerzo por independizar la materia frente al derecho penal sustantivo,²⁰⁷ aun cuando la escasa cifra de procesalistas penales italianos no les permitiese perseverar en la empresa más tiempo.²⁰⁸ En cuanto a asociaciones,

²⁰¹ Es decir, la *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, fundada en 1879 por Herman BUSCH, y la *Rivista di Diritto Processuale Civile*, que surge en 1924 bajo la dirección de CHIOVENDA (nominal) y de CARNELUTTI (efectiva).

²⁰² En la nota 69 de nuestro libro *Veinticinco años evol. der. proc. cit.*, puede verse el inventario (circunscrito, por razones de espacio, a la indicación de los autores y los años) de los artículos de derecho procesal penal, administrativo, canónico, laboral y tributario aparecidos en la *Rivista* desde 1924 a 1943. Suman, en total, 29.

²⁰³ Dirigida por ALSINA y animada e impulsada por SENTÍS MELENDO desde su puesto de secretario de redacción.

²⁰⁴ a) "Revista de Derecho Procesal": 1943-1955; b) "Revista de Derecho Procesal: Publicación Iberoamericana y Filipina": 1956-64 (segunda época, continuación de la anterior); c) "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal": a partir de 1965 (es, en realidad, la prosecución de las dos anteriores); d) "Revista de Derecho Procesal": también desde 1965 (pretende proseguir la mencionada *sub a*), pero, en rigor, es una nueva revista que no tiene con la susodicha de los años 1943 a 1955 más nexo que el de estar patrocinadas ambas por el Colegio Nacional de Secretarios Judiciales).

²⁰⁵ Primero por la Academia Mexicana de Derecho Procesal (cfr. la información publicada en la "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", núm. 43, julio-septiembre de 1949, pp. 233) y luego por su sucesor el Instituto de igual nombre en diversas oportunidades, sin que hasta ahora haya podido realizarse el propósito, debido a dificultades económicas.

²⁰⁶ Acaso porque la iniciativa de publicarla se debió, en 1945, a LIEBMAN, procesalista civil ciento por ciento, como su maestro CHIOVENDA (*supra*, nota 81), durante los años que vivió exiliado en Brasil. Ese propósito no cristalizó sino hasta 1960, por obra de Alfredo BUZAD, también procesalista civil químicamente puro. Desde entonces han aparecido cinco números semestrales de la aludida "Revista de Direito Processual Civil", a saber: los dos de 1960, los dos de 1961 y el primero de 1962 (impreso en 1966).

²⁰⁷ Véase el pasaje correspondiente al *Programma* que encabeza su primer número, y que reproducimos en la nota 82.

²⁰⁸ A partir de 1958 se refundió con la "Rivista Italiana di Diritto Penale", bajo el título de "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", que de ese modo ha venido a constituir una publicación en cierto modo paralela a la "Rivista Trimestrale di Diritto

también las de Alemania²⁰⁹ e Italia²¹⁰ lo son sólo de procesalistas civiles, si bien tanto a la segunda como a la de índole internacional²¹¹ se quiso incorporar a los procesalistas penales, hostiles a aceptar la invitación (*supra*, núm. 13); pero fuera de ellas, las academias, institutos o centros existentes en varias naciones se denominan de derecho procesal nada más y, en consecuencia, agrupan a culti- vadores de cualquiera de sus zonas.²¹² En materia de *reuniones y congresos*, lo han sido procesales civiles las asambleas de la *Vereinigung* alemana,²¹³ las de la *Associazione* italiana²¹⁴ y los de tipo internacional de Florencia,²¹⁵ Viena²¹⁶ y Venecia,²¹⁷ más el convocado para septiembre de 1967 en Atenas,²¹⁸ pero, en cambio, las cuatro Jornadas Latinoamericanas,²¹⁹ el Congreso Interamericano de e Procedura Civile”, iniciada en 1947. Acerca del exiguo número de procesalistas penales, véase el trabajo de CARNELUTTI citado en la nota 294.

²⁰⁹ Véase ALCALÁ-ZAMORA, *Segundo Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil: B) Comentarios marginales*, en “Rev. Fac. Der. Méx.”, núm. 15, julio-septiembre de 1954 (pp. 239-45), nota 14, y *Veinticinco años evolución der. proc. cit.*, núm. 21 y nota 115.

²¹⁰ Véase ALCALÁ-ZAMORA, *Segundo Congreso cit.*, nota 14, y *Veinticinco años evolución der. proc. cit.*, núm. 22.

²¹¹ Todavía sin constituir debidamente, pese al tiempo transcurrido desde el Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal (Florencia, 1950), al proyecto de reglamento por mí elaborado con anterioridad (*supra*, nota 11) y a la propuesta de carta fundacional redactada por FAIRÉN GUILLÉN con fecha 9 de noviembre de 1950.

²¹² Véase ALCALÁ-ZAMORA, *Veinticinco años evolución der. proc. cit.*, números 21, 23, 24 y 26, con referencias a Argentina, Chile, España, Guatemala, México, Perú, Uruguay y Venezuela. En cambio, y en consonancia con su “Revista” (*supra*, nota 206), el “Instituto Brasileiro” lo es solo de “Direito Processual Civil”.

²¹³ Véase ALCALÁ-ZAMORA, *Veinticinco años evolución der. proc. cit.*, número 33 y nota 160.

²¹⁴ Véase ALCALÁ-ZAMORA, *Veinticinco años evolución der. proc. cit.*, número 34.

²¹⁵ Celebrado en 1950. Véase ALCALÁ-ZAMORA, *Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil*, en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.” cit., núm. 9, septiembre-diciembre de 1950, pp. 226-8, y en “Rev. Esc. Nac. Jurisp.” cit., números 47-48, julio-diciembre de 1950, pp. 509-11, y *Veinticinco años evolución der. proc. cit.*, núm. 40 y nota 167.

²¹⁶ Celebrado en 1953. Véase ALCALÁ-ZAMORA, *Segundo Congreso Internacional de Derecho Procesal: A) Información*, en “Rev. Fac. Der. Méx.”, núm. 13, enero-marzo de 1954, pp. 235-8; B) *Comentarios marginales (supra, nota 209)*, y *Veinticinco años evolución der. proc. cit.*, núm. 41.

²¹⁷ Celebrado en 1962, Véase ALCALÁ-ZAMORA, *Congresos de Derecho Procesal en Venecia, San Juan de Puerto Rico y San Pablo*, en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, núm. 45, septiembre-diciembre de 1962, pp. 780-6, y *Veinticinco años evolución der. proc. cit.*, núm. 42.

²¹⁸ DE MIGUEL (Carlos), *Crónica del IV Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil*, en “Rev. Der. Proc.” española, núm. IV, octubre-diciembre de 1967, pp. 175-89.

²¹⁹ A saber: Montevideo, 1957; México, 1960; San Pablo, 1962, y Caracas, 1967. Véase ALCALÁ-ZAMORA, *Veinticinco años evolución der. proc. cit.*, núms. 35-37, y por lo que respecta a las últimas, la *Crónica de las IV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal*, inserta en “Rev. Iberoam. Der. Proc.”, 1967, núm. 2, pp. 321-80.

San Juan de Puerto Rico²²⁰ y los nacionales de que tenemos noticia,²²¹ se han desenvuelto con asistencia de procesalistas penales o no se han circunscrito —salvo el Iberoamericano de Madrid en 1955, a causa del acontecimiento conmemorado—²²² a temas exclusivamente de derecho procesal civil.²²³

30) La *finalidad del proceso*,²²⁴ en cualquiera de sus ramas, se traduce en la obtención de una definición jurisdiccional acerca de un conflicto jurídicamente trascendente, por medio de un tercero imparcial²²⁵ y que se halle *supra partes*.²²⁶ En todos ellos, esa finalidad se satisface a través de una fase esencial de *conocimiento* y de una eventual y complementaria de *ejecución*,²²⁷ y desempeña un do-

²²⁰ Véase *supra*, nota 217.

²²¹ A saber: los cuatro argentinos (Córdoba, 1939; Salta, 1948; Corrientes, 1962; Mar del Plata, 1965), sin contar con el quinto, ya anunciado, y que se celebrará en Salta en julio de 1968, ni con las Jornadas de Derecho Procesal efectuadas en Buenos Aires en 1960; los tres mexicanos (México, 1960; Zacatecas, 1966; Oaxaca, 1967; programado, además, el cuarto, que se reunirá en Cuernavaca en 1969) y los dos españoles (Madrid, 1950 y 1954), más las reuniones de los profesores de la disciplina (Sevilla, 1965; Zaragoza, 1966; Valladolid, 1967 y el planeado para este año 1968 en Salamanca): véase ALCALÁ-ZAMORA, *Veinticinco años evolución der. proc.* cit., núms. 29, 30 y 36.

