

### C) SUJETOS PROCESALES

6) EL ANTAGONISMO JUZGADOR-PARTES: SITUACIONES INTERMEDIAS Y DUDOSAS .....	239
I. ACLARACIÓN CRONOLÓGICA Y PUNTO DE PARTIDA .....	239
II. PLANTEAMIENTO .....	241
III. SITUACIONES INTERMEDIAS Y DUDOSAS RELATIVAS AL JUZGADOR: .....	248
A) <i>Juzgador en sentido funcional:</i> .....	248
a) <i>Juzgador-parte:</i> .....	248
1º) <i>Juez-acusador;</i> .....	249
2º) <i>Juez-accionante;</i> .....	251
3º) <i>Juez-defensor;</i> .....	252
b) <i>Juzgador parcial;</i> .....	253
c) <i>Juzgador que sólo lo es en parte:</i> .....	256
1º) <i>Tribunal de composición efectiva o aparentemente compleja:</i> .....	256
α) <i>Jurado;</i> .....	256
β) <i>Asociados;</i> .....	257
γ) <i>Asesores;</i> .....	258
δ) <i>Consulta;</i> .....	259
2º) <i>Juzgador que no pronuncia sobre la totalidad del litigio;</i> .....	261
3º) <i>Juzgador cuya decisión no prevalece;</i> .....	263
4º) <i>Juzgador que no juzga;</i> .....	265
d) <i>Juzgador que penetra en el área de las partes</i> .....	266
B) <i>Juzgador sólo en sentido orgánico:</i> .....	267
a) <i>Juez de los procedimientos preliminares;</i> .....	268
b) <i>Juez instructor;</i> .....	268
c) <i>Juez cooperador;</i> .....	270
d) <i>Juez en orden a las sentencias constitutivas;</i> .....	271
e) <i>Juez ejecutor;</i> .....	271
f) <i>Juez en negocios de jurisdicción voluntaria;</i> .....	274
g) <i>Juez y actividad administrativa;</i> .....	275
h) <i>Juez y actividad normativa</i> .....	277

*C) SUJETOS PROCESALES: NÚM. 6*

## EL ANTAGONISMO JUZGADOR-PARTES: SITUACIONES INTERMEDIAS Y DUDOSAS \*

I. ACLARACIÓN CRONOLÓGICA Y PUNTO DE PARTIDA. II. PLANTEAMIENTO. III. SITUACIONES INTERMEDIAS Y DUDOSAS RELATIVAS AL JUZGADOR: A) *Juzgador en sentido funcional*: a) Juzgador-parte: 1º Juez-acusador; 2º Juez-accionante; 3º Juez-defensor; b) Juzgador parcial; c) Juzgador que sólo lo es en parte: 1º Tribunal de composición efectiva o aparentemente compleja: α) Jurado; β) Asociados; γ) Asesores; δ) Consulta; 2º Juzgador que no pronuncia sobre la totalidad del litigio; 3º Juzgador cuya decisión no prevalece; 4º Juzgador que no juzga; d) Juzgador que penetra en el área de las partes. B) *Juzgador sólo en sentido orgánico*: a) Juez de los procedimientos preliminares; b) Juez instructor; c) Juez cooperador; d) Juez en orden a las sentencias constitutivas; e) Juez ejecutor; f) Juez en negocios de jurisdicción voluntaria; g) Juez y actividad administrativa; h) Juez y actividad normativa. IV. SITUACIONES INTERMEDIAS Y DUDOSAS RELATIVAS A LAS PARTES: A) *Partes en sentido propio*: a) Parte juzgadora; b) Parte imparcial; c) Parte de composición efectiva o aparentemente compleja: 1º Litisconsorcio; 2º Tercerías; 3º Sustitución; 4º Gestión judicial; 5º Pluralidad procesal penal; 6º Mediatización de la voluntad de parte; d) Parte que penetra en el área del juzgador. B) *Partes en sentido impropio*: a) Sujetos de los procedimientos preliminares; b) Participantes en negocios de jurisdicción voluntaria; c) Partes no legitimadas; d) Partes coludidas; e) Sujetos del proceso penal: 1º Durante la instrucción; 2º Durante la ejecución. V. SITUACIÓN DE LOS ÓRGANOS PARAJUDICIALES. VI. SITUACIÓN ESPECIAL DEL MINISTERIO PÚBLICO. VII. CONCLUSIÓN.

### I. ACLARACIÓN CRONOLÓGICA Y PUNTO DE PARTIDA

1) En octubre de 1950 di en la Universidad de Caracas una conferencia sobre *Preocupaciones y directivas fundamentales del derecho procesal contemporáneo*<sup>1</sup> y un cursillo de cinco lecciones, relativo a *Concepto y actuación de las partes en el proceso*. Aquélla y éste fueron preparados con la necesaria anticipación des-

\* Publicado en los *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. II (Padova, 1958), pp. 1-78. Fecha de los sobretiros: 1957.

<sup>1</sup> Se halla publicada en el "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", 1952, núm. 13, pp. 9-34: ahora, *infra*, *Estudio Número 16*.

de México, y su anuncio y celebración constan en diversas publicaciones aparecidas por entonces en la capital venezolana.<sup>2</sup> Juzgamos necesaria la puntualización precedente, porque con fecha 9 de mayo del propio año ingresaba en el "Instituto Español de Derecho Procesal" el Dr. Werner Goldschmidt Lange, hijo del insigne autor de *Der Prozess als Rechlage* (Berlín, 1925; 2a. ed., Aalen, 1962), y su discurso versaba sobre un tema —*La imparcialidad como principio básico del proceso (La "parcialidad" y la parcialidad)*—<sup>3</sup> que, a primera vista, podría coincidir en ciertos aspectos con el nuestro o habernos sugerido la idea. Sin embargo, quien lea ambos trabajos comprobará en seguida que responden a orientación muy diferente, como años antes, y aquí con indiscutible prioridad a favor mío en el orden del tiempo, con otros dos estudios de los mismos autores.<sup>4</sup> Además, debido al enorme retraso con que a causa de trabas aduaneras y postales han venido llegando a México las revistas y libros españoles, conocí el ensayo de Werner Goldschmidt muchos meses después de haber desenvuelto en Caracas

<sup>2</sup> Comenzando por el *Programa del ciclo de conferencias a cargo del profesor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo*, impreso a tal fin por la Universidad Central de Venezuela; siguiendo por el "Boletín de la Facultad de Derecho" (cfr. año I, número III, mes III, p. 66), y terminando por las informaciones de los diarios "El Heraldo" (p. 1), "El Nacional" (p. 21), "El Universal" (p. 7) y "La Esfera" (p. 23), todos ellos de Caracas y del 25-X-1950. Con posterioridad, la aparición del presente ensayo se encuentra anunciada en nuestros trabajos *Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso*, nota 149 (en "Revista de Derecho Procesal" argentina, 1952, I, p. 241) y *En torno a la noción de proceso preliminar*, nota 1 (en "Scritti giuridici in onore della Cedam", vol. II, Padova, 1953, p. 267): ahora, *infra*, *Estudios Números 8 y 9*.

<sup>3</sup> Puede verse en "Revista de Derecho Procesal" española, 1950, pp. 184-209, y en "Publicaciones del Instituto Español de Derecho Procesal: Serie 2ª: Monografías de Derecho Español, núm. 1" (Madrid, 1950), pp. 5-30, en ambas ocasiones seguida de la contestación del profesor GÓMEZ ORBANEJA (pp. 211-7, en la primera, y 31-7, en la segunda).

<sup>4</sup> Aludo a mi libro *Proceso, autocomposición y autodefensa* (México, 1947; 2ª ed., 1970), que, además, proviene de un cursillo dado en la Facultad de Derecho mexicana en abril-mayo de 1946, y al artículo de Werner GOLDSCHMIDT, *Guerra, duelo y proceso* (en "Revista de Estudios Políticos"; Madrid, noviembre-diciembre de 1950, pp. 77-93), donde, dicho sea de paso, aquél no se menciona para nada, no sabemos si por desconocerlo el autor o por no haberse atrevido a citar la obra de un exiliado en la publicación de un organismo oficial, como lo es el «Instituto de Estudios Políticos». En todo caso, la coincidencia entre los dos trabajos estriba en que ambos afrontan el problema de las soluciones que pueden revestir los que nosotros llamamos *litigios* (cfr. *ob. cit.*, pp. 12-8) y GOLDSCHMIDT *controversias* (*art. cit.*, pp. 77-8): en el resto, marchan por derroteros muy distintos, y en el nuestro se examinan, además, manifestaciones autocompositivas y auto-defensivas no tenidas en cuenta por GOLDSCHMIDT, acaso por la brevedad de su ensayo. Para más detalles acerca de las divergencias esenciales entre los estudios del jurista germano-español-argentino y los míos, véase la reseña que bajo el epígrafe *Libros procesales de distintos países* consagré al relativo a *La imparcialidad como principio básico del proceso*, en el número 1-2 de la "Revista de la Facultad de Derecho de México" (enero-junio de 1951), pp. 325-7.

el susodicho cursillo, iniciado precisamente con una conferencia introductiva titulada casi del mismo modo que el presente artículo.<sup>5</sup> En ella, que como el resto del ciclo no llegó a imprimirse, por haberse extraviado la versión taquigráfica de tres de las cinco charlas sustentadas y ser deficientísima la de las otras dos, se halla el germen de la aportación con que hoy contribuimos al homenaje al eminente jurista y queridísimo amigo Piero Calamandrei. Mas, insistimos, sólo *el germen*, porque el plan primitivo ha experimentado cambios radicales: extremos meramente esbozados o entrevistos entonces, alcanzan ahora su pleno desenvolvimiento, y abordamos hogaño cuestiones que no fueron siquiera imaginadas antaño, sin contar con el aditamento bibliográfico, que, por su índole, no era posible injertar en una exposición de palabra.

## II. PLANTEAMIENTO

2) Cuando autores italianos de la Edad Media, citados a veces como precursores remotos de la doctrina de la relación jurídica procesal,<sup>6</sup> mostraban el juicio como *actus*<sup>7</sup> desarrollado entre juez, actor y reo, se quedaron en realidad a mitad de camino, porque si bien fijaban sus tres elementos *subjetivos*, se olvidaron de un cuarto, de naturaleza *objetiva*, que es justamente el que le imprime carácter y el que permite diferenciarlo, en el campo del derecho, de otras manifestaciones en que se da asimismo una triangularidad de personas, inclusive con una de ellas, por su cualidad de funcionario público, en un plano de superioridad respecto de las otras dos, simples particulares, como regla.<sup>8</sup> Pensemos

.<sup>5</sup> Sin contar con que la rúbrica «Antagonismo juez-partes: posiciones intermedias», precursora de la actual, se encontraba ya en nuestro *Programa de Estudios Superiores de Derecho Procesal*, inserto en el número 46 de la “Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia”, correspondiente al trimestre abril-junio de 1950 (véase p. 261) y con que algunas ideas de las que ahora exponemos afloran ya en *Proceso autocomposición*, núms. 4, 29 y 94.

<sup>6</sup> Así, BÚLGARO (*Iudicium est legitimus actus trium personarum, scilicet iudicis, actoris et rei*) y AZO citados por WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts* (Leipzig, 1885), p. 39, nota 12 (véase también CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1933, p. 51), o bien BERNARDO DORNA (*Sicut in causa civili exiguntur tres personae, scilicet actoris et rei et iudicis, ita in criminalibus tres exiguntur personae, scilicet accusantis, accusati et iudicis*) recordado por FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale* (Torino, 1927), p. 42. En análogo sentido a Búlgaro, entre los prácticos españoles, por ejemplo, Hevia BOLAÑOS: «Juicio es auto que el juez hace, discerniente entre las partes, en razón de la causa que ante él se trata, con legítimo contradictor, como consta de una ley de Partida», a saber: III, XXII, 1: *Curia Philipica*, tomo I, parte I, § 8 (p. 43 de la ed. utilizada: Madrid, 1790).

<sup>7</sup> Acerca de la frase *Iudicium accipitur actus*, cfr. las consideraciones de FURNO en “Atti del congresso internazionale di diritto processuale civile” (Padova, 1953), pp. 109-14.

<sup>8</sup> Puesto que en ocasiones cabría que se tratase también de un funcionario: pensemos en un proceso en que una de las posiciones contendientes la ocupe el ministerio público

en uno de tantos contratos de compraventa autorizados por notario, o en la celebración del llamado matrimonio civil,<sup>9</sup> o en algunas actividades registrales,<sup>10</sup> o, de no reputarlos procesales,<sup>11</sup> en ciertos expedientes de jurisdicción voluntaria:<sup>12</sup> en todas esas hipótesis, y en otras varias que cabría imaginar,<sup>13</sup> estamos

o el abogado del Estado; o en un negocio de jurisdicción voluntaria en que actúe aquél; o en un expediente administrativo en que se enfrenten dos municipios por medio de sus órganos de representación y asistencia.

<sup>9</sup> Lo mismo podría afirmarse del religioso, dada su doble índole de contrato y de sacramento, revelada, por un lado, en la exigencia de consentimiento a los contrayentes y, por otro, en la intervención del sacerdote autorizante (cfr. cánones 1012, 1081 y 1094 del *codex iuris canonici*, con la salvedad del 1098).

<sup>10</sup> Como en México la obtención de divorcio voluntario ante el Oficial del Registro Civil, cuando los consortes sean mayores de edad, no tengan hijos y hayan liquidado de común acuerdo la sociedad conyugal (arts. 272-4 del código civil a la vez del Distrito y Federal).

<sup>11</sup> A nuestro entender, no hay «proceso» ni «jurisdicción» voluntarios: véanse los números 5, 15, 30-34, 40 y 41 de nuestras *Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria* (en “Studi in onore di Redenti”, vol. I, Milano, 1951; ahora, *supra*, Estudio Número 4). En contra, o sea afirmando su cualidad de «proceso», CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 81, e *Istituzioni*, núm. 23 (cfr. también ÁLVAREZ-CASTELLANOS RAEL, *El proceso de jurisdicción voluntaria*, en “Revista de Derecho Procesal” española, 1945, núm. 6, pp. 341-52), e insistiendo en su naturaleza jurisdiccional, los autores citados por FAZZALARI en la página 38, nota 43, de *La giurisdizione volontaria: Profilo sistematico* (Padova, 1953), y con posterioridad, DE MARINI, *Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria* (en “Riv. Dir. Proc.”, 1954, I, pp. 255-300); cfr. asimismo MARQUES, *Ensaio sobre la jurisdição voluntária* (S. Paulo, 1952), pp. 62-73, aun no militando el autor entre los partidarios de la tesis jurisdiccionalista. En México, ésta es defendida por DE PINA en *Notas sobre la jurisdicción voluntaria* (en “Derecho Procesal (Temas)”, 2ª ed., México, 1951, pp. 205-23). Un reciente esfuerzo diferenciativo entre jurisdicción voluntaria y contenciosa, aunque con el defecto, para su proyección fuera de Alemania, de su excesivo apego a su derecho positivo, lo constituye el trabajo de LENT, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit* (en “Zeitschrift für Zivilprozess”, 1953, pp. 267-84).

<sup>12</sup> Como más característico, el *intento conciliatorio*, singularmente el preprocesal, aunque no todos los autores le atribuyan naturaleza voluntaria: así, MORTARA estima que pertenece a la jurisdicción contenciosa (*Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 4ª ed., III, Milano, 1923, núm. 9, pp. 9-12) y SATTI, por su parte, lo contempla como «proceso» (*Dalla conciliazione alla giurisdizione*, en *Introduzione allo studio del diritto processuale civile*, Milano, 1939, pp. 5, 10 y 11). Agreguemos las *declaraciones de incapacidad*, salvo de reputarlas «proceso sin litigio» (cfr. CARNELUTTI, *Lezioni*, núm. 89, y *Sistema*, núm. 80, y DI SEREGO *Il processo senza lite*, Padova, 1930, pp. 137-40), tesis que no compartimos y que el propio CARNELUTTI abandona en las *Istituzioni*, o bien «proceso de contenido objetivo» (cfr. ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, en “Jus”, 1955, núm. 14, pp. 188-90), así como las *habilitaciones para comparecer en juicio*, cuando además del solicitante intervenga el ministerio público, y siempre que no se transformen en contenciosas (cfr. arts. 1996 y 1999 l. enjto. civ. española), y el *divorcio voluntario judicial* (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Premisas jurisprud. vol.*, nota 106) —acerca del administrativo, véase *supra*, nota 10—. [Aunque ajeno en su gestación al

también ante unas partes —contratantes u otorgantes, contrayentes, interesados o participantes—<sup>14</sup> y un tercero imparcial. Luego a base únicamente de señalar los tres vértices subjetivos del triángulo, no es posible proporcionar una noción exacta del juicio —en el sentido amplio e hispanoamericano del vocablo—,<sup>15</sup> ni aun siquiera con el complemento inescindible del *actus*, porque éste y aquél (el triángulo intersubjetivo) son peculiares no sólo de las esferas jurídicas hace un instante señaladas, sino también de ámbitos tan alejados, *prima facie*, del derecho, como no pocas competiciones deportivas, en que fácil sería hallar partes contendientes y tercero imparcial.<sup>16</sup> Si queremos, por consiguiente, individua-

citado trabajo de ALLORIO, ya que la influencia que en él se advierte y se proclama es la de CALAMANDREI (*Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, en "Studi in onore di Chiovenda", Padova, 1927, pp. 131-71), el artículo de FORNATTI, *El proceso civil inquisitorio en la doctrina y en la ley 14.237 y sus semejanzas con el proceso penal* (en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", de Buenos Aires, noviembre-diciembre de 1954, pp. 1381-1417), coincide con aquél en colocar la declaración de incapacidad («insania») en terreno limítrofe al enjuiciamiento criminal].