²²² O sea el centenario de la ley de enjuiciamiento civil de 1855, sugerido por mí desde 1952: véase *Veinticinco años evolución der. proc.* cit., núm. 31.

²²³ Véanse los pasajes de *Veinticinco años evolución der. proc.* cit., a que se refieren las notas 219-21.

²²⁴ Véanse *supra*, nota 99, e *infra*, nota 313.

²²⁵ Es decir, de un «tercero imparcial instituido por el Estado para decidir jurisdiccionalmente y, por consiguiente, por imperatividad un litigio entre partes»: ALCALÁ-ZAMORA, *Antagonismo juzgador-partes*, cit., pp. 11. No cabe añadir otros requisitos (jurisprudencia, permanencia en el cargo, sexo, nacionalidad, etcétera, porque no siempre se dan. Puede, sí, agregarse, aunque se sobrentiende la nota de capacidad: «tercero imparcial y capaz...» (ob. cit., pp. 11-12, nota 37).

²²⁶ En esta circunstancia, entre otras, estriba una de las divergencias del *juzgador* respecto del *mediador*, que se encuentra *infra partes*, puesto que éstas son dueñas de aceptar, modificar, o rechazar su proyecto (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición* cit. pp. 71-2). En otras palabras: mientras el *juzgador impone* la solución, el *mediador la propone*. De ahí también que el árbitro haya de ser alineado junto al primero y no al lado del segundo.

²²⁷ Decimos de la fase de ejecución que es *eventual*: a) porque no siempre la sentencia que clausura la de conocimiento es de condena, únicas que requieren aquélla (con la salvedad, en cuanto a las desestimatorias, del levantamiento de medidas cautelares, sean reales o personales), y b) porque aún siéndolo, cabe que se cumpla voluntariamente (cfr., verbigracia, el artículo 506 cód. proc. civ. mexicano del Distrito), inclusive, en ciertos casos, si es de índole penal (pago de la multa, traslado al lugar del confinamiento o del destierro, presentación espontánea a la autoridad en los días señalados, etc.). Y afirmamos que es *complementaria*, porque sin la perspectiva de que intervenga el mecanismo coactivo estatal a fin de asegurar la observancia del mandato jurisdiccional, las sentencias tendrían sólo un valor platónico, a menos de reconocérseles el carácter de una autorización al vencedor (de un *título ejecutivo*, en tal sentido), para que la ejecute, con todos los riesgos de la autotutela llevada a ese terreno.

ble cometido: *preventivo*, tendiente a evitar que se perturbe el orden público por obra de la autotutela, y *represivo*, destinado a restablecer el jurídico perturbado o que se cree alterado por el conflicto determinante del proceso.²²⁸ Todo proceso arranca de un *presupuesto* (litigio: *supra*, núm. 22), se desenvuelve a lo largo de un *recorrido* (procedimiento) y persigue alcanzar una *meta* (sentencia), de la que cabe derive un *complemento* (ejecución). Esas identidades esenciales no se oponen a diferencias de estructura, las más importantes de las cuales se contraen, como después veremos (*infra*, núms. 34 y 35), a las etapas de *instrucción* y de *ejecución*.

31) El examen de los *sujetos procesales*, tanto *principales* como *secundarios*, ratifica igualmente la posición unitaria. Sea único o colegiado, profesional o lego, etc., figura-clave de todo proceso lo es el *juzgador*, con su esencial misión de decidir jurisdiccionalmente la controversia a él sometida (*supra*, nota 225). *Sujetos secundarios*, entendiendo por tales cuantos no sean ni el juez ni las partes (a saber: auxiliares, abogados, testigos, peritos, encargados, cooperadores, etc.), intervienen en toda clase de procesos.²²⁹ Las dudas se contraen, pues, a las *partes* y al *ministerio público*. Acerca de las primeras, entendemos que en cualquier proceso resulta válida la tesis de Hellwig de que no son imaginables más que *dos posiciones de parte*: la *atacante*, es decir, la que deduce la pretensión, y la *atacada*, o sea aquella contra la cual se dirige,²³⁰ sin que supongan derogación de tal regla ni el llamado proceso con una sola parte ni tampoco las tercerías, por motivos que mediante nota exponemos.²³¹ Respecto del *ministerio público*, y

²²⁸ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición* cit., pp. 188-90. Y antes, en *Der. Proc. Pen.* cit., tomo I, p. 48, nota 92, habíamos dicho: «El proceso penal, como el civil, supone el ejercicio de una acción; tiene por fin obtener una decisión con autoridad de cosa juzgada y, en su caso, la ejecución de la misma; requiere la aportación de elementos probatorios que sirvan de convicción al juez sobre los hechos; ha de brindar la posibilidad de subsanar, dentro de ciertos límites, las equivocaciones o injusticias cometidas, etc. Existen, además, un tecnicismo y una terminología en su mayor parte comunes a los distintos sectores procesales.»

²²⁹ Podríamos designarlos también como *sujetos de la colaboración*, de acuerdo con GARNELUTTI en su magistral artículo *Dei rapporti giuridici processuali*, en "Riv. Dir. Proc.", 1963 (pp. 349-61), p. 361, cuando entiende que junto a los sujetos de la *acción* (las partes) y de la *jurisdicción* (el juzgador) habría que añadir esa tercera categoría o sector, para incluir en ella a las demás personas que intervienen en el desarrollo de un proceso.

²³⁰ Véase su *Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, vol. II (Leipzig, 1907), pp. 296-7.

²³¹ El *proceso con una sola parte* (proceso penal inquisitivo puro o, en nuestros días, enjuiciamiento ante el pretor italiano: art. 74 cód. proc. pen. de 1930), o sea aquél en que las funciones de acusador y de juzgador convergen en un mismo titular, permite diferenciar, ya que no tres personas físicas distintas, sí, desde luego, tres posiciones procesales diversas, aunque dos de ellas separadas tan sólo por un desdoblamiento psicológico más fácil de trazar sobre el papel que de realizar en la práctica. En cuanto a

sea cual fuere la explicación que de su función se suministre (parte, órgano de parte, parte en sentido formal, parte imparcial, etc.),²³² resulta indudable: a) que se han conocido y se conocen procesos penales en que no interviene²³³ y, por tanto, su actuación no es consubstancial con los mismos; b) que, por el contrario, aun cuando en menor medida y con mucho menos relieve, participa en diversos países en contiendas civiles;²³⁴ c) que presenta afinidades con figuras de otros campos procesales, como el defensor del vínculo en el enjuiciamiento canónico,²³⁵ y d) que sea cual fuere la rama procesal donde opere, sus semejanzas orgánicas son con la judicatura, y las *funcionales*, con las partes.²³⁶

32) Los principios que rigen la actividad procesal, varios de ellos integrantes de parejas en que cada uno de los miembros se contraponen al otro (oralidad y escritura, publicidad y secreto, etc.), se manifiestan indistintamente en las distintas esferas procesales, sin que ninguno sea exclusivo de un determinado enjuiciamiento, aunque cuantitativamente se ligen de preferencia a éste o a aquél,

las *tercerías*, o son *coadyuvantes*, y en tal caso no hay más que dos posiciones de parte, aunque una de ellas o ambas reforzadas por su tercerista adhesivo, o son *excluyentes*, y entonces nos hallamos ante dos procesos, el inicial y el promovido por el tercerista (éste, con el tercero como actor y con las primitivas partes como demandadas respecto de él: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Der. Proc. Pen.* cit., tomo II, pp. 7, 8 y 10, y reseña del *Tratado de la tercería*, de PODETTI (Buenos Aires, 1949), en "Rev. Esc. Nac. Jurisp." núm. 44, octubre-diciembre de 1949, pp. 158-62, y *Antagonismo juzgador-partes* cit., pp. 14 y 46-7.

²³² Véase ALCALÁ-ZAMORA, *Ministerio Público y Abogacía del Estado* cit., pp. 46-51.

²³³ Aun cuando se le hayan señalado antecedentes remotos en diversas épocas y lugares, el ministerio público con sus trazos actuales se configura durante la Revolución francesa y, por consiguiente, con anterioridad a ella no puede hablarse con exactitud de su existencia. Además, tampoco hoy en día se le conoce en todas partes y, por ejemplo, Inglaterra carece de él, si bien cuenta con dependencias y funcionarios que hasta cierto punto hacen sus veces: véase ALCALÁ-ZAMORA, *Der. Proc. Pen.* cit., tomo I, pp. 367-77, y tomo II, pp. 76-9, así como *Aciertos terminológicos* cit., pp. 77-9 (por lo que toca a los interesantísimos antecedentes españoles, anteriores y mucho mejor perfilados que los franceses).