<sup>13</sup> Como las de los tribunales o jurados de oposiciones y concursos cuando sean dos los contrincantes y una sola la plaza o premio a conceder, o cuando siendo varios los puestos o las recompensas, haya que establecer la prelación entre los candidatos. O bien, de acuerdo con la tesis de GUASP, la intervención de árbitros o de funcionarios administrativos, aun cuando disintimos de él acerca de la función jurisdiccional de los primeros, que él niega y nosotros afirmamos (véase *infra*, núm. 4).

<sup>14</sup> «Contratantes»: cfr., por ejemplo, los arts. 1255, 1261, 1267, 1281, 1300, 1303, etc. cód. civ. español; «otorgantes»: arts. 145, 147, 156-7, 164-5, 176, 184, 189, entre otros, del reglamento notarial español de 2-VI-1944; «contrayentes»: verbigracia, arts. 77-8 y 86-7 cód. civ. cit.; «interesados» (en procedimientos de jurisdicción voluntaria: arts. 1817, 1983, 2062, 2078, etc. l. enjto. civ. española; en otros órdenes jurídicos: arts. 18 l. Notariado de 1862, 146 reglto. notar. cit., 91 cód. civ. cit.); «participantes»: cfr. LENT, *Freiwillige Gerichtsbarkeit* (2ª ed., Berlín, 1928), pp. 6-8, y STAGEL, *Grundzüge der österr. Zivilgerichtsverfassung und des Verfahrens ausser Streitsachen* (Wien, 1951), p. 41. Añadamos que el nombre «partes» se emplea con frecuencia para designar a los contratantes: véanse, por ejemplo, los arts. 1257 y 1274 cód. civ., 23 y 27 de la ley y 145 del reglto. notariales cit., el último de los cuales se vale asimismo de la denominación «compareciente» (cfr. v. gr., art. 159).

<sup>15</sup> Es decir, el que resulta sinónimo de *proceso*, como en «juicio» declarativo, ordinario, sumario, ejecutivo, de desahucio, de concurso, de divorcio, sucesorio, etc., aun cuando algunos de ellos no lo sean en rigor, sino procedimientos de jurisdicción voluntaria, y a diferencia del restringido, o equivalente de *sentencia*, del derecho romano (cfr. *Partida III*, título XXII, ley I) y en la actualidad del francés y del portugués. Véase también BELLA-VISTA, *Il processo penale monitorio* (Milano, 1938), p. 48, nota 8, en relación con CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 16, b.

<sup>16</sup> No sólo en las de tipo individual, como la esgrima, el boxeo o la lucha (aunque en ésta —y otro tanto acontece con frecuencia en el frontón y en el tenis— actúen también parejas y hasta se organicen batallas campales), sino en las que se producen entre equipos (de fútbol, beisbol, hockey, etc.), inclusive con una pluralidad de terceros imparciales (árbitro y jueces en el boxeo o en el polo; *umpires* en el beisbol, etc.). Acerca de la posición jurídica del árbitro deportivo, nos remitimos al fundamental trabajo de

lizar el juicio jurisdiccional, por fuerza hemos de pensar en el cuarto elemento, en aquel que, a nuestro entender, constituye el único y verdadero presupuesto procesal,<sup>17</sup> es decir, el que conforme a la terminología de Carnelutti,<sup>18</sup> aunque con más dilatado alcance, para extenderlo a ramas del enjuiciamiento diferentes de la civil,<sup>19</sup> denominaremos *litigio* o, de acuerdo con otros criterios, cuyas afinidades y divergencias respecto de él no podemos analizar aquí,<sup>20</sup> *controversia*,<sup>21</sup> *conflicto*<sup>22</sup> y hasta, para algún tratadista, *pretensión*.<sup>23</sup> De ahí que en nuestras explicaciones de cátedra, con la insistencia que en cursos institucionales reclama la inculcación de las ideas básicas, hablemos una y otra vez a nuestros alumnos de que todo juicio se compone *en potencia*, no necesariamente *en presencia*,<sup>24</sup> de tres elementos subjetivos y de uno objetivo, a saber: un juzgador, una parte atacante, otra atacada y un litigio como causa determinante de la pretensión de la una, de la eventual resistencia de la otra y de la decisión del primero.

3) Dado ese primer paso, que tanta trascendencia tiene para comprender diversas figuras procesales (desde la acumulación a la cosa juzgada), el segundo consistirá en concretar dentro del juicio, con ese su consubstancial contenido litigioso,<sup>25</sup> qué papel desempeñan el juzgador —nombre que en castellano repu-

FURNO, *Note critiche in tema di giochi, scommesse e arbitraggi sportivi* (en “Scritti giuridici in onore della Cedam”, vol. I, Padova, 1953, pp. 265-312).

<sup>17</sup> Cfr. nuestro artículo *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*, núm. 13 (en “Estudios en honor de Alsina” Buenos Aires, 1946; ahora, *infra*, *Estudio Número 7*). En el mismo sentido, BUZAM, *Do agravo de petição no sistema do código de processo civil* (São Paulo, 1945), p. 117; 2ª ed., 1956, p. 94.

<sup>18</sup> Cfr. *Lezioni*, núms. 13, 14 y 44-47, y *Sistema*, núms. 16, 57, 82, 83, 410 c y 519 b.

<sup>19</sup> Cfr. nuestro *Derecho procesal penal* (en colaboración con LEVENE H.), vol. I (Buenos Aires, 1945), pp. 7-8, y *Enseñanzas acerca de la acción*, núm. 9, o bien *Proceso, auto-composición*, núm. 2.

<sup>20</sup> Véanse los números 3-9 de nuestro *Prólogo a la traducción de sus Lezioni sul processo penale* (ed. italiana, vols. I-IV, Roma, 1946-7-9; versión castellana, Buenos Aires, 1950), trasladados luego, con algunos cambios, a los números 13-19 de *Algunas concepciones menores*, cit.

<sup>21</sup> Cfr. JAEGER, *Corso di diritto processuale del lavoro*, 2ª ed. (Padova, 1936), pp. 12, 59-60 y 64-66, y WERNER GOLDSCHMIDT, *ob. y lug. cit.* en la nota 4.

<sup>22</sup> Cfr. por ejemplo, ALSINA, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, tomo I (Buenos Aires, 1941), p. 31.

<sup>23</sup> Cfr. GUASP, *La pretensión procesal*, en “Estudios en memoria de J. Goldschmidt” (Buenos Aires, 1951), vol. I, pp. 365-6 y 375. (Existe versión italiana, *La pretesa processuale*, en “Jus”, 1951, pp. 463-91, y 1952, pp. 101-19).

<sup>24</sup> Para exceptuar los casos representados por juicios como el contumacial, o en rebeldía, y el monitorio o por las fases iniciales del ejecutivo y del embargo, es decir, de aquellos procedimientos en que falta o se pospone el contradictorio. Véase, además, *infra*, nota 189.

<sup>25</sup> Aunque no falten autores que nieguen esa consubstancialidad por lo que respecta al proceso penal y a algún otro: además de ALLORIO, ya citado (*supra*, nota 12), véase,

tamos más expresivo que el de juez para designar al órgano jurisdiccional en abstracto—<sup>26</sup> y las dos partes. Los criterios de contraposición son múltiples; mas para los fines de nuestro ensayo basta con recoger dos o tres: ya Búlgaro hablaba de “*actoris intendendis, rei intentionem evitantis, judicis in medio cognoscentis*”;<sup>27</sup> en nuestros días, Carnelutti muestra a las partes como los sujetos de la acción, en contraste con el juez como sujeto del juicio;<sup>28</sup> y análogo en el fondo, aunque enunciado en otros términos, es el parecer de Ugo Rocco, cuando a propósito de la acción presenta a las partes como sujetos activos y al juzgador como sujeto pasivo de la misma.<sup>29</sup> Esas tres opiniones concuerdan en mostrar el proceso, en tanto no desemboque en solución autocompositiva, como pugna entre las partes, a resolver por el juzgador, y, por consiguiente, como fenómeno cuyos sujetos principales se encuentran en muy distinto plano: dos que contienden entre sí y uno instituido para decidir la contienda. Ese tan diverso cometido se traduce, por un lado, en la máxima de que nadie puede ser juez y parte en un mismo litigio y confirma, por otro, cuán exacta resulta la habitual representación gráfica de la justicia mediante una balanza, en la que el fiel se correspondería con el juzgador, mientras que las partes ocuparían el lugar de los platillos: llegado el momento culminante del proceso, el juez arroja el peso decisivo de la sentencia (para él justa y para el vencedor favorable) en

entre otros, últimamente, LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile* (Milano, 1955), p. 9, a propósito de los juicios criminales y de las cuestiones de Estado. Cfr. también GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*, tomo I, (Barcelona, 1947), pp. 26-33. Pero insistimos (véase *supra*, nota 19) en que tomamos el concepto de litigio en sentido más amplio que el originariamente enunciado por CARNELUTTI y que por su formulación privatista resultaba inaprovechable en el cuadro de la justicia penal (cfr. pasajes *cits.* en nota 20).

<sup>26</sup> Cfr. nuestros trabajos *La reforma del enjuiciamiento penal argentino*, núm. 30 (en “Revista de Derecho Procesal” argentina, 1945, I, p. 50) y *Aciertos terminológicos e institucionales del derecho procesal hispánico*, núm. 10 (en “Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia”, 1948, núm. 38, pp. 59-60); ahora, *infra*, *Estudio Número 24*.

<sup>27</sup> Cfr. FLORIAN, *ob. y lug. cit.* en la nota 6.

<sup>28</sup> Cfr. *Lezioni dir. proc. civ.*, vol. II, núms. 93-94. Frente a la concepción tradicional, que considera únicamente como accionante al actor, se va difundiendo a partir de CARNELUTTI (*ob. cit.*, núm. 94), la tesis dualista, según la cual, también el demandado acciona, puesto que ambas partes tienen derecho a recabar la protección jurídica del Estado y a formular peticiones a los órganos jurisdiccionales. En este sentido, entre otros, PODETTI, *Abreviación convencional de la prescripción liberatoria (Aspecto procesal)* en “Jurisprudencia de Mendoza” de 3-II-1945), p. 2, col. 1<sup>a</sup>; BARTOLONI FERRO, *Unidad de la acción* (en “Rev. Der. Proc.” argentina, 1943, I, p. 342) y ALCALÁ-ZAMORA, *Enseñanzas acerca de la acción*, núms. 26-7. En cuanto a «juicio», ya indicamos la acepción en que lo toma CARNELUTTI (*supra*, nota 15) y, por tanto, «órgano del juicio» es quien va a decidir sobre el litigio (*Lezioni*, núm. 93 *in fine*), o sea quien emita o pronuncie la sentencia.

<sup>29</sup> Cfr. su *Diritto processuale civile* (Napoli, 1936), pp. 182 y 218; véase también *infra*, nota 40.

el platillo de la parte triunfadora, salvo cuando proceda un fallo por completo equidistante, o sea en aquellos asuntos que por su índole permitan el vencimiento recíproco e igual (por ejemplo: demandada por *A* la condena de *D* al pago de 100,000 pesetas, *J* reconoce el derecho de aquél sólo respecto de 50,000).

4) Concebido, pues, el proceso, en líneas generales, como un diálogo, verbal o escrito, entre unas partes que piden y un juzgador que decide, un postrer paso, antes de entrar de lleno en materia, nos llevará a fijar la noción del último, en contraste con las primeras, sin que para ese objeto necesitemos tampoco una retahíla de definiciones y sí únicamente un par de ellas. Así para Hellwig, en Alemania, los tribunales son las autoridades a quienes compete el ejercicio de la jurisdicción;<sup>30</sup> para Chiovenda, en Italia, el juez sería tan sólo uno (sin duda, el principal) de los tres órganos jurisdiccionales (los otros dos, el oficial judicial y el canciller), a quien incumbe la plenitud del poder jurisdicente;<sup>31</sup> por último, para Guasp, en España, juez es el "tercero específicamente colocado por encima de las partes (lo que diferencia al juez de un árbitro), que satisface las pretensiones que una formula frente a otra (lo que diferencia al juez de un administrador)".<sup>32</sup> Ninguna de las tres la estimamos inobjetable: Hellwig liga el concepto con la condición de *autoridad*, como si no hubiese juzgadores en quienes no concurre esa nota, a menos de suponer que la adquieran por el mero hecho de asumir funciones jurisdiccionales, aun cuando sea de modo ocasional, como los jueces privados o los jurados;<sup>33</sup> Chiovenda, a su vez, desnaturaliza la idea, al incluir como titulares de poder jurisdiccional, así sea secundarios, a quienes en rigor son únicamente auxiliares de la administración de justicia; y finalmente, Guasp, cuya noción consideramos preferible a las otras dos, incurre en el error de desahuciar a los árbitros del ámbito jurisdiccional, confundiendo su *nombramiento*, que suele provenir de las partes, mas no siempre,

<sup>30</sup> Cfr. *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, vol. II (Leipzig, 1907), p. 53.

<sup>31</sup> Cfr. *Principii*, 4ª ed. (Nápoli, 1928), pp. 388 y 390.

<sup>32</sup> Cfr. *La pretensión*, cit., nota 69.

<sup>33</sup> En México, la ley orgánica de los tribunales del Distrito Federal, de 1932, proclama que «los árbitros voluntarios no ejercerán autoridad pública» (art. 3º). Ello no obstante, a tenor del artículo 635 del código procesal civil correspondiente, «contra las resoluciones del árbitro designado por el juez (cfr. arts. 220-3) cabe el amparo, el cual se da precisamente contra autoridades (cfr. arts. 103, 107, fracs. XI, XIV, XVI, y XVII de la Constitución nacional y 1º, 5, 11, 19, etc. de la ley de amparo vigente). A nuestro entender, el criterio del artículo 635 (contraste entre el árbitro nombrado subsidiariamente por el juez y él o los elegidos directamente por las partes) es erróneo, y la divisoria debería haberse marcado atendiendo a la distinción que el 628 establece entre el arbitraje de derecho (que sería susceptible de amparo, como las demás sentencias de su clase) y el de equidad o «amigable composición» (que no lo sería en principio, salvo de mediar flagrante extralimitación de los componedores, como en el derecho español cuando autoriza a tal fin la casación: cfr. arts. 1691 y 1774-80 de la l. enjto. civ., en relación con el 30 de la nueva ley de arbitraje, de 22-XII-1953).

con su *institución*, que en realidad emana del Estado.<sup>34</sup> Teniendo en cuenta estas objeciones, así como puntos de vista esbozados en anteriores trabajos nuestros,<sup>35</sup> diremos ahora que por juzgador en sentido genérico o abstracto entendemos *el tercero imparcial instituido por el Estado*<sup>36</sup> para decidir jurisdiccionalmente y, por consiguiente, con imperatividad un litigio entre partes.<sup>37</sup> Pero esa diferencia esencial entre la posición superior del juzgador y la inferior y en pugna de las partes,<sup>38</sup> y que desemboca en la ya señalada incompatibilidad entre la función del uno y el cometido de las otras, no siempre es absoluta. De ahí que entre el juzgador *stricto sensu*, tal como lo hemos definido, y las partes en su rigurosa acepción procesal (véase *infra*, núms. 40-41), existan numerosas *situaciones intermedias o dudosas*, que representan tránsitos, mezclas o matices respecto de las que ocupan los extremos. Esas situaciones, que trataremos de analizar y de sistematizar en este ensayo, podemos agruparlas en torno a los fundamentales y opuestos conceptos que dan título a nuestro trabajo; y como a tenor de una contemplación pública del proceso, su centro de gravedad debe reputarse la jurisdicción y correlativamente el oficio que la desempeñe,<sup>39</sup> iniciaremos el recorrido por las concernientes al juzgador.

<sup>34</sup> Para la crítica de las concepciones contractualistas acerca del arbitraje, en cuyas filas alinea GUASP y acaso por influjo suyo GONZÁLEZ PÉREZ (*La terminación anormal del proceso administrativo*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", 1955, núm. 20, p. 227, nota 115), véase lo que decimos en *Derecho procesal penal*, vol. I, pp. 208-9, y en *Los conceptos de jurisdicción y de competencia, en el pensamiento de Lascano*, núms. 32-6 (en homenaje póstumo de la "Rev. Der. Proc." argentina; 1954, I, pp. 327-34): ahora, *supra*, *Estudio Número 3*.

<sup>35</sup> Principalmente en tres ya citados, a saber: *Derecho proc. pen.*, vol. I, pp. 7-11; *Enseñanzas acerca de la acción*, núms. 9, 11 y 13, y *Proceso, autocomposición*, núms. 2, 4 y 94.

<sup>36</sup> Sobre la situación de la jurisdicción eclesiástica, cuyo alcance, naturalmente, varía según que sus tribunales funcionen en Estados confesionales o laicos, véase lo que decimos en *Derecho proc. pen.*, vol. I, pp. 185-6 y 207, y en *Los conceptos de jurisdicción y competencia*, cit., núms. 8 y 20.

<sup>37</sup> No cabe añadir otros requisitos: ni la jurispericia, puesto que subsisten jueces legos; ni la permanencia en el cargo, ya que se conocen nombramientos temporales; ni la nacionalidad, porque la jurisdicción es o ha sido en ocasiones ejercida por extranjeros (cfr. FDOZZI, *Il diritto processuale civile internazionale*, (Bologna, 1905), pp. 342-3); ni el sexo, porque son muchos los países en que las mujeres tienen acceso a la judicatura y cabe suponer que esa tendencia se universalice, no sin tener que superar añejos prejuicios y resistencia (cfr. ALGALÁ-ZAMORA, *Una Orden del Ministerio de Justicia, antifeminista e inconstitucional*, en "Revista de los Tribunales", junio de 1936, y luego en "Ensayos de Derecho Procesal" (Buenos Aires, 1944), pp. 537-45; CARNACINI, *Per l'ingresso della donna nella magistratura*, en "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 1955, pp. 1217-8). Las circunstancias de edad, conducta, etc. varían también mucho en los ordenamientos positivos, y lo más que cabría añadir a la noción dada en el texto sería una simple referencia a la capacidad: tercero imparcial y capaz. . .