²³⁴ Me refiero, por supuesto, a aquéllos en que intervienen no *ocasionalmente* en defensa de personas carentes de capacidad procesal y faltas de representante legal que la asuma, sino *necesariamente* como tal ministerio público en determinadas actuaciones y recursos, como sucede en Francia o en Italia a propósito de la casación. Es en tales casos donde, según la frase de JOFFRÉ, recordada en la nota 119, constituye la quinta rueda del carro de la justicia.

²³⁵ Acerca del mismo, SCAVO, *Il promotore di giustizia nel processo canonico*, en "Riv. Dir. Proc. Civ.", I, pp. 133-71, y DELLA ROCCA, *Il difensore del vincolo e il promotore di giustizia*, en "Appunti sul processo canonico" (Milano, 1960), pp. 39-46.

²³⁶ Véase ALCALÁ-ZAMORA, *Der. proc. pen.* cit., tomo I, p. 379. La afinidad orgánica entre el ministerio público y la judicatura explica que, por ejemplo, en España formasen un sólo cuerpo, cuyos funcionarios se adscribían indistintamente a uno u otro servicio, durante el largo periodo que va desde la ley de 19 de agosto de 1885 hasta el Estatuto del Ministerio Fiscal de 21 de junio de 1926.

de conformidad con fluctuaciones en el tiempo y en el espacio.²³⁷ Así, el *principio dispositivo*²³⁸ predomina en materia civil, pero se conoce también en causas penales, y en aquélla se restringe a veces (*supra*, núms. 15 y 16). La *oralidad* caracteriza el proceso civil angloamericano, el alemán, el austriaco, etc.,²³⁹ mientras que diversos códigos procesales penales hispanoamericanos se atienen a la tramitación *escrita*,²⁴⁰ de la misma manera que siguen apegados al régimen de *prueba legal*, en tanto que a la *libre convicción o la sana crítica* se acomodan no pocos textos rectores del enjuiciamiento civil.²⁴¹ De igual modo, el proceso civil puede ser *concentrado* y, por el contrario, *continuado* el penal.²⁴² En fin, para no hacer la relación interminable, la *prorrogabilidad de los plazos* y el *acuse de rebeldía*, que se consideraban más propios del proceso civil que del penal, tienden a desaparecer y a ser reemplazados por la *preclusión* absoluta o con alguna que otra salvedad.²⁴³

²³⁷ Baste pensar en la *oralidad*, que hubo de inspirar los procedimientos primitivos antes de la invención de la escritura o cuando ésta se hallaba poco difundida todavía, y que resurge en códigos contemporáneos de la jerarquía de los procesales civiles de Alemania (1877) o de Austria (1895).

²³⁸ Sobre la distinción, en que aquí no podemos ahondar, entre *Dispositionsmaxime* y *Verhandlungsmaxime*, así como acerca de la necesidad de diferenciar la tutela del interés material hecho valer y el régimen interno del proceso, véase con toda amplitud CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo* (en "Studi in onore di Redenti" cit., tomó II, pp. 693-772; traducción en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 12, octubre-diciembre de 1953, pp. 97-182; reseña mía, en revista cit., núm. 8, octubre-diciembre de 1952, pp. 216-8).

²³⁹ Véase el volumen *Proceso oral* citado en la nota 133. Con posterioridad, la monografía del malogrado Hans-Gerhard KIP, *Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip: Geschichte einer Episode des Deutschen Zivilprozesses* (Köln-Berlin, 1952; reseña mía en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 27, julio-septiembre de 1957, pp. 193-6), y la obra de CAPPELLETTI mencionada en la nota 145, singularmente las pp. 13-299, hecha la aclaración de que el procesalista italiano discrepa de manera radical del enfoque y de los resultados del alemán (véanse las páginas 287-97 de la obra).

²⁴⁰ Incluso cuando se han inspirado en un modelo de tipo oral, como el suministrado por el código de 1939 vigente en Córdoba (Argentina), cuya oralidad ha ido declinando en algunas de sus copias o imitaciones: véase lo que decimos en *Proyecto cód. Capital y just. federal* cit., pp. 849-50, y en *Reforma proc. pen. Guatemala* cit., pp. 226-7 y 235. Por mencionar un ejemplo reciente y muy característico de plenario penal escrito, recordaremos los artículos 202 a 212 del código ecuatoriano de 24 de diciembre de 1954, reguladores de la fase de juicio respecto de delitos reprimidos con prisión solamente.

²⁴¹ Véanse *supra*, notas 146 y 147.

²⁴² En general, los procesos civiles de mínima cuantía o de índole sumaria y los cuasi-civiles impregnados de contenido social (laborales, agrarios), suelen ser concentrados, mientras que en diversos países hispanoamericanos el proceso penal ordinario se aleja mucho de la verdadera concentración (véanse, por ejemplo, los artículos 489-91 del código de procedimiento penal chileno de 1906 o el 236 del venezolano de enjuiciamiento criminal de 1926).

²⁴³ El acuse de rebeldía, merced al cual el juzgador debía permanecer cruzado de

33) Aun cuando haya llegado a sostenerse la *indistinción entre derecho penal sustantivo y derecho procesal penal*,²⁴⁴ el deslinde tajante entre ambos se advierte con claridad meridiana si nos fijamos en el *contenido de los códigos respectivos*. Quien examine un código penal sustantivo comprobará en seguida que se ocupa de delitos y penas, causas de justificación, circunstancias modificativas, medidas de seguridad, etc., mientras que quien recorra un código procesal penal se cerciorará inmediatamente de que no trata para nada de los susodichos conceptos, sino de unos totalmente distintos, que se llaman competencia, actuaciones, plazos, resoluciones, procedimiento, pruebas, recursos, etcétera, es decir, exactamente los mismos que se encuentran en los códigos procesales civiles.

34) Sin duda alguna, como indicamos antes (*supra*, núm. 30), las fases que suscitan las mayores dudas, dentro del cotejo que venimos efectuando, son la *instrucción penal* y la *ejecución*. A propósito de la primera, pieza característica del sistema mixto o anglofrancés,²⁴⁵ comienza por revestir modalidades harto diversas,²⁴⁶ y de ahí que nos circunscribimos a la que cabría presentar como más representativa, o sea aquella en la que prevalece el secreto, y el inculcado es más objeto que sujeto, con la consecuencia de que el principio de bilateralidad se quebranta —máxime cuando actúe de instructor el ministerio

brazos en tanto la parte interesada no le llamase la atención acerca del transcurso del plazo correspondiente, subsistió, por ejemplo, en España hasta el real decreto de 2 de abril de 1924. Y en México, si bien suprimido en principio por el artículo 133 cód. proc. civ. del Distrito, la propia norma prevé que funcione en ocasiones: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Síntesis cit.*, nota 241, y *La regulación temporal cit.*, núm. 30.

²⁴⁴ Cosa muy distinta es que a causa de la incertidumbre todavía dominante en el ámbito de la ejecución penal (*supra*, nota 61, e *infra*, núm. 35), ciertas instituciones se regulen en unos países en los códigos sustantivos y en otros en los procesales. Tal sucede, por ejemplo, con la condena condicional, la libertad condicional o preparatoria y la rehabilitación, regidas en España por el código penal sustantivo de 1963 (cfr. arts. 92-7, 98-9 y 118, respectivamente), mientras que en México las tres son objeto de disposiciones en el código procesal penal federal de 1934 (arts. 536-9, 540-8 y 569-76). (El del Distrito, si bien se ocupa de la libertad preparatoria —arts. 583-93— y de la rehabilitación —arts. 603-10—, no lo hace, en cambio, de la condena condicional.)

²⁴⁵ Véase, verbigracia, GARRAUD, *Traité cit.*, tomo I, pp. 67-71 y 77-8, o ALCALÁ-ZAMORA, *Der. Proc. Pen. cit.*, tomo II, pp. 221-3.