<sup>38</sup> Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, núms. 77-78, cuando al ocuparse del deslinde entre la actividad jurisdiccional y la administrativa, subraya que en la primera intervienen

### III. SITUACIONES INTERMEDIAS Y DUDOSAS RELATIVAS AL JUZGADOR

5) Excluidas dos hipótesis que sólo en apariencia guardan relación con el tema,<sup>40</sup> examinaremos los distintos casos reuniéndolos bajo dos grandes rúbricas, cada una de ellas comprensiva, a su vez, de especies diferentes.

#### A) *Juzgador en sentido funcional*

6) Por tal entendemos el que lleva a cabo la suprema y esencial tarea jurisdicente de pronunciar sobre el fondo del litigio sometido a su decisión. Pero el ejercicio de tal función puede responder a la más escrupulosa imparcialidad o, por el contrario, obedecer a la parcialidad, en mayor o menor escala. El primer caso, que significa la regla, cae, por lo mismo, fuera de los propósitos de nuestro artículo; el segundo, que constituye la excepción, abarca dos sectores bien definidos: el de las modalidades de *juzgador-parte* y el de las variantes de *juzgador parcial*, a los cuales añadiremos, sin la pretensión de efectuar un juego de palabras y sí con la de reflejar la realidad, el integrado por el *juzgador que sólo lo es en parte* y el constituido por el *juzgador que penetra en el área de las partes*.

#### a) *Juzgador-parte*

7) Tres son las manifestaciones en que se descompone la figura del juzgador-parte: *juez-acusador*, *juez-accionante* y *juez-defensor*, esta última en las fronteras con el patrocinio forense. Antes de estudiar cada una de ellas, bueno será aclarar que el juzgador-parte, y de ahí que no sea recusable en principio, puede conducirse con la más estricta ecuanimidad en cuanto a la sentencia que pro-

tres sujetos —uno, el juez, en posición superior a los otros, las partes—, mientras que en la segunda sólo dos —ambos en cualidad de partes—.

<sup>39</sup> Así, en el código procesal civil italiano de 1940, que se inicia por un capítulo relativo al juzgador (jurisdicción, competencia, recusación), en contraste con los numerosos mexicanos (vigentes o derogados) que se abren con uno sobre las acciones, contempladas, además, conforme a un criterio exclusiva o predominantemente privatista.

<sup>40</sup> Aludimos, por un lado, a la tesis de VILLALÓN IGARTÚA, cuando estima que en la jurisdicción se da una doble relación jurídica: la substantiva, cuya existencia o inexistencia se trata de determinar, y en la cual la autoridad judicial no es parte, y la adjetiva, en que sí lo sería (cfr. *El concepto de la jurisdicción* —México, 1950—, p. 93); y, por otro, a la de PODETTI, cuando considera al juzgador como sujeto de la acción (cfr. *Teoría y técnica del proceso civil* —Buenos Aires, 1942—, pp. 132-7). Pero con independencia de que en el susodicho pasaje de VILLALÓN «parte» puede y debe ser reemplazado por *sujeto*, a fin de evitar dudas, y de que en el de PODETTI se confunden, en rigor, «acción» y *jurisdicción*, ninguno de los dos conecta al juzgador con el litigio, como, en cambio, sucede en las hipótesis a que en el texto pasaremos revista.

nuncie;<sup>41</sup> pero en los casos primero y postrero concurren en él circunstancias que impiden considerarlo como tercero rigurosamente imparcial. Dicho en otros términos: no se descarta su imparcialidad *objetiva* y si sólo la *subjetiva*.

### 1º) Juez-acusador

8) Su primera y más conocida expresión la encontramos en el *proceso penal inquisitivo*, con el juez haciendo a la par de acusador. Faltaría entonces la característica triangularidad procesal, puesto que el juicio se desenvolvería únicamente entre el juzgador y el acusado, lo que ha llevado a hablar de proceso con una sola parte.<sup>42</sup> Cabría, sin embargo, estimar que la actividad del funcionario judicial se bifurca dentro de él en acusadora y juzgadora, con lo que el triángulo reaparecería, aunque merced a un desdoblamiento de personalidad más fácil, de trazar sobre el papel que de cristalizar en la práctica. La repulsa hacia el sistema inquisitivo puro obedece no sólo a inquina contra ciertos rasgos suyos tradicionales (secreto, tormento, etc.), sino también a esa peligrosa concentración de funciones en una sola mano,<sup>43</sup> más grave aún que la de actividades ins-

<sup>41</sup> Así, la sentencia de Pedro Crespo contra el capitán que abusó de su hija y se negó a casarse con ella, puede reputarse justa conforme al criterio de la época, reflejado por la boca de Felipe II en los famosos versos:

«Bien dada la muerte está;  
Que errar lo menos no importa,

Si acertó lo principal» (CALDERÓN DE LA BARCA, *El Alcalde de Zalamea*, jornada tercera, escena XVII). Pero tal decisión emanaba de quien era a la vez juez-acusador y juez-parcial. Recordemos también las duras críticas, reveladoras de auténtica objetividad, que los jueces francés, hindú y holandeses del tribunal de Tokio contra criminales de guerra dirigieron al funcionamiento del mismo (cfr. el folleto *Le statut et le jugement du tribunal de Nuremberg* —Lake Success— New York, 1949, pp. 92-3).

<sup>42</sup> Cfr. nuestro *Derecho proc. pen.*, vol. II, pp. 7-8; véase también CALAMANDREI, *ob. y lug. cit.* en la nota 50. En apariencia, procesos con una sola parte lo serían también aquellos en que falta o se pospone el contradictorio (*supra*, nota 24, e *infra*, nota 189); pero en ellos la parte que no actúa se encuentra individualizada y no se confunde o refunde con el juzgador. Véase, además, *infra*, *Addenda*, suplemento a la nota 173.

<sup>43</sup> Nos referimos en el texto al sistema inquisitivo *tradicional*. Frente a él, diversos autores, influidos en mayor o menor medida por el positivismo italiano, han propugnado uno que podríamos llamar (relativamente) *moderno* y que no responde a un tipo único. Entre quienes representan esta tendencia figuran GAROFALO, en su artículo *Ciò che dovrebbe essere un giudizio penale* (en "Archivio di Antropologia Criminale", vol. III, pp. 85 y ss.), DORADO MONTERO en diversos trabajos (por ejemplo, en las pp. 235-6 de sus *Estudios de Derecho Penal Preventivo* —Madrid, 1901—) y, en cierto modo, LONGHI, en *Repressione e Prevenzione nel Diritto Penale Attuale* (Milano, 1911), pp. 926-7. Este sistema inquisitivo moderno, que en realidad es mixto, aunque con sacrificio o relegación del contradictorio a segundo plano, ha plasmado en recientes leyes sobre estado peligroso: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *El sistema procesal de la ley relativa a vagos y maleantes* (en "Ensayos", pp. 175-234).

tructoras y acusadoras en el ministerio público, de que luego hablaremos (véase *infra*, núm. 66). Bien que con trazos distintos de los medievales, no será difícil tropezar con formas de juez-acusador en los tiempos modernos.<sup>44</sup>

9) Exponente de juez-acusador lo es asimismo, por desgracia, una lamentable invención de nuestra época. Aludo a los que para el castigo de los llamados *crímenes de guerra* (que, por lo visto, sólo cometieron los vencidos y más concretamente alemanes y japoneses) intervinieron en los tribunales de Nuremberg y de Tokio. Mas como del asunto me ocupé hace unos años desde las páginas de una prestigiosa revista italiana,<sup>45</sup> a ellas me remito. Destacaré únicamente: a) que en dichos tribunales los magistrados pertenecían todos a los países que se autoerigieron en víctimas de los delitos cometidos por los enjuiciados; b) que tales jueces no eran recusables, surgiendo la duda de si ni siquiera a título *personal*, ya que no *nacional*, habría cabido promover su apartamiento de la causa;<sup>46</sup> y c) que el ministerio público estaba también integrado por representantes de los vencedores y colocado en plano de notoria superioridad respecto de la defensa.

10) Cerraremos la lista con una mera referencia a la quizás más odiosa expresión de juez-acusador: los *tribunales de justicia política*, todos ellos de significación totalitaria o propios de las convulsiones revolucionarias. Por la procedencia de sus miembros,<sup>47</sup> por la índole de las infracciones perseguibles<sup>48</sup> o

<sup>44</sup> Comenzando por el pretor italiano, «magistrado híbrido» como le llama MANZINI (*Tratado de Derecho Procesal Penal*, vol. II de la trad. española —Buenos Aires, 1951—, p. 359), dentro de los límites que a su actividad accionante marcan los artículos 2, 7, 74, 231, 406, 409 y 506 del cód. proc. pen. de 1930.

<sup>45</sup> Véase nuestro artículo *Il processo dei criminali di guerra*, en “Jus”, 1950, pp. 208-31: ahora, *infra*, *Estudio Número 28*.

<sup>46</sup> Cfr. *Il processo dei criminali di guerra*, núm. 21.

<sup>47</sup> Así, los tribunales populares de la zona republicana durante la guerra civil española se componían de representantes de los partidos políticos y organizaciones sindicales de izquierda; y en la zona nacionalista, donde el Ejército fue la base del alzamiento, la persecución se encomendó a los consejos de guerra, que rivalizaron con aquéllos en el pronunciamiento de sentencias inicuas: cfr. nuestro artículo *Justice pénale de guerre civile* núms. 2, 4-7 y 24-5 (en “Revue de science criminelle et de droit pénal comparé”, 1938, pp. 633-71, y ahora, en “Ensayos”, cit., pp. 253-94). Y a propósito del tribunal revolucionario francés, SATTI sostiene que juicio y revolución son términos que se repelen, porque en rigor la sentencia la pronuncia entonces quien es parte (cfr. *Il mistero del processo*, en “Rivista di Diritto Processuale”, 1949, I, pp. 276, 283 y 285-7), lo mismo, añadimos, que bajo situaciones de signo reaccionario, sin perjuicio de que los juzgadores de aquel color o de éste puedan llegar a emitir fallos irreprochablemente justos.

<sup>48</sup> Pensemos en el tribunal especial (*rectius*, excepcional) para la represión de la masonería y del comunismo, instaurado por la tiranía franquista mediante ley de 1-III-1940 y constituido todo él por personas «libremente» designadas por el jefe del Estado (cfr. art. 12).

por la gravitación sobre ellos del Ejecutivo,<sup>49</sup> responden en mayor o menor medida, más aún que a la fórmula del juez-acusador, a la del enemigo convertido a título de tal en juzgador.

## 2º) *Juez-accionante*

II) Como derogación al principio de que no hay jurisdicción sin acción,<sup>50</sup> podemos mencionar, por lo menos, dos casos: a) la declaración de quiebra *ex officio*,<sup>51</sup> y b) la apertura de sumario penal por iniciativa del instructor, sin previa denuncia ni querrela.<sup>52</sup> La primera la reputamos innecesaria, puesto que el ministerio público y los acreedores ya se cuidarán de solicitarla en su momento, sin que el juzgador deba pasar de notificarles la producción del estado de cosas que la autorice, ya que de efectuar la declaración por sí y ante sí, podría resultar más papista que el papa.<sup>53</sup> En cuanto a la segunda, tanto si la fase preparatoria se pone en marcha en virtud de denuncia o de querrela, como si se emprende por resolución del instructor, no supone ejercicio de la acción penal, que corresponde a etapa procesal muy posterior,<sup>54</sup> y, además, el funcionario judicial que instruye una causa no lleva a cabo verdadera función jurisdicente (véase *infra*, núm. 30).

<sup>49</sup> Lo mismo todavía en los países comunistas (ortodoxos u heterodoxos), en la España franquista o en las numerosas dictaduras reaccionarias que ensombrecen el mundo, que antaño en la Alemania nazi o en la Italia fascista (cfr. PIERRE DE CASABLANCA, *Tribunaux d'exception des Etats totalitaires*, en "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal comparé", 1938, pp. 672 y ss.; Roberto GOLDSCHMIDT, *Adiciones a la traducción del «Derecho procesal penal» de Beling* —Córdoba, Arg., 1945—, pp. 219-20; y en fecha más reciente el capítulo «Delle relazioni (buone o cattive) tra la giustizia e la politica, come furono ieri e come sono oggi» agregado por CALAMANDREI a la 3ª ed. del *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* —Firenze, 1954—, pp. 211-45.

<sup>50</sup> *Nemo iudex sine actore; wo kein Kläger kein Richter*, o sea con frase de CALAMANDREI, «la acción como condición para el ejercicio de la jurisdicción» (*Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., vol. I, —Padova, 1943—, § 31, p. 101).

<sup>51</sup> Véanse los artículos 6 de la ley italiana de 16-III-1942 (cfr. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, 3ª ed., —Milano, 1955—, núms. 93 y 95, pp. 242-3 y 244-7) y 5 y 419 de la mexicana de 31-XII-1942.

<sup>52</sup> Cfr. HERRERO, *Ley de enjuiciamiento criminal reformada, anotada y comentada* (Valladolid, 1908), p. 297; ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho procesal criminal* (Madrid, 1935), pp. 181-4; ALCALÁ-ZAMORA y LEVENE, *Derecho proc. pen.*, vol. II, pp. 350-4. Véase, además, *infra*, nota 248.

<sup>53</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Aspectos y repercusiones procesales del proyecto hondureño de código de comercio* (conferencias dadas en Tegucigalpa en 1949; impresas en "Foro Hondureño", 1954, núm. 1-7), núm. 53, y *Examen del enjuiciamiento mercantil mexicano, y conveniencia de su reabsorción por el civil*, núm. 55 (en "Rev. Fac. Der. Méx.", 1952, núm. 7, pp. 85-6).

<sup>54</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Der. proc. crim.*, pp. 11 y 83-7; ALCALÁ-ZAMORA y LEVENE, *Der. proc. pen.*, vol. II, pp. 83-9.

### 3º) *Juez-defensor*

12) El prototipo lo hallamos en los *tribunales de composición paritaria*, como los que en diversos países conocen de los litigios laborales. En ellos se advierte claramente el tránsito de la autodefensa al proceso: en lugar de tomarse la justicia por la mano, las mismas partes, cual en el arbitraje, o la categoría profesional o económica a que pertenezcan los litigantes,<sup>55</sup> designan una cifra igual de jueces, o vocales, presididos por un tercero imparcial, nombrado por los poderes públicos o elegido por los restantes miembros del tribunal. La cualidad de jueces-defensores determina que en los tribunales paritarios los votos de los sectores enfrentados se compensen o anulen con frecuencia, de tal modo que, a fin de cuentas, quien decide la controversia viene a ser el único en quien concurre la nota de tercero imparcial; o bien, para evitar semejante contingencia, se propende, sobre todo en el arbitraje, a soluciones transaccionales, reñidas en ocasiones con la más elemental justicia.<sup>56</sup> La desaparición del juez-parte, tanto

<sup>55</sup> Obreros y patronos en litigios laborales; inquilinos y caseros en contiendas relativas al arrendamiento de fincas urbanas (como en los tribunales que con carácter transitorio creó en España el art. 11 del R. D. de 21-VI-1920); productores de materias primas y dueños de las industrias transformadoras (jurados mixtos de la producción e industrias agrarias, a tenor de los arts. 89-94 de la ley española de 27-XI-1931, o en México, decreto de 29-V y reglamento de 16-X-1946 en cuanto a las diferencias entre cultivadores de caña de azúcar e ingenios azucareros); etc. El famoso Tribunal de Conflictos francés, de 24-V-1872, con tres miembros del Consejo de Estado y tres magistrados de la Corte de Casación (más el ministro de Justicia), que vendrían a representar, respectivamente, a la Administración y a la Jurisdicción en pugna, responde también a este tipo de juzgador.

<sup>56</sup> Si la composición del tribunal arbitral es rigurosamente paritaria, es decir, sin un solo juez privado en quien concurra la cualidad de tercero imparcial, se corre el riesgo de frustración por obra de una votación empatada y, para salir de ella, de una complicación en el procedimiento (cfr., v. gr., arts. 626 y 627 cód. proc. civ. mexicano del D. F.). Ya KISCH en *Die soziale Bedeutung des Zivilprozesses* («Judicium», 1928 29, pp. 1-32) señalaba ese papel de defensores que propenden a asumir los árbitros: «Sie haben fast immer (mit Ausnahme des Obmanns) die mit der richterlichen Unparteilichkeit schwer vereinbare psychologische Einstellung dass sie sich weniger als übergeordnete Instanz denn als Vertreter oder Vertrauensmänner ihrer jeweiligen Partei fühlen» (p. 27). Y en fecha más reciente, FURNO se oponía a la composición paritaria del colegio arbitral, tanto porque *tres faciunt collegium*, como para evitar que los árbitros designados en número igual por las partes se conduzcan como *compadres* de las mismas, según la expresión del profesor belga BERNARD hecha suya por él (cfr. *Atti del convegno internazionale per la riforma del arbitrato* —Milano, 1955—, pp. 183-4, en relación con la 153). La solución paritaria respecto del arbitraje es también rechazada por nosotros, en la comunicación remitida a dicha reunión (*Bases procesales para la uniformación internacional del arbitraje de derecho privado*; cfr. p. 287 vol. cit.), y hacia la composición impar se inclina el artículo 7 del «Proyecto de ley uniforme interamericana sobre el arbitraje comercial» (véase p. 40 del vol. *Consejo Interamericano de Jurisconsultos: Tercera Reunión* —México, 1956—).

acusador como defensor, debemos incluirla, pues, entre las aspiraciones de una mejor justicia.