²⁴⁶ A propósito, por ejemplo, de la separación o no entre las tareas de instructor y de sentenciador; del desempeño de la instrucción tan sólo por funcionarios judiciales o de la participación en ella de agentes del ministerio público y aun de la policía; del mantenimiento o de la supresión del sobreseimiento provisional; del número de procedimientos previstos en atención a la gravedad de las infracciones perseguidas; de la intervención o no de jueces legos; del monopolio acusador a cargo del ministerio público o de la pluralidad de acusaciones; del régimen de instancias; de los criterios valorativos de la prueba, etc.

público o la policía—,²⁴⁷ no hay en ella verdaderas partes ni se puede hablar, por tanto, de relación jurídica ni de resoluciones estrictamente jurisdiccionales ni tampoco de verdadera acción.²⁴⁸ Así las cosas, la instrucción penal parece hallarse en los antípodas del proceso civil; pero además, insistimos, de que existen variantes de instrucción en que la pugna no es tan brusca, bueno será tener en cuenta: a) que se conocieron y se conocen procesos penales sin etapa previa de instrucción o, por lo menos, sin contraponerse de manera tan aguda a la de juzgamiento o plenario,²⁴⁹ b) que, en cambio, existen procesos civiles con etapa de instrucción,²⁵⁰ y c) que por diferentes motivos, la instrucción se ha hipertrofiado a menudo y ello ha originado que las corrientes reformadoras actuales tiendan a cercenarla.²⁵¹ Por otra parte, aun en el supuesto de que

²⁴⁷ En los códigos que, como el italiano de 1930 o el argentino de Córdoba de 1939, acogen junto a la instrucción *judicial* o *formal*, en manos de un funcionario de la judicatura, una denominada *sumaria*, encomendada a los agentes del ministerio público (cfr. arts. 295-388 y 389-401, respectivamente, en aquél y 203-310 y 311-24, en éste). En México, a su vez, la fase inicial de la instrucción, hasta el momento de la consignación, está por completo en manos del ministerio público y de su subordinada la policía, con todos los peligros que ello supone (cfr. artículos 1-3, 17, 22, 61, 62, 113 y ss., 123-36, 145, 168 y 195-6 cód. proc. pen. Federal de 1934, o arts. 3, 20, 94 y ss., 133, 152, 294, 262-73, 282 y 284-6 cód. proc. pen. Distrito de 1931).

²⁴⁸ 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*, primera ed. (Santa Fe, Argentina, 1942), p. 48 y ss.; segunda (1944), p. 257 y ss. Acerca del momento a que corresponde en realidad el ejercicio de la acción penal, véase ALCALÁ-ZAMORA, *Der. Proc. Pen.* citado, tomo II, pp. 83-9. Finalmente, de las resoluciones que el instructor dicte a lo largo del sumario, la única que significaría un pronunciamiento jurisdiccional de fondo sería el auto de sobreseimiento definitivo, en los códigos que le confieren la potestad de emitirlo (cfr., por ejemplo, el art. 432 del cód. proc. pen. argentino de 1888 federal y de la capital) y no, naturalmente, en los que la reservan al tribunal sentenciador (cfr. arts. 635, 638 y 642-5 ley enj. crim. española).

²⁴⁹ Véase *supra*, nota 136, así como ALCALÁ-ZAMORA, *Der. Proc. Pen.* cit., tomo II, pp. 216-20.

²⁵⁰ Véase *supra*, nota 137.

²⁵¹ Tanto para evitar que el momento del *plenario* se aleje con exceso respecto del de comisión del hecho enjuiciado, como para impedir la subversión inherente a que el *sumario* ascienda al primer plano, en detrimento de aquél. A este resultado no deja de contribuir —huelga decir que cuando se trate de procesos sensacionales— el afán exhibicionista de algunos instructores, que requeridos por la prensa, la radio, el cine o la televisión, se ven erigidos en personajes... mientras dura el sumario, que propenden, por tanto, a estirar: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Aspectos, obstáculos y posibilidades procesales en torno a la muerte del general Humberto Delgado*, en el folleto "El asesinato del general Humberto Delgado", México, 1966), p. 15. Acerca de los nuevos derroteros a imprimir a la instrucción en la proyectada renovación del proceso penal italiano, véanse, entre otros, los siguientes trabajos: CORDERO, *La riforma dell'istruzione penale*, en "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", julio-septiembre de 1963, pp.

instrucción penal e instrucción civil fuesen muy distintas, esa comprobación no destruiría la unidad del derecho procesal, tanto por contraerse ambas a una fase, por decirlo así, subordinada de los respectivos procesos, como porque el obstáculo, de serlo, representado por la primera puede superarse mediante dos interpretaciones: a) la de Rende, conforme a la cual, aquélla sería *etapa pre-procesal* (de naturaleza administrativa o policiaca), regulada en los códigos procesales penales por su conexión con el proceso en estricto sentido y por las garantías que deben rodearla,²⁵² y b) la nuestra, a cuyo tenor constituye una *actividad preparatoria*, etiquetable como *proceso preliminar*.²⁵³ De acogerse la tesis de Rende, la instrucción penal no sería procesal y, por tanto, al quedar fuera de este ámbito, no le afectaría el problema de la unidad o diversidad de la disciplina; y de aceptarse la nuestra, sería, sin duda, la expresión máxima, pero no única, de un género que cuenta con especies en los distintos enjuiciamientos, y a la cabeza de ellos en el civil.²⁵⁴

35) Más acentuadas se nos antojan las divergencias entre la *ejecución civil* y la *ejecución penal*, por efecto de tres factores principales: a) la índole *real* de aquélla, frente al carácter *personal* de ésta; pero bueno será destacar que se trata de regla con excepciones en los dos sentidos, y tanto en los dominios de la provisional como en los de la definitiva;²⁵⁵ b) la intervención de establecimientos penitenciarios, de naturaleza administrativa, para el cumplimiento de ciertas penas, principalmente de las privativas de libertad; pero aparte formas

714-25; Idem, *Linee di un processo accusatorio*, en "Jus", 1964, pp. 137-62 (reseña mía en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 52, enero-abril de 1965, pp. 300-1); Idem, *L'istruzione sommaria nel conflitto fra le due corti*, en "Jus", 1965, pp. 278-98 (reseña mía, en "Bol." cit., núms. 58-59, enero-agosto de 1967, p. 390); CARNE-LUTTI (autor del proyecto), *Principi direttivi della riforma del processo penale*, en "Riv. Dir. Proc.", 1964, pp. 181-99 (reseña mía, en el "Bol." cit., núm. 52 cit., pp. 298-9).

²⁵² Cfr. RENDE, *L'unità fondamentale*, cit., en el núm. 25, pp. 381-6. Conexión mediaria también en materia civil entre, por ejemplo, la tentativa de conciliación preprocesal y el proceso que después se siga tras el fracaso de la misma, o bien entre la habilitación para comparecer en juicio y el desenvolvimiento ulterior de éste.

²⁵³ Véase ALCALÁ-ZAMORA, trabajo cit. en la nota 24, pp. 304-11.

²⁵⁴ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso preliminar* cit., pp. 308-10, en relación con las 271 y 273, y especialmente con las 299-300 (nota 147).

²⁵⁵ La tendencia señalada en el texto explica que mientras en materia civil el prototipo de las medidas cautelares es el *embargo preventivo* (real), en la esfera penal lo sea la *prisión provisional* (personal), y que en tanto la forma de ejecución definitiva civil más característica es la que se realiza mediante expropiación de bienes, la más frecuente de índole penal sea la que se traduce en privación de libertad a las personas condenadas. Pero junto a esa regla están las excepciones, y como más significativas, por un lado, la de la ejecución de la pena de multa (de índole patrimonial, sin perjuicio de que pueda reemplazársela por prisión; cfr. verbigracia, el art. 29 del código penal mexicano de 1931 federal y distrital) y, por otro, la del arresto en el orden civil (*supra*, nota 87), a propósito del cual, por ejemplo, el artículo 1.336 de la ley de enjuiciamiento civil española remite a la de enjuiciamiento criminal.

históricas de ejecución punitiva puesta en manos de particulares,²⁵⁶ no cabe rechazar la posibilidad de que organismos administrativos participen, y acaso cada día más, en menesteres ejecutivos civiles,²⁵⁷ y c) pese al extraordinario pero a la vez desorbitado esfuerzo sistematizador de Carnelutti,²⁵⁸ la insuficiente elaboración doctrinaria de la ejecución penal, territorio mal deslindado aún, en el que confluyen penalistas, procesalistas y penitenciaristas.²⁵⁹ Recordemos también que hace tiempo Hafter sostuvo la existencia de un *derecho ejecutivo penal*, diferente del penal substantivo y del procesal penal, y con los cuales cerraría el triángulo de las disciplinas jurídicas penales.²⁶⁰ De haber prevalecido su opinión, la ejecución penal quedaría por completo fuera del enjuiciamiento criminal, y como en el supuesto de la instrucción conforme a la tesis de Rende (*supra*, número 34), la cuestión de la unidad o de la diversidad procesal no le atañería para nada; sin contar con que analógicamente cabría también pensar en un derecho ejecutivo civil,²⁶¹ distinto del civil substantivo y del procesal

²⁵⁶ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Instituciones Fuero Cuenca* cit., pp. 291-4 y 383.

²⁵⁷ Aun cuando no llegó a funcionar, por haberse aducido en su contra motivos muy discutibles de inconstitucionalidad, recordemos en México la creación de la *Depositaria Judicial del Distrito Federal* (ley de 30 de diciembre de 1946, reglamento orgánico de 28 de marzo de 1947 y reglamento interno de 31 de propio mes y año), llamada a intervenir en la guarda, depósito y administración de los bienes embargados, tanto muebles como inmuebles, y a custodiar los depósitos en numerario y las cauciones judiciales:

²⁵⁸ Cuando en sus *Lezioni, proc. pen.* cit., intenta contemplar desde el ángulo de dicha disciplina al verdugo (núm. 132) —a quien presenta, dicho sea de paso, como una especie de cirujano, con olvido de que éste tiende a salvar la vida y aquél a quitarla y de que, en atención a los resultados que cosechan, el verdugo mata siempre y el cirujano únicamente con bastante frecuencia: ALCALÁ-ZAMORA, *Estampas* cit., p. 100— y el régimen penitenciario (trabajo, descanso, plegarias, etc.) (núms. 172 y ss.).

²⁵⁹ Véase nuestro *Der. Proc. Pen.* cit., tomo III, pp. 421-8.

²⁶⁰ Véase su *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechtes* (Berlín, 1926), § 1, donde postula la autonomía del *Strafvollzugsrecht* (Derecho ejecutivo penal).

²⁶¹ Recojamos a este propósito tres posiciones, además de la hace un momento señalada de HAFTER: a) la de CARNELUTTI, a cuyo tenor la *ejecución* no se puede incluir dentro de la *jurisdicción* en estricto sentido, si bien ambas (más la *prevención*) caen bajo el común denominador de *función procesal* (cfr. *Sistema* cit., núms. 38, 39, 49, 71 y 79), hecha por mi parte la salvedad de que no considero la tercera de esas actividades situable al mismo nivel que las otras dos; b) la de CALAMANDREI, para quien el término *jurisdicción*, lejos de restringirse al alcance específico que le asigna CARNELUTTI, tiene carácter genérico y abarca, en consecuencia, dos «momentos»: el *conocimiento*, y la *ejecución forzosa* (cfr. *Istituzioni* cit., §§ 19, 20 y 21), y c) la de LEONE, cuando con fines de *lege ferenda* sugiere que la ejecución penal deje de ser actividad administrativa y se regule conforme al esquema de la relación jurídica, entre el Estado-Administración y el condenado, bajo la vigilancia constante del juez, para satisfacer así los criterios liberales, democráticos y de civilidad (cfr. *Lineamenti dir. proc. pen.* cit., vol. II, pp. 318-9). Digamos de paso, y sin detenernos aquí en la demostración, que quizá la ejecución procesal civil sea también de naturaleza administrativa, sólo que judicializada, siempre y cuando se acepte que no todos los actos *judiciales* (por razón del sujeto que

civil, y entonces el problema que venimos examinando se circunscribiría a la fase de conocimiento. Añadamos, por último, que si resulta más que dudosa la existencia de una *actio iudicati* penal,²⁶² no lo es, en cambio, la de *título ejecutivo* en los dos procesos, sin más particularidad que la de que en el de índole criminal únicamente funcionan como tales los judiciales y no los extrajudiciales.²⁶³

36) Desde ángulo distinto del que la hemos venido contemplando, la unidad del derecho procesal ha sido favorecida por dos corrientes de dirección opuesta, determinante la una de la *civilización del proceso penal*, y la otra, de la *penalización del proceso civil*, con el consiguiente acortamiento de distancias. Cuando por obra de la Revolución francesa (precedida en este punto por las críticas contra el sistema inquisitivo suscitadas por el *affaire Calas*)²⁶⁴ se implanta el sistema mixto de enjuiciamiento criminal, con su fase de juicio o plenario inspirada en el sistema acusatorio inglés, el proceso penal *se civiliza*, en un doble sentido, a saber: en el de humanizarse (proscripción del tormento,²⁶⁵

los conduce) son *jurisdiccionales* (en atención a la *finalidad* que persiguen), ni a la inversa. Y esa perspectiva se acentúa en los países que, lejos de erigir al juzgador de primera instancia en el órgano normal de la ejecución (caso de España), la ponen en manos de un oficio autónomo (*huissier* francés, *Gerichtsvollzieher* alemán, *ufficiale giudiziario* italiano), aunque bajo las órdenes del juez.

²⁶² Puesto que el Estado procede de oficio a la ejecución de las penas, sin que su cumplimiento dependa de que lo inste la parte vencedora (cfr., verbigracia, los arts. 576 cód. proc. pen. italiano, 983-90 ley enj. crim. española, 575 código proc. pen. del Distrito y 529-31 del Federal, ambos de México). Sobre el significado histórico de la *actio iudicati*, véase LIEBMAN, *Processo de execução* (São Paulo, 1946), pp. 22-32.

²⁶³ Acerca del título ejecutivo penal, cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Der. Proc. Pen.* cit., tomo III, p. 431, y con más amplitud, CARNELUTTI, *Lezioni proc. pen.* cit., números 559-64. Huelga decir que los títulos ejecutivos penales, lo mismo que los civiles, pueden ser tanto *definitivos* como *cautelares* (cfr. CARNELUTTI, ob. cit., número 559).

²⁶⁴ Como es sabido, Jean Calas, calvinista, fue acusado de la muerte de su hijo mayor, recién convertido al catolicismo, por móviles religiosos, y se le condenó a morir en la rueda, cuando todo hacía suponer que la víctima se había suicidado. La destacada intervención de Voltaire y la del obispo Desjardins determinaron la revisión del proceso, y en 1765 fue rehabilitada la memoria de Calas. Acerca del terrible suplicio mencionado, véase la regulación contenida en la Ordenanza de Francisco I de 4 de febrero de 1534, y que CALAMANDREI reproduce en las páginas 90 y 91 de su *Prefazione* (pp. 7-129) a la edición por él cuidada del famoso opúsculo de BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (Firenze, 1945).

²⁶⁵ Suprimido primero en Prusia por Federico el Grande, mediante la orden de 3 de julio de 1740, que, sin embargo, lo mantuvo frente a ciertos delitos, y en 1757 con carácter general. Su abolición *de iure* (puesto que, como es notorio, no se ha conseguido aún eliminarlo por completo) dio lugar en distintos países a apasionados debates, de los que constituye ejemplo, en España, el sostenido entre ACEVEDO, *Ensayo acerca de la tortura o cuestión de tormento, de la absolución de los reos que niegan en el potro los delitos que se les imputan, y de la abolición del uso de la tortura, principalmente en los tribunales eclesiásticos*; primera edición, en latín, Madrid, 1770; segunda, en castellano, 1817) y CASTRO (*Defensa de la tortura y leyes patrias que la estable-*

abolición del secreto en la etapa de juzgamiento, etc.) y en el de convertirse, como el civil, en contienda entre partes, con el inculpado ascendido desde objeto a sujeto (*supra*, núm. 34), y con la consagración consiguiente del aforismo *nemo iudex sine actore* e incluso de la regla *iudex nec procedat ultra petita partium*.²⁶⁶ Y cuando en 1937 el proyecto Solmi de código de procedimiento civil quiso aumentar en Italia los poderes de dirección del juez y salpicó el texto de multas como castigo por actuaciones indebidas,²⁶⁷ se habló de *penalización* del proceso civil.²⁶⁸ Sin llevar las cosas tan lejos, es evidente que la política procesal civil de nuestros días tiende a fortalecer la posición del juez y a frenar las extralimitaciones de las partes e incluso a proclamar el principio de la verdad material —estimado poco menos que consubstancial con el enjuiciamiento criminal— en la esfera de la justicia civil.²⁶⁹ Como ejemplos de ese entrecruzamiento pondríamos el de dos de los mejores códigos procesales del mundo, cada uno de los cuales ha tomado mucho de los principios reputados

cieron, e impugnación del tratado que escribió contra ella el Dr. D. Alonso María de Acevedo, Madrid, 1778). Sobre tortura moderada, *supra*, nota 143.