13) Como apéndice o complemento al examen del juez-defensor en el arbitraje, diremos algo acerca del denominado *libre, irritual o en blanco*, tan discutido en Italia.<sup>57</sup> Prescindiendo de la legalidad del expediente a que con tal fin se acude (entrega de un pliego a los árbitros, firmado por las partes, para que en él extiendan una decisión bajo la apariencia de un convenio), dicho arbitraje ofrece, *de jure*, rasgos autocompositivos evidentes, pero entraña, *de facto*, una solución de índole procesal, porque dejando al margen consideraciones de estructura, quienes lo realizan, terceros imparciales, dictan una verdadera sentencia *supra partes* y no se reducen al simple papel de mediadores (véase *infra*, núm. 45).

#### b) *Juzgador parcial*

14) Frente al juez de quien se tema, por vinculaciones con alguna de las partes o por interés directo o indirecto en darle al litigio una solución preconcebida, que no vaya a comportarse con la imparcialidad indispensable, el derecho positivo suministra las necesarias armas de combate, aun cuando no todas las legislaciones deslinden luego en forma correcta los motivos de inhabilidad y los de sospecha.<sup>58</sup> *Deber* de inhibirse impuesto al funcionario y correlativo *derecho* de recusar conferido a las partes, forman el anverso y el reverso del remedio *preventivo* frente al riesgo de la parcialidad judicial.<sup>59</sup> Junto a él, con

<sup>57</sup> Y objeto en ella de una abundante literatura, citada en parte por nosotros en el artículo *Estudios y bibliografía sobre arbitraje de derecho privado* (en "Rev. Fac. Der. Méx.", 1954, núm. 15): cfr. p. 114, nota 17. Acerca del tema en el derecho español, véase el comentario de autor anónimo (acaso de COUTURE) que bajo el epígrafe *Arbitraje caballeresco* consagra «La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración» (Montevideo, enero-marzo de 1952, pp. 65-6) a una sentencia del Tribunal Supremo de Madrid, que reconoció su validez y fue analizada en España por D. Joaquín HOSPITAL RODÁS, y especialmente, las sents. de 14-III-1933 y 30-XII-1944, que parecen ser el antecedente del artículo 3º de la nueva ley de arbitraje de 1953, a través del cual podría filtrarse el arbitraje irritual en España.

<sup>58</sup> Cfr., por ejemplo, los §§ 41 y 42 de la Z.P.O. o los 22 y 24 de la Str. P.O. en Alemania y los §§ 19-21 de la *Jurisdiktionsnorm* de Austria. Y aunque respondiendo a otro enfoque, el CONDE DE LA CAÑADA distinguía las causas de recusación en «inocentes» (parentesco, amistad) y «criminosas» (soborno, enemistad, etc.): cfr. *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, 2ª ed. (Madrid, 1794), p. 540.

<sup>59</sup> La abstención y la recusación de los demás sujetos procesales susceptibles de ellas —por ejemplo: en el derecho español, secretarios (arts. 234 y ss. l. e. civ.), peritos (art. 621 idem), testigos («tachas»: arts. 660 y ss.), síndicos (art. 1221), parientes y amigos en algún expediente de jurisdicción voluntaria (art. 1929) o ministerio público («queja» ante el superior: art. 99 l. e. crim.)— obedece a un doble fundamento: *inmediato* (deber

carácter *repressivo*, tenemos la exigencia de responsabilidad al juez que, pese a no estar incurso *a priori* en causa de inhabilidad o de sospecha, o respecto del cual no haya prosperado la recusación promovida, pronuncie *a sabiendas* sentencia injusta contra una de las partes.<sup>60</sup> Y en una situación intermedia, por operar *a posteriori*, pero con efectos anulatorios en cuanto al procedimiento, estaría la impugnación basada en haberse desestinado una recusación pertinente.<sup>61</sup> Contrayéndonos a ésta como instrumento típico para conjurar la parcialidad del juzgador, vemos que, como regla, obedece a la existencia de una causa, pero que excepcionalmente se autoriza sin ella, o lo que sería un enunciado más correcto: *con causa silenciada*, puesto que concurre también en esta hipótesis.<sup>62</sup> Y aun cuando la segunda cuente con partidarios,<sup>63</sup> indiscutiblemente constituye, como ya señalaba el Conde de la Cañada, “injuria” para el juez recusado, a quien se priva “de su natural defensa”<sup>64</sup> y, además, presenta el inconveniente de ser un arma de dos filos, que lo mismo puede servir para excluir al funcionario corrompido o parcial que al magistrado íntegro o intachable cuya rectitud tema el recusante. Huelga decir que la recusación, estrictamente individual, atañe sólo al funcionario en quien se dé el motivo recusatorio y en manera alguna se extiende al oficio en que preste sus servicios.<sup>65</sup>

15) Con independencia de que las listas de motivos recusatorios sean más o menos completas y de que convenga o no sustituirlas o adicionarlas con uno sumamente elástico, comprensivo de factores que no suelen enunciar los códigos

de conducirse con objetividad en el proceso) y *mediato* (riesgo de que con su actuación tendenciosa arrastren al juez a una decisión parcial).

<sup>60</sup> Cfr., por ejemplo, los arts. 356 y ss. del código penal español de 1932 (351 y ss. en el faccioso de 1944 y en el vigente de 1963).

<sup>61</sup> Véanse, en España, los arts. 1693, núm. 7 l. e. civ., y 912, núm. 6, l. e. crim., y en México el art. 159, frac. X, de la ley de amparo.

<sup>62</sup> Si bien no se expresa, por dos razones: «la primera, por la dificultad y quizás inclusive imposibilidad de *probar* su existencia, y la segunda, porque su alegación heriría el amor propio y aun el honor del recusado»: ALCALÁ-ZAMORA, *La reforma procesal penal en el Perú*, núm. 51 (en “La Revista del Foro”, julio-diciembre de 1939, y luego en “Ensayos”, p. 357).

<sup>63</sup> Así, en Argentina, cuenta con votos tan autorizados, como el de la Conferencia Nacional de Abogados de 1924 y el de los profesores LASCANO y ALSINA, el primero en su *Proyecto de código de procedimiento civil y comercial* (La Plata, 1935), pp. 82-4 y 171-2, y el segundo en su *Tratado*, cit. vol. I, pp. 466-72.

<sup>64</sup> Cfr. *ob. y lug. cit.* en la nota 58.

<sup>65</sup> De ahí que consideremos errónea la postura de CARNELUTTI cuando frente al «pensamiento corriente», que en este punto suscribimos, intenta mostrarnos la abstención y la recusación como «un fenómeno de competencia» (cfr. *Lezioni proc. pen.*, vol. II, núm. 310, pp. 256-7), con olvido de que aquélla atañe a la capacidad procesal *subjetiva* y ésta a la *objetiva*, es decir, mientras la una se relaciona con el *oficial*, la otra se refiere al *oficio* (cfr. nuestro *Prólogo* a la trad. del cit. libro, vol. I, pp. 26-7).

y que, sin embargo, podrían arrastrar al juzgador hacia soluciones parciales,<sup>66</sup> hemos de considerar aún, en relación con la posibilidad de éstas, dos casos que se producen con frecuencia y en planos paralelos. El primero se presenta cuando el juzgador nacional tenga que decidir un litigio entre un compatriota y un extranjero; el segundo, cuando un juzgador local haya de resolver una contienda entre vecino y forastero.<sup>67</sup> En ambas ocasiones, el respeto a la territorialidad (de la jurisdicción en la primera y de la competencia en la segunda) podría redundar en desmedro de la justicia, y habría que habilitar soluciones, difíciles, pero no imposibles, que garanticen en tales hipótesis la estricta imparcialidad del juzgador.<sup>68</sup> Desviaciones análogas cabría señalar por otros móviles.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> «Piénsese, por ejemplo, en la gratitud, que muchas veces no implica amistad íntima; en el espíritu de cuerpo, que en ocasiones arrastra, en pro o en contra, a las más arbitrarias decisiones; y sobre todo, en la afinidad o en las discrepancias de orden político, social o religioso, cuando se trate de delitos de estos tipos, y que influyen con harta frecuencia en el contenido del fallo, sin que pese a preverse éste haya posibilidad de recusar, porque en la mayoría de los casos no medió entre juzgador y justiciable relación alguna —ni de amistad ni de enemistad— anterior al proceso» (ALCALÁ-ZAMORA y LEVENE, *Derecho proc. pen.*, vol. I, p. 334). Véase también CALAMANDREI, *Elogio*, cit., 3ª ed., pp. 236-9.

<sup>67</sup> A refrenar los peligros del localismo judicial aspiran artículos como el 117 de la ley de organización judicial española de 1870, al prohibir que los jueces de primera instancia y los magistrados de Audiencia ejerzan jurisdicción en «el pueblo de su naturaleza» y en aquellos otros con que lo liguen lazos de parentesco o intereses. Pero pese al precepto, la influencia localista persistía en la vida forense española (y suponemos que seguirá repercutiendo en ella), aunque con distinta intensidad según las provincias. Y el artículo 1º de la hoy derogada ley del Jurado de 1888 autorizaba que se alterase la composición del tribunal popular cuando la sección de derecho «creyere que por el ambiente de pasión local o comarcal» aquél no fuese a actuar en forma «justa y libérrima».

<sup>68</sup> En la hipótesis de pleito entre vecino y forastero, el entuerto se puede remediar, aunque no siempre, y con el consiguiente aumento de gastos, acudiendo a la vía impugnativa, cuando el *ad quem* funcione fuera de la población donde se consumó el atropello; en la de proceso entre nacional y extranjero, las cosas se complican, por el obstáculo que supone la territorialidad de la jurisdicción: orillándolo, cabría pensar en recurso ante un tribunal internacional al efecto o en composición paritaria del juzgador de instancia (un juez compatriota del nacional, otro conciudadano del extranjero y un tercero imparcial, de nacionalidad ajena a la de ambos). Los peligros del nacionalismo y del localismo judiciales se agravan cuando combinados con la prorrogación, en virtud de cláusulas de sumisión a fuero impuestas, que no libremente aceptadas, por poderosas compañías, el proceso se desenvuelve *donde más le conviene* a la parte fuerte, que muy bien podría ser *donde menos le convenga* a la parte débil.

<sup>69</sup> Por ejemplo: por consideraciones clasistas, a las que ni siquiera la famosa y flemática judicatura inglesa ha logrado sustraerse (cfr. los casos referidos por LASKI en *Derecho y Política*, trad., española, Madrid, p. 282, y recordados por SILVEIRA en *La justicia inglesa de hoy*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", 1955, núms. 17-18, pp. 208-9); por motivos raciales, como en algún reciente y escandaloso veredicto de la justicia norteamericana, absolviendo a los asesinos blancos de un muchacho negro; o por espíritu de casta, como en tantos fallos (en la doble acepción del vocablo) de la justicia militar española.

c) *Juzgador que sólo lo es en parte*

16) El epígrafe abarca cuatro situaciones diferentes: a) la del tribunal de composición efectiva o aparentemente compleja; b) la del juzgador que no pronuncia sobre la totalidad del panorama litigioso susceptible de decisión; c) la de aquel cuya decisión no prevalece, y d) la del juzgador que no juzga. Las dos primeras tienen de común que el órgano jurisdiccional, cuando sea único, y uno de los que lo integran, cuando se componga de varios, no desenvuelve su plena potestad jurisdicente; en la tercera sí la ejercita, pero sin conseguir que su resolución triunfe, y en la cuarta propiamente no juzga, aunque pueda haber llevado a cabo actos jurisdiccionales secundarios.

1º) *Tribunal de composición efectiva o aparentemente compleja*

17) No ha de confundirse con el de *constitución colegiada*: en aquél existe *dualidad de órganos* jurisdiccionales, con separación funcional de cometido, mientras que en éste se trata de *órgano único*, con pluralidad homogénea o heterogénea de integrantes.<sup>70</sup> La complejidad puede ser *efectiva* o *aparente*: en el segundo caso, el ejercicio de la jurisdicción no se escinde, ya que uno de los órganos llamados a colaborar en la sentencia, no detenta poder jurisdicente alguno;<sup>71</sup> pero la semejanza externa entre ambas situaciones, aconseja estudiarlas a un tiempo, a fin de subrayar también sus diferencias.

α) *Jurado*

18) El jurado popular, en contraposición con la sección de derecho, brinda el ejemplo típico de tribunal complejo.<sup>72</sup> Los jueces legos, que se limitan a decidir sobre los hechos, no dictan la sentencia, pero su veredicto suministra la base vinculativa en que la misma se asienta. En cierto sentido, cabría afirmar que los jueces de derecho *juzgan*, en tanto que los jurados *pre-juzgan*. La sentencia resulta entonces fruto de una doble actividad jurisdicente, con deslinde, no siempre fácil, entre hecho y derecho, o, según otra formulación— circunscrita, claro

<sup>70</sup> *Pluralidad homogénea*: la de cualquier juzgador colegiado (público o privado) constituido por jueces de igual clase; *pluralidad heterogénea*: además de los casos mencionados en la nota 55, recordaremos los tribunales para la redención de foros creados en España por el R.D.L. de 25-VI-1926 e integrados por el juez de primera instancia, el registrador de la propiedad, el notario y dos vocales, que podían ser legos, nombrados uno por el actor y otro por el demandado (art. 10).

<sup>71</sup> Como en el caso del juez extensor: véase *infra*, nota 126.

<sup>72</sup> No vamos a examinar las distintas especies de jurado (ciudadano, técnico, corporativo: cfr. nuestro *Derecho proc. pen.*, vol. I, pp. 268-9), sino sólo su mecanismo.

está, al cuadro del enjuiciamiento criminal—, entre culpabilidad y penalidad.<sup>73</sup> Desde este punto de vista, la caracterización de los jurados como jueces de hecho o, mejor dicho, *de los hechos*, refleja con exactitud la tarea que asumen dentro del tribunal complejo, y el pronunciamiento global de éste podría expresarse así:  $S = (v + dj)$ , en donde  $S$  significa sentencia,  $v$  veredicto, y  $dj$  la decisión jurídica de los jueces profesionales. Cuando, por el contrario, los jueces legos no resuelven por separado, dentro de su privativa esfera de acción, sino que deliberan conjuntamente con los magistrados juristas y con ellos emiten la sentencia, que surge entonces como acto único y no doble, estamos en el campo del tribunal colegiado heterogéneo y no el de composición compleja.<sup>74</sup>

### β) Asociados

19) En diversos preceptos de la legislación venezolana se encuentra admitida la curiosa institución de los “*asociados*”<sup>75</sup> Vienen a ser, *prima facie*, una mezcla de escabinos, puesto que “unidos al juez o a la corte” forman el tribunal,<sup>76</sup> y de jueces-defensores próximos a los árbitros, ya que son designados por las partes, pero no por cada una el suyo, sino mediante ternas compuestas, respectivamente, por el actor y por el demandado con personas que reúnan las condiciones para “ser juez del tribunal que vaya a sentenciar”, y de tales listas “escogerá uno la parte contraria”.<sup>77</sup> La norma responde, sin duda, al propósito de que cada uno de los litigantes pueda excluir a quienes estime más adictos a sus adversarios, para garantizar así en el elegido un mínimo de imparcialidad,

<sup>73</sup> La potestad conferida al Jurado español por el art. 99 de la ley de 1888, reformado en 1931 (véase también el art. 21 del d. de 23-VIII-1936: tribunales populares: *supra*, nota 47), para decidir si la pena impuesta por la sección de derecho le parecía o no excesiva, con efectos conmutatorios de ser afirmativa la respuesta, significa conculcar a todas luces la divisoria señalada en el texto.

<sup>74</sup> Ella es precisamente la diferencia entre *escabinato* y *jurado*: mientras «los escabinos constituyen con el juez un colegio, en el cual tienen plena igualdad de derechos con él», la corte y el banco de los jurados forman dos colegios distintos, que no deciden juntos, pues cada uno tiene su propia esfera de acción (BELING, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 48-9). Acerca del escabinato, cfr., por ejemplo, el § 30 de la ley de organización judicial alemana de 27-I-1877, o bien los arts. 473 cód. proc. pen. y 2 del r. d. de 4-X-1935 sobre los asesores de las cortes *d'assise* italianas, aunque MANZINI rechaza que éstos tengan nada que ver con los escabinos germanos o, más exactamente, francos (cfr. *Tratado*, vol. II, núm. 163, pp. 180-5).

<sup>75</sup> Cfr. arts. 393-8 cód. proced. civ. de 1916; 1090-1 y 1094 cód. com. de 1919; 280-5 cód. enjto. crim. de 1926, y 44-7 l. org. tribs. Dist. Fed. de 1936. Acerca de la institución, véase CUENCA, *Aspectos fundamentales del proceso civil venezolano* (en “*Rev. Fac. Der. Méx.*”, 1952, núm. 8), pp. 109-10.

<sup>76</sup> Cfr. arts. 393 cód. proced. civ. y 280 cód. enjto. crim. cit.

<sup>77</sup> Cfr. art. 395 cód. proced. civ.; véanse también arts. 1091 y 1094 cód. com. y 282 cód. enjto. crim. cit.

aunque, a decir verdad, muy relativo, porque para evitar ese riesgo, bien se habrá cuidado el contrincante de proponer tres nombres de sus más absoluta confianza. Por tal causa, y además por la de no ser propiamente jueces legos, hay en definitiva que reputarlos más jueces-defensores que escabinos.

γ) *Asesores*

20) Cuando el titular lego de la jurisdicción (único o colegiado) no pueda sentenciar sin oír previamente el dictamen de un asesor jurista, la índole de la decisión que recaiga suscita dudas.<sup>78</sup> Para despejarlas, hemos de partir de las dos hipótesis que pueden plantearse, a saber: la de que el juzgador profano haga suyo el parecer del asesor, y la de que se aparte del mismo. Si ahora representamos la actividad del asesor por *cj* (ciencia o conocimiento jurídico), la del juzgador lego por *vj* (voluntad jurisdicente), y la sentencia como *S*, la expresión de ésta sería, respectivamente:

$$S = (cj + vj)$$

$$S = (vj - cj)$$

La impresión, sobre todo en el primer caso, que implica *suma*, a diferencia del segundo, que entraña *resta*, es la de hallarnos ante decisión de un tribunal de composición compleja, como la que tuvimos ocasión de reflejar a propósito del jurado (véase *supra*, núm. 18). En efecto, de la misma manera que los jueces de hecho contribuyen con su veredicto a integrar la sentencia, así también lo haría el asesor con su dictamen. Sin embargo, junto a esa coincidencia, existen discrepancias esenciales: *a*) en la *suma subjetiva* jurado —sección de derecho, ambos sumandos ejercen jurisdicción; en la también subjetiva asesor— juez lego, únicamente éste; *b*) mientras los magistrados tienen que sujetarse al veredicto, el asesorado puede desentenderse del dictamen (aunque no deje de ser paradójico que la opinión lega vincule a la profesional o jurídica y no acontezca lo contrario); *c*) en la *suma objetiva* veredicto-sentencia de derecho, aquél es *vinculativo* en cuanto a los hechos, y en la también objetiva dictamen-decisión lega, aquél se reduce a *optativo*, para el asesorado, en cuanto al derecho; *d*) conforme a una concepción silogística de la sentencia, el veredicto aportaría la

<sup>78</sup> Acerca de los asesores en el derecho venezolano, cfr. los arts. 399-403 cód. proced. civ. y 286-90 cód. enjto. crim., así como LORETO, *Consideraciones acerca de la institución de la asesoría* (San Cristóbal, 1935; ahora en "Ests. Der. Proc. Civ.", Caracas, 1956, pp. 199-211), y CUENCA, *ob. y lug. cit.* en la nota 75, y *El Derecho procesal en Venezuela* (Caracas, 1956), p. 78; en cuanto al derecho español, véanse los arts. 71 de l. org. jud. y 194 y 203 de la de enjto. civ. y PRIETO-CASTRO, *Derecho procesal civil*, tomo I (Madrid, 1952), pp. 109, nota 183, y 302, nota 511.

premisa menor o histórica, mientras que el dictamen contribuirá principal o exclusivamente a establecer la premisa mayor o jurídica.<sup>79</sup> Las precedentes diferencias hacen que la figura del asesor acaso se conecte en mayor medida con estas otras dos: el *magistrado-ponente* en los tribunales colegiados y el *perito jurista* que intervenga para acreditar normas sometidas a prueba, principalmente de derecho extranjero.<sup>80</sup> El proyecto del ponente, lo mismo que el dictamen del asesor, puede ser rechazado,<sup>81</sup> pero mientras aquél es uno de los miembros del juzgador, éste no juzga, ni siquiera cuando el juez acoja sus puntos de vista. En cuanto a la pericia jurídica, ha de entenderse que posee naturaleza *informativa* acerca de la *existencia* del precepto, pero no *vinculativa* respecto de su *contenido*,<sup>82</sup> y la coincidencia entre ella y el dictamen del asesor estriba en que ambos suponen derogación del principio *iura novit curia* (véase *infra*, núm. 22), si bien con la divergencia, a su vez, de que en tanto la primera funciona durante el periodo probatorio, el segundo opera en la fase elaborativa de la sentencia, y la distancia entre las dos etapas procesales, escasa hasta casi ser nula en un proceso efectivamente oral y concentrado, podría ser muy considerable en uno de características opuestas.

### δ) Consulta

21) En el viejo trámite de la consulta, que todavía perdura, con ese u otros nombres, en algunos países,<sup>83</sup> la sentencia del inferior necesita la confirmación

<sup>79</sup> Al expresarnos así, no tomamos parte, por ahora, ni en pro ni en contra de la tesis silogística acerca de la naturaleza de la sentencia, frente a la que recientemente se ha alzado CALAMANDREI (cfr. *Processo e democrazia* —Padova, 1954—, pp. 56-66), quien, sin embargo, antes se había manifestado en dirección opuesta en uno de sus más brillantes ensayos: *La genesi logica della sentenza civile* (publicado por primera vez en 1914 y luego reproducido en "Studi sul processo civile", vol. I, —Padova, 1930—, pp. 1-51).

<sup>80</sup> Véanse, verbigracia, el § 293 de la Z.P.O. alemana, el art. 284 del cód. proc. civ. mexicano del D. F. o el 4 de nuestro *Anteproyecto que reforma el régimen de la prueba en el código de procedimientos de Honduras* (en "Rev. Fac. Der. Méx.", 1955, núms. 17-18, p. 404).

<sup>81</sup> Cfr. respectivamente, a propósito del ponente, los arts. 336, núm. 6, l. enjto. civ. y 147, núm. 4, l. enjto. crim., ambas de España, y acerca del asesor, los arts. 403 cód. proced. civ. y 290 cód. enjto. crim., los dos de Venezuela.

<sup>82</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *La prueba del derecho consuetudinario* (en "Revista de Derecho Privado" y luego en "Estudios de Derecho Procesal" —Madrid, 1934—, pp. 429-60), pp. 436-9.

<sup>83</sup> Con el de «consulta» en la Argentina (cfr. nuestro *Der. proc. pen.*, vol. III, pp. 313-5) y en Honduras, en lo penal (arts. 1229-34 cód. proced. de 1906); con el de «apelación de oficio», que es el que mejor le cuadra, en Brasil (cfr. BUZARD, *Da apelação ex-officio no sistema do código do processo civil* —São Paulo, 1951—); con el de «revisión (*rectius*, apelación) de oficio» o «forzosa» en México (arts. 716 cód. proc. civ. D. F. y 258 cód. proc. civ. federal); como «casación en las causas de muerte» en España (arts. 947-8 l. enjto. crim.).

del superior para surtir efectos. Si este resultado se produce, la fórmula de la sentencia sería:  $S = (di + cs)$ , o sea decisión del inferior más confirmación del superior; si, por el contrario, media revocación, el desenlace sería este otro:  $S = (rs - di)$ , es decir, resolución del superior menos decisión del inferior. Pero en ambas hipótesis, el inferior ha juzgado, aun cuando en la segunda su decisión no prevalezca (véase *infra*, núm. 23) y, por tanto, la consulta y sus equivalentes nos sitúan ante un oficio judicial subjetivamente complejo, si bien inspirado en principios distintos de los que rigen el funcionamiento del jurado, según se infiere del siguiente cuadro:

*Juzgador consultante y juzgador consultado*

- a) pertenecen ambos a la judicatura;
- b) se hallan en distinto grado jurisdiccional;
- c) se enfrentan a las mismas cuestiones;<sup>84</sup>
- d) resuelven en forma sucesiva e independiente.

*Jurados y jueces de derecho*

- a') sólo los segundos pertenecen a la judicatura;
- b') integran un solo tribunal;
- c') se ocupan de cuestiones distintas (véase *supra*, núm. 18);
- d') deciden de manera consecutiva y conexa.

La consulta y remedios afines sólo tienen razón de ser en organizaciones judiciales cuyos peldaños inferiores no inspiren plena confianza; mereciéndola, resultan contrarios a principios tan fundamentales, como el de independencia funcional y el de inmediatividad, y son, además, innecesarios siempre que exista un sistema eficiente de genuinos recursos y un ministerio público establecido como institución permanente y separada de la judicatura.<sup>85</sup> Por otra parte, la consulta no constituía, en realidad, un medio impugnativo distinto del correspondiente recurso, sino tan sólo una diversa manera de planteamiento.<sup>86</sup> Es hora, por consiguiente, de que desaparezca semejante "extravagancia judicial", como llegó a llamársele,<sup>87</sup> con tanto más motivo cuanto que en alguna ocasión podría significar la conculcación flagrante de elementales garantías y principios procesa-

<sup>84</sup> Porque si bien lo más probable es que el superior se contraiga a examinar si el derecho se aplicó o no correctamente (y en tal sentido su actividad se encuentra muy próxima a la casación), nada le impide adentrarse por el terreno de los hechos. Véase, además, *infra*, nota 88.

<sup>85</sup> Cfr. nuestro *Derecho proc. pen.*, vol. III, p. 315.

<sup>86</sup> Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, tomo III, 2ª ed., —Madrid, 1853—, p. 220.

<sup>87</sup> Por João MONTEIRO (*Processo civil*, par. 221, nota 1), citado por BUZARD, *Da apelação ex-officio*, p. 58.

les.<sup>88</sup> Sólo frente a sentencias que impongan la pena de muerte, y contra las que no recurran los condenados, tendría justificación, por el prurito de extremar las precauciones antes de ejecutar una sanción irreparable, la subsistencia de la consulta.<sup>89</sup>

## 2º) *Juzgador que no pronuncia sobre la totalidad del litigio*

22) Tornamos a la separación hecho-derecho que trajimos a colación al referirnos al jurado. Respecto de las normas jurídicas, rige el principio *iura novit curia*,<sup>90</sup> siempre que pertenezcan al derecho nacional, general, vigente y legislado, o sea con la contrapartida respectiva del extranjero, estatutario, histórico y consuetudinario;<sup>91</sup> pero en cuanto a los hechos, el panorama cambia, y su fijación, al menos mientras estén subordinados al juego de ciertos principios procesales (dispositividad, verdad formal, prueba legal), puede quedar sustraída a la apreciación del juzgador. Entonces, como en el caso del veredicto, el juzgador no asienta su sentencia en la libre o razonada convicción que se haya formado de los hechos,<sup>92</sup> sino en una que en mayor o menor medida le viene impuesta desde

<sup>88</sup> Nos referimos al trámite equivalente a la consulta, que existe en el enjuiciamiento militar español y en virtud del cual, las sentencias de los consejos de guerra se elevan para su aprobación a la llamada autoridad judicial, o sea la militar —salvo durante la República, en que pasaron a las auditorías jurídicomilitares; cfr. art. 4 del decreto de 11 de mayo y decreto de 2-VI-1931—, por estimarse que jurisdicción y mando deben concentrarse en una sola mano, a fin de evitar pugnas y divergencias de criterio perjudiciales para la disciplina. Conforme a tan singular criterio, la aprobación o el disenso de las sentencias se encomienda a personas que para nada intervinieron en la deliberación de las mismas y que vienen así a pronunciar la última palabra en procesos cuya prueba y debate final no presenciaron. Con tan disparatado expediente (cfr. arts. 597 cód. just. mil. de 27-IX-1890 y 798 del actual de 17-VII-1945), los fundamentales principios de inmediatez, concentración, oralidad, publicidad y contradictorio resultan conculcados en esa ulterior etapa del proceso.

<sup>89</sup> Cfr. nuestro *Derecho proc. pen.*, vol. III, p. 315, así como *supra*, nota 83 *in fine*.

<sup>90</sup> Acerca del mismo, ampliamente, SENTÍS MELENDO, *Iura novit curia (Ensayo de sistematización bibliográfica y jurisprudencial)* en "Rev. Der. Proc." argentina, 1947, II, pp. 208-48); IDEM, *La aplicación de la ley extranjera en el derecho argentino* (en "Studi in onore di Redenti", vol. II, pp. 367-87). Véase también SATTI «*Iura novit curia*» (en "Riv. Trim. Dir. Proced. Civ.", 1955, pp. 380-5).

<sup>91</sup> Acerca de si en estos casos procede la prueba a cargo de las partes o la averiguación *ex officio*, véanse los preceptos citados en la nota 80, especialmente el art. 4 de nuestro mencionado *Anteproyecto*, así como lo que decimos en *La prueba del derecho consuetudinario*, pp. 439-42 y 446-59 (en "Estudios Der. Proc. »).

<sup>92</sup> Para la distinción, por algunos negada, entre libre convicción y sana crítica, remitimos a los siguientes trabajos: COUTURE, *Las «reglas de la sana crítica» en la apreciación de la apreciación de la prueba testimonial* (en "Jurisprudencia Argentina" de 27-VIII-1940, y luego como sobretiro —Montevideo, 1941—); ALCALÁ-ZAMORA, *Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba* (en "La Rev. de Der., Jurisp. y Admón",

fuera y que cercena su potestad jurisdicente. Hasta cierto punto, todo el régimen de la prueba legal se conectaría con el extremo que ahora contemplamos; pero como debido a su amplitud y gradaciones; su examen completo nos llevaría muy lejos, contentémonos con señalar un par de ejemplos de alto valor ilustrativo. Constitúyelo el primero la figura de la *admisión de hechos* afirmados por una parte y expresa o tácitamente aceptados por la contraria, equiparada en sus efectos a la confesión vinculativa<sup>93</sup> y determinante de una simplificación procedimental, de ser total el reconocimiento.<sup>94</sup> Compónelo el segundo la llamada *pericia decisoria*,<sup>95</sup> cuando por ley o por convenio incumba a los peritos fijar ciertos hechos, que el juzgador habrá de tomar necesariamente como cimiento para su decisión. El dictamen se encuentra aquí tan cercano al veredicto, que en algún texto los peritos que lo formulan son denominados “jueces de hecho”,<sup>96</sup> ni más ni menos que si fuesen jurados. De aceptarse esta tesis, el caso debería-

febrero de 1945, pp. 33-42), núms. 5-6, pp. 38-42; IDEM, *A propósito de libre convicción y sana crítica* (en “Rev. Jur. de Córdoba”, 1948, núm. 8, pp. 513-22). En nuestro susodicho *Anteproyecto para Honduras*, la omisión o infracción del juzgador de instancia en cuanto a las reglas de la sana crítica autoriza la casación ((cfr. pp. 415 art. 41—, 441 —art. 903— y 443 —art. 1237—).

<sup>93</sup> Aun cuando DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA opinen que se trata de figuras distintas (cfr. sus *Instituciones de Derecho procesal civil*, 1ª ed. —México, 1946—, p. 243; 3ª ed., 1954, pp. 267-8), en realidad, el mecanismo es diferente, pero el efecto el mismo dentro del derecho mexicano (cfr. art. 266 cód. proc. civ. D. F.), que a diferencia del español (cfr. art. 549 l. enjto. civ.), ha elevado a *preceptiva* la norma que en éste aparece como *potestativa* (sent. 18-V-1895).

<sup>94</sup> Cfr. arts. 549, ap. 2º, y 691 l. enjto. civ. española y 276 cód. proc. civ. D. F., que implican el salto desde la fase expositiva o polémica a la conclusiva o decisoria, con prescindencia de la demostrativa o probatoria.

<sup>95</sup> Cfr. BARRIOS DE ANGELIS, *El peritaje decisoria* (en la “Rev. de Der. Jurisp. y Admón.” abril-mayo de 1955, pp. 86-93); véase asimismo FAJÉN GUILLÉN, *La investigación biológica de la paternidad y su valor desde el punto de vista procesal* (sobretiro del “Anuario de Derecho Civil”, 1950, pp. 629-56), pp. 28-30. El tema de la pericia decisoria, limitada a ciertos supuestos taxativamente señalados (por ejemplo, en México, el art. 1300 cód. com.: en materia de avalúos), no ha de confundirse con el de la vinculatoriedad del dictamen pericial en todo caso, idea sustentada ya por juristas medievales italianos (cfr. MANZINI, *Tratatto*, vol. III —Torino, 1932—, pp. 316-7) y que preconiza más tarde FORAMITI en 1814 (cit. por FLORIAN, *Principi*, p. 299). Y menos aún puede identificarse con el dictamen emitido por el perito único designado de acuerdo por las partes (cfr. arts. 612-4 y 616 l. enjto. civ. española), porque si bien un informe de ese tipo tiene a su favor las máximas probabilidades de imparcialidad, queda sujeto, sin embargo, como los demás, a la razonada apreciación del juzgador (cfr. art. 632 ley cit.), puesto que podría ser erróneo.