²⁶⁶ La prohibición de la *reformatio in pejus*; el efecto extintivo atribuido al desistimiento de la pretensión punitiva (hasta el extremo de que, verbigracia, conforme al artículo 69 de la hoy en suspenso ley del jurado española de 1888, si las partes acusadoras solicitasen la absolución completa de los procesados, y ninguno de los presentes en la Sala mantuviese la acusación, el tribunal de derecho dictaría inmediatamente auto de sobreseimiento libre) y como modalidad suya el perdón del ofendido; el allanamiento penal (*supra*, nota 105), la conciliación en orden a ciertos delitos privados, y la misma retractación del ofensor en los relativos al honor (*supra*, nota 109), son todas ellas expresiones de esa *civilización* del proceso penal, así como la conversión de éste en contienda entre partes en igualdad de plano (*supra*, nota 143).

²⁶⁷ Para la crítica del proyecto Solmi, del que se dijo que multaba hasta por respirar, véanse, entre otros, CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi* (informe elaborado en 1937 por encargo de la Facultad de Derecho de Florencia y reproducido en sus "Studi sul processo civile", vol. IV —Padova, 1939—, pp. 103-209; especial referencia a las sanciones pecuniarias, en las pp. 178-9); CARNELUTTI, *Intorno al progetto preliminare del codice di procedura civile* (Milano, 1937; véanse pp. 67-72), y GOLDSCHMIDT, *Bemerkungen zum italienischen Zivilprozessentwurf*, sobretiro del "Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi", 1938, fasc. IV —pp. 229-77—, pp. 235-6.

²⁶⁸ Cfr. CALAMANDREI, *Sul progetto* cit., pp. 115-6, y GOLDSCHMIDT, *Bemerkungen* cit., pp. 236-8.

²⁶⁹ Así, en México, por influjo del anteproyecto de 1948 para el Distrito (véase su art. 5º, frac. III, que conserva igual numeración en el proyecto de 1950), los códigos estatales de Sonora y Zacatecas (como art. 5º, frac. III, en ambos) y el de Morelos (art. 7º, frac. III), proclaman que «en la interpretación de las normas de procedimiento» se procurará que «la verdad material prevalezca sobre la verdad formal». Véanse también los artículos 526 y 532 de la ley federal del trabajo de 1931. En las «Bases del procedimiento civil de la U. R. S. S. y de las Repúblicas Federadas» de 1960 (traducción de LUBAN, en "Bol. Int. Der. Comp. Méx.", núm. 41 mayo-agosto de 1961, pp. 418-31), el párrafo 1º de su artículo 14 establece que «los tribunales deberán *omnimodamente preocuparse por dilucidar las circunstancias del litigio* (cursivas nuestras) y por realizar los derechos y obligaciones de las partes».

peculiares del enjuiciamiento contrario. Aludimos, por un lado, a la *Ordenanza Procesal Civil austriaca de 1895*, piedra angular de la genial reforma realizada por Klein²⁷⁰ y asentada en los principios de oralidad, concentración, libre convicción y mayor iniciativa judicial,²⁷¹ y, por otro, a la *Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882*, con la institución del procesamiento —hoy sobre el tapete en España—,²⁷² que sirve para darle un destinatario a la instrucción y que confiere al inculpado determinados derechos,²⁷³ y con las diversas expresiones dispositivas a que da entrada (pluralidad de acusaciones, allanamiento, retirada de la acusación, perdón del ofendido, conciliación por delitos privados).²⁷⁴ A este respecto, llama poderosamente la atención que Vélez Mariconde,

²⁷⁰ Para su estudio, véase, ante todo, la exposición del propio KLEIN (actualizada a su muerte por ENGEL), *Der Zivilprozess Oesterreichs* (Leipzig, 1927). Consúltese también SPERL, *Lehrbuch der Bürgerlichen Rechtspflege. I Band: Das Zivilprozess-Recht nach dem neuesten Stande der österreichischen Gesetzgebung* (Wien, 1930), así como el trabajo de HELLMANN, *A oralidade no processo civil austriaco*, en "Processo oral" (*supra*, nota 133), el mío sobre *Proceso oral y abogacía* (San Juan, Argentina, 1945), pp. 23-8, y especialmente el volumen conmemorativo del cincuentenario de dicha ordenanza citado en la nota 134.

²⁷¹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *La influencia de Wach y de Klein sobre Chiovenda* cit., pp. 404-8. No pocas de las preocupaciones sentidas por KLEIN como reformador lo fueron antes en España por el marqués de Gerona, quien mediante su *Instrucción del procedimiento civil con respecto a la real jurisdicción ordinaria*, de 30 de septiembre de 1853, quiso poner enérgico remedio a los males endémicos de la administración de justicia española, sin que, por desgracia, la incompreensión de sus contemporáneos permitiese que sus propósitos renovadores prevaleciesen: más datos, en mi *Prólogo* (*supra*, nota 139) al libro de RODRÍGUEZ U., *Autoridad del juez* cit., núm. 12 y nota 40.

²⁷² Véanse en contra de su subsistencia, RUIZ GUTIÉRREZ, *El auto de procesamiento debe desaparecer* (en "Rev. Iberoam. Der. Proc.", 1966, pp. 273-87), título que a las claras refleja la posición de su autor, manifestada con anterioridad en su excelente investigación *El procesamiento* (en "Actas del I Congreso Nacional de Derecho Procesal" —Madrid, 1950—, pp. 383-439), en la que propugnaba de manera absoluta la desaparición del mismo como declaración anterior a la terminación del sumario y, en cambio, su posible mantenimiento al final de éste (cfr. pp. 435-6); y SOTO VÁZQUEZ, *El auto de procesamiento y algunos de sus problemas* (en "Rev. Der. Proc." española, enero-marzo de 1966, pp. 109-26), quien lo considera «vetusto» y de utilidad prácticamente nula (cfr. p. 109). Se expresa, en cambio, resueltamente a su favor JIMÉNEZ ASEÑO, en *Ventura y riesgo del auto de procesamiento* (en "Rev. Iberoam. Der. Proc.", 1964, pp. 657-71), como también, años antes, CARNELUTTI, *Auto de procesamiento* (en "Rev. Der. Proc." argentina, 1948, I, pp. 216-8), pese a que el auto de procesamiento que tuvo en cuenta fue el defectuosísimo del derecho argentino (para la crítica del mismo, ALCALÁ-ZAMORA, *Der. Proc. Pen.*, tomo II, pp. 34-5, y *Reforma enjto. pen. argentino* cit., pp. 60-2).

²⁷³ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Reforma enjto. pen. arg.* cit., p. 61. Nuestra tesis es aceptada por LÓPEZ-REY, *Proyecto Cód. Proc. Pen. Bolivia* cit., p. 53.

²⁷⁴ Acerca de la pluralidad de acusaciones, tan peculiar del enjuiciamiento criminal español, véase ALCALÁ-ZAMORA, *Der. Proc. Pen.* cit., tomo II, pp. 24-30 y 77-9, y *Ministerio Público y Abogacía del Estado* cit., pp. 45 y 55-6. En cuanto a los demás extremos mencionados en el paréntesis del texto, véanse *supra*, notas 105, 109 y 266.

exaltado dualista (*supra*, núm. 11), haya olvidado semejante particularidad de la ley española, cuya gravitación sobre el código procesal penal de Córdoba (Argentina), compuesto por él y Sebastián Soler, ha sido tan intensa, y precisamente en varios de los aspectos mencionados hace un momento como exponentes de dispositividad.²⁷⁵ Ese entrecruzamiento, más el principio de unidad de jurisdicción,²⁷⁶ deben conducir, en aras de la economía procesal, y a fin de evitar fallos contradictorios, a que un solo juzgador, un solo juicio y una sola sentencia sirvan para dilucidar ciertas cuestiones que hoy se substancian en las dos vías.²⁷⁷ En definitiva, lo bueno de un proceso no tiene por qué recluirse en él, sin otro objeto que el de mantener con empecinamiento divergencias infudadas, sino que trasplantarse a cualquier otro en que pueda rendir iguales y aun mejores frutos.²⁷⁸

²⁷⁵ Véanse en él los siguientes artículos: 336-7 (auto de procesamiento), 453-4 (reconciliación y retractación en los juicios por delitos de acción privada), 447-50 (desistimiento respecto a los delitos que acabamos de mencionar) y 460 (allanamiento en el juicio de faltas). Acerca del influjo español sobre el código de Córdoba, véase ALCALÁ-ZAMORA, *Reforma enjto. pen. arg.* cit., pp. 50-3 (mi mencionado estudio se refiere al proyecto de VÉLEZ MARICONDE y SOLER para la capital, pero el mismo es un calco del de Córdoba, como también el nuevo proyecto para aquella a que se contrae la nota 240), y reseña de la edición del *Código de procedimiento penal de la provincia de Córdoba* efectuada por FINZI (en "Rev. Der. Proc" argentina, 1945, II, pp. 276-7).

²⁷⁶ Proclamado por regímenes políticos tan disímiles, como la España liberal de la Revolución de 1868 (con su decreto-ley de unificación de fueros de 6 de diciembre de dicho año), la Italia fascista (cfr. la *Relazione ministeriale* que acompaña al vigente código procesal civil, núm. 9, pp. 21-2, de la edición oficial—Roma, 1940—) y la republicana (cfr. art. 102, con las salvedades del 103, de la Constitución de 1947; véase el folleto *Le giurisdizioni speciali amministrative*—Milano, 1956—, con ponencias de ANDRIOLI, TORRENTE y LUGO, y discusión en la que intervinieron LESSONA, CARNELUTTI, D'ONOFRIO, BRESCHI, VIGNOCHI, FURNO, BASSANO, GUADENZI, REDENTI y MICHELI, más ANDRIOLI para réplica), y la Unión Soviética (en ésta, conforme a una singular concepción revolucionaria y clasista al servicio del partido único). Acerca del tema, véase VILLAR y ROMERO, *Unificación de los fueros: El problema de las jurisdicciones especiales*, en "III Congreso Nacional de la Abogacía" (Valencia, 1944), f. asc. 6. pp. 269-93.

²⁷⁷ Verbigracia: la quiebra y su calificación penal: el adulterio en los ordenamientos en que funcione como motivo de divorcio y en que a la vez se halle tipificado como delito; las cuestiones prejudiciales cuando se encomiende su decisión no al juzgador del asunto principal, sino al competente por razón de la materia: véase mi reseña del libro de FINZI, *Quiebra culpable y relación de causalidad* (Buenos Aires, 1944), en "Rev. Der. Proc." argentina, 1944 II, pp. 190-2.

²⁷⁸ Con referencia al derecho español, sería absurdo que, por ejemplo, la adopción de la sana crítica (*supra*, nota 147) como criterio valorativo de ciertas pruebas en la ley de enjuiciamiento civil (cfr. arts. 609, 632 y 659) impidiese acogerla en la esfera de la justicia penal (actualmente, el art. 741 de ésta habla de apreciación en conciencia); o que suprimido el reenvío en la casación civil de fondo (cfr. art. 1.745), la casación penal de igual índole, que asimismo lo ha eliminado (cfr. art. 902), haya cometido poco menos que una incalificable traición; o que, cambiadas ahora las tornas, la unificación

37) A diferencia del entrecruzamiento señalado, que a todas luces favorece la tesis unitaria, la *expansión de la solución procesal a nuevos sectores de contiendas* podría estimarse que redundaría en perjuicio de la misma. En efecto, en su lucha tenaz para eliminar o reducir al mínimo inevitable la autotutela,²⁷⁹ el proceso se ha ido extendiendo a zonas en otros tiempos sustraídas a su esfera de acción, por ejemplo: conflictos laborales o internacionales. Vemos así cómo junto a los procesos que llamaríamos tradicionales, a saber, el civil y el penal —a cuyo lado podríamos colocar el mercantil, con antecedentes remotos, pero con tendencia a desaparecer,²⁸⁰ y el canónico, que es un conglomerado—,²⁸¹ han ido apareciendo nuevas formas de enjuiciamiento, tanto en el cuadro de la justicia interna,²⁸² como en el de la internacional.²⁸³ Y surge entonces la duda de si esa proliferación no será contraria a la concepción unitaria que venimos propugnando o si todo se reducirá al brote de nuevas ramas en el mismo tronco (*supra*, núm. 4). Entendemos, sin vacilar, que lo segundo, porque en todos los sectores mencionados en las notas 282 y 283 y en cualquier otro imaginable, encontramos siempre ese *presupuesto*, esa *meta*, ese *recorrido* y ese eventual *complemento* a que nos referíamos en el número 30, así como un *juzgador* y unas *partes* (*supra*, núm. 31), y porque si la lista de litigios o controversias enjuiciables aumenta, el mecanismo procesal para ventilarlos puede y debe unificarse en todo lo posible, como medio de conjurar los inconvenientes combinados de la elefantiasis y el babelismo.²⁸⁴

procedimental de la casación penal realizada por la ley de 16 de julio de 1949 no pueda y deba llevarse también a cabo respecto de la casación civil (*supra*, núm. 25 y nota 166).

²⁷⁹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición* cit., págs. 13-4, 19-20, 24-6, 205-11 y 219-20.

²⁸⁰ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Enjuiciamiento mercantil mexicano* cit., pp. 29-43.

²⁸¹ De normas pertenecientes a distintos campos procesales: civil, penal, administrativo y de jurisdicción voluntaria, sector este último en el que, a mi entender, habría que incluir las singularísimas causas relativas a la beatificación de los siervos de Dios y a la canonización de los beatos (cánones 1.999-2.141; cfr. mis *Premisas jurisd. vol.* cit., nota 29).

²⁸² Procesos administrativo, laboral (individual y colectivo), agrario, tutelar de menores, penal preventivo y constitucional: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición* cit., pp. 205-9.

²⁸³ Convenios de conciliación, arreglo judicial y arbitraje; Corte de Justicia Centroamericana (1907-1922); Tribunal de Presas Marítimas; Tribunal Internacional de Justicia; enjuiciamiento de crímenes de guerra (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Il processo dei criminali di guerra*, en "Jus", octubre de 1950, pp. 208-31); Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo; véase mi estudio sobre el *Reglamento de la Corte Europea de Derechos Humanos*, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 40, enero-abril de 1961, pp. 89-99); Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Luxemburgo) y numerosos proyectos e iniciativas en materias fiscal, penal (terrorismo, genocidio, etc.), arbitraje internacional de derecho privado, etc. Más datos, en MIGUEL Y ALONSO, *La justicia supranacional* (Santiago de Compostela, MCMLXIV).

²⁸⁴ De la "elefantiasis", es decir, de la cifra excesiva de disposiciones: en un código

38) Si ahora, tras las consideraciones estampadas desde el número 11 al 37, sintetizásemos las enseñanzas extraídas, comprobaríamos que ni uno solo de los argumentos diferenciadores aducidos posee valor absoluto, y por tanto, aun cuando en un determinado país y en un concreto momento histórico existan divergencias iuspositivas, inclusive acusadas, entre proceso civil y proceso penal —en el sentido, verbigracia, de ser aquél escrito, continuado, dispositivo, con verdad formal y prueba tasada, de doble grado y ante juzgador jurista, y éste, por el contrario, oral, concentrado, oficializado,²⁸⁵ con verdad material y libre convicción, de única instancia y con jurado, no bastan sin embargo, para destruir su unidad esencial ¿Por qué? Pues porque no hay que confundir *unidad* con *identidad*, y cuando, mediante un ejemplo muy sencillo, se afirma que Jalisco y Chihuahua son Estados mexicanos, se está sosteniendo la primera, porque ambos pertenecen a México, a la vez que se rechaza la segunda, ya que se trata de entidades federativas distintas. Pues lo mismo acontece cuando se propugna la unidad esencial de las diversas zonas del enjuiciamiento y, como más relevantes, de la civil y de la penal: al hacerlo, no se pretende absorber, mezclar o refundir ésta con aquélla, sino sencillamente —un “sencillamente” olvidado por los miopes e intransigentes dualistas— que uno y otro proceso son ramas de un mismo tronco,²⁸⁶ con una serie de conceptos, instituciones y principios *comunes* (*supra*, número 4), agrupables en un curso previo, que serviría de base y de enlace a todos ellos. De ahí que con terminología jurídico-gramatical, en las rúbricas correspondientes, procesal represente lo (no el) *substantivo*, y civil, penal, administrativo, etc., lo *adjetivo*, hasta el extremo de que en los países con código de enjuiciamiento único, los últimos calificativos no aparecen.

39) Acerca de la *causa diversificadora* o, más exactamente, de por qué el dualismo lo personifican de preferencia procesalistas penales italianos (*supra*, núm. 12), la explicación es, a nuestro entender, de naturaleza histórico-docente. Al establecerse la enseñanza del derecho procesal penal, su menor longitud, tanto doctrinal como legislativa, en comparación con la del enjuiciamiento civil,²⁸⁷ determinó que no se estimase necesario adscribir a su solo servicio un

procesal único, acaso un sesenta por ciento o más de los artículos podrían ser comunes sin la menor dificultad, con la consiguiente economía, que trascendería, huelga decirlo, a la esfera de la enseñanza; del «babelismo», si frente a hipótesis idénticas se adoptan a cada paso soluciones distintas en los diferentes códigos y leyes procesales que rijan en un país, sin otra razón de ser que la de no coincidir con ninguno de los demás textos.