<sup>96</sup> La expresión *iudices facti* se encuentra ya en BAYER, citado por CARNELUTTI en *La prova civile*, 2ª ed. —Roma, 1947—, p. 95; y traducida al castellano la hallamos en el art. 197 del *Proyecto de código de procedimiento civil* (Montevideo, 1945) elaborado para el Uruguay por COUTURE y donde los dictaminadores reciben entonces el nombre de «peritos arbitradores».

mos haberlo encajado entre las manifestaciones de tribunal complejo (*supra*, núm. 17); de rechazarla, es decir, de concebir a dichos peritos no como jueces, sino como terceros (distintos de los sujetos —partes y juzgador— de la relación procesal), entonces, tanto en esta hipótesis como en la precedente de la admisión de hechos y en la del veredicto, llegaríamos a la conclusión de que existen *sentencias subjetivamente complejas*, fruto de sumar dos actividades: una, que en los tres supuestos proviene de órgano jurisdiccional, o sea la relativa a la determinación del derecho, y otra, la concerniente a la fijación de los hechos, que emana de otro juzgador, de las partes o de un tercero, conforme a la siguiente representación:



3º) *Juzgador cuya decisión no prevalece*

23) Comencemos por la casuística: *a*) en un tribunal colegiado, llegado el momento de votar la sentencia, uno o más magistrados, sin excluir al ponente (véase *supra*, núm. 20, nota 81), quedan en minoría; *b*) en vía impugnativa, la sentencia del inferior es revocada; *c*) un juez o magistrado que concurrió a la vista o audiencia y votó los puntos resolutivos de la sentencia se imposibilita antes de que ésta sea íntegramente redactada (véase, además, *supra*, núm. 21). En el primero de esos supuestos, cabría sostener que la minoría *juzga*, en iguales condiciones y con el mismo derecho que la *mayoría*, pero que *no sentencia*, porque el fallo que ha de acatarse es el mayoritario, con el mismo alcance que si hubiese recaído por unanimidad. Más aún: para favorecer la impresión de que el tribunal forma un bloque, algunas legislaciones imponen que los votos en disidencia sean reservados, con una válvula de escape si se impugna la sentencia.<sup>97</sup> Sin embargo, esos votos particulares, como con escasa propiedad suele llamárseles, no son equiparables a un simple dictamen; y haciendo uso de una distinción que la jurisprudencia matrimonial (civil y canónica) ha subrayado en numerosos casos, diríamos que adolecen de *esterilidad* pero no de *impotencia*, porque el concurso del o de los jueces que formen ulteriormente la minoría, fue

<sup>97</sup> Cfr. arts. 367, 368 y 1708 l. enjto. civ. y 156, 157 y 919 l. enjto. crim. españolas, así como la circular de 14-VII-1883 sobre inserción de tales votos en un libro especial. Eran, en cambio públicos en la esfera del Tribunal de Garantías Constitucionales (art. 97 de la l. 14-VII-1933). Implanta también su secreto el art. 795 del nuevo cód. just. mil., y el 794 prohíbe que en el fallo se exprese si recayó por unanimidad o por mayoría.

indispensable para la válida constitución del tribunal, de tal modo que si éste se hubiese integrado sin aquéllos, la sentencia dictada sería nula, aunque hubiese obtenido idéntico número de votos favorables.<sup>98</sup>

24) En el segundo caso, afecte la revocación a sentencia de juzgador único o colegiado, el inferior desplegó su plena potestad jurisdicente, o dicho de otro modo: no sólo *juzgó*, sino que *sentenció*, pero su decisión fue reemplazada por la del superior. Esa misma sentencia, sin el más pequeño cambio de estructura ni de contenido, pudo, de no habérsela impugnado o de abandonarse luego el recurso interpuesto, ascender desde definitiva a firme y adquirir el atributo de la cosa juzgada.<sup>99</sup>

25) Por último, en los códigos que ordenan la inmediata votación de los puntos resolutive y conceden tras ella un plazo para lo que en México se llama, con un verbo feísimo, *engrosar* la sentencia,<sup>100</sup> cabe que durante ese lapso se imposibilite el juzgador para extenderla. Ese fragmento de sentencia, ¿puede equipararse a la sentencia plena? La respuesta que se dé a la pregunta depende, ante todo, del valor que se asigne a la *motivación*. Pese a que se ha hablado de una crisis suya,<sup>101</sup> que por lo demás no sería nueva,<sup>102</sup> no ha de mirársela como

<sup>98</sup> Cfr. arts. 1693, núm. 8. enjto. civ. y 912, núm. 5, l. enjto. crim. españolas, en ambas como motivo de *error in procedendo* («quebrantamiento de forma»). Será, desde luego, muy raro que tal motivo se produzca y que, originado, no se recurra contra él; pero suponiendo que el caso acontezca, creemos que no se trata de anulabilidad convalidable, sino de nulidad insanable por vicio en la constitución del tribunal.

<sup>99</sup> En el derecho español, el deslinde entre *sentencia definitiva* y *sentencia firme* se encuentra perfectamente trazado (cfr. arts. 369, 382, 403-4, 408, 1689-90 y 1796 l. enjto. civ. y 141, 848 y 954 l. enjto. crim.); en cambio, en el derecho mexicano, pese a acogerse dicha terminología (cfr. arts. 79, 92-3 y 426-7 cód. proc. civ. D. F.), no se ha puntualizado su alcance, y ello suscita dudas acerca de cuestiones tan interesantes, como si la apelación extraordinaria (art. 717 cód. cit.) y el mismo amparo (cfr. arts. 22, frac. III, 158, 158 bis, 161, 167 ley de amparo) constituyen simples recursos o determinan auténticos juicios. Véase en estos mismos «Scritti» la contribución de mi colega MEDINA JR., *La sentencia civil impugnada en amparo en el Derecho mexicano*, pese a que no estamos conformes con la tesis central del trabajo, en el que creemos se involucran los dos conceptos objeto de esta nota.

<sup>100</sup> Cfr. arts. 87-8, 396 y 714 cód. proc. civ. D. F. BERRÓN MUCEL entiende, y con razón, que «usar la palabra *engrosar* por *redactar*, es un barbarismo que debe proscribirse» (*Código de procedimientos civiles para el Distrito y Territorios Federales: Bibliografía, Concordancias, Jurisprudencia y Notas —México, 1934—*, p. 56).

<sup>101</sup> Cfr. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, cit., cap. IV «La crisi della motivazione», pp. 93-118.

<sup>102</sup> Recordemos que, por ejemplo, en España se prohibió la fundamentación de las sentencias en el siglo XVIII, por estimarse que daba lugar «a cavilaciones de los litigantes» y que consumía «mucho tiempo en la extensión» de las resoluciones. Más datos, en la nota 120 de nuestro artículo *Los actos procesales en la doctrina de Goldschmidt* (en «Estudios en memoria de J. Goldschmidt», vol. I —Buenos Aires, 1951—, p. 71; ahora, *infra*,

adorno superfluo, sino cual garantía esencial de una buena administración de justicia, singularmente en orden al empleo de los medios impugnativos y a la exigencia de responsabilidad al juzgador. Sin conocer los fundamentos de un fallo, será difícilísimo o imposible apreciar su justicia. En segundo lugar, habrá que tomar en cuenta si se trata de juzgador único o colegiado<sup>103</sup> y de materia civil o penal.<sup>104</sup> Y cuando como consecuencia de la combinación de esos factores se llegue a la conclusión de que hay que repetir el debate y la sentencia, nos encontraríamos también ante un juzgador cuya primitiva decisión no prevalece.

#### 4º) *Juzgador que no juzga*

26) Hasta cierto punto, esta paradójica figura interfiere con las que estudiamos *sub B*, ya que ninguna de ellas juzga en estricto sentido, o sea en cuanto al fondo del litigio; pero mientras la que ahora nos ocupa corresponde a la actividad del juzgador *funcionalmente* considerado, las que examinaremos más adelante pertenecen a quienes sólo *orgánicamente* pueden ser tomados como jueces. Pensemos, por de pronto, en el juzgador que durante un juicio ante él pendiente homologue una cualquier forma autocompositiva que produzca la extinción del proceso.<sup>105</sup> La resolución que a tal fin dicte, aun suponiendo que revista la estructura de una sentencia, tendrá el alcance de un *acta*, por analogía con la que autorice un notario, acreditativa de haberse producido el citado evento, y en manera alguna el de un genuino *pronunciamiento* jurisdiccional.<sup>106</sup> Otro ejem-

*Estudio Número 14*), y en MENÉNDEZ-PIDAL, *Sobre la motivación de las resoluciones judiciales* (en "Rev. Der. Proc." esp., 1953, pp. 3-28 y 155-78).

<sup>103</sup> Si se trata de juez único que se imposibilite para extender la sentencia, no habrá más remedio que repetir el debate final; si fuere juzgador colegiado, se impone distinguir entre que la imposibilidad afecte a la mayoría, en cuyo caso tendrá también que reproducirse la fase conclusiva (véanse a este propósito los arts. 347 l. enjto. civ. española y 400 cód. proc. civ. D. F.), o a la minoría únicamente.

<sup>104</sup> En materia penal podría surgir una delicada cuestión si al repetirse la audiencia en cualquiera de las hipótesis señaladas en la nota precedente, el segundo fallo resultase más severo que el esbozo representado por el primero. Quizás a evitar esa contingencia, aunque sólo respecto de juzgadores colegiados, obedezca la fórmula del art. 154 l. enjto. crim. española disponiendo que cuando por imposibilitarse algún magistrado no se logre mayoría, se procederá como en el caso de discordia.

<sup>105</sup> Hasta el punto de que de promoverse un nuevo proceso desconocedor del *non bis in idem*, la excepción a oponer entonces en el segundo no será la de cosa juzgada, sino la de transacción, desistimiento o allanamiento, respectivamente: cfr. arts. 1816 y 1819 cód. civ. español; 34 cód. proc. civ. D. F.; 113, 601 y 603 del Proyecto Couture o 155, 626 y 628 del Anteproyecto Montagú y Gorrín (La Habana, 1953).

<sup>106</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *El juicio penal truncado del derecho hispano-cubano* (en "Ensayos", pp. 411-500), núms. 88-9, pp. 480-1. En virtud de una muy discutible interpretación del art. 26 de la Constitución de 1940, puesto que el precepto se refiere a «testimonio del acusado» y no al allanamiento del mismo, se estima que ya no rige en Cuba la figura en cuestión.

plo lo tendríamos en el juez que por muerte, ascenso, traslado, excedencia, etc., no llegue a decidir el litigio que por más o menos tiempo le estuvo sometido, y ello sin perjuicio de las resoluciones secundarias (incidentales o de trámite) que en él haya emitido. Finalmente, de entender que la sentencia por antonomasia es la llamada *material*, o sea la que decide sobre el fondo, resultaría que las desestimatorias por inadmisibilidad de la pretensión (*absolutio ab instantia*),<sup>107</sup> es decir, las denominadas sentencias procesales, no implicarían acto de juzgamiento, sino mera declaración de mediar circunstancias —verbigracia: injurisdicción<sup>108</sup> o incompetencia— que impiden pronunciar sobre la cuestión controvertida.

d) *Juzgador que penetra en el área de las partes*

27) No, naturalmente, extralimitándose, porque entonces estaríamos en el campo de la responsabilidad, sino a tenor de preceptos expresos que le facultan para ello, pero que pugnen con un tipo de proceso dominado enteramente por la iniciativa de las partes y por la correlativa pasividad del juzgador hasta el momento de dictar sentencia (juez espectador). Las providencias para mejor proveer, en los códigos procesales hispánicos, tan sobremana dispositivos, proporcionan un buen ejemplo de la perspectiva a que nos estamos refiriendo.<sup>109</sup> En

<sup>107</sup> Cfr. nuestro *Derecho proc. pen.*, vol. III, pp. 239-40.

<sup>108</sup> Véase nuestra reseña del libro de FORNATTI, *Excepciones previas en el proceso penal* (Buenos Aires, 1952), en "Rev. Fac. Der. Méx.", 1954, núm. 14, p. 222, así como *Los conceptos de jurisdicción y competencia*, cit., núm. 16.

<sup>109</sup> Representan ellas, a nuestro entender, diligencias de prueba retardada, suplementaria y *ex-officio* —aunque a veces previa instancia de parte—: cfr. *Adiciones a los números 36 y 162 del Sistema de Carnelutti* —Buenos Aires, 1944—. Una variante, cronológicamente mejor planteada que la originaria del derecho español, la constituye la del art. 279 cód. proc. civ. D. F. Para el estudio del tema, COUTURE, *Teoría de las diligencias para mejor proveer* (Montevideo, 1932), y SENTÍS MELENDO, *Medidas para mejor proveer (El problema de su apelabilidad, según nuestra jurisprudencia)* (en "Rev. Der. Proc." argentina, 1944, II, pp. 126-44). Con mayor motivo, el juez penetra en el área de las partes en procesos de tipo inquisitorio; y así, conforme a la hoy derogada ley española de divorcio, de 2-III-1932, ni la confesión ni el allanamiento bastaban por sí solos para fundamentar una sentencia condenatoria (art. 51); y en México, si el convenio relativo a la situación de los hijos menores o incapacitados no fuere aprobable, el juez denegará la disolución del matrimonio, pese a haberla pedido ambos cónyuges, dentro de un típico procedimiento de jurisdicción voluntaria, aunque no lo catalogue así el legislador (cfr. art. 680 cód. proc. civ. D. F.). En otro sentido, si consideramos que la alegación de los hechos pertenece a las partes, la perspectiva de que el juez invoque hechos notorios no aducidos por ellas (cfr. art. 286 cód. proc. civ. mexicano del D. F.) habríamos de encajarla dentro de la hipótesis que venimos considerando. Acerca del concepto citado, STEIN, *Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse* (Leipzig, 1893); CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto*

materia penal, dentro de un texto de tendencia acusatoria, como el español, encontramos la "facultad excepcional" de su artículo 733 a fin de lograr una acertada calificación del delito, y en la misma dirección la posibilidad de solicitar "un mayor esclarecimiento de la cuestión debatida" en casación;<sup>110</sup> y la legislación mexicana dispone que "las circunstancias excluyentes se harán valer de oficio".<sup>111</sup> Y en zonas del enjuiciamiento donde la misión tuitiva del juzgador se acentúa, como la pupilar, la tutelar respecto de menores delincuentes o la laboral, fácil sería encontrar nuevas muestras de la señalada infiltración.<sup>112</sup> Sin embargo, la comodidad del funcionario judicial, inclusive su deseo de no descubrirse sino hasta el último momento, combinada con el celo de las partes, que les lleva a pecar más por exceso que por defecto en la defensa de sus intereses, hacen que en la práctica no sean frecuentes los casos en que el juzgador utilice tales resortes para suplir negligencias de los contendientes y restablecer el equilibrio en el proceso.

### B) *Juzgador sólo en sentido orgánico*

**28) A saber:** funcionarios pertenecientes a la carrera o poder judicial, judicatura o magistratura, como quiera llamársele al cuerpo o conjunto, pero que no se conducen como auténticos juzgadores en las actuaciones y procedimientos a que vamos a pasar revista, porque no realizan en ellos la consubstancial misión de dictar sentencia en cuanto al fondo del litigio.

*notorio* (en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1925, I, pp. 273-304); ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio* (en rev. cit., 1934, II, pp. 3-17); CARNELLI, *El hecho notorio* (Buenos Aires, 1944); DE STEFANO, *Il notorio nel processo civile* (Milano, 1947; reseña nuestra en "Rev. Fac. Der. Méx.", 1951, núm. 1-2, pp. 343-4).

<sup>110</sup> El art. 733 l. enjto. crim. debe entrar en juego cuando por «el resultado de las pruebas entendiéndose el tribunal que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error»: entonces, el presidente de la Sala recabará del ministerio público y de los defensores ilustración para obtener una correcta calificación o para determinar si media alguna circunstancia eximente de responsabilidad (Acerca de esta última cuestión en México, véase nota siguiente). En cuanto al otro precepto aludido en el texto, o sea el art. 897 l. cit., según la reforma de 28-VI-1933, impone al tribunal la tarea de formular concretamente la tesis que le ofrezca duda.

<sup>111</sup> Art. 17 del código penal de 1931 para el Distrito y la Federación en México. PINA entiende que dicho «precepto es rigurosamente procesal y, por lo tanto, propio del código de procedimientos penales» (en su edición del *Código penal —México, 1955—*, p. 48). Por nuestra parte, creemos que se trata de una norma de contenido substantivo, aunque opere a través del proceso.

<sup>112</sup> Sus distintas manifestaciones fueron analizadas por nosotros en el cursillo *Función y proyecciones sociales del proceso*, dado en la Universidad de Nuevo León (Monterrey) en 1952 y pendiente de publicación.

a) *Juez de los procedimientos preliminares*

29) Cuando antes de iniciarse el proceso principal se acude a la autoridad judicial solicitando de ella actuaciones preparatorias, preventivas o cautelares,<sup>113</sup> el funcionario que las decreta no se comporta como juzgador en estricto sentido, tanto porque las resoluciones que con tal motivo emita no alcanzan la categoría de la decisión en cuanto al fondo de un litigio no promovido aún, como porque podría darse el caso de que tras el procedimiento preliminar no se inicie luego el que debería ser su secuela.<sup>114</sup> No es ello obstáculo para que las diligencias mencionadas, singularmente las preparatorias, que son las más representativas del grupo, permitan elaborar la noción de *proceso preliminar*, que se encontraría con el de fondo en una relación de medio a fin. Mas como el tema lo hemos tratado con la indispensable extensión en un artículo inserto en un libro italiano de fecha reciente, a él remitimos al lector deseoso de mayores esclarecimientos.<sup>115</sup>

b) *Juez instructor*

30) Procede examinar por separado el penal y el civil. El *instructor penal* constituye una de las piezas esenciales del sistema mixto de enjuiciamiento, con su característica división del proceso en dos grandes fases: la de instrucción y la de debate final.<sup>116</sup> Conforme a tal sistema, el proceso penal abarcaría, prescindiendo de las ejecutivas y cautelares, cuatro actividades fundamentales, a encomendar a otros tantos órganos: instrucción, acusación, defensa y juzgamiento.<sup>117</sup> Planteado así el problema, con la instrucción puesta en manos de un funcionario judicial y no del ministerio público o de la policía (vease *infra*, núm. 66), los actos que a tal fin lleve a cabo el mismo no se pueden catalogar como de juzgamiento, aun cuando a lo largo de la etapa instructora adopte resoluciones y medidas. Nos estamos, naturalmente, refiriendo a los países en que existe

<sup>113</sup> Calificadas por ello genéricamente como “prejudiciales” en el título V cód. proc. civ. D. F. (donde el adjetivo deriva, dicho se está, de la acepción de «juicio» como sinónimo de proceso: *supra*, nota 15), aunque no siempre lo sean: cfr. arts. 193, frac. VII, 224 (en relación con el 463) y 237.

<sup>114</sup> Por muerte del promotor; por ser el resultado de la diligencia preparatoria distinto del previsto por el solicitante; por llegar a una avenencia los interesados, etc.

<sup>115</sup> Véase *supra*, nota 2.

<sup>116</sup> Además de la previa o preliminar, del procedimiento intermedio («Zwischenverfahren»), de la etapa impugnativa y de la ejecución: cfr. nuestro *Derecho proc. pen.*, vol. II, pp. 121-2 y 267-8.

<sup>117</sup> Cfr. FLORIAN, *Principi*, cit., p. 69; ALCALÁ-ZAMORA, *Algunas observaciones al proyecto de código procesal penal para el distrito* (en “Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México”, 1951, núm. 10), núm. 24, p. 23. Véase también GARRAUD, *Traité théorique et pratique d’instruction criminelle et de procédure pénale*, tomo I (París, 1907), núm. 26, pp. 23-4.

una tajante separación funcional entre instructor y sentenciador, elevada inclusive a incompatibilidad respecto de una misma causa,<sup>118</sup> y no a aquellos otros en que se permite la acumulación de cometidos o en que se consiente al instructor sobrepasar.<sup>119</sup> Allí donde medie el deslinde absoluto, el instructor penal no pasará —salvo eventuales paréntesis de actividad jurisdiccional cognoscitiva—<sup>120</sup> de desarrollar una misión preparatoria, de índole policial o administrativa,<sup>121</sup> encomendada a un funcionario judicial como mayor garantía para los justiciables, y perteneciente, en rigor, al género proceso preliminar, de que en el número anterior hemos hablado.

31) En cuanto al *instructor civil*, hay una especie con trazos similares, no idénticos, a los que acabamos de exponer acerca del que interviene en materia penal: prepara el pleito para que sobre él decida en audiencia el tribunal sentenciador, del cual no forma parte.<sup>122</sup> Le son, por tanto, aplicables los razonamientos que hace un instante estampados acerca de su hermano gemelo el penal. Significado distinto y más complejo posee el instructor, tan discutido, que como pieza clave implantó el código de procedimiento civil italiano de 1940, en su propósito de flexibilizar el principio de la colegiación del juzgador,<sup>123</sup> tratase de

<sup>118</sup> Cfr. § 23 *St. P. O.* alemana y arts. 54, núm. 12, l. enjto. crim. española y 64, núm. 6 (en relación con el 61 y el 374), cód. proc. pen. italiano.

<sup>119</sup> Cfr. arts. 432 y ss. cód. procedts. en lo criminal para la Capital argentina, de 1888, y 548, ap. 2º (en relación con el 547), cód. proc. pen. D.F. de 1931 (libertad por desvanecimiento de datos).

<sup>120</sup> Por ejemplo: en cuanto a la anticipación de pruebas o, en algunos países, respecto del sobreseimiento. Tales paréntesis son análogos, sólo que *antes* y no *después* de la sentencia, a los que se producen durante la ejecución, tanto civil como penal (cfr. *infra*, notas 145 y 259). Más datos, en *Proceso preliminar*, cit., nota 177, en relación con la 148 (pp. 308 y 300-1, respectivamente).

<sup>121</sup> Cfr. RENDE, *L'unità fondamentale del processo civile e del processo penale* (en "Rivista di Diritto Pubblico", 1921, núm. 3-4), pp. 381-6.

<sup>122</sup> Así, en España, en el procedimiento de la ley sobre propiedad industrial de 26-VII-1929 (art. 283; 270 en el texto revisado de 30-IV-1930) y en el de la derogada ley de divorcio (arts. 41, 54 y 55), con los cuales coincidía en este particular extremo el proyecto de 25-IV-1933 sobre vagos y maleantes (cfr. RODRÍGUEZ DRANQUET, *Defensa social* —Madrid, 1935—, pp. 187-8).

<sup>123</sup> Aunque sin llegar a la implantación del juez único en los términos que deseaba SOLMI en su frustrado proyecto: cfr. su volumen *La riforma del codice di procedura civile* —Roma, 1937—, pp. 20-4, 105, 158-60 y 172-4. Pese a que las reformas de 1948 y 1950 restringen los poderes del instructor tal como lo instauró el texto de 1940 (cfr. SATTÀ, *Le nuove disposizioni sul processo civile* —Padova, 1951—, pp. 9-12), la figura continúa siendo combatida: cfr. RICCA-BARBERIS, *Per un nuovo indirizzo della dottrina processuale* (Torino, 1954), pp. 53-55, hasta el punto de haberse efectuado una reunión de juristas al solo objeto de examinarla, cuyos debates se recogen en el volumen *Atti dell'incontro fra magistrati, professori universitari e avvocati per lo studio del tema «Il giudice istruttore nel processo civile»* (Milano, 1955). Por nuestra parte, hemos de

figura con antecedentes en otros ordenamientos<sup>124</sup> y que al transformarse en relator cuando el pleito alcanza la fase decisoria, juzga en ésta en condiciones de igualdad con los demás magistrados del tribunal.<sup>125</sup>

c) *Juez cooperador*

32) Cuando un funcionario judicial recibe un exhorto, nacional o extranjero, solicitando su cooperación para llevar a cabo una determinada diligencia (probatória, cautelar, ejecutiva, etc.), que el requirente no puede efectuar por caer fuera de su demarcación, su actividad al cumplimentarlo, pese a ser juez en sentido orgánico, así como a la naturaleza procesal de las actuaciones que realice, se reduce a satisfacer una función de auxilio, ni más ni menos que cuando peticiones análogas se dirigen a un notario, a un registrador o a una dependencia administrativa.<sup>126</sup>

manifestar que ni SATTÀ ni RICCA-BARBERIS han logrado convencernos con sus ataques al código de 1940: cfr. nuestras reseñas a sus trabajos en "Rev. Fac. Der. Méx.", 1951, núms. 1-2, pp. 337-9, y en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", 1954, núm. 19, pp. 321-2.

<sup>124</sup>Citados unos y silenciados otros en la "Relazione ministeriale": cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Indicaciones acerca del nuevo código de procedimiento civil italiano*, nota 35 (en el vol. I de la trad. del «Sistema» de CARNELUTTI, p. 410).

<sup>125</sup>Jueces instructores o, más concretamente, *tramitadores* lo serían también los secretarios judiciales, de encomendárseles *de iure*, como propugnaba PODETTI, la emisión de las providencias de mero trámite (no los autos y las sentencias, aunque *de facto* así acontezca también en diversos países), viniendo a compartir de ese modo «con los jueces el poder jurisdiccional» (cfr. *Teoría y técnica*, cit., p. 121). De prevalecer esa fórmula, la actividad jurisdiccional en el proceso se bifurcaría de acuerdo con el agudo contraste entre «tramitación» y «decisión» tan característico de la ley de enjuiciamiento civil española (cfr. nuestra *Adición al número 428 del Sistema de Carnelutti*, vol. III, pp. 139-41); pero no es una solución que nos agrade, y creemos que «lo pertinente aquí es simplificar el procedimiento, pero sin mermar lo más mínimo las facultades del juzgador como director del proceso» («Ensayos», reseña del cit. libro de PODETTI, p. 676, nota 15).

<sup>126</sup>Juez cooperador podríamos considerar asimismo, en sentido distinto, al *reporter* del derecho inglés, encargado de redactar las sentencias que el verdadero juzgador, o sea el titular de la jurisdicción, emite de palabra (cfr. COHN, *Das Reich des Anwalts. Anwaltsberuf und Anwaltsstand in England* —Heidelberg, 1949—, pp. 28-9); a menos de estimar que entre ambos media una relación similar a la que vimos existe entre asesorado y asesor (*supra*, núm. 20) o entre consultante y consultado (*supra*, núm. 21). Desde otro punto de vista, o sea en cuanto se ocupa de la redacción de la sentencia, habría que equipararle con el ponente español (*supra*, nota 81) o con el *giudice estensore* italiano (cfr. art. 266 regito. gen. jud. de 1865). Sobre auxilio judicial internacional, véase nuestro cursillo *Bases para unificar la cooperación procesal internacional*, dado en la "Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional" (Habana, febrero-marzo de 1956), actualmente en prensa [Publicado, en efecto, poco después en las pp. 19-102 del volumen VI de los "Cursos Monográficos" de la mencionada corporación: La Habana, 1957].

d) *Juez en orden a las sentencias constitutivas*

33) No vamos aquí a esbozar siquiera los distintos problemas originados por las acciones y sentencias constitutivas<sup>127</sup> y sí sólo a recordar que de acuerdo con la opinión de algunos tratadistas, un sector al menos dentro de ellas sería de naturaleza administrativa.<sup>128</sup> De aceptarse semejante tesis, el juez que pronunciarse una (seudo) sentencia constitutiva sólo se conduciría como juzgador en sentido orgánico.

e) *Juez ejecutor*

34) También ahora, como antes a propósito de instructor (*supra*, núms. 30-31), habremos de contemplar por separado el proceso civil y el penal. En el primero, a su vez, se impone diferenciar tres sistemas: a) el de los países en que la ejecución corre principalmente a cargo de un oficio autónomo, el ejecutor judicial, aunque bajo la vigilancia del juez de la ejecución y supeditado a él,<sup>129</sup> b) el de las naciones en que a la ejecución provee el propio juzgador de la fase de conocimiento o, más concretamente, como en España, el que haya intervenido en primera instancia;<sup>130</sup> c) el hasta cierto punto mixto de algunos códigos mexicanos, con el juez de la ejecución y el llamado juez ejecutor.<sup>131</sup> En el primero de esos tres sistemas, el ejecutor no es verdadero órgano jurisdiccional, sino

<sup>127</sup> Por ejemplo: si son o no distintas de las declarativas (cfr. MORTARA, *Comentario*, 4ª ed., vol. IV —Milano, 1923—, pp. 62-74); si la divisoria entre ambas puede marcarse atendiendo a que las declarativas operen *ex tunc* y las constitutivas *ex nunc* (tesis de KISCH —*Deutsches Zivilprozessrecht*, 3ª ed., vol. II, Berlín-Leipzig, 1922, pp. 55-6—, rechazada por GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, —Barcelona, 1936—, p. 112); si se manifiestan sólo en el campo civil o se extienden asimismo al penal (cfr. MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana* —Napoli, 1934—, pp. 21-2 y 347-8); en qué medida lo son las colectivas laborales, etc.

<sup>128</sup> Cfr. CALAMANDREI, *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, en "Studi", I, pp. 240-1, y *Processo civile inquisitorio*, cit. en "Studi", II, pp. 334-4, y LORETO, *La sentenza constitutiva* (en "Cultura Jurídica", de Caracas, 1942, pp. 135-57, y en "Rev. Der. Proc." argentina, 1944, I, pp. 1-17), nota 14.

<sup>129</sup> Cfr. arts. 556, 562, 585 cód. proc. civ. francés; §§ 753 y ss. Z.P.O. alemana; arts. 57, 475, 492 cód. proc. civ. italiano; art. 508 cód. proc. civ. polaco de 1932.

<sup>130</sup> Cfr. arts. 713, 737, 838 y, especialmente, 919 l. enjto. civ. española. Véanse también los §§ 3 y ss. de la *Exekutionsordnung* austriaca de 1896, donde el ejecutor no es oficio autónomo (cfr. § 16). Austria sigue, pues, en este punto el sistema del derecho común: cfr. CHIOVENDA, *Principii*, p. 450.

<sup>131</sup> Cfr. arts. 455, 458-60, 474, 501-4, 599-601 y 724 cód. proc. civ. D. F. y 72 y 154 l. org. jud. (según reforma de 28-XII-1933) Pero el art. 2º del decreto de 1-I-1935 dispuso que las funciones de los jueces ejecutores fuesen desempeñadas por los secretarios de acuerdos.

auxiliar del juez,<sup>182</sup> como en otra dirección el secretario, que también puede gozar de autonomía.<sup>183</sup> Lo mismo puede afirmarse, e incluso con mayor motivo, del seudojuez ejecutor mexicano.<sup>184</sup> Dilucidada esa primera duda, queda otra en pie: ¿la actividad del juez de la ejecución a lo largo de ésta, posee naturaleza jurisdiccional o administrativa? La respuesta depende, en parte nada más, del concepto de jurisdicción que se acepte;<sup>185</sup> pero —recalcamos— *sólo en parte*, porque aun elegido el más restrictivo, cabe que durante la ejecución emanen del juzgador inequívocos proveimientos jurisdiccionales respecto de excepciones, incidentes, oposiciones y hasta recursos suscitados mientras se lleva a cabo.<sup>186</sup> Mas junto a esas actuaciones, que podrían faltar en absoluto y que, en todo caso, serían enclaves procesales de conocimiento incrustados en la fase de ejecución, tenemos las peculiares del proceso ejecutivo,<sup>187</sup> entre las cuales no pocas, y de las más características, concuerdan con otras que se desenvuelven fuera del área procesal. Una subasta ascendente practicada en una aduana para vender mercancías decomisadas, persigue la misma finalidad económica<sup>188</sup> —obtención del mejor precio mediante pujas entre los licitadores— que la realizada en un juzgado, y el procedimiento en ambas podría sin dificultad ser el mismo; el papel

<sup>182</sup> O, más exactamente, de la *función judicial*, en contraste con quienes lo son de la *organización judicial*: cfr. nuestro *Programa de Derecho Procesal Civil* (México, 1948), p. 17; 2ª ed., 1960, pp. 14-5.

<sup>183</sup> Aun cuando no en México, donde al ser designado por el juzgador a cuyas órdenes actúe (cfr. arts. 30, 51, 60, 76, 90 l. org. jud. D. F.) se reduce a un subalterno y deja, por lo mismo de constituir frente a él esa garantía de que hablan por ejemplo, MOREL (*Traité élémentaire de procédure civile* —Paris, 1932—), p. 213 y CHIOVENDA (*Istituzioni*, vol. II —Napoli, 1934—, p. 70). Se le coloca, pues en el trance, o de ser desleal con el juez que lo nombró y puede destituirlo sin más, o de convertirse en cómplice o encubridor de sus desafueros.

<sup>184</sup> Suprimido de hecho por la reforma de 1935 mencionada en la nota 131. Eliminado asimismo por el *Anteproyecto de código de procedimientos civiles para el Distrito y territorios federales* (México, 1948), p. VI, y por el *Proyecto etc.* (México, 1950), p. 4.

<sup>185</sup> Recojamos tan sólo tres posiciones: a) la jurisdicción *no* incluye la ejecución, si bien ambas se engloban bajo el común denominador de función procesal (tesis de CARNE-LUTTI: *Sistema*, núms. 38, 39, 48 y 63); b) la jurisdicción *sí* abarca la ejecución, juntamente con el conocimiento (tesis de CALAMANDREI: *Istituzioni*, 2ª ed., §§ 19-20, pp. 53-62); c) la ejecución es «una actividad de administración» (tesis de BRUNS, *Legame e libertà del giudice nel diritto processuale civile*, en "Jus", 1954: véase p. 203).

<sup>186</sup> Cfr. en la l. enjto. civ. española los arts. 932-45 (incidente de liquidación), 942 y 949 (apelación) y 1543 (tercerías en ejecución de sentencias) y en el cód. proc. civ. D. F. los arts. 515-6 y 518 (incidente de liquidación), 523 (incidente de división de la cosa común), 531 (excepciones oponibles durante la ejecución de sentencias o de convenios judiciales), 527 (recurso de queja) y 664-6 (tercerías).

<sup>187</sup> Cuyo paralelismo con el de conocimiento exagera, sin duda, DENTI en *L'esecuzione in forma specifica* (Milano, 1953), singularmente en los capítulos III-V: véase nuestra reseña en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", 1954, núms. 20-21, pp. 360-2.

<sup>188</sup> Aunque la causa jurídica sea distinta.

del juez que presida un remate, no difiere, en ese concreto aspecto, del de un *martillero* argentino o uruguayo; la expropiación procesal forzosa se puede efectuar extrajudicialmente<sup>139</sup> y, por el contrario, algún código regula subastas voluntarias judiciales.<sup>140</sup> Claro está que la ejecución no se reduce a la de tipo expropiatorio; pero ésta es la más difundida, y aun en las otras,<sup>141</sup> fácil sería señalar actuaciones que si bien por la intervención del juez en ellas pueden reputarse *subjetivamente judiciales*, no cabe sostener que sean *objetivamente jurisdiccionales*.<sup>142</sup>

35) Pasemos a la *ejecución penal*, territorio no bien sistematizado todavía, pese al reciente y, como suyo, genial esfuerzo de Carnelutti.<sup>143</sup> Zona de confluencia, mal delimitada, de actividades judiciales y administrativas, algunas, de éstas encomendadas a jueces y magistrados,<sup>144</sup> en ella cabe también descubrir enclaves

<sup>139</sup> Mediante hoteles de ventas (r. o. 27-XI-1897) y ahora salas de subastas (decretos de 13-V-1945 y 18-VI-1948) en España; corredor o casa de comercio (art. 598 cód. proc. civ. D. F.) en México; comisionista (arts. 532-3 cód. proc. civ.) en Italia —en los tres países, sólo respecto de muebles—; *martillero* (art. 431 del proyecto Couture para Uruguay, que se extiende asimismo a los inmuebles).

<sup>140</sup> Cfr. libro III, primera parte, título XIII, «De las subastas voluntarias judiciales», l. enjto. civ. (arts. 2048-55), así como los arts. 1048-50 cód. proced. de Honduras.

<sup>141</sup> Ejecución mediante apropiación de productos —usufructo forzoso, como le llama el cód. proc. civ. de la Ciudad del Vaticano (arts. 564-70), o anticresis forzosa, como creemos debe denominarse (cfr. nuestra *Adición al número 342 del Sistema de Carnelutti*; véanse arts. 1505 y 1521-9 l. enjto. civ. española y 583 y 596 cód. proc. civ. D. F.); idem mediante liberación o entrega (de cosas o de personas: cfr. art. 526 cód. cit. D. F.); idem acerca de obligaciones de hacer o de no hacer (inclusive la condena a la emisión de una declaración de voluntad: cfr. DE BUENO VIDIGAL, *Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade* —São Paulo, 1940—, y R. VALCARCE, *La sentencia de condena a la emisión de la declaración de voluntad* —en “Rev. Der. Proc.” española, 1949, pp. 319-28—).

<sup>142</sup> En otro sentido, cabe que un funcionario judicial provisto de imperio ejecute las sentencias dictadas por otro carente de él. Para la casuística dentro del derecho español (sentencias de jueces privados, tribunales extranjeros, etc.), véanse nuestras *Adiciones al Derecho procesal civil de Goldschmidt* —Barcelona, 1936—, p. 627, hecha la aclaración de que actualmente hay que agregar de nuevo las procedentes de la jurisdicción eclesiástica en las hipótesis que entonces y allí dimos por derogadas.