²⁸⁵ Consideramos preferible hablar de proceso *oficializado* que no de proceso *inquisitivo*, para evitar la confusión con el sistema de enjuiciamiento penal así denominado, y que se caracteriza no sólo por el impulso *ex officio*, sino también por el juego de otros varios principios: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Der. Proc. Pen.* cit., tomo II, pp. 219-20.

²⁸⁶ Véase *supra*, nota 32.

²⁸⁷ Con referencia al momento de su promulgación, es decir, abstracción hecha de altas o bajas posteriores, he aquí desde el punto de vista legislativo algunas muestras

profesor. Así las cosas, la disyuntiva que se ofrecía era la de encargar de su explicación al titular de la cátedra de derecho penal o la de encomendarla al de derecho procesal civil; y como en el momento de plantearse la alternativa, en las grandes potencias jurídicas de la época²⁸⁸ subsistía aún la que Sperl llamó *servidumbre* del derecho procesal respecto del material,²⁸⁹ en virtud de accesión el enjuiciamiento criminal se puso en las pecadoras manos de los penalistas, quienes con raras excepciones²⁹⁰ lo manejaron como prolongación o complemento secundario de la disciplina para ellos principal, según todavía sucede en las ramas procesales menores, cuya exposición sigue a cargo de quienes cultivan su sector substantivo.²⁹¹ Colocado así el derecho procesal en posición su-

elocuentes, con la advertencia de que en cada país la primera cifra se refiere al código procesal civil y la segunda al de enjuiciamiento criminal: Alemania, 1.048 y 506; España, 2.182 y 998; Francia, 1.042 y 801 (el actual, y 644 el de 1808); Italia, 831 y 675; México, Distrito, 939, más 47 del título sobre justicia de paz, y 677; Venezuela, 802 y 429. Y en la esfera doctrinal, fácil sería formar una larga lista demostrativa de la menor extensión que, como regla, tienen las exposiciones generales relativas al proceso civil, sin que obras como el *Trattato dir. proc. pen.* de MANZINI, con sus cuatro volúmenes (*supra*, notas 33 y 79), y algunas otras signifiquen sino las excepciones que confirman aquélla. En cuanto a monografías y artículos de revista, el número de los pertenecientes a los dominios del proceso civil es abrumadoramente superior al de los que versan sobre asuntos procesales penales.

²⁸⁸ Es decir, en Alemania, Francia e Italia, aunque la segunda hace ya mucho tiempo que no lo es en materia procesal, conforme a diversos testimonios (véase la nota 20 de mi ponencia *Eficacia provids. jurisd.* vol. cit., entre ellos el irrecusable, por razón de nacionalidad, de VIZIOZ, en *Observations sur l'étude de la procédure civile* (en "Revue Générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence en France et à l'Étranger", 1927, y luego en sus "Études de Procédure" —Bordeaux, 1956—, pp. 3-52), pp. 24-52, en las que hace una crítica detenida y demoleadora de la doctrina francesa.

²⁸⁹ Cfr. su artículo *Il processo civile nel sistema del diritto*, en "Studi in onore di Chiovenda" cit. (pp. 807-33), p. 811.

²⁹⁰ Como la de BELING, con su fundamental *Deutsches Reichsstrafprozessrechts* (Berlín-Leipzig, 1928; traducción, *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1943), o la de MANZINI, cuyo *Trattato di diritto penale* dista mucho de gozar —por lo menos fuera de Italia— del extraordinario prestigio y difusión logrados por el *Trattato di diritto processuale penale* (*supra*, notas 33 y 79). Como caso curioso merece señalarse el de SCHÖNKE, que fue esencialmente penalista y procesalista civil y sólo dedicó atención secundaria a la justicia penal: véase la lista de sus publicaciones incluida por Erik WOLF en las pp. 29-37 del folleto *Adolf Schönke, 1908-1953. Gedenkrede gehalten auf der Akademischen Gedächtnisfeier der Universität Freiburg i. Br. am Freitag, 3 Juli 1953* (Karlsruhe, 1955).

²⁹¹ A saber: el laboral, el de quiebra, el de amparo, el administrativo o el constitucional. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta: a) que en España el procesalista suele ocuparse de todos ellos: véase *supra*, nota 20, así como mi citado *Programa de derecho procesal y Cuestionario para el acto de examen*; b) que en España también, y en alguno que otro país hispanoamericano (Guatemala, por ejemplo), el régimen procesal de la quiebra figura en los códigos de enjuiciamiento civil y no en los de comercio, sin contar con que en Italia se ha propugnado que su exposición se encomiende al procesalista: cfr. PROVINCIALI, *Appartenenza didattica al processualista del insegnamento del diritto*

bordinada, las consecuencias han sido dos: una, la de una literatura muy inferior en cantidad y en calidad a la del derecho procesal civil, hasta el punto de que primero Carnelutti y luego Fairén la han denominado *Cenicienta*,²⁹² y otra, la de un afán *imperialista* por parte de los docentes y expositores del derecho penal sustantivo, empeñados en retener a toda costa esa *colonia* y en impedir, no ya su unión, sino ni siquiera su aproximación al proceso civil. Para lograr este propósito, se lanzaron a buscar discrepancias, ni una de ellas absoluta y decisiva, según hemos mostrado, y no pocas de estricto derecho sustantivo.²⁹³ Frente a la ofuscación de las grandes potencias procesales, que en Italia comenzó a resquebrajarse cuando a partir de 1938 se inició la creación de cátedras aparte para el enjuiciamiento criminal,²⁹⁴ en la modesta España, donde el buen sentido suele brillar mientras no se trate de cuestiones políticas, se adoptaba la solución correcta, o sea la de atribuir, como dijimos (*supra*, núms. 2 y 6), toda la materia procesal al procesalista, ni civil ni penal, sino procesalista ciento por ciento.

40) D) *Denominación preferible: ¿teoría general, introducción o parte general?*—Ese conjunto de conceptos, instituciones y principios comunes a las distintas ramas procesales (*supra*, núms. 4 y 38), ¿cómo debe llamarse? Carnelutti, Sauer (en la tercera edición de su libro, no en las dos primeras), los profesores guatemaltecos Mario Aguirre Godoy y Fernando José Quezada Torruño,²⁹⁵ y nosotros, por ejemplo, hemos hablado de *Teoría general del proce-*

fallimentare ("Atti Congresso Firenze" cit., pp. 345-8); c) que en Italia el código procesal civil de 1940 reabsorbió el procedimiento laboral (*supra*, nota 96) y que en Alemania, debido a acomodarse fundamentalmente a las normas de la *Zivilprozessordnung*, encontramos obras de derecho procesal civil (verbigracia, la de GOLDSCHMIDT, *Der. Proc. Civ.* cit., pp. 518-26, o la de SCHÖNKE, *Lehrbuch* cit., pp. 460-70), que se ocupan de él, y d) que en México FIX ZAMUDIO viene defendiendo desde hace años (o sea a partir de *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana* cit.), con irrefutables razones, el enfoque procesal de dicha institución, frente a la tradicional contemplación constitucionalista de que ha venido siendo objeto; sin contar con que el amparo estuvo regido por los códigos federales de procedimientos civiles de 6 de octubre de 1897 y de 26 de diciembre de 1908, o sea hasta la entrada en vigor de la ley especial de 18 de octubre de 1919, antecesora de la actual de 30 de diciembre de 1935.

²⁹² CARNELUTTI, *Cenerentola*, en "Riv. Dir. Proc.", 1946, I, pp. 73-8, y *Continua la mala sorte di Cenerentola*, en rev. cit., 1960, p. 650, y FAIRÉN GUILLÉN, *Cenerentola, ma per doppia ragione*, en rev. cit., 1951, I, pp. 262-5.

²⁹³ Véanse *supra*, núms. 11 a 23, especialmente el 14.

²⁹⁴ Cfr. BELLAVISTA, *Sullo stato attuale della scienza del diritto processuale in Italia*, en "Studi in onore di Arturo Rocco", vol. II (Milano, 1952) y luego en los "Studi" del propio autor cit. —pp. 83-112—, pp. 85 y 103; pero no en todas las Facultades de Derecho italianas se ha producido la separación; véase CARNELUTTI, *Continua la mala sorte di Cenerentola*, citada en la nota 292. Cátedras aparte de derecho procesal penal las hay también, por ejemplo, en Argentina y en México.

²⁹⁵ Véanse CARNELUTTI, *supra*, núm. 8, notas 61 y 64; SAUER, *supra*, núm. 8, nota