<sup>143</sup> A saber: el realizado en las *Lezioni proc. pen.*, principalmente en los núms. 128-132, 286-90 y 557-609, en su intento de *procesalizar* desde el verdugo hasta el trabajo en los establecimientos penitenciarios y la asistencia a los ex-presidarios. Opuesta a esa tendencia procesalizadora de la ejecución penal debemos considerar la de HAFTER, cuando entiende que ella constituye un tercer territorio jurídico, distinto del penal substantivo y del enjuiciamiento criminal, o sea el *Strafvollzugsrechts* (derecho ejecutivo penal): cfr. su *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechtes* (Berlín, 1926), § 1.

<sup>144</sup> Por ejemplo, la visita de cárceles e inspección de establecimientos penitenciarios, regulada a veces en los códigos procesales: cfr. arts. 526 y 990 l. enjto. crim. española (en relación con los arts. 183-5 r. d. de 5-V-1913) y 403-12 cód. enjto. crim. venezolano de 1926.

de conocimiento como los que hace un momento señalamos en el campo de la ejecución civil y, dicho se está, en orden a los mismos el juez se comporta como órgano jurisdiccional,<sup>145</sup> pero no fuera de ellos.

f) *Juez en negocios de jurisdicción voluntaria*

36) Si el proceso es el campo donde la jurisdicción se desenvuelve,<sup>146</sup> y si de acuerdo con la tendencia hoy dominante,<sup>147</sup> la seudojurisdicción voluntaria, que habría que designar de otro modo,<sup>148</sup> carece de contenido jurisdiccional (como también de índole voluntaria), los funcionarios judiciales adscritos a su conocimiento sólo serán, respecto de los procedimientos que la integran, jueces en sentido orgánico pero no funcional. La materia varía, además, sobremanera en los ordenamientos positivos, y negocios que unos siguen atribuyendo a autoridades judiciales, otros los someten a funcionarios administrativos.<sup>149</sup>

37) Dentro de la jurisdicción voluntaria ha de incluirse la *conciliación*<sup>150</sup> y,

<sup>145</sup> Por ejemplo: incidente sobre demencia de confinados, especialmente cuando medie oposición (cfr. arts. 991-4 l. enjto. crim. española); revisión de medidas asegurativas (art. 17 ley de vagos esp. de 1933); recurso del sujeto peligroso contra excesos o abusos en la ejecución de la medida contra él dictada (art. 18 l. vagos cit.); rehabilitación (arts. 597-602 cód. proc. pen. italiano); procedimiento para la concesión de indulto necesario (arts. 613-8 cód. proc. pen. D. F. y 560-7 idem federal, ambos en México, y equivalentes del recurso de revisión de otros países); disposiciones relativas a la fuga de presos y quebrantamiento de condena (art. 613-6 cód. proc. pen. argentino para la Capital y 382-8 cód. enjto. crim. venezolano).

<sup>146</sup> Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, cit., pp. 302-3.

<sup>147</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Premisas jurisd.* vol., cit., p. 48, nota 168. En contra, *supra*, nota 11.

<sup>148</sup> El código de procedimientos de Honduras habla de «actos judiciales no contenciosos» (primera parte, libro IV; el de procedimiento civil de Venezuela, de «procedimientos especiales no contenciosos» (libro III, parte segunda); el judicial de Panamá elude la cuestión, refiriéndose en su libro II, títulos VII-XI, simplemente a juicios y procedimientos relacionados con distintos libros del código civil y mezclando en ellos contenciosos y voluntarios. El cód. proc. civ. italiano pretendió escamotear el concepto, que se le escapó, sin embargo, en el art. 801. Y por nuestra parte hemos propuesto la denominación *actividad extraprocesal o extralitigiosa* (cfr. *Premisas jurisd.* vol., núms. 40 y 42).

<sup>149</sup> Cfr. indicaciones oportunas en *Premisas jurisd.* vol., cit., notas 35, 46 y 152.

<sup>150</sup> En contra MORTARA y SATTI: véase *supra*, nota 12. En España, se habló de «juicio de conciliación» por la l. de 3-VI-1821, consecuencia de los arts. 282-4 de la Constitución de 1812; los artículos 21-30 del reglamento provisional de 1835 la contemplan como «juicio de paz», pero dándole a la vez el nombre de «acto de conciliación», que es el que se adopta a partir de la l. enjto. civ. de 1855. Para el estudio de la institución en España, últimamente ARAGONES ALONSO, *Exposición sistemática del acto de conciliación* (en «Rev. Der. Proc.» esp., 1951, pp. 267-91) y R. VALCARGUE, *Los actos de conciliación en materia civil* (en rev. cit., 1953, pp. 329-51). Téngase en cuenta, sin embargo, que en el

por consiguiente, de ser un juez quien la dirija,<sup>151</sup> lo será asimismo en la antes anotada acepción orgánica e impropia. Con la conciliación se relaciona, a su vez, la institución española de los *hombres buenos*,<sup>152</sup> que participan en ella a fin de avenir a las partes, aunque en ocasiones pequen por exceso de celo.<sup>153</sup> Teniendo en cuenta ambos factores, podríamos caracterizar a los hombres buenos como auxiliares a un tiempo del conciliador, en sus esfuerzos por lograr la avenencia, y de las partes, en cuanto salgan a la defensa de sus intereses y puntos de vista; o bien como una figura próxima a la del mediador, de quien más adelante trataremos (*infra*, núm. 45).

### g) Juez y actividad administrativa

38) No toda la actividad de jueces y magistrados puede etiquetarse como jurisdiccional, ni siquiera de manera mediata, sino que un sector considerable de la misma pertenece de lleno a los dominios administrativos.<sup>154</sup> Al expresarnos así, no pensamos, ciertamente, en *preceptos* orgánicos que les afecten como a cualesquiera empleados públicos (normas, verbigracia, sobre nombramiento, retribución, ascenso, jubilación, etc.), y respecto de los cuales sean destinatarios y no originadores, sino en *actos* efectuados por ellos a título de funcionarios judiciales o por razón de los puestos que ocupen en la administración de justicia: por ejemplo, obligaciones de tipo estadístico<sup>155</sup> o comunicaciones e informes

derecho español la conciliación funciona asimismo, aunque restringidamente, en el orden penal: cfr. arts. 278 y 804 l. enjto. crim.; en el mismo sentido, arts. 591-2 cód. proced. crim. federal argentino; 1296 cód. proced. hondureño y 302-7 cód. proced. pens. peruano de 1940.

<sup>151</sup> Puesto que cabe su reemplazo, en ciertos casos, por otros organismos, como en España las Cámaras de comercio o las Juntas de detasas ferroviarias; cfr. nuestra *Adición al número 59 del Sistema de Carnelutti*.

<sup>152</sup> CARAVANTES remonta la denominación a los Fueros concedidos a Baleares por Jaime el Conquistador en 1230; cfr. su *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*, tomo I —Madrid, 1856—, p. 414.

<sup>153</sup> La tan mexicana frase *No me defiendas, compadre*, sería aplicable con frecuencia a no pocos *hombres buenos*, que llegan a conducirse como *hombres malos*, según le reprochó cierto poeta español a un colega suyo cuya intransigencia en el acto conciliatorio frustró una avenencia a que el primero se inclinaba.

<sup>154</sup> Aunque no de manera absoluta, el contraste español entre *sala de gobierno* y *salas de justicia* en los tribunales colegiados responde a dicha contraposición (cfr. arts. 42-4, 61-2 y 616-22 l. organ. jud. de 1870). Un deslinde parecido se advierte en las atribuciones del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México: el artículo 11 enumera las propiamente jurisdiccionales, mientras que el 12 menciona las de índole administrativa (cfr. l. organ. poder jud. de la Feder. de 1951).

<sup>155</sup> Cfr. l. enjto. crim., libro I, título XII: «De las obligaciones de los jueces y tribunales relativas a la estadística criminal» (arts. 247-57).

no procesales con autoridades de otros órdenes.<sup>156</sup> Junto a esos dos sectores, cuya naturaleza administrativa no ofrece duda y en que, por tanto, el juez no des- envuelve poder jurisdicente, existen otros en que la caracterización no resulta tan fácil. Ante todo, las *sanciones disciplinarias* cuya imposición se atribuya a la judicatura: en ellas procede distinguir las tendientes a asegurar de manera *genérica* la buena marcha de los servicios judiciales,<sup>157</sup> y las encaminadas de modo *específico* a garantizar el orden y el respeto debido a los tribunales durante el desarrollo de un proceso.<sup>158</sup> Las primeras son asimismo administrativas; las segundas podríamos reputarlas mixtas: administrativas por su índole y procesales por la ocasión en que recaen. En segundo término, la actividad desplegada por miembros de la judicatura que intervengan en la *ejecución procesal* (*supra*, núms. 34-35) o en la *jurisdicción voluntaria* (*supra*, núms. 36-37), de estimarse que dichos territorios jurídicos son administrativos; pero como tales cuestiones las acabamos de examinar, a lo dicho en los pasajes oportunos nos remitimos. En tercer lugar, el problema de si los *tribunales militares*, se llamen así o de otro modo,<sup>159</sup> ejercen sólo potestad disciplinaria, de acuerdo con tesis difundida entre expositores argentinos,<sup>160</sup> en cuyo caso serían tan sólo órganos administrativos bajo apariencia procesal,<sup>161</sup> o bien desempeñan verdadera función jurisdicente, que de resultar mediatizada por el mando o por el Ejecutivo entrañaría conculcación de principios básicos del enjuiciamiento, como los de independencia e inmediatividad.<sup>162</sup> La respuesta que a las dudas planteadas se dé, no puede ser uniforme o universal, dadas las profundas divergencias que en los ordenamientos positivos se advierten en cuanto a la naturaleza y límites de la justicia castrense, e incluso en un mismo país, según que opere en época de paz o en tiempo de guerra. Cuando se circunscriba al castigo de faltas de servicio en estricto sentido, sin desnaturalizar el concepto hasta reabsorber en ellas verdaderos delitos, la represión que en la esfera militar se lleve a cabo será de carácter disciplinario,

<sup>156</sup> Por ejemplo: informes solicitados por el Gobierno para reformar la administración de justicia (cfr. 616, núm. 3, l. org. jud. esp.), o bien las facultades cuasilegislativas conferidas al presidente del Tribunal Supremo español por la hoy abolida Constitución de 1931: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *La justicia, según la constitución española de 1931 y sus leyes complementarias*, núms. 20-3 (en «Ensayos», pp. 567-9).

<sup>157</sup> Cfr. título XIX, arts. 731-55 y 762 l. org. jud. esp.; véanse también los arts. 338-54 de la mexicana del Distrito.

<sup>158</sup> Cfr. arts. 437-39 l. enjto. civ., 285 l. enjto. crim., ambas de España y 61-3 cód. proc. civ. D. F.

<sup>159</sup> Consejos de guerra, por ejemplo, como en España, Argentina, etc.

<sup>160</sup> Véanse las indicaciones oportunas en la nota 110 de nuestro cit. trabajo *Los conceptos de jurisd. y compet. en Lascano*.

<sup>161</sup> Cfr. nuestro *Proceso, autocomposición*, núms. 20, 32, 39, 78, 87 y 102.

<sup>162</sup> El de independencia, por la intromisión de la autoridad militar o del Gobierno en menesteres jurisdiccionales, conculcadora de la división de poderes, ya que no por ser militar, la justicia castrense deja de ejercer jurisdicción; y el de inmediatividad, por los motivos expuestos en la nota 88.

es decir administrativo a fin de cuentas, y quienes la realicen no se conducirán como genuinos juzgadores, aun cuando actúen bajo la apariencia de tribunales y se acomoden a un procedimiento análogo y hasta idéntico al propiamente jurisdiccional. Conclusión opuesta habrá que sustentar, en cambio, cuando sancionen auténticos delitos, sea inquisitiva o acusatoria la forma como se desempeñen.<sup>163</sup>

#### h) *Juez y actividad normativa*

39) El tema justificaría por sí sólo, no ya un artículo, sino un libro, en el que acaso habría que comenzar por poner de acuerdo acerca de qué haya de entenderse por creación del derecho,<sup>164</sup> para luego dilucidar si en el ámbito jurisdiccional ella tiene lugar siempre, si no se produce nunca o si únicamente cabe en determinados casos y condiciones.<sup>165</sup> Mas como el análisis de éstos y otros interesantísimos extremos (por ejemplo: el de los peligros que la libertad y la seguridad jurídicas correrían de dar rienda suelta a la figura del juez-legislador, que podría convertirse en un déspota, tan insoportable como cualquier otro) nos llevaría muy lejos, contentémonos con sostener que en la medida en que el juzgador no se reduzca a la aplicación e interpretación de una norma preestablecida (legal, consuetudinaria, etc.), desbordará su consubstancial cometido, y en

<sup>163</sup> Véanse las bases que para un adecuado planteamiento de la justicia militar en España, donde en tantos errores y horrores ha incurrido, singularmente desde 1936 hasta la fecha, señalamos en la nota rr de nuestro trabajo *Justicia penal de guerra civil* (en «Ensayos», pp. 282-3). Una de ellas, precisamente, era la de diferenciar el tiempo de paz y el de guerra, como en el derecho italiano con sus códigos penales (a la vez que procesales) militares de 20-II-1941, de paz uno y de guerra otro, aunque pese a ello subsistan aún dudas en cuanto a su aplicación respectiva: cfr. GUARINO, *I tribunali militari di bordo* (en «Il Ponte», marzo de 1956, pp. 374-8).

<sup>164</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, núm. 117, nota 331.

<sup>165</sup> A las hipótesis que examinamos en los núms. 118-122 (pp. 194-201) de *Proceso, autocomposición*, a saber: las constituidas por el proceso dispositivo o de equidad, el laboral colectivo, la integración de lagunas jurídicas y el derecho judicial inglés, añadiremos ahora la debatida cuestión del reemplazo de la ley injusta por norma o criterio conforme a la conciencia del juzgador y extraída, por ejemplo, de las enseñanzas del derecho natural, según en alguna sonada ocasión llegó a recomendarse por el Papa. De acuerdo con el pontificio consejo, GARBAGNATI, *Il giudice di fronte alla legge ingiusta* (en «Jus», 1951, pp. 431-50); véase también ORIO GIACCHI, *Pio XII ai giuridisti* (en «Jus», 1950, pp. 102-3, seguidas en las 103-6 del texto íntegro del discurso aludido) y MORENO MOCHOLI, *Hacia la recristianización del Derecho (A propósito de las palabras dirigidas por Pio XII a la Unión de Juristas Católicos Italianos)* (en «Rev. Gen. Legisl. y Jurisp.», enero de 1951, pp. 5-28). Para la crítica de tan peligrosa tesis jurídica, consúltese nuestra reseña del cit. artículo de MORENO MOCHOLI (en «Bol. Inst. Der. Comp. Méx.», 1951, núm. 12, pp. 250-1). El tema, por lo demás, es muy anterior a la referida alocución del Papa: cfr., entre otros estudios a él referentes, MONTAGU, *El juez ante la norma injusta, y otros ensayos* (La Habana, 1944), pp. 11-44.

ese aspecto o en esa porción se conducirá también cual juez en sentido únicamente orgánico pero no funcional. En cuanto a la distinción entre quienes afirman y quienes niegan la creación judicial del derecho mediante la sentencia, podría fácilmente representarse, concretándonos a la norma de más frecuente uso, la ley, en los siguientes términos:

*Tesis afirmativa*

*Tesis negativa*

Creación jurídica legislativa  
+ Creación jurídica judicial

Creación jurídica legislativa  
+ Aplicación jurídica judicial

---

= Sentencia

---

= Sentencia

En la primera hipótesis habría doble creación (*primaria y secundaria*) y en la segunda sólo una.

#### IV. SITUACIONES INTERMEDIAS Y DUDOSAS RELATIVAS A LAS PARTES

40) Pasamos a la otra vertiente del trabajo, o sea a contemplar el tema objeto del ensayo desde el lado de las partes. Y así como al ocuparnos del juzgador comenzamos por fijar su noción (*supra*, núm. 4), ahora iniciaremos el recorrido con el señalamiento de lo que vamos a entender por partes. Arrancamos a tal fin de la idea, sustentada por Goldschmidt, de que el concepto de parte es de carácter *formal*, puesto que las mismas no son necesariamente los sujetos del derecho o de la obligación controvertidos.<sup>166</sup> De ese modo, además, dentro de un estudio de teoría general del proceso, como el que venimos realizando, se superan las dificultades que a propósito del enjuiciamiento criminal surgirían de querer referir a él la figura de la parte en sentido *material*. El contraste entre las partes y el juzgador lo establece, a su vez, Carnelutti cuando presenta las primeras como los sujetos de la *acción* y al segundo como el sujeto del *juicio*.<sup>167</sup> En otros términos, y con resultado idéntico, cabe sostener que “partes son los sujetos que reclaman una decisión jurisdiccional respecto a la pretensión que en el proceso se debate, en tanto que el juez es el órgano encargado de pronunciarse, a favor de quien tenga razón, acerca de las peticiones de protección jurídica que aquéllas le hayan dirigido”.<sup>168</sup> No es posible, en cambio, identificar por completo *partes* y *litigantes*, porque si bien ambas cualidades coinciden como regla

<sup>166</sup> Cfr. su *Derecho procesal civil*, p. 191.

<sup>167</sup> Cfr. *Lezioni dir. proc. civ.*, núms. 93 y 169, y *Sistema*, núms. 133 y 185.

<sup>168</sup> ALCALÁ-ZAMORA, *Der. proc. pen.*, vol. II, p. 9. En la cita, hemos cambiado «demanda», que debido a error se deslizó en el original, por «peticiones